



NEUQUEN, 23 de julio de 2018

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"CAMPOS JUSTINIANO ARCELIA C/ LAMILLA SUSANA S/ DESPIDO POR FALTA DE REGISTRACION"** (JNQLA2 EXP 445928/2011) venidos en apelación a esta **Sala III** integrada por el Dr. Marcelo Juan **MEDORI** y el Dr. Fernando Marcelo **GHISINI**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina **TORREZ** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el **Dr. Medori** dijo:

I.- Vienen estos autos a consideración de la Alzada para el tratamiento del recurso de apelación interpuesto por la actora (fs. 103/106) contra la sentencia del 29/08/2017 (fs. 91/94), que rechaza la indemnización petitionada por falta de acreditación del vínculo laboral.

Como primer agravio plantea que la juez de grado ha invertido el uso de las presunciones que emanan de los principios propios del fuero laboral y los ha usado para justificar una locación de servicios, cuando en el caso se encontraban reunidos todos los elementos que configuran una relación laboral encubierta.

Citando al art. 22 LCT asegura que su parte prestaba servicios por 12 horas al día y seis días a la semana, probándose que laboró bajo subordinación técnica, jurídica y económica, cumpliendo horarios, usando uniforme, limpiando espejos, veredas y recepcionando clientes, conforme las ordenes de su empleadora, con lo cual, por lo dispuesto por el art. 23 LCT, cabía presumir la existencia de un contrato de trabajo.

Expone como segundo agravio, que se efectuó un análisis parcial de los testimonios, omitiéndose tener en consideración el de dos compañeras de trabajo que acreditan la fecha de ingreso, la jornada de trabajo y tareas y que con ello dan fe de la existencia de una relación laboral



encubierta bajo el amparo de figuras contractuales del Derecho Civil.

De acuerdo con este razonamiento y como tercer agravio entiende que en la sentencia se realizó un análisis incorrecto de la pericial contable y que se la interpretó en sentido inverso a la normativa, ya que al no llevarse libros, debe hacerse efectiva la presunción del art. 55 LCT y tener por cierta la relación laboral denunciada.

Cita que la a-quo tuvo un idéntico pronunciamiento en una causa similar en el que se expidió la Sala I donde se tuvo por acreditada la relación laboral (Scheytt c/ Lamilla s/ cobro de haberes).

Solicita se revoque la sentencia recurrida con costas a la vencida.

II.- Sustanciada la queja (fs. 107), la parte demandada no contesta.

III.- Reunidos los recaudos previstos en el art. 265 CPCyC a los efectos del tratamiento del recurso, el mismo invoca que la sentencia viola los arts. 22 y 23 LCT, ya que la a-quo soslayó que en la causa se encuentran probados los requisitos que tipifican el contrato de trabajo, habida cuenta que concluyó resolviendo que no se acreditó la existencia de la relación laboral entre las partes.

Respecto a la interpretación de los art. 22 y 23 de la ley laboral, esta Sala III, en concordancia con doctrina del TSJ de Neuquén, viene sosteniendo que **"...la sola demostración, por parte del trabajador, de la prestación de servicios para el empleador es suficiente para que opere la presunción. Pero tal consecuencia no es absoluta, ya que el destinatario de esos servicios puede demostrar a su vez que el vínculo es ajeno al régimen laboral... Es evidente que el fin querido por la ley al establecer la presunción contenida en el art. 23 de la L.C.T. es la tutela del trabajador, facilitando de este modo la prueba de la relación laboral. Probada la**



prestación de servicios opera la presunción legal establecida en dicha norma, que pone en cabeza del demandado la carga de demostrar que tal prestación de servicios no corresponde a una relación laboral..." (cfr. TSJ, Acuerdos N° 15/08 y N° 1/10).

Con este marco conceptual es que se analizarán los testimonios rendidos, en tanto, plantea el apelante que se ha realizado un erróneo análisis presuncional, pasando por alto la prueba producida.

Efectuado un estudio pormenorizado de los mismos, ha de coincidirse con la afirmación de la quejosa en punto a que subsumiendo tales declaraciones en la norma contenida en el art. 23 de la ley de fondo, esto nos lleva indefectiblemente a rechazar la solución acordada en la anterior instancia.

En tal orden, cabe recordar que de conformidad a la norma citada supra y a lo dispuesto en el art. 377 del C.P.C.C., corresponde a la accionante probar la prestación de servicios que brinde base fáctica a la operatoria de la presunción legal.

Es así que de la declaración de Ríos (fs. 48) -ex compañera y despedida-, se extrae que el horario laboral que tenían los peluqueros del local (alrededor de 11) era de 9.00 a 21.30 hs. de lunes a sábado; que se le facturaba a la demandada que cobraba un porcentaje (30%); la peluquería ponía los insumos (shampoo, tinturas) y los peluqueros sus herramientas (tijeras, peines); que las ordenes las daba una encargada (Sra. Blanca); que la cajera dirigía a los clientes y exigía el uniforme, a la vez que la limpieza del local se efectuaba entre todos los peluqueros.

En igual sentido depone González Medina (fs. 71)-ex compañero-. Refiere sobre los mismos días y horarios laborales de todos los que trabajaban allí, el uso de uniforme, tareas de limpieza del local, agregando la limpieza de espejos y barrer veredas; que se facturaba como



monotributista cobrando un porcentaje (30%) del total de los trabajos que hacía cada uno y que los insumos los aportaba Lamilla.

Luego la testigo Sánchez (fs. 47) -que según sus dichos recepcionaba a los clientes por ser cajera- relata de igual modo sobre la provisión de insumos por parte de la peluquería, que los peluqueros ponían sus herramientas, facturaban y el pago se realizaba por porcentaje (30%).

Así las cosas, la existencia de **periodicidad en el trabajo y el cumplimiento de un horario**, que surgen de las declaraciones citadas, constituyen dos elementos que acreditan por si mismos la **prestación de servicios** de quien acciona.

Como bien se ha señalado en causas similares a la presente **"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 Acuerdos N° 129/95, 27/99, 15/02, entre otros).

Que además de encontrarse acreditada la prestación de servicios que torna operativa la presunción legal del art. 23 a favor de la trabajadora, de las testimoniales citadas surgen también las notas tipificantes que doctrina y jurisprudencia han señalado para que exista relación de dependencia. Nótese que se desprende claramente la existencia de subordinación técnica patentizada en la facultad ejercida por la empleadora para organizar en concreto las prestaciones, es decir, fijaba la **forma** (establecía la jornada de trabajo en cuanto a su extensión horaria y de días), el **modo** (exigía uniforme) y el **método de trabajo** (facturaban a porcentaje) al cual la accionante y los demás empleados de la peluquería debían ajustarse en su desempeño diario y mensual, careciendo de autonomía o decisión propia para cambiar el sistema de trabajo impuesto por quien era su dadora de empleo.



A su vez se acredita la **subordinación jurídica**, ya que su empleadora tenía la facultad jerárquica de organizar, de dirigir, dar órdenes e instrucciones dentro de la esfera contractual (limpiaban veredas, pisos y espejos y de despedir personal (Ríos fs. 48) y como contrapartida, la otra parte (empleadas) tenían la obligación de someterse a las directivas que esta le impartía.

Finalmente, también se verificó la **subordinación económica**, porque la pretensora estaba excluida de los riesgos de la empresa, su única obligación hacia la contraparte radicaba en aportar su trabajo personal abonando un porcentaje de su facturación.

Ahora bien, la circunstancia que la actora utilizara sus propios instrumentos para la realización de las tareas encomendadas no impide que haya mediado relación de dependencia como se viene sosteniendo, pues ésa parece ser una de las modalidades de la prestación, tal como surge de los testimonios analizados. (en igual sentido confrontar argumentos de la causa "Pino, Rodrigo Tomas c/ Peinados Pino SA y otros s/ despido"- CNTRAB -Sala III - 16349/01 S. 85006-08/07/2003).

De igual modo: **"El hecho de que el trabajador presentara facturas por honorarios no altera la naturaleza jurídica de la relación que medió entre las partes ni permite concluir que se trataba de una locación de servicios, puesto que no interesa la calificación que las partes involucradas den a la relación, ni la forma en que llamen a la retribución por el servicio prestado, sino que lo relevante es la esencia de la vinculación que, en tanto traduzca una subordinación jurídica, es decir, una sujeción actual o potencial a directivas jerárquicas, importa una relación laboral de carácter dependiente. Lo determinante, en estas situaciones, es la subordinación con la empleadora, la integración a su estructura y la sujeción a las directivas de sus superiores"**



("Merel Adrian Ezequiel c/ Banco Finansur S.A s/ despido" - CNTRAB - Sala VIII Expte. 53.276/2010 - 28/11/2012).

Conforme este análisis, el fondo de comercio tenía como actividad principal declarada la de peluquería para hombres, mujeres y niños y se había instalado con el objeto que los peluqueros pudieran desarrollar sus actividades en un espacio adecuado a la actividad, abonando éstos un 30% de su facturación en concepto del uso de las instalaciones y provisión de productos. (conf. fs. 21 vta. contestación de demanda).

La contradicción que surge entre la figura jurídica que según la demandada unió a las partes y la realidad de la relación que resulta de las testimoniales aportadas, lleva a concluir que se adoptó una figura contractual, que develada como ha sido a través de las pruebas colectadas, muestra que medió una relación laboral dependiente por la existencia de la subordinación ya analizada.

Tal como señala Fernández Madrid (Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, 1ª edición, Tº I, pág. 581) **"El contrato de trabajo se inserta habitualmente en el marco de una organización empresarial...El hecho de que el trabajador dependiente, normalmente se incorpora a un establecimiento extraño, lleva consigno y determina el carácter del trabajo como heterónimo. Por eso la incorporación del trabajador adquiere tanta importancia para la existencia de la relación de trabajo. Pues ni el locador de servicios, ni el de obra, ni el mandatario, se integran, físicamente, a una unidad laboral ajena. Mantienen, por lo menos, la independencia de su conducta personal, que el trabajador dependiente en mayor o menor grado, subordina al mecanismo de la empresa. En resumen, la condición de trabajador se vincula con la ubicación que posea en la estructura de una empresa ajena y el contrato de trabajo se configura cuando una persona mediante el pago de una remuneración, pone su fuerza de**



trabajo al servicio de la empresa de otra que organiza su prestación, aprovecha los beneficios de la labor y corre con los riesgos consiguientes. Por tanto, encontramos en la relación que se traba con motivo del contrato los siguientes elementos: a) un servicio personal que califica al trabajo como un hacer infungible; b) el pago de una retribución por el trabajo recibido; c) el trabajo se pone a disposición de la empresa de otro y el empresario lo organiza, lo aprovecha y asume los riesgos del negocio”.

A tenor de lo señalado, se encuentra configurado en la especie el error valorativo en que incurre la sentencia que se revisa, con claro apartamiento de las constancias objetivas de la causa, circunstancia que justifica la revocación de lo decidido.

IV.- Establecida la existencia de la relación laboral dependiente y examinando la causa injuriante del despido indirecto -art. 242 LCT- el mismo deviene en justificado, en tanto ante su solicitud de registración laboral (TE. fs. 4), recibió como toda respuesta el rechazo de la intimación (TE. fs 6) y rechazo de su relación de dependencia por improcedente y malicioso (CD. fs. 7), lo que autorizó a la actora a darse por despedida (TE. fs. 3) y reclamar en consecuencia.

Por la negativa general sin explicaciones que efectúa la accionada, corresponde hacer efectivo el apercibimiento procesal de certeza contenidos en los arts. 21 de la ley 921 y 356 inc. 1 del C.P.CyC., teniéndose por reconocidos los documentos y piezas postales en su recepción, que dieron lugar al despido (fs. 3/8).

V.- Atento esta conclusión respecto de la configuración del despido indirecto corresponde analizar la procedencia de los rubros indemnizatorios y multas legales peticionadas al demandar, teniéndose presente que se trató de un vínculo no registrado.



La modalidad remunerativa pactada entre las partes se infiere de hechos relatados en la demanda (fs. 10), y la testimonial de González (fs. 71), que expresa que se cobraba \$ 180,00 diarios de porcentaje y se hacían 30 cortes en el día (lo que arroja una suma mensual de \$ 4.680,00 significando ello el 30% convenido).

Lo cierto es, que el C.C.T. N° 467/06 de trabajadores de peluquería determina esta "Comisión por Producción" o porcentaje (art. 34°).

Ahora bien, este último monto se debería haber complementado con el "Salario Mínimo Garantizado" (art. 32° convenio citado), del que da cuenta la pericia contable rendida en autos (\$2.600,00 mínimo garantizado de convenio - fs. 57/58) y que se solicita en el escrito de inicio con fundamento en que nunca le fue abonado.

Siendo así, es que se estará a que el salario mensual base de cálculo establecido en la demanda de \$ 5.100,00 que se ajusta a lo probado en la causa y guarda coherencia con las conclusiones a las que arriba el experto contable.

Por lo considerado y de acuerdo a los conceptos indemnizatorios que se reclaman, la demanda prosperará en lo principal conforme la liquidación de fs. 13 vta./14, haciéndose mayor referencia y análisis a los rubros que fueron objeto de cuestionamiento, a saber:

1.- Indemnización por despido: a tenor de lo previsto en el art. 245 de la LCT y la antigüedad de 29 meses (\$15.300,00).

2.- Indemnización sustitutiva de preaviso y su SAC: de conformidad a lo preceptuado en los arts. 231 y 232 LCT (\$5.100,00 y \$425,00 respectivamente).

3.- Vacaciones adeudadas: conforme el art. 150 de la LCT se solicitan 28 días (\$4.760,00).



4.- Días trabajados de diciembre de 2010; Integración mes de despido y su SAC: acorde al art. 233 LCT (\$340,00; \$4.760,00 y \$ 396,00 respectivamente).

5.- SAC adeudados por 24 meses:(\$10.200,00).

6.- Certificados y multa del art. 80 LCT: ante la omisión de entregar el certificado de trabajo en que incurre la demandada (\$15.300,00) luego de haber sido intimada de manera fehaciente (telegrama del 07/01/2011 - fs. 5), habiendo transcurrido 30 días de comunicado el distracto (02/12/2010 - fs. 3).

7.- Multas de los art. 8 y 15 ley 24013: conforme el requerimiento explícito de intimación para su aplicación (art. 47 Ley 25.345 modificatorio del artículo 11 de la Ley 24.013), el mismo, se tiene por cumplido con el telegrama del 25/11/2010 al empleador (fs. 4) y el Formulario Multinota de la AFIP de igual fecha (fs. 8). Este formulario F.206/M puede solicitarse en cualquier dependencia de la AFIP y son puestos a disposición de los contribuyentes, en el marco de la Ley 25.345 de Prevención de la Evasión Fiscal, que regula, entre otras cuestiones, sobre normas referidas a las relaciones laborales y el empleo no registrado; en consecuencia ante la falta de registración y el despido incausado constatados, procederán las sanciones previstas en los arts. 8 y 11 de la Ley 24.013 por \$36.975,00 y \$25.160,00 respectivamente.

8.- Multa art. 2 de la ley 25.323: en tanto la demandada fue oportunamente intimada a abonar las sumas indemnizatorias del distracto (fs. 3) y la trabajadora se vio obligada a litigar judicialmente (\$12.580,00).

9.- Diferencias salariales por los últimos 24 meses de salario mínimo: por la falta de pago del "Salario Mínimo Garantizado" C.C.T. N° 467/06 -art. 32° (\$62.400,00).

10.- Multa del art. 132 bis LCT: no se hará lugar a esta sanción conminatoria, en tanto no se aplica a contratos no registrados, ya que, si no hay registración, no puede haber



retención alguna; y no debe confundirse la retención indebida con la falta de ingreso de las sumas debido a la ausencia de registración.

11.- El monto de lo adeudado asciende a **\$189.596,00**. A esta suma, deberán adicionarse los intereses que se devengarán desde la mora 02/12/2010 -fecha del distracto- a la tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén hasta el 14 de agosto de 2015; y de allí hasta el efectivo pago, a la que fije el Banco Central de la República Argentina, de conformidad con lo establecido en el art. 768 inc. c) CCyC, debiéndose utilizar aquella hasta que la última sea publicada (TSJ-Ac. 1590/2009 "Alocilla Luisa del Carmen y otros c/ Municipalidad de Neuquén s/ Acción Procesal Administrativa" (Expte. n° 1701/06).

VI.- Por todo lo expuesto y considerado, es que propondré al acuerdo que acogiendo favorablemente la apelación de la actora, se revoque la sentencia de fs. 91/94 en lo que ha sido materia de recurso; y en su mérito, hacer lugar a la demanda interpuesta por la suma de \$189.596,00 al 2 de Diciembre 2010 -fecha del distracto- que es integrativa de los rubros desarrollados en el considerando IV, con más intereses fijados en el capítulo anterior.

VII.- Imponer las costas en ambas instancias a la demandada vencida conforme se resuelve (arts. 17 L.921 y 68 del C. Procesal).

VIII.- Dejar sin efecto los honorarios regulados en la sentencia de grado los que adecuados a presente pronunciamiento, se fijan en el 16% para la letrada patrocinante de la actora y en el 11,2% y 4,48% para los letrados patrocinante y apoderado de la demandada, respectivamente. Las costas de alzada serán impuestas a la accionada por idéntico fundamento y los honorarios profesionales en esta etapa serán regulados en un porcentaje



del 30% de los fijados en primera instancia (art. 15 de la L.A.).

Tal mi voto.

El Dr. Ghisini, dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala III**

RESUELVE:

1.- Revocar la sentencia dictada a fs. 91/94, y en su mérito, hacer lugar a la demanda condenando a la demandada Lucia Lamilla a abonar a la actora Arcelia Campos Justiniano, en el término de 5 (cinco) días de notificada la presente, la suma de \$189.596 al 2 de Diciembre 2010 -fecha del distracto- que es integrativa de los rubros desarrollados en el considerando IV, con más intereses fijados en el capítulo anterior, que integran este pronunciamiento.

2.- Imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida (art. 17 Ley 921).

3.- Dejar sin efecto los honorarios regulados en la instancia de grado, los que adecuados al nuevo pronunciamiento (art. 279 C.P.C.C.), se establecen en los siguientes porcentajes: para el Dr. ..., patrocinante de la actora, en el 16%; para la Dra. ..., patrocinante de la demandada, en el 11,2% y para el Dr. ..., apoderado, en el 4,48% y para la perito contadora ..., en el 4%, de la base regulatoria (capital mas intereses) (arts. 6, 7, 10, 11, 20 y 39 L.A.).

4.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 35% de lo que oportunamente se fije en la instancia de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

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



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori
Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA