



Neuquén, 28 de abril del año 2021.

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: **"DUARTE GRACIELA DEL CARMEN C/ TRANSPORTES ALMONZORA S.A. S/ DESPIDO"**, (JNQLA5 EXP N° 509815/2017), 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, **el Dr. José Ignacio NOACCO dijo:**

I. Contra la sentencia definitiva dictada el día 20 de Agosto de 2020 (fs. 234/240) que hace lugar a la demanda interpuesta por Graciela del Carmen Duarte condenando a la empresa Transportes Río Almanzora S.A. al pago de la indemnización por antigüedad más los rubros derivados de la misma y multas de la ley 25.323, apela la accionada a fs. 243/249 con agravios contestados por la accionante a fs. 251 y vta.

Manifiesta el recurrente que la sentencia incurrió en arbitrariedad y error en la prueba y en el derecho.

Aclara que la demanda fue interpuesta contra la persona jurídica Transportes Río Almanzora S.A. y pretender tener por realizados para aquella los años de servicio cumplidos bajo las órdenes y dependencia de Ángela Parra Parra, es ajeno a la realidad, carece de fundamento y resulta arbitrario.

Afirma que los testimonios dieron cuenta que la presencia de la actora en diversos tiempos, jornadas y

espacios físicos respondió a estar en presencia de dos relaciones laborales distintas con empleadores diferentes.

Agrega que la decisión se basó en declaraciones sobre hechos sucedidos hace muchos años y conocidos por comentarios de la propia actora.

En cambio, sus testigos declararon en forma coherente, sin discrepar en cuanto a la jornada, lugar de trabajo y fechas, sobre hechos percibidos en forma personal y directa.

Considera que la liquidación realizada no tuvo en cuenta la jornada laboral realmente desarrollada resultando falsa y desproporcionada.

En el segundo agravio, aduce que la sentencia no abordó la renuncia de la actora efectuada el 30/9/2011, liquidando arbitrariamente los rubros reclamados desde el 1/2/1999 hasta la fecha del distracto.

Por último, señala que el despido indirecto fue abusivo en tanto la empresa se notificó en forma simultánea de la intimación por incorrecta registración como de la aplicación del apercibimiento de despido.

Considera que estando consumado el despido su respuesta era indiferente y la situación era irreversible.

Manifiesta su desacuerdo con la jueza de grado quien entiende que la actora sólo debía probar que las circunstancias invocadas en la intimación eran ciertas, cuando en realidad, correspondía determinar si existió o no silencio a sus reclamos y si era hábil para considerarse despedida.

Solicita se revoque la sentencia con costas.

II. Corrido el traslado, contesta el actor los agravios expresados por su contraria y solicita se ratifique el fallo con costas a la demandada.

III. Ingresando al tratamiento de las cuestiones sometidas a esta Alzada debo señalar que el recurso no puede prosperar.

En efecto. La sentencia consideró procedente el despido indirecto y condenó a la empresa Transportes Río Almanzora S.A. al pago de la indemnización por antigüedad más los rubros derivados de la misma y multas de la ley 25.323.

Dicha decisión se basó en los testimonios de Campos y Trecañanco dando cuenta que la Sra. Duarte trabajó para la demandada con anterioridad a la fecha de ingreso registrada, realizando tareas de maestranza tanto en la empresa demandada como en el hogar familiar de la Sra. Ángela Parra Parra que se encontraban en el mismo predio de la "base chica", como en la "base nueva" de la empresa.

1. El quejoso aduce que la sentencia valoró erróneamente la prueba y aplicó el derecho arbitrariamente, sosteniendo que los testigos ofrecidos por la actora depusieron sobre hechos que no percibieron por sí mismos, sino que fueron obtenidos de oídas.

Analizando la prueba producida, en primer lugar advierto que el testigo Campos fue ofrecido por la demandada y no por la actora y que su testimonio sí versó sobre hechos sucedidos ante su presencia.

En efecto. Mencionó que laboró para la demandada en dos periodos distintos, desde el 2004 al 2007 y del 2010 en adelante.

Luego, al responder si recordaba haber visto a la actora durante el primer periodo, refirió que observaba que

ella hacía tareas de limpieza en la oficina, sin dar más detalles porque eran diez o quince minutos que él estaba en la oficina entregando remitos, recibiendo órdenes de su superior y enseguida se retiraba al camión, por lo que tampoco podía decir si cumplía horario.

Si bien no brindó mayores detalles acerca de las circunstancias ni aportó datos relevantes y precisos acerca de los hechos debatidos, afirmó haber visto a la Sra. Duarte realizando tareas de limpieza en la oficina durante la primera época, es decir, desde el año 2004 al 2007.

Por otro lado, el testigo Trecañanco manifestó haber comenzado a trabajar para la demandada en el año 2006 y haber visto a la actora realizar la limpieza en las oficinas. Dijo conocer que hacía años que trabajaba allí por el comentario de los empleados más antiguos.

No obstante que la prueba testimonial distó mucho de ser categórica y no dejar lugar a dudas, lo cierto es que los testigos sitúan a la Sra. Duarte trabajando en las oficinas de la empresa como maestranza en los años 2004 (Campos) y 2006 (Trecañanco), es decir con anterioridad a la fecha de registración laboral, en el año 2009.

Adviértase que aun cuando el conjunto de las declaraciones no fueron categóricas en relación a la fecha de ingreso, si lo fueron en cuanto a que la Sra. Duarte ingreso en una fecha anterior a la afirmada por la empresa.

Por ello, siendo razonable la duda en relación a la fecha de ingreso, en virtud del art. 9 de la LCT, debe resolverse en el sentido más favorable a la trabajadora conforme lo requirió en el libelo de demanda.

Esta Sala en su anterior composición ha dicho que: "...de acuerdo con la nueva redacción del art. 9 de la LCT

(conforme Ley 26.248), en caso de duda en la apreciación de la prueba, los jueces se decidirán en el sentido más favorable al trabajador. "El in dubio pro operario puede tener una virtualidad importante en cuanto a los hechos, en el sentido de aceptar aquellos dudosos, no plenamente o insuficientemente probados, en orden a que resulten más favorables para el trabajador que para sus contradictores... La duda por la cual debe favorecerse al trabajador no es la que surge de la ausencia total de pruebas, al menos debe existir una prueba (de cualquiera de las partes) que lleva a presumir que las cosas ocurrieron de acuerdo con los dichos del trabajador ... la desigualdad que existe entre el trabajador y el empleador existe antes, durante y después de la relación laboral, siendo en este último momento una de las causas por las cuales el trabajador verá como muy dificultoso producir prueba evidente e irrefutable de que sus dichos son ciertos, logrando en la mayoría de los casos acercar al juez sólo una duda razonable de que sus dichos son ciertos. Por este motivo, si esta duda no es evacuada por la prueba de su empleador, al momento de inclinar su voto y evaluar cuál fue la realidad de los hechos, el juez debe inclinarse a tener por ciertos los dichos del trabajador en cuanto guarden relación con hechos posibles y reales... No se trata necesariamente de que el tribunal supla deficiencias probatorias, aunque ello puede ocurrir, 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" (Serrano Alou, Sebastián, "El principio in dubio pro operario y la apreciación de la prueba", Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social, Ed. Abeledo-Perrot, T. 2009-A, pág. 980) - autos "Retamosa c/ Comunicaciones y Medios S.A.", Expte. n° 373.478/2008, sentencia del 1/2/2011; autos "Paniagua c/ Caterino", expte. n° 379.223/2008, sentencia del 5/2/2013, entre otros-." (Conf.

"Mañueco Jorge C/ Performance S.A. S/Despido Directo Por Causales Genéricas", (JNQLA3 Expte. N° 500509/2013), 25/7/2019). Por otra parte, la demanda fue interpuesta contra Transportes Rio Almonzora S.A. siendo materia de discusión en autos la fecha de inicio de tareas para la empresa, no para el hogar familiar situado en el mismo predio donde se encontraban los establecimientos y en el cual también fue vista prestar tareas.

Por otra parte es sabido que, siguiendo el principio de la primacía de la realidad, es tarea del juez laboral buscar la verdad material y verificar la real naturaleza de la relación y la verdadera modalidad de las prestaciones prescindiendo de aquellas apariencias y formalidades impuestas por la parte empleadora.

En esta hipótesis entiendo que carece de relevancia que la actora hubiera realizado tareas domésticas en el hogar denunciado dentro del mismo predio en el que, al mismo tiempo, realizaba la limpieza de las oficinas de la empresa, prestando su voluntad a un artificio propuesto por el empleador con el fin de eludir la ley laboral, puesto que "...la noción de orden público es, en nuestro sistema legal, más fuerte que el respeto a la voluntad de las partes, toda vez que el legislador social conoce de antemano que de ordinario la parte más fuerte de la relación de trabajo está en condiciones de imponer la modalidad de contratación y que quien sólo tiene para ofrecer su capacidad laborativa (el trabajador) no tiene de ordinario más oportunidad que aceptar cualquier instrumentación aunque aparezca como perjudicial a sus intereses." (CNAT S.X. S.D. 14569 del 13/09/06. Exp. 6.465/ 05 "RIZZUTTO, Analía c/ H.S.B.C.New York Life Seguros de Vida Argentina S.A. s/ despido". (M.-C).

En relación a la jornada que cumplía y la determinación de las remuneraciones devengadas, la accionada insiste en afirmar que la actora sólo trabajaba pocas horas tres veces por semana.

No obstante no rebate la conclusión a la que arribó la sentenciante considerando el conocimiento parcial de los testigos dado los distintos espacios físicos en los que trabajaba la actora y los diferentes lapsos trabajados por los testigos y la falta de presentación de las planillas horarias de la ley 11.544.

Por otra parte, surge de la Constancia de baja ante Afip, que la modalidad de contrato denunciada fue: "008-A tiempo completo indeterminado/Trabajo permanente".

Por lo expuesto, siendo que la magistrada fundó clara y acabadamente su resolución realizando una correcta valoración de las pruebas indicando cuáles fueron evaluadas para tomar su decisión, la queja articulada será desestimada.

2. También resulta improcedente el planteo efectuado sobre la renuncia de fecha 30/9/2011.

En primer lugar, cabe señalar que la actora luego del reingreso a las órdenes del mismo empleador no realizó ningún reclamo respecto a su registración; sin embargo, al contestarse la demanda a pesar de mencionarse el hecho, no se interpuso ninguna defensa.

Como es sabido, la prescripción no puede ser decretada de oficio y en virtud del art. 277 del CPCyC esta Cámara tiene vedado fallar sobre capítulos no propuestos a los jueces de primera instancia.

Por otra parte, el art. 18 de la LCT concede al trabajador todos los beneficios derivados de su antigüedad (vacaciones, preaviso e indemnización) teniendo como tiempo de

servicio aquel efectivamente trabajado desde el comienzo del primer vínculo; independientemente de su modalidad, del régimen jurídico aplicable o del motivo por el cual se produjo la interrupción.

En consecuencia, habiéndose reconocido en la sentencia la fecha de ingreso de la actora, la renuncia denunciada no resulta obstáculo para que se liquide la indemnización que resulta acorde a la verdadera antigüedad de la vinculación laboral.

3. En lo que respecta al modo en el que la actora procedió a considerarse despedida entiendo que no se ha configurado abuso.

Es cierto que la empresa se notificó simultáneamente de la intimación al registro de la verdadera antigüedad y del pago de distintos rubros, como así también de la aplicación del apercibimiento de despido.

Y también que dichas intimaciones fueron cursadas mediante telegramas que gozan de registro informático y control en todo su trayecto, conforme Ley 23789 y Decreto 150/96, por lo que el silencio de la demandada NO existió y así fue declarado por la sentenciante.

No obstante ello, señala Ojeda, que "... una vez cursada la intimación, el trabajador podrá considerarse despedido si mediara silencio del emplazado (Art. 57, LCT) o si rechazara el reclamo (por considerarlo improcedente, o falta de sostén factico, u otros motivos). Para ello deberá mediar un nuevo acto expreso que materialice la decisión rescisoria."

"Es criterio generalizado considera que el trabajador debe esperar el plazo concedido al empleador para que responda su intimación o cumpla con su objetivo. Sin

embargo, también se ha considerado que podría mediar una disculpa de la resolución ante tempus -por haber enviado el obrero la segunda comunicación dándose por despedido horas antes del vencimiento del plazo- si la empresa pudiera demostrar fehacientemente su voluntad de cumplimiento y de liberación antes del vencimiento el plazo acordado en el emplazamiento. ..." (Conf. Ojeda, Raúl Horacio "Revista de Derecho Laboral, Extinción del contrato de trabajo - IV "Teoría de la injuria laboral" pág. 43).

Desde esta óptica, si bien el despido indirecto en el que se colocó la actora fue apresurado, no implica un rigorismo insalvable, ni obsta a que se considere justificado, dado los términos vertidos por la accionada en la respuesta a la intimación que dejó clara la voluntad de rescindir el vínculo en caso de negativa a sus reclamos.

Por ello, resulta errado afirmar que la cuestión no era el contenido de su respuesta, sino la existencia o no de silencio a los reclamos de la actora que fuera hábil para considerarse despedida; en tanto la configuración del silencio del empleador en los términos del art. 57 de la LCT, sólo genera exclusivamente una presunción de incumplimiento contractual en su contra.

Distinto habría sido el caso si la accionada hubiera contestado la intimación reconociendo los reclamos y la actora, pese a la inexistencia de silencio, continuara en su posición rupturista.

Por todo lo expuesto, considero que el despido indirecto se encontró justificado debiendo rechazarse el agravio expresado y confirmar la sentencia atacada en tal aspecto.

IV. Por las razones expuestas, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y confirmar la sentencia de grado, en todo lo que ha sido motivo de recurso y agravios.

Costas a cargo de la demandada vencida (art. 68 del CPCyC y 17 de la ley 921).

Los honorarios de los intervinientes en esta instancia se regularan en el 30% de lo que se establece en la instancia de grado de conformidad con la Ley Arancelaria vigente.

**La Dra. Patricia CLERICI dijo:**

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

Por ello, esta **Sala II**

**RESUELVE:**

**I.-** Confirmar la sentencia dictada en fecha 20 de agosto de 2020 (fs. 234/240) en todo lo que ha sido materia de recurso y agravios.

**II.-** Imponer las costas a la demandada vencida (art. 17 ley 921 y 68 del CPCyC).

**III.-** Regular los honorarios de los Dres..... en el doble carácter por la demandada y los del Dr....., como patrocinante de la misma parte, y los del Dr..... en el doble carácter por el actor, en el 30% de lo regulado en la instancia de grado (art. 15 de la ley de honorarios).

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

**Dra. PATRICIA CLERICI - Dr. JOSÉ I. NOACCO**  
**Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria**