



NEUQUEN, 15 de Febrero del año 2018

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"GONZALEZ FRANCISCO RAUL C/ ECCO S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** (JNQLA4 EXP 453977/2011) 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 la Dra. **Cecilia PAMPHILE** dijo:

1.- La accionada repele la decisión del Sr. Juez de grado, porque tuvo por acreditada la relación laboral invocada en la demanda.

Cuestiona que el sentenciante aplicara la presunción del art. 23 LCT omitiendo en forma injustificada la consideración de los elementos probatorios existentes en autos.

En tal sentido, esgrime que el lapso temporal de la vinculación resulta un gran impedimento para considerar que se ha encubierto una relación laboral. Agrega que la fecha de inicio de actividades en el monotributo fue mucho tiempo antes que la fugaz relación civil/comercial que la unió con la accionada.

Plantea que se ha pasado por alto que el doctor Martínez declaró que el actor no tenía que hacer seguimiento de pacientes. Y que del informe de la Afip surge que el actor tenía otros empleadores.

Por último, lo agravia la incidencia del SAC en la base de cálculo del art. 245 LCT.

Corrido el traslado de ley, la contraria solicita el rechazo del recurso, con costas.



2.- Se ha señalado, en distintas oportunidades, que la mera disconformidad con la sentencia, por considerarla equivocada o injusta, o las generalizaciones y apreciaciones subjetivas que no cuestionan concretamente las conclusiones del fallo apelado, no constituyen una expresión de agravios idónea, en el sentido de resultar apta para producir la apertura de la presente instancia. En orden a ese objetivo, lo que se exige no es la sola crítica entendida ésta como disconformidad o queja, sino una crítica calificada, una crítica recursiva, la que, para merecer dicho adjetivo, debe reunir características específicas.

Tal como frecuentemente hemos indicado "el concepto de crítica razonada y concreta, contenido en el art. 265 del Código Procesal, exige al apelante, lo mismo que al juzgador, una exposición sistemática, tanto en la interpretación del fallo recaído, en cuanto al juzgado como erróneo, como en las impugnaciones de las consideraciones decisivas; deben precisarse, parte por parte, los errores, omisiones y demás deficiencias que se atribuyen al fallo recurrido, especificándose con toda exactitud los fundamentos de las objeciones, sin que las afirmaciones genéricas y las impugnaciones de orden general reúnan los requisitos mínimos indispensables para mantener la apelación; para desvirtuar una solución realmente dotada de congruencia, no basta criticar aspectos de ella de modo aislado, pues, aún erróneo en detalle, puede ser acertado en conjunto..." (cfr. Sala II, en autos "PROTTI MARIA EUGENIA CONTRA CORTEZ RAUL Y OTRO S/ DESALOJO SIN CONTRATO DE LOCACION" (EXP N° 377138/8), sentencia de fecha 28/06/2011).

Y, como puede advertirse de la síntesis de los agravios planteados, la accionada escasamente cumplimenta el requisito del art. 265 del código procesal, por cuanto no conforman un ataque concreto y razonado al fallo recurrido,



sino que, por el contrario, sólo traslucen una disconformidad con lo decidido.

Más allá de su discrepancia, el recurrente no efectúa una crítica severa del razonamiento efectuado por el sentenciante.

Debe tenerse presente que al contestar la demanda, reconoce que el actor realizaba visitas médicas a domicilio según la planilla de pacientes que se le proporcionaba, más allá de las explicaciones que ensaya para justificar tal circunstancia.

El magistrado de grado, tuvo especialmente en cuenta la prueba testimonial, que reprodujo y de la que se extrae, según entiende, las notas tipificantes de una relación laboral.

En efecto, el análisis de las constancias de la causa permite advertir que de las declaraciones de la Sra. Cortez Angulo -quien se desempeñaba para la demandada como enfermera de internación domiciliaria-, surge que el actor atendía consultas domiciliarias -código verde-, en un auto de la empresa. Que trabajaba de 8 a 20hs, era el único que hacía ese trabajo a domicilio y cuando se fue, lo hicieron otros. El resto, eran médicos que estaban en la ambulancia. Su jefe médico le daba las órdenes de la tarea a realizar (hojas 168/9).

El Dr. Martínez, jefe médico operativo, dijo desconocer el horario del actor. El telefonista le daba los nombres y los pacientes para visitar. Que el arreglo con el actor era distinto, fue convocado por el anterior gerente y que se le ofreció hacer ambulancia ya que era un sueldo fijo. Explicó que el servicio de Ecco varía según la gravedad del paciente, de acuerdo a eso, se envía la ambulancia o un código



verde, en este último caso iba un auto al domicilio, ese trabajo lo hacía el Dr. González (hojas 170/171).

Fontanarrosa, quien trabaja como médico para la accionada dos veces por semana, dijo que él percibe sus haberes mediante recibo de sueldo. Que las órdenes las daba el jefe médico, quien coordina el trabajo. Que los operadores telefónicos les envían el domicilio a visitar y el código, según la gravedad del caso. Que a las otras ambulancias se les paga por recibo. Y que en el año se producen muchos códigos verdes (hojas 172 y vta).

El testigo Orce, afirmó que González prestaba servicios en un móvil de la empresa que hace servicios domiciliarios, hay una radio y a través de ella se comunican los pedidos. Lo veía llegar a González tipo 7.45hs o puntual, ya tenía los pedidos y arrancaba. Cuando se iba, a las 20hs, también lo veía. El mismo régimen se daba de lunes a viernes. El Dr. Martínez era el director médico, él hacía el cronograma. Normalmente el Dr. González estaba en el móvil, hacía los códigos verdes, que es una patología simple. Recuerda que en varias oportunidades Martínez asignó al Dr. González dejar el auto domiciliario y pasar a la ambulancia. La comunicación era por radio, como un Handy. Luego que echaron a González, el autito lo tomó otro médico, era un Fiat Uno (hojas 229/230vta).

Nótese que la única crítica que, respecto de la prueba testimonial esgrime la parte, radica en que no se tuvo en cuenta que, según declaró Martínez, el actor no tenía que hacer el seguimiento de los pacientes. Puntualmente esgrime el recurrente que "el tratamiento de los pacientes no estaba a cargo de Ecco S.A., por lo que se desvirtúa la pretendida apariencia laboral".



A mi criterio, ninguna influencia tiene en la resolución del caso, que la empresa, y por lo tanto, el médico actor, no estuvieran a cargo del tratamiento del enfermo. El actor no invocó tener a su cargo esa tarea, sino solo realizar las visitas domiciliarias, según la distribución de solicitudes que por radio realizaba la accionada, tal como quedó acreditado.

Desde este plexo probatorio, es claro que en el caso opera la presunción del artículo 23 de la L.C.T., siendo sólo necesario que el trabajador acredite la prestación de servicios, sin necesidad de probar que ellos fueron realizados en relación de dependencia (cfr. TSJ Ac. N° 129/95, 27/99, 15/02, 15/08 y 1/10, entre otros).

No desconozco que las cuestiones que rodean el encuadramiento de una relación como propia o ajena al ámbito del derecho de trabajo son, claramente, de las que revisten mayor complejidad en esta materia. Como consecuencia del corte netamente casuístico, resulta imposible la formulación de una máxima que direcciona al juzgador o al doctrinario al arribo de una conclusión uniforme (cfr. Gabet, Emiliano A., Contrato y relación de trabajo, DT 2012 (agosto), 2031).

No obstante esa dificultad, entiendo que la prueba rendida no resulta suficiente para desvirtuar la presunción emergente del art. 23 LCT.

Nótese que el testigo ofrecido por la accionada, y demás prueba aportada, ninguna circunstancia de interés pudieron aportar a la causa con respecto a la alegada autonomía del actor o a la ausencia de órdenes por parte del demandado.

Por el contrario, se ha demostrado que la organización del trabajo dependía de la demandada, así como



las herramientas de trabajo: de los elementos de juicio antes reseñados se desprende inequívocamente que la prestación de servicios profesionales del actor, constituyó uno de los medios personales que la entidad demandada organiza y dirige para llevar a cabo su actividad.

La demandada no logró acreditar que, al desempeñarse dentro de su ámbito, y con movilidad aportada por la accionada, el actor se comportara como un profesional independiente: él no elegía a quien atender y no asumía el riesgo de la actividad desplegada; tampoco podía concertar nuevas citas con los pacientes por su cuenta (Martínez, hoja 171). De este modo, la demandada no acreditó que el actor contara con una auto-organización económica que permitiera calificarlo como un profesional independiente de los servicios que prestó en su favor cuando se desempeñó como médico a domicilio.

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).

Además, 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").

En este esquema, "la circunstancia de que haya facturado por los servicios que prestaba no es determinante pues, probado como está que se trató de un vínculo de carácter subordinado y, en tanto rige en nuestra materia el principio de primacía de la realidad, es obvio que tal instrumentación carece de virtualidad para desplazar la operatividad de las normas de orden público que regulan el contrato de trabajo (arg. arts. 7, 12, 13 y 14 de la LCT)" ("GATICA C/ TRAUMATOLOGIA DEL COMAHUE S/ DESPIDO", EXP N° 414996/10).

No obsta a lo decidido, que el actor trabajara en otra empresa, dado que "la exclusividad no constituye una nota tipificante del contrato de trabajo" (cfr. CNAT, Sala II, 30/08/04, S.D. 92819, "Pérez, Adrián Alejandro c/ Consolidar Cia. de Seguros de Retiro S.A. s/ dif. de Salarios"; íd., Sala III, 30/04/91, S.D. 61428, "Roldán, Horacio c/ Bonafide S.A.I.C. s/ despido"; íd., Sala IV, 31/05/00, S.D. 85434, "De Gregorio, Enrique Oscar c/ Campo Hípico Mediterráneo S.A. s/ cobro de salarios"; íd., Sala IV, 11/9/92, S.D. 68.076, "Alconada, Julio c/ Kanmar SA (en liquid.) s/ despido"; íd., Sala IV, 30/11/90, S.D. 65156, "González, Nelson L. c/ Transportadora Coral s/ despido"; íd., Sala V, 22/03/94, S.D. 18557, "Calviño, Jorge c/ Aerolíneas Argentinas s/ despido"; íd., Sala V, 23/12/88, S.D. 42413, "Gambarini, Héctor Juan c/ Medicus SA y otro s/ despido"; íd., Sala VI, 8/04/05, S.D. 57973, "Pellon, Andrea Laura c/ Ibichan, Ricardo Benon y otro s/ despido", entre otros).

"La "exclusividad" no es una característica propia del contrato de trabajo, dado que aún cuando se admitiera que el actor hubiera trabajado para otras personas, tal hipotético desempeño, no obstaría a que también pueda haber laborado para



la sociedad anónima demandada" (CNAT, sala II, Quintanilla, Claudio Marcelo c. Tausem S.A. s/despido, LaLeyonline, AR/JUR/40070/ 2009).

Por último, el lapso temporal de la relación (poco más de tres meses), no desmerece la solución acordada, puesto que mientras duró, se evidenció la existencia de un vínculo laboral entre las partes.

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.

Véase la similitud con el caso analizado por la Cámara Nacional del Trabajo, Sala VII:

"Acreditada la prestación de servicios de quien se desempeñaba como médico a domicilio a favor de la firma prestadora de servicios médicos, no desvirtuada la presunción del art. 23 de la Ley de Contrato de Trabajo, y probado que existió una organización en la cual el actor estaba inserto, debiendo cumplir con las exigencias impuestas por la demandada, debe concluirse que entre ambos existió una relación de carácter laboral" (K., O. A. c. Socorro Médico Privado S.A. s/ despido", 24/04/2017, Cita Online: AR/JUR/11133/2017).

3.- El segundo agravio deducido, tampoco podrá prosperar: la posición de esta Sala es favorable a la inclusión del SAC proporcional en el cálculo de la indemnización por despido.



Así hemos sostenido que "...En cuanto a la inclusión del SAC proporcional en el cálculo de la mejor remuneración mensual, normal y habitual comparto el criterio del a quo. He dicho en autos "Cañicura c/ Empresa Zille" (P.S. 2011-IV, f° 707/719) que: "Con relación a la base de cálculo de la indemnización del art. 245 de la LCT, he de reconocer que ni la doctrina ni la jurisprudencia son pacíficas en orden a la inclusión del proporcional del SAC en la mejor remuneración mensual, normal y habitual a que hace alusión la norma que regula la indemnización por antigüedad. Los dos criterios vigentes en la materia son, por un lado, el de la CNAT en pleno (por mayoría) que sustenta la no inclusión en la base salarial prevista en el primer párrafo del art. 245 de la LCT de la parte proporcional del sueldo anual complementario (plenario "Tulosai c/ Banco Central de la República Argentina", sentencia del 19 de noviembre de 2009); y por el otro, el de la SCJBA, que adhiere a la postura contraria, por ser el sueldo anual complementario un salario diferido (autos "Helmann c/ Rigolleau S.A.", sentencia del 16 de noviembre de 1982).

"Teniendo que decidir entre una postura u otra, adhiero a la del tribunal bonaerense. Ello así por cuanto la norma (art. 245, LCT) determina que la base de cálculo es la mejor remuneración mensual, normal y habitual "devengada". Por ende, debe ser incluida en esta base toda remuneración, por más que se abone anualmente o semestralmente, en tanto se devengue proporcionalmente al tiempo trabajado (cfr. Grisolia, Julio A., op. cit., pág. 1074, aclarando que este autor no adhiere a la postura que sustentó), y siendo el sueldo anual complementario de este tipo de remuneración, el mejor salario a considerar para obtener el resarcimiento tarifado por el despido incausado ha de incluir necesariamente el proporcional del SAC.



"Jorge Rodríguez Mancini señala que las remuneraciones anuales o semestrales se van ganando día a día o mes a mes, por lo que resulta razonable que en la base mensual se integren las partes proporcionales ganadas aunque no se hayan pagado todavía ("Ley de Contrato de Trabajo Comentada", T. IV, pág. 438/439)..." (cfr. "RIVERA BELMAR", EXPTE. 355664/7, "LILLINI", EXP N° 470329/2012, entre muchos otros).

Esta postura, a su vez, es coincidente con la seguida por el Tribunal Superior de Justicia en la causa "Reyes Barrientos" (Ac. 10/16), al señalar: *"a los fines de establecer la base de cálculo de la indemnización por antigüedad, debe incorporarse la parte proporcional del SAC"*

Por las razones expuestas, opino que el recurso deducido por la accionada debe ser desestimado, con costas. **MI VOTO.**

El Dr. **Jorge PASCUARELLI** dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello, esta **Sala I**

RESUELVE:

1. Rechazar el recurso de apelación deducido por la demandada y confirmar la sentencia de grado, en cuanto fue materia de recurso y agravios.

2. Imponer las costas de Alzada al apelante vencido (art. 17 ley 921.).

3. Regular los honorarios de los letrados intervinientes en la Alzada en el 30% de la suma que



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

corresponda por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).

4. Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA