NEUQUEN, 10 de septiembre del año 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"SALINAS DANIELA ALEJANDRA C/ FAMAR S.R.L. Y OTROS S/ DESPIDO INDIRECTO POR FALTA DE REGISTRACION O CONSIGNACION ERRONEA DE DATOS EN RECIBO DE HABERES"**, (**JNQLA4 EXP** N° **503959/2014**), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. Patricia **CLERICI dijo:**

I.- Los codemandados Famar S.R.L. y Mauricio Gabriel Fabi interpusieron recurso de apelación contra la sentencia de fs. 228/243, que hace lugar a la demanda respecto de Famar S.R.L. y de Mauricio Gabriel Fabi, y la rechaza respecto de Carla Cristina Piro, con costa en ambos casos a los perdidosos.

A) Los recurrentes se agravian, en primer lugar, por la fecha de ingreso de la actora tenida por cierta en la sentencia de primera instancia.

Explican que su parte sostuvo que la fecha de ingreso de la trabajadora fue el 1 de octubre de 2013, en tanto que la demandante sostiene que fue el 6 de septiembre de 2012.

Dicen que la conclusión del a quo se basa en la prueba testimonial, señalando que los testigos Arrua y Diocares declararon haber sido visitados por la actora en el año 2012. Sin embargo, argumentan los apelantes, tales testimonios son genéricos, vagos, difusos e imprecisos, y no brindan contundencia respecto de la fecha de ingreso. Precisa que los testimonios sostienen que fueron visitados por la

actora en el año 2012, pero no recuerdan el mes y tampoco saben para qué empresa trabajaba la demandante.

Igual sucede, en opinión de los recurrentes, respecto de las tareas desempeñadas por la actora, categoría laboral y remuneración.

Señalan que los testimonios no pueden determinar siquiera para quién trabajaba la accionante, no surgiendo de los dichos de los testigos que la actora ofreciera los productos de la empresa demandada, aunque sí afirman que cobraba, pero ello genera la duda de si la trabajadora hacía esas ventas a título personal.

Concluye en que no se encuentra acreditado que la actora fuera viajante de comercio. Cita jurisprudencia respecto del régimen de la ley 14.546, y transcribe parcialmente dichos de los declarantes.

Formula queja por la inclusión del SAC en la base de cálculo de la indemnización por antigüedad.

Se agravian por la extensión de la condena al demandado Mauricio Fabi.

Nuevamente, sostienen los quejosos, se considera que el demandado Fabi es solidariamente responsable por los dichos de los testigos, en el entendimiento que la relación laboral estaba parcialmente no registrada.

Afirman que no existe elemento alguno que haga presumir que Famar S.R.L. sea una sociedad fantasma, evada obligaciones tributarias o persiga fines extra societarios. Cita jurisprudencia.

Apelan los honorarios fijados al letrado de la actora, considerando que exceden las pautas establecidas por la ley 1.594 al fijarse el 28% de la base regulatoria.

Apelan los honorarios del letrado de la demandada Piro, por bajos.

Formula reserva del caso federal.

B) La parte actora contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 256/257 vta.

Dice que con relación a la fecha de ingreso debe primera el principio de la realidad y que los testimonios de autos manifiestan que la actora les vendió mercadería en el año 2012.

Iguales consideraciones realiza respecto del agravio referido a la categoría laboral de la demandante, y agrega que la demandada no ha acreditado que la trabajadora vendiera mercaderías por cuenta propia.

En lo que refiere a la condena solidaria al señor Fabi, sostiene que es correcto el proceder del a quo, dado que habiendo transcurrido un período importante de la relación laboral sin que ella fuera registrada, la evaluación de la conducta del socio gerente resulta coherente, ya que la falta de registración de la relación laboral constituye un hecho doloso.

C) A fs. 258 el juez de grado tiene por no interpuesto el recurso arancelario respecto de los honorarios del letrado de la codemandada Piro.

II.- Ingresando en el análisis del recurso de autos, y en lo que interesa para su resolución, el juez de grado ha determinado que la fecha de ingreso de la

trabajadora es la denunciada por ella, y no la que consta en el recibo de haberes, y que la categoría profesional de la actora es viajante de comercio y no vendedor B, conforme consta en el recibo de haberes.

Sobre estos dos aspectos se agravia la demandada, entendiendo que no existe prueba en autos que avale estos extremos, y entiendo que le asiste razón al apelante.

La sentencia de grado funda sus conclusiones en la prueba testimonial, la que, además, constituye el único medio probatorio que aporta datos sobre los hechos debatidos.

Tres testigos han declarado en autos. El señor Mario Alejandro Astete era vecino de la demandante, y declara que siempre la veía salir a la señora Salinas con un maletín, y que era preventista o cobradora, y que esto lo sabe por qué una vez le presentó *"unas carpetas de galletitas que vendía, de una empresa mayorista que estaba en la calle Chile, no sé si Arcor, eso me lo dijo ella. Debe ser hace un año o dos…nunca le pregunté el nombre de la empresa…Ella iba a los kioscos y recibía o entregaba mercadería, es lo que ella me dijo"*(acta de fs. 174/vta.).

Las restantes declaraciones testimoniales se encuentran video grabadas. El testigo José Luis Diocares es de profesión albañil y dice conocer a la actora porque le vendía productos en su domicilio. El adquirió una mesa y sillas. Agrega que la actora tenía un catálogo, y que esto sucedió aproximadamente cuatro años atrás desde el momento de la declaración. Preguntado sobre el nombre de la empresa para la que vendía la demandante dice no saberlo.

Por su parte la testigo Andrea Ramona Arrua dice ser ama de casa y que conoce a la actora porque le vendió productos en su domicilio, y agrega que también se los cobraba. Sostiene que la demandante pasó en el año 2012 por su casa y le vendió una cocina a gas, mesas y sillas. Sostiene en su declaración que la demandante trabajaba para alguien, pero no recuerda el nombre ni la dirección de la empresa, y que también pasaba otro cobrador.

De acuerdo con los testimonios rendidos en la causa tenemos que la demandante vendía y cobraba productos a domicilio, pero más allá de este hecho concreto, no encuentro que surja de la prueba testimonial que esta venta y cobranza se realizara por cuenta o a nombre de la sociedad demandada.

Los testigos no conocen o no recuerdan la empresa en cuyo nombre la actora les vendió productos (en el caso de los dos últimos), o para quién trabajaba (en el caso del primero de ellos).

El testigo Astete ubica a esa empresa en la calle Chile de esta ciudad, pero en los recibos de haberes de fs. 8/16 el domicilio de la demandada es calle ... de la ciudad de Neuquén, siendo éste último también el domicilio donde remitió sus comunicaciones postales la demandante (fs. 3) y en el cual se notificó el traslado de la demanda (fs. 52/53).

Luego, el testigo Astete declara que la actora le mostró unas carpetas o catálogo de galletitas que ella vendía, en tanto que la testigo Arrua dice que la demandante le vendió una cocina a gas, mesa y sillas (aunque esta venta no consta en las planillas acompañadas por la demandante); y el testigo Diocares dijo que le compró una mesa y sillas.

Pero, en su demanda, la actora sostiene que la accionada se dedica a la comercialización de electrodomésticos industriales y de hogar, por lo que no resulta compatible esta actividad, reconocida por la propia parte actora, con la venta de galletitas, mesas y sillas.

Consecuentemente, y si bien es cierto, como lo señalé, que la actora se dedicaba a la venta de productos a domicilio, y a partir de ello puede ser incluida en la categoría profesional de viajante de comercio, lo que no se ha acreditado es que esa actividad la desarrollara para la demandada, teniendo en cuenta que la exclusividad no es una nota característica del contrato de trabajo.

Por ende debe estarse a la categoría profesional reconocida por la demandada: vendedor B.

Similares imprecisiones encuentro respecto de la fecha de ingreso.

Dado que los testigos no han podido relacionar la relación tenida con la actora con la accionada, va de suyo que este déficit alcanza a las fechas por ellos indicadas.

Además, tampoco advierto que los testigos sean precisos en que los hechos que relatan se remonten al año 2012.

La única testigo que afirma categóricamente que la actora la visitó en el año 2012 es Andrea Arrua. En cuanto al testigo Diocares, habla de cuatro años atrás, por lo que partiendo de la fecha de la declaración testimonial (15 de abril de 2016, fs. 183), los hechos se ubicarían en el año 2012, pero de las planillas acompañadas por la parte actora surge que la venta a este testigo fue realizada el 26 de junio de 2013 (fs. 26).

Finalmente, el testigo Astete ubica su relato un año o dos antes de la fecha de la declaración (30 de septiembre de 2015), por lo que cuanto mucho llegamos al año 2013.

De lo dicho se sigue que no estoy de acuerdo con el juez de grado cuando entiende que la relación laboral que unió a las partes estuvo mal registrada, ya que con la prueba aportada a la causa no se ha podido acreditar que la fecha de ingreso de la actora fuera anterior en prácticamente un año a la que consta en el recibo de haberes, ni tampoco que su categoría laboral fuera la de viajante de comercio.

III.- Sentado lo anterior, corresponde analizar de qué modo tal resolución influye sobre los distintos rubros indemnizatorios acogidos en la sentencia de primera instancia.

En primer lugar, debe revocarse la decisión del a quo de tener por justificada la situación de despido indirecto en que se colocó la trabajadora, en tanto no ha existido ni omisión de registración ni errónea registración por parte de la demandada.

Esto determina que se deje sin efecto la condena al pago de los distintos rubros que integran esa condena.

IV.- Asimismo, no existiendo déficits en la registración de la relación laboral de la demandante, debe revocarse la condena solidaria respecto del codemandado Mauricio Gabriel Fabi.

V.- Lo resuelto en los apartados precedentes me exime de analizar los restantes agravios formulados por la recurrente y la apelación arancelaria.

VI.- En consecuencia, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación de autos y modificar parcialmente la resolución recurrida, rechazando también la demanda respecto de Famar S.R.L. y de Mauricio Gabriel Fabi.

Las costas por la actuación en ambas instancias son a cargo de la parte actora, que ha resultado vencida (arts. 17, ley 921 y 68, CPCyC).

En virtud de lo dispuesto por el art. 279 del CPCyC, se dejan sin efecto las regulaciones de honorarios de la sentencia de primera instancia, y se fijan los emolumentos por la labor en dicha instancia en el 22,4% de la base regulatoria (compuesta por el monto de demanda con más sus intereses liquidados de conformidad con la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén, desde la fecha de interposición de la acción -15/9/2014- y hasta la de la sentencia de grado -27/3/2019-, conforme art. 20, ley 1.594) para el letrado apoderado de la parte demandada Dr. ... (esta regulación comprende la actuación profesional del letrado por los tres demandados); y 15,68% de la base regulatoria para el letrado apoderado de la parte actora Dr. ..., todo de acuerdo con lo prescripto por los arts. 6, 7, y 10 de la ley arancelaria.

Los honorarios del perito contador ... se fijan en el 4% de la base regulatoria, considerando la labor cumplida y la adecuada proporción que debe guardar la retribución de los profesionales auxiliares con la de los abogados de los litigantes.

Por la actuación ante la Alzada se determinan los honorarios de los Dres. ... y ... en el 30% de la suma que se liquide para cada uno de ellos, por igual concepto y por su labor en la instancia de grado (art. 15, ley 1.594).

El Dr. José I. **NOACCO dijo:**

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, **esta Sala II**

RESUELVE:

I.- Modificar parcialmente la sentencia de fs. 228/243, rechazando también la demanda respecto de Famar S.R.L. y de Mauricio Gabriel Fabi.

II.- Imponer las costas por la actuación en ambas instancias a la actora vencida (arts. 17, ley 921 y 68, CPCyC).

III.- Dejar sin efecto las regulaciones de honorarios de la sentencia de primera instancia, fijándolos en el 22,4% de la base regulatoria (conforme lo dispuesto en los Considerandos) para el letrado apoderado de la parte demandada Dr. ... (esta regulación comprende la actuación profesional del letrado por los tres demandados); 15,68% de la base regulatoria para el letrado apoderado de la parte actora Dr. ... (arts. 6, 7, y 10, ley 1.594); y el 4% para el perito contador ….

IV.- Regular los honorarios de los letrados por la actuación ante la Alzada de los Dres. ... y ... en el 30% de la suma que se liquide para cada uno de ellos, por igual concepto y por su labor en la instancia de grado (art. 15, ley 1.594).

V.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

DRA. PATRICIA M. CLERICI - DR. JOSE I. NOACCO
Dra. MICAELA S. ROSALES - Secretaria