



NEUQUEN, 27 de Febrero del año 2020

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: "**AJA ESPIL FLORENCIA ELENA C/ CAJA PREVISIONAL PARA PROFESIONALES DE LA PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ DESPIDO**" (JNQLA6 EXP 510003/2017) venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. **Jorge PASCUARELLI** dijo:

**I.** A fs. 284/291vta. se dictó sentencia por la cual se hizo lugar a la demanda y se condenó a la accionada a abonar \$ 3.226.416, más intereses y costas.

A fs. 296/302 apela y expresa agravios la demandada. Sostiene que la conclusión de la *A-quo* respecto a la existencia de relación laboral es errónea e improcedente la aplicación de las sanciones previstas en los arts. 1 y 2 de la ley 25323.

En el primer agravio alega la ausencia de relación laboral. Dice que la actora cumplió la función de asesoramiento contable de la entidad pero hasta allí llega la similitud con una relación laboral y no se dan los caracteres de la subordinación. Expresa, que contrariamente a lo sostenido en la sentencia, la prueba colectada confirma que la actora no cumplía obligatoriamente horario, podía entrar y salir en cualquier momento así como no concurrir sin permiso y la intensidad de las tareas no altera la falta de subordinación jurídica en lo atinente a horarios y lapsos de prestación de servicios.

Agrega, que descartado el cumplimiento de horario también corresponde desechar la utilización de las instalaciones y personal como prueba del status de empleada

porque de ello no puede deducirse dependencia alguna sino los rasgos propios de una relación de asesoramiento.

Expresa, que la mención de remuneraciones fijas no resiste el menor análisis, que la actora percibía un abono mensual y un pago adicional por confección de balance como lo hacen todos los contadores, lo cual corresponde al contrato de locación de servicios por el cual se pacta un honorario global representativo porque no se pueden prever todas las labores.

Agrega, que se probó que la actora era una profesional independiente que prestaba, al amparo de vínculos contractuales de locación, servicios para la demandada. Ello, sin obligación de cumplir horario pero con la obligación de concurrir, sin usar exclusivamente los medios de la Caja Previsional pero con la asistencia del personal interno, sin usar materiales de la institución pero con la provisión de un lugar, sin cumplir directiva alguna de la demandada pero interactuando con sus directivos y percibiendo un abono mensual y pago por tareas adicionales pero sin estar sujeto a variaciones salariales.

Sostiene que era una prestación de servicios sin los componentes de una relación laboral. Agrega que la concurrencia diaria no es un indicio de una relación laboral sino de asesoramiento y la condición jurídica de la actora era de asesoramiento profesional externo.

En subsidio se agravia por las multas de los arts. 1 y 2 de la ley 25323. Dice que existía una controversia seria y fundada respecto a la relación laboral. Expresa, respecto a la multa del art. 1, que es una obviedad que la relación no estaba registrada porque esa parte sostiene que es una locación de servicios y que no se la puede penalizar por defender la configuración jurídica del vínculo. Agrega que las multas de la ley 25323 tienen un ámbito de aplicación a los supuestos en que se encuentra fuera de duda el vínculo, pero

no cuando se decide por presunciones o apreciación judicial de la prueba. Solicita que se dejen sin efecto estas multas.

A fs. 304/308 la contraria contestó el traslado de los agravios. Solicitó su rechazo, con costas.

**II. 1.** Ingresando al análisis de los agravios cabe partir de considerar que no se encuentra controvertida la prestación de servicios de la actora a favor de la demandada sino que la defensa de esta última se centra en que no se trató de una relación laboral sino comercial.

La *A-quo* consideró que se trata de una relación laboral a partir de la presunción del artículo 23 LCT y que la demandada no logró acreditar que se tratara de un vínculo distinto al laboral.

Entiendo que la crítica de la recurrente resulta insuficiente para desvirtuar las conclusiones de la sentencia. Es que, reconocida la relación laboral, opera la presunción del art. 23 LCT respecto a la existencia de contrato de trabajo y lo alegado en el recurso no resulta suficiente para demostrar lo contrario o para considerarla como una asesora externa.

Es que, teniendo por acreditada la prestación de servicios por la actora en beneficio de la demandada, resulta aplicable la doctrina del T.S.J. sentada en autos "AEBERT ELSA MARGARITA Y OTROS CONTRA CLÍNICA PASTEUR S.A. s/ DESPIDO", TSJ Ac. N° 1/10, referida por la *A--quo* en su sentencia, donde se expresó: *"Respecto de la interpretación y alcance que debe darse, en general, al Art. 23 de la L.C.T., con anterioridad me he expedido en la causa "Guerra, Rafael César c/ Consoli, Nora y otro s/ despido" (Expte. N°162-año 2001), donde señalé cómo funciona la presunción iuris tantum contenida en la norma."*

"Expresé en tal oportunidad:

"Al respecto, dos corrientes doctrinarias y jurisprudenciales se han venido desarrollando a través del tiempo en que la norma en cuestión tiene vigencia, a saber: Una, que sostiene e interpreta que el contrato de trabajo, de acuerdo a los términos del art.23 de la L.C.T. se presume por el hecho de la prestación de servicios dependientes; y la otra, que entiende que la sola demostración por parte del trabajador de la prestación de servicios para el empleador es suficiente para que opere la presunción. Adhiero y ratifico mi postura, con esta última interpretación, tal como lo he venido sosteniendo inveteradamente, y así resultará que corresponderá al empleador destruir esta presunción, que admite prueba en contrario, demostrando que esa prestación de servicios obedece a otras circunstancias que no tienen vinculación de un contrato de trabajo". (conf. Acuerdo N°15/2002). En idéntico sentido, en cuanto a la interpretación del Art. 23 de la L.C.T., pueden verse los precedentes de este T.S.J., "Rodríguez Juan c/ Montoya José s/ Accidente Ley" (Ac. 129/95); "Presti Jorge José c/ Agros S.A. y Otro s/ Despido" (Ac. 34/97); "Cabezas, Miguel Andrés c/ Crisorio, Manfredo José y Otro -Titulares de Servicentro Esso- s/ Laboral por cobro de haberes" (Ac. 7/99); "López, Enrique c/ Esco S.A. de capitalización y ahorro s/ cobro de haberes e indemnización por despido" (Ac. 46/01); "Campos, Luis Silverio c/ Esco S.A. de capitalización y ahorro s/ cobro de haberes e indemnización por despido" (Ac. 25/03.)" (del voto del Dr. Massei).

Y se agregó: "Así, queda ratificada la tesis amplia acerca del alcance e interpretación de la presunción contenida en el referido artículo 23. Conforme ésta, a quien pretenda considerarse vinculado a través de un contrato de trabajo, le bastará acreditar el hecho de haber prestado sus servicios, sin necesidad de demostrar que fueron en relación de dependencia. En otros términos: se presumirá la existencia de

*un contrato de trabajo cuando se prueben los servicios prestados."*

*"A la vez se afianza la idea de que esa presunción es iuris tantum. Entonces, puede ser desvirtuada por prueba en contrario. Es decir, quien sea reputado como empleador podrá enervarla si demuestra que los servicios tuvieron una causa o motivo distinto o que su prestador puede ser calificado como empresario (a contrario sensu -Art. 23, segundo párrafo-)", (del voto del Dr. Labate)", ("JAIME MIGUEL ANGEL C/MOYANO OSCAR S/DESPIDO POR FALTA DE REGISTRACION", EXP N° 449014/2011; "VALENCIA SABRINA SOLANGE C/ANDESMAR S.A. Y OTRO S/ COBRO DE HABERES", EXP N° 470576/2012).*

En autos, está reconocida la prestación de servicios a favor de la demandada por casi 18 años consecutivos y la recurrente no acreditó que se tratara de una relación comercial como tampoco produjo prueba para acreditar la falta de subordinación jurídica.

En este punto la referencia a la prueba que efectúa la recurrente es genérica y no específica a través de qué constancia de autos o testimonial se acreditó lo indicado por ella, esto es, que no había subordinación, que no cumplía obligatoriedad de horario, que podía entrar y salir del lugar e incluso no concurrir sin permiso, que no usaba exclusivamente los medios de la Caja Previsional y que no cumplía directiva alguna.

La recurrente dice que la prueba recabada en autos confirmó que la actora era una profesional independiente pero concretamente no dice a qué prueba se refiere, efectúa una alegación general pero sin expresar qué declaración, informe, punto pericial o documento apoya su crítica en relación con las cuestiones que plantea (art. 265 del CPCyC). Lo cual, es determinante en autos, donde una vez operada la presunción del

art. 23 LCT es la demandada quien tiene la carga de la prueba para desvirtuarla.

A mayor abundamiento, ninguna de las testimoniales permite tener por acreditada la postura de la recurrente. Además, respecto a la subordinación, en primer lugar deberá estarse al contenido del informe complementario del perito contador de fs. 165/188vta. donde, si bien informó que la actora no formaba parte de la nómina de personal de la demandada (como fuere indicado en el primer dictamen), luego dijo que figuraba como parte del organigrama estructural en el área Asesoría Contable (ver fs. 165), además, a fs. 180vta. y 181vta. se describió el área de Asesoría contable, donde se especificó que la persona a cargo era la actora. Luego, se presentó la finalidad de ese sector y dijo que era contribuir *"a la correcta adopción de decisiones y a la aplicación de normas para la consecución de los objetivos de la Institución, suministrando los datos que le sean requeridos por la Gerencia para la preparación de estados e informes"*; y la línea de dependencia y ubicación, donde se indica que *"La Asesoría contable depende directamente de la Gerencia General y se encuentra ubicada como órgano de staff. Colaborando y asistiendo con el Departamento Contable en todos los aspectos propios de su profesión"*, lo cual hace a la dependencia jurídica y no fue considerado por la recurrente.

Por otro lado, como sostuvo la Jueza, los testigos Diez, Ruiz Pérez, Pianciola, Buscema y Echeberria (fs. 254, 256, 258, 260 y 266) precisaron que la actora recibía órdenes del directorio (órgano que le indicaba lo que debía hacer) y que cumplía un horario y aun cuando algunos indicaron que tenía un horario móvil, todos fueron contestes en que era de 8 hs. a 14/15 hs., que la actora estaba en la oficina y además que participaba en las reuniones que se hacían por la tarde o noche.

También, como se sostuvo en el fallo, la dependencia económica se encuentra acreditada a partir de las testimoniales (ver dichos de Ruiz Pérez de fs. 256 y de Echeberria de fs. 266), la pericial contable (ver fs. 149/150 y 166/178), la respuesta al punto 4 de la pericia dada a fs. 153 donde se indicó que se registran pagos periódicos y continuos en favor de la actora), y del contenido de los contratos de fs. 6/21 y 85/99.

Asimismo, la recurrente no considera que resulta indiferente para la calificación contractual la forma y denominación de la retribución del servicio y que la exclusividad de la prestación no es un elemento determinante (cfr. Fernández Madrid, Juan Carlos, *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, T. 1, pág. 708/711, La Ley, Buenos Aires 2007).

En este contexto resulta aplicable lo sostenido por esta Alzada respecto a que: *"Tampoco surge de las constancias probatorias señaladas, que el accionante hubiese sido titular de una organización empresarial propia, no habiéndose probado que utilizara, para realizar su labor, elementos de su propiedad ni que invirtiera capital a tal fin."*

*"Por el contrario, prestaba de forma directa y personal su labor en beneficio del accionado y con carácter de habitualidad y permanencia y a cambio de una remuneración, sin que revista importancia el nombre o denominación que se le asignaba a dichos pagos o la forma en que se los instrumentaba, pues tal circunstancia no modifica su naturaleza real de conformidad con lo previsto por los arts. 103, 104, 108 y cctes. de la L.C.T. (régimen en el cual se prevén distintos mecanismos remuneratorios variables, en razón de la variabilidad del módulo de determinación)."*

*"Con respecto a lo alegado por el apelante en punto a que varios testigos manifestaron que no veían al actor todos*

los días en el taller, es preciso señalar que: "...el contrato de trabajo supone prestaciones sucesivas condicionadas a la naturaleza de la actividad de que se trata y a la organización de la empresa para la cual se trabaja. Pero, también habrá que diferenciar la permanencia en la empresa con la continuidad en la ejecución de las prestaciones. Pues, a veces se opina que es condición constitutiva de la modalidad de plazo indeterminado que los servicios sean requeridos todos los días de la semana, todas las semanas del mes, todos los meses del año, etc. En realidad, ello solo define a un subtipo de contrato por tiempo indeterminado que la doctrina ha denominado "con prestaciones continuas", pero en muchas actividades, sin dejar de referir a necesidades permanentes de la empresa, el servicio puede ser requerido con intermitencias."

"Entonces, el "quid" de la permanencia no refiere a la intensidad o frecuencia de los servicios, sino al hecho de que ellos vienen a satisfacer una necesidad empresaria que tiene y que transmite o comunica al vínculo mediante el que se la atiende, una inherente vocación de continuar en el tiempo (cfr. Ac. N° 36/15 -"ARRIAGADA"- del Registro de la Secretaría Civil)" (TSJ Ac. 10/16, "REYES BARRIENTOS")."

"Entiendo entonces que, contrariamente a lo alegado, la valoración de la prueba no se presenta arbitraria: desprendiéndose del cúmulo probatorio reseñado que el actor prestó servicios para el demandado, la acreditación de que esa prestación obedecía a otras circunstancias, pesaba sobre el recurrente. Y éste no aportó elementos de convicción en tal sentido", (cfr. "GUTIERREZ RICARDO ANTONIO CONTRA A.I. S.R.L. SOBRE DESPIDO POR FALTA DE REGISTRACION", EXP N° 414884/2010 y "MORA PABLO ALEJANDRO C/ PALO BLANCO SRL S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES", JNQLA5 EXP 474401/2013).

Además, en un caso parecido se sostuvo: “[...] que el principio de primacía de la realidad obliga al juez a tener en cuenta todas las circunstancias del caso a la hora de valorar, aún por sobre las formas adoptadas contractualmente. Por ello pierde decisividad el planteo de la recurrente vinculado a la existencia de contratos de locación de servicios no impugnados durante la vigencia de los mismos, dado que conforme a este principio, para determinar la verdadera naturaleza del vínculo que liga a las partes, más que a los aspectos formales debe estarse a la verdadera situación creada en los hechos y que la apariencia no disimule la realidad. A lo que cabe agregar que el silencio del trabajador durante la vinculación no puede perjudicarlo atento a que la teoría de los actos propios en esta materia se ve desplazada por el principio de irrenunciabilidad de derechos consagrados en normas imperativas, establecido en los artículos 7 y 12 de la L.C.T.”

“Sin lugar a dudas, la naturaleza jurídica del vínculo que ligó a las partes debe desentrañarse en cada caso concreto, no pudiendo surgir solamente de la instrumentación realizada por éstas, sino que debe determinarse a través del análisis particularizado de las modalidades de la prestación, tal como en el caso efectuaron los sentenciantes. Y si bien la compareciente sostiene que en tal análisis se prescindió de prueba decisiva que indicaba que estaríamos en presencia de una locación de servicios, el estudio integral de los antecedentes relevantes del caso -lo que pudo efectuarse recién en esta oportunidad con el arribo de los autos principales- permite apreciar que lo resuelto en el caso resulta razonable, sin que las pruebas que según la quejosa fueron omitidas resulten relevantes para hacer cambiar la suerte de la litis, tal como surge claramente del dictamen del señor Procurador en cuanto analiza -a efectos de descartar la arbitrariedad endilgada al fallo atacado-, con apoyo de la

*prueba incorporada, la existencia de dependencia en sus distintas variantes y conforme las características propias de la labor desempeñada por la actora."*

*"Por otra parte, cabe aclarar en relación al artículo 23 de la LCT que no resulta suficiente para resistir la aplicación de la presunción contenida en el mismo la invocación de la presencia de un profesional universitario, aun cuando por ello tenga cierta autonomía en la ejecución de su trabajo, dado que la ley no hace ab initio distinción alguna y su aplicación a los trabajadores profesionales universitarios fue admitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (ver, "Farini Duggan c/ Swiss Medical Group S.A. s/ Recurso de Hecho, del 6/3/07) y por esta Corte (cfr. A. y S. T. 249, pág. 290). A lo que se suma que la demandada no logró probar en contra de la presunción, ni que por las circunstancias la actora que prestó sus servicios para ella pueda ser calificada de "empresaria", aun cuando se haya utilizado una figura no laboral para caracterizar el contrato."*

*"A su vez surgiendo de las pruebas incorporadas a autos el horario de trabajo de la actora (libro de horarios profesionales, informativa, testimoniales de Vega López y Herrera Lopez y confesional), de acuerdo a un cronograma y elementos de trabajo proporcionados por la demandada (contrato y testimoniales de Vega Lopez y Herrera), comunicando el trabajo a realizar al superior y sujeto a auditorias del PAMI y Comisión Provincial de Personas con Discapacidad (testimonial Vega Lopez), la contraprestación mensual recibida y recibos consecutivos entregados por Barboza, la invocación de omitirse valorar prueba decisiva no puede tener favorable acogida en tanto no se advierte que las pruebas que se dicen preteridas hubieran tenido decisividad para hacer variar la suerte de la litis", (CSJ Santa Fe, BARBOZA, DANIELA DEL*

PILAR c/ ASOCIACION ITALIANA DE SOCORROS MUTUOS JOSE MAZZINI - LABORAL- s/ RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD, Cita: 142/15 N° Saij: 15090070, 25/03/2015), lo cual resulta trasladable al presente.

2. Luego, el agravio por la imposición de las multas de los arts. 1 y 2 ley 25323 tampoco prosperará; por cuanto, como sostuvo la A-quo "(...) el vínculo no se encontraba registrado al momento del despido (art. 1 de la citada norma), y se intimó fehacientemente al demandado (fs. 4 y 110) al pago de las indemnizaciones correspondientes, obligando su renuncia al inicio de las presentes actuaciones judiciales (art. 2)", (ver fs. 290).

Esta Sala ha sostenido que: "Por lo expuesto es procedente el agravio del actor al quedar demostrado el pago de comisiones en negro durante la relación laboral y en consecuencia la indebida registración. Es por ello, que procederá este rubro reclamado en la demanda así como la multa del art. 1 ley 25323", ("VELAZQUEZ RASTELLI ANDRES F. C/ IRUNA S.A.S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES", JNQLA3 EXP 474283/2013).

También ha dicho que: "Como es sabido, la ley 25323, mediante su artículo 2, tiene como finalidad la de resarcir daños autónomos de los que causa el distracto en sí mismo. La normativa intenta minimizar los perjuicios que sufre el trabajador, como consecuencia de la falta de pago oportuno, de las reparaciones fijadas en la LCT, a modo de garantizar que el acreedor laboral sea satisfecho de modo inmediato, en atención al carácter alimentario de su crédito."

"De esta manera, se presenta como un medio para desalentar la conducta de los empleadores que, al eludir el pago, obligan al trabajador a afrontar las consecuencias de un juicio que puede llevar varios años de tramitación. En otros términos, sanciona el ejercicio abusivo por parte del

empleador de despedir, lo que se configura al no pagar en tiempo y forma las correspondientes indemnizaciones."

"En este contexto, la aplicación del precepto exige examinar las circunstancias concretas del caso: la sanción puede reducirse o ser dispensada, si -por caso- existe una controversia seria y fundada sobre la causal de despido o bien, sobre la conformación de algún rubro indemnizatorio."

"En el caso bajo estudio, el juez -en mérito de la facultad otorgada en el segundo párrafo del artículo transcripto- morigeró la multa en cuestión, valorando a este fin que "su reticencia al "pago correcto" de la liquidación final lo fue por sostener una interpretación doctrinaria y jurisprudencial no aplicable mayoritariamente para el caso de remuneraciones "por comisiones", conducta que en definitiva obligó a la actora a judicializar el reclamo para definir la base indemnizatoria"."

"3.- Ahora bien, debo indicar que ni del intercambio epistolar, ni de la contestación de demanda, resulta que funde su proceder en tal circunstancia."

"Su oposición a tomar el mes de noviembre 2015 como base para el cálculo de las indemnizaciones, se centra en que durante ese periodo percibió \$ 10.010,15 en concepto de "comisión por producción"."

"En esa dirección, y partiendo del plenario 298 de Capital Federal, en autos "Brandi, Roberto c/ Lotería Nacional", concluye que para que una remuneración "variable" sea considerada en su máxima expresión, tiene que ser normal y habitual."

"Destaca como requisito la "normalidad", que implica "la imposibilidad de considerar una remuneración excepcional o exorbitante, como sería el pago de una cifra extraordinaria e irrepetible"."

*"Continua en su desarrollo y expresa en relación al art. 245 LCT, que la mejor remuneración mensual, normal y habitual, no es cualquier "mejor", sino la que inexorablemente se percibe."*

*"Y finalmente, en lo que aquí nos interesa, agrega que "la comisión no es una remuneración habitual. Se debe generar mes a mes el derecho al cobro, tampoco tiene un valor normal."*

*"He entendido pertinente precisar los fundamentos de la parte demandada, puesto que fundándose la morigeración en su interpretación doctrinaria y jurisprudencial, cabe analizar si el equívoco en que incurrió puede justificarse."*

*"Es así, que no se advierte como, partiendo del plenario citado, arribó a la conclusión esbozada."*

*"[...] 3.1 Desde esta perspectiva, los argumentos de la parte demandada se presentan insuficientes para fundamentar la morigeración de la sanción.", ("RUIZ GALLARDO LUZ MARIA C/ ACTUAL S.A. S/DESPIDO", JNQLA6 EXP 508769/2016).*

**III.** Por todo lo expuesto propongo al Acuerdo rechazar la apelación deducida por la demandada a fs. 296/302 y en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 284/291vta. en lo que fue materia de recurso y agravios. Imponer las costas de la Alzada a la apelante vencida en esta instancia (arts. 17 ley 921 y 68 del CPCyC).

Tal mi voto.

La Dra. **Cecilia PAMPHILE** dijo:

**1.** Tal como sostiene mi colega, la posición sostenida en forma mayoritaria por el TSJ y que hemos seguido, en términos generales, consigna que la sola demostración de la prestación de servicios para el empleador es suficiente para que opere la presunción y de allí que corresponderá al empleador destruir esta presunción, que admite prueba en contrario, demostrando que esa prestación de servicios obedece

a otras circunstancias que no tienen vinculación con un contrato de trabajo. (cfr. causa Aebert).

Pero, este principio general debe ser analizado en cada caso concreto y de acuerdo a las pruebas y particularidades del mismo; en este caso, la actora cuenta con título profesional.

En otros términos, que la actora fuera una profesional con título habilitante, no es obstáculo para la existencia de una relación de tipo laboral, pero problematiza la regla contenida en el art. 23: No obstante ello, cuando la actividad profesional se desarrolla como función de colaboración permanente, con vínculo continuativo y con subordinación al empleador, aún cuando no haya dependencia técnica por la condición de profesional universitario, la relación puede ser caracterizada como contrato de trabajo.

**2.** En este caso, tal como lo indica mi colega, puestos a analizar la pretensión recursiva, comparto la falta de precisiones en el embate a la valoración probatoria. No existen elementos determinantes de que la actora haya asumido el riesgo económico propio de la auto-organización de su actividad profesional; se ha acreditado, en punto al lugar de prestación de tareas, que se encontraba incorporada física y efectivamente al establecimiento de la demandada; surge su disposición en un amplio horario laboral coincidente con el de atención al público y su asistencia a las reuniones del directorio, encontrándose disponible ante los llamados; un número importante y coincidente de testigos han señalado que recibía instrucciones de los integrantes del Directorio y también, en algunos casos, se alude a la gerenta (de hecho, conforme al organigrama, dependía directamente de la Gerencia General); la modalidad mensual de facturación, etc.

3. Podría ponderarse que la norma contenida en el artículo 23 de la LCT "...como la generalidad de las que establecen presunciones, parte de la observación de lo que "pleorumque accidi" en su sector de la realidad social, esto es, de los compartimentos típicos de los operadores jurídicos en situaciones determinadas y les atribuye como consecuencias las previstas en el ordenamiento para este tipo legal en particular... En los casos en que los sujetos que prestan sus servicios personales son profesionales universitarios, en principio, no concurre la nota de tipicidad, ya que la regla es la autonomía en el ejercicio de las incumbencias propias de sus respectivas especialidades, no la asunción de la calidad de trabajador dependiente a través de un contrato de trabajo. Se entiende que esto no significa que los profesionales no se encuentren legitimados para celebrar contratos de este tipo, ni que no existen zonas grises, como las de quienes prestan esos servicios a empresas cuyo objeto es la prestación de ellos a terceros, por ejemplo. Sólo se afirma que, en este caso puntual, por la mentada inexistencia de tipicidad, el atajo ofrecido por la presunción del artículo 23 LCT no está disponible para este profesional universitario que presta lo propio de su incumbencia a una empresa cuya actividad no consiste en ofrecerlos a terceros en el mercado.

Y si se pretende, como he sostenido invariablemente, la aplicación de la legislación laboral, debe acreditarse que se celebró un contrato de trabajo, o que, en la ejecución de la relación jurídica de que se trate, las partes se comportaron más allá del "nomen juris" escogido como, típicamente, lo harían un trabajador y su empleador..." (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VIII, Conte, Gonzalo Luis c. Cat Technologies Argentina S.A. y otros 16/07/2010 Publicado en: La Ley Online. Cita online: AR/JUR/42260/2010.

Ver también Tribunal Superior de Córdoba, Sala Laboral, Tissera, Raúl Augusto c. Caja de Crédito Cooperativa La Capital del Plata Ltda. 20/04/2010 Publicado en: LLC 2010 (julio), 651 DJ 28/10/2010, 41 Cita online: AR/JUR/25220/2010).

Pero aún en este supuesto, las circunstancias acreditadas en la causa en punto a la modalidad de la prestación, determina que el funcionamiento sea encuadrable en la órbita de la L.C.T.

Es que aun cuando pudiera presentarse alguna duda en punto a tener por acreditados los recaudos de los artículos 21 y 22 de la LCT, la regla interpretativa fijada por el art. 9 de la L.C.T., coadyuva al acierto de la decisión propuesta.

Como he señalado en otras oportunidades, para la aplicación de la regla contenida en el artículo 9, es necesario que la realidad acreditada en el expediente, admita varias lecturas.

En otros términos que, rendida la totalidad de la prueba, exista una duda razonable sobre cómo sucedieron las cosas y, en tal caso, el juez debe inclinarse a favor de la versión de la trabajadora o trabajador.

Ello presupone que el juez valore la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica, es decir, de acuerdo a la lógica y a la experiencia.

Desde aquí, que la duda por la cual debe favorecerse al trabajador, no es la que surge de la ausencia de prueba: como aquí acontece, al menos debe existir alguna, con la entidad suficiente y que lleve a presumir que las cosas ocurrieron de acuerdo a los dichos de la trabajadora, es

decir, debe haber algún motivo capaz de volcar la decisión judicial a su favor.

Así se ha señalado: "En cuanto a la aplicación del principio in dubio pro operario contenido en el art. 9, LCT, según la modificación introducida por la Ley 26.428, corresponde decir que 'duda' no es ignorancia o ausencia de prueba, y que no puede aspirarse en sede judicial a la aplicación del principio antes mencionado cuando la norma no es favorable, o la realidad no ha sido demostrada. No se trata necesariamente de que el Tribunal supla deficiencias probatorias, sino de valorar la prueba adecuada a las circunstancias y en aquellos casos de verdadera duda volcar el resultado de la apreciación a favor del trabajador. Por último, cabe recordar que la función judicial se despliega en un marco sujeto a reglas (lógica, psicología, experiencia) y se debe esperar de la autoridad judicial un ejercicio razonable de su faena valorativa en relación a los medios de prueba y al resultado global de su juicio en materia de hechos. Ahora bien, si luego del uso de las reglas procedimentales y sustanciales que afectan a los medios, los procedimientos y las conclusiones probatorias persiste la incertidumbre acerca del resultado global de la apreciación, debe decidirse a favor del trabajador..." (cfr. Cámara del Trabajo de San Francisco, Comelli, Fernando Diego c. Horacio Linguetti y Damián Linguetti 23/09/2010 Publicado en: La Ley OnlineCita online: AR/JUR/54137/2010).

Aquí corresponde, a todo evento, aclarar que "...es muy común que las declaraciones de los testigos de los trabajadores y las de los testigos de los empleadores se neutralicen entre sí. El Dr. Capón Filas, cuando todavía era vocal de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, expresó en forma atinada que la diferencia de los testigos, en

el caso en que no se pudiese demostrar cuál de ellos miente, debía resolverse a favor del trabajador por aplicación analógica del art. 9, LCT. Hoy ya no es necesario acudir a la analogía, sino simplemente al art. 9, LCT. y al principio del in dubio pro operario, para evaluar los testimonios de los testigos. Yendo aún más lejos, por aplicación de este principio, cuando los testimonios de los testigos del trabajador logren generar una duda razonable en el juez de que los reclamos del trabajador son justos y con base en los hechos y en el derecho, y esta duda no sea completamente desvirtuada por el resto de las pruebas, su testimonio deberá ser favorable para los reclamos del trabajador, y no ser desechado sin más..." (cfr. Serrano Alou, Sebastián, "El principio in dubio pro operario y la apreciación de la prueba" JA, Cita online 0003/402162).

En base a estas consideraciones, entiendo que las críticas efectuadas a la conclusión decisoria en punto a la existencia de una relación laboral, no pueden prosperar.

**4.** Las dudas aludidas y el modo de resolución de las mismas, determinan que disienta en punto al agravio relativo a la aplicación de la multa prevista en el art. 2 de la ley 25.323.

Con relación al artículo 1, la posición del TSJ es clara en el sentido de su imposibilidad de dispensa, tal como surge del precedente "Pacheco" al que alude la actora en su responde.

Sin embargo, la posibilidad de reducción y dispensa, sí se encuentran presente en el supuesto previsto en el art. 2.

En efecto, el art. 2 de la ley 25.323 establece: *"Cuando el empleador, fehacientemente intimado por el trabajador, no le abonare las indemnizaciones previstas en los artículos 232, 233 y 245 de la Ley 20.744 y los artículos 6° y 7° de la Ley 25.013, o las que en el futuro las reemplacen, y, consecuentemente, lo obligare a iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibirlas, éstas serán incrementadas en un 50%.*

*"Si hubieran existido causas que justificaren la conducta del empleador, los jueces, mediante resolución fundada, podrán reducir prudencialmente el incremento indemnizatorio dispuesto por el presente artículo hasta la eximición de su pago".*

Como se observa, el objetivo del dispositivo es compeler al empleador a abonar en tiempo y forma las liquidaciones por despido y evitar litigios.

La ley pone de resalto el carácter alimentario de los créditos laborales y que los mismos sean satisfechos en forma inmediata sin que el trabajador padezca la pérdida de tiempo y los mayores gastos que implica el inicio de un proceso administrativo o judicial (cfr. Ackerman-Sudera, Extinción de la relación laboral, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 638/9).

Pero lo cierto es que la norma faculta a los jueces, mediante resolución fundada, a reducir prudencialmente -lo cual revela razonabilidad y análisis restrictivo- dicho incremento indemnizatorio hasta la eximición de su pago, si hubieran existido causas que justifiquen la conducta del empleador (Grisolía, "Derecho del trabajo y de la seguridad social", tomo II, paginas 1064 y siguientes).

Ahora, para que proceda la exoneración de la sanción o su reducción, debe tratarse de casos en los que exista una controversia seria y fundada sobre la procedencia de la indemnización y, en este caso, tal lo he puesto de resalto, así entiendo se ha configurado.

Debo sopesar que la relación se entabló con una profesional que contaba con título universitario, que la situación se extendió a lo largo de varios años y que como he consignado, en definitiva, la zona gris en la que se enclavó la relación y la duda en punto al cumplimiento de los recaudos establecidos en los artículos 21 y 22 de la LCT se ha disipado a partir de la aplicación de la directiva contenida en el art. 9 de la LCT.

De allí que entienda que el empleador pudo entender que había actuado correctamente y que proponga que se lo exima totalmente del pago de la multa prevista en el art. 2.

En definitiva, propongo al Acuerdo, se haga lugar parcialmente al recurso de apelación, dejándose sin efecto la multa prevista en el art. 2 de la ley 25.323, confirmándose en lo restante el pronunciamiento de grado. En cuanto a las costas de esta instancia, atento a la procedencia parcial del recurso y las particulares circunstancias del caso, estimo que deben ser impuestas en el orden causado. **MI VOTO.**

Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente, se integra Sala con el Dr. **Fernando GHISINI**, quien manifiesta:

**I.-** Me toca dirimir respecto de la disidencia de criterios planteada por los vocales preopinantes, en torno a la procedencia de la indemnización del artículo 2 de la ley 25.323.

El desacuerdo se presenta por cuanto el Dr. Pascuarelli admite la procedencia de esa indemnización, y la Dra. Pamphile considera reunidos en el caso los presupuestos para exonerar a la parte demandada, dada la existencia de una controversia seria y fundada.

El dato determinante para tal conclusión del segundo voto, radica en que la demandante es una profesional con título universitario y que su contratación se extendió por varios años, lo que constituye una situación de las denominadas «zonas grises», que se ha resuelto a mérito del principio del *in dubio pro operario* del artículo 9 de la L.C.T., por lo que el empleador pudo entender que había actuado correctamente.

**II.-** Analizadas las constancias de la causa, coincido con la solución propuesta por el Dr. Jorge Pascuarelli, dado que no se verifica ninguna conducta ajena al fraude laboral, que permita inferir la existencia de algún viso de legitimidad en la reticencia al pago de las indemnizaciones de los artículos 232, 233 y 245 de la Ley de Contrato de Trabajo.

En este orden, el nivel de convencimiento con que el demandado haya obrado resulta un dato neutro, pues la teleología de la regla está dirigida a reparar las consecuencias que genera la situación de contumacia del empleador que, debidamente emplazado, omite abonar las indemnizaciones.

Ciertamente que pueden existir causas que justifiquen su comportamiento y autoricen al magistrado para morigerar o eximir del pago de la indemnización, más su configuración requiere una prudencial ponderación y una fundamentación sólida, que resulte escrutable por las partes y que a su vez

tenga arraigo coherente con las conclusiones relativas a la forma de producción del distracto.

En tal orden, considero que el principio de la duda como pauta hermenéutica interna de la inteligencia de un precepto, no tiene un lugar central en la forma de solución del caso.

Es así que la misión de resguardar el orden público, a través de respuestas enérgicas a su violación (art. 12, L.C.T. y 12 del Código Civil y Comercial), incluye el de propender a su cohesión y observancia, evitando que las conductas desviadas vayan socavando su alcance, legitimidad y eficacia.

Es por ello que no puede ser la condición de profesional universitario un dato relevante para establecer un examen más minucioso o riguroso de las notas de la dependencia, tal como la Corte Suprema ha resuelto en diferentes pronunciamientos (causas "Cairone", fallos, 338:53, sent. del 19 de febrero de 2015 -del cons. 9° del voto concurrente del Dr. Lorenzetti-; "Rica", fallos, 341:427, sent. del 24 de abril de 2018; "Pastore", fallos, 342:681, sent. del 19 de abril de 2019; "Zechner", CSJ 156/2011 (47-Z), del 5 de noviembre de 2019).

Los profesionales universitarios no fueron excluidos de la aplicación de la Ley de Contrato de Trabajo, ni siquiera cuando a la época de su sanción (1974) se verificaba con mayor asiduidad que en la actualidad la prestación de sus servicios a través de los tipos contractuales que preveía el Código Civil. De modo que, la generación de un estándar de encuadramiento más exigente, traza una distinción que la ley no admite, lo que conduce a eliminar apriorísticamente

situaciones jurídicas que podrían quedar captadas por la fuerza normativa de la L.C.T.

En suma, la exigencia de la verificación de las notas de la dependencia en relación a una persona que cuenta con un título universitario no resulta diferente a la de cualquier otra persona que carezca de tal formación, por lo que la pauta para resolver su situación es idéntica en ambos casos.

Bajo estos lineamientos, la situación del caso examinado queda alcanzada por la verificación de las notas de la dependencia, que conforme queda demostrado a través del análisis efectuado en la sentencia de origen, están plenamente reunidas.

Por las consideraciones expuestas, considero que no se verifica ninguna excepción encuadrable en la hipótesis de excepción contemplada por el artículo 2 de la ley 25.323, que amerite la exoneración del pago de la indemnización allí prevista.

De tal forma y por los fundamentos expuestos, adhiero al voto del Dr. Pasquarelli.

Por lo expuesto, **POR MAYORIA**

**SE RESUELVE:**

**1.** Rechazar la apelación deducida por la demandada a fs. 296/302 y en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 284/291vta. en lo que fue materia de recurso y agravios.

**2.** Imponer las costas de esta instancia a la apelante vencida (arts. 17 ley 921 y 68 del CPCyC) y regular los honorarios de los letrados intervinientes en la Alzada en el 30% de los determinados en la anterior instancia (art. 15, LA).

3. Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

**Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dr.. Fernando GHISINI**

**Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA**