NEUQUEN, 30 de octubre de 2018.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"HUGLICH MARIA EUGENIA C/ EL MOLINILLO S.R.L. S/ DESPIDO INDIRECTO POR FALTA DE REGISTRACION O CONSIGNACION ERRONEA DE DATOS EN RECIBO DE HABERES", (JNQLA1 EXP Nº 504019/2014)**, venidos en apelación a esta **Sala III** integrada por los Dres. Marcelo Juan **MEDORI** y 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.- Que a fs. 148/149 vta. obra el memorial de la demandada fundando el recurso de apelación planteado contra la sentencia de fecha 18 de abril de 2018 (fs. 138/145 vta.) que hace lugar a la demanda interpuesta por el actor contra EL MOLINILLO S.R.L. y la condena a abonar la suma $ 229.432,42, en concepto de diferencias en el cobro de la liquidación final, indemnización por daños y perjuicios y multas de los arts. 9 y 15 de la ley 24.013 por encontrar probada la fecha posdatada de ingreso de la actora y art. 2 de la ley 25323.

En este contexto la demandada funda su apelación argumentando que la sentencia agravia a su parte por ser arbitraria y no ajustada a derecho, enmarcando su queja en dos cuestiones bien definidas. Aduce, por un lado, que al considerar la fecha de ingreso, el a-quo se limita a ponderar las declaraciones testimoniales de los cuatro testigos ofrecidos por la actora, haciendo caso omiso a la contestación del oficio por parte de la AFIP, donde consta que la relación laboral data del año 2013 (contra lo pretendido por la actora el 25/08/2007). Y por otra parte, considera que es errónea la fecha de despido que tiene en cuenta la sentencia en crisis, esto es, el 8/11/2013 (fs. 9) sosteniendo que la real fecha en que se produjo el distracto surge del acta notarial, y es el día 30/10/2013.

Que sobre el particular, el Juez A-quo consideró insuficiente el acta notarial y le restó valor, por considerar que no surgía de ella la individualización de la actora, dado que si bien analiza que el notario al pie de la escritura pública señala de puño y letra que dio lectura del contenido de la misma a una persona “que dice ser la requerida” pero que no exhibe documento de identidad, la considera como no identificada.

Refiere que esta decisión es errónea ya que el art. 311 del Código Civil prevé que las actas pueden autorizarse aún cuando algunos de los interesados se rehúsen a firmar, de lo cual debe dejarse constancia.

Culmina su libelo recursivo solicitando se deje sin efecto la sentencia cuestionada, con costas a la contraria.

Sustanciado el recurso, el mismo, es respondido por la actora a fojas 151 /152 vta.

Sobre el agravio referido a la fecha de ingreso manifiesta, que los únicos cuatro testimonios vertidos en la causa fueron ofrecidos por su parte y que los mismos, son contestes en señalar que la incorrecta registración de la relación laboral era una práctica normal y habitual en el establecimiento de la demandada y que todos señalan como fecha de ingreso de la pretensora el año 2007.

A tal fin, transcribe las declaraciones de los testigos sobre la cuestión controvertida.

Relata que contra estos reconocimientos, el accionado pretende oponer la contestación del oficio de la AFIP que resulta ser una declaración que realiza la patronal en forma unilateral, por lo que juzga debe rechazarse este agravio.

Se expide luego, sobre la fecha del despido que consideró el decisorio (8/11/2013), entendiendo que tiene

plena validez, ya que la notificación del acta notarial jamás existió y prueba de ello es que la actora no fue identificada.

Considera que la presencia del gerente junto al notario no es suficiente para dar fe de identidad, puesto que no solo se requirió que identifiquen a la persona, sino que en el marco de una registración irregular, poco valor puede tener su sola presencia para dar transparencia y regularidad a un acto.

Culmina expresando que de revocarse este agravio y darle validez al acta del escribano, no resultarían procedentes las multas de la ley 24.013, pero si prosperaría la condena de la multa de la ley 25.323.

Peticiona.

II.- Reunidos los recaudos previstos en el art. 265 CPCyC a los efectos del tratamiento del recurso, el mismo invoca que la sentencia que recurre es arbitraria al establecer la fecha de ingreso de la actora y la falta de validez otorgada por el acta notarial de despido, determinando el acogimiento total de la demanda.

Respecto a la primera queja, el decisorio establece como fecha de ingreso el 25/08/2007, conforme se peticiona en la demanda y dan cuenta de ello los cuatro testimonios vertidos en la causa.

Es así que de las declaraciones de las Sras. Toro, Marín, Suárez y Suárez Ávila (fs. 93, 94, 95 y 102 respectivamente) son todas coincidentes en establecer como fecha de ingreso de la actora en el café “Bonafide” en el año 2007, bajo relación dependiente con el establecimiento “El Molinillo SRL”; a la vez que señalan que eran pocos empleados los que estaban en blanco y que la demandada tardaba meses y hasta años en registrarlos formalmente.

Estos cuatro testimonios resultan ser calificados, contundentes y concluyentes, dado que surgen ex

empleadas del demandado que sufrieron situaciones similares referidas a la falta de registración formal.

El demandado pretende contrarrestar estas declaraciones, con la información que surge de la contestación del oficio de la AFIP (fs. 63/64 y 80), pero a poco que se analicen las constancias de ese informe, se desprende su total inhabilidad en tal sentido.

Nótese que se desprende que “El Molinillo SRL” fue registrando a la demandante de manera irregular, por ejemplo la registra el 01/10/2009 y luego le dá de baja el 17/10/2009.

Luego procedió de igual forma, la registra el 13/02/2012 y le da de baja el 18/02/2012; para finalmente registrarla con fecha de inicio el 01/03/2012 –acorde lo expone en su contestación –dando por finalizado el vínculo el 30/10/2013.- (fs. 63/64 y 80).

Sobre la valoración de la prueba en materia laboral, esta Sala III ha sostenido invariablemente, que:

“La apreciación de la prueba en materia laboral se rige por los principios de la sana crítica (art. 386 del C.P.C.C.) y de la primacía de la realidad (art. 14 de la L.C.T. y 36 inc. 2 del C.P.C.C.), de manera que el proceso se convierta en el medio adecuado y eficiente para la realización del derecho sustancial” (cfme. arts. 14 bis de la Const. Nac.; 37 y ss. de la Const. Prov.; y 12 de la L.C.T.).

Y que:

“Por aplicación del principio de primacía de la realidad, el juez debe desentrañar las verdaderas características de la relación que unió a las partes, por sobre los aspectos formales de la misma”. (conf. Sala III en la causa “Entrena Andrea Carolina c/ Grupo Crear SRL S/ Despido”, (Expte. Nº 315.513/4 del 13/06/2006).

“Esta es una regla de interpretación para el juzgador según la cual por sobre la ficción que puedan haber

montado las partes se impone la realidad resultante de los hechos cumplidos durante la relación. Prima así la realidad sobre la forma, lo que en el proceso se ha de traducir en el relativo valor de la prueba documental respecto de la testimonial y en la apreciación de los reconocimientos efectuados por vía de confesión en orden a otros elementos de prueba. La simulación implementada por las partes y el fraude por el cual el empleador utilizando un camino desviado, pero legal, busca violar la ley laboral deben encontrar en las formas procesales y en la posibilidad de apreciación del juzgador, las vallas que eviten la frustración del principio protectorio, que afirmen la irrenunciabilidad de los derechos y en definitiva consoliden el orden público laboral". (conf. Sala III: "Reinoso Raúl Ornaldo y Otro c/ Oxi Sold SRL Y Otro /Despido por otras Causales", Expte. Nº 394200/9 - 07 de mayo de 2013).

En idéntico sentido se ha pronunciado el TSJ de la provincia, en numerosos pronunciamientos, al señalar:

"En materia laboral importa lo que ocurre en la práctica más que lo que las partes –entiéndase del contrato de trabajo- hayan pactado en forma más o menos solemne o expresa, o lo que luzca en documentos, formularios o instrumentos de control. Lo que interesa es determinar lo que ocurrió en el terreno de los hechos, lo que podrá ser probado en la forma y por los medios que se disponga en cada caso. Pero demostrados los hechos, ellos no pueden ser contrapesados o neutralizados por documentos o formalidades" (cfr. TSJ Ac. Nº 12/2012, "Álvarez Claramunt" - Expte. N° 85/2009-).

Recuérdese que el principio de primacía de la realidad constituye en materia laboral imperativo general para jueces en su deber de controlar el cumplimiento "real" de las leyes laborales con su ineludible espíritu protectorio priorizando la verdad de los hechos por sobre las apariencias de las formas adoptadas contractualmente.

Luego, y al amparo de estos principios enunciados, que otorgan primacía a la verdad real, cabe concluir en que en este caso concreto, no cabe duda, que hacer efectivo ese principio equivale a dar preeminencia a la prueba testimonial por sobre la instrumental de la AFIP (que ya fue analizada) y en consecuencia, tener por acreditado con los testimonios brindados, que el vínculo laboral tuvo inicio el 25/08/2007, mediante una relación laboral al margen de la ley.

A tenor de lo señalado, resulta correcta la valoración que se efectúa en la sentencia que se revisa, conforme las constancias objetivas de la causa, circunstancia que justifica que el agravio planteado por el demandado, cuestionando la fecha de inicio de la relación laboral determinada en la instancia de grado, no tenga acogida favorable.

Luego y como segunda queja referida a la invalidez que se le otorgó en la sentencia al acta notarial para proceder al despido (lo cual tiene que ver con la fecha de la finalización de la relación laboral), la misma tampoco tendrá acogida favorable.

Para así decidir, el a-quo –en opinión que comparto- tuvo en cuenta que el escribano señala de puño y letra en el acta, que dio lectura del contenido de la misma a una persona “que dice ser la requerida” pero que no exhibió DNI, con lo cual no tiene por acreditado que dicha persona sea la trabajadora de autos.

Lleva razón tal decisión, por cuanto, en el marco de los arts. 1001 y 1002 del Código Civil de Vélez, la identidad de la actora debió justificarse por la declaración de dos testigos instrumentales responsables de la identificación, haciendo constar en el cuerpo de la escritura el nombre y residencia de los mismos o bien por exhibición que se hiciere al escribano de documento idóneo. Cuestiones éstas, que faltaron en el acta mencionada, en tanto solo se constata

la presencia del empleador de la actora, circunstancia ésta que sin duda le resta credibilidad al acto por tener interés en el proceso.

Me he remitido al antiguo Código Civil, en tanto, es una relación jurídica que se constituyó cumpliendo los requisitos de la vigencia de la ley anterior, con lo cual no son alcanzadas por el efecto inmediato de las disposiciones de la nueva normativa de fondo. (Conf. arg. Lorenzetti Ricardo Luis, Director. “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, T° I, edit. Rubinzal Culzoni. Sta. Fe. 2014, págs. 45/47).

”Es así que la nueva ley no se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes antes de la vigencia del nuevo Código, pero sí alcanza a los posteriores al 1° de agosto de 2015”. (“La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, ed. Rubinzal -Culzoni).

Señalado lo anterior, y retomando el hilo argumental sobre la validez del acta notarial cuestionada, viene al caso traer a colación lo sentenciado en causas similares, en cuanto se resolvió que:

“la Escribana no justifica debidamente la identidad del actor (conf. art. 1002 del C. Civil) –omisión que obsta al alcance otorgado por el Juez de Primera Instancia al citado instrumento-, pues estamos en presencia de un acta notarial donde la cabal constatación de la identidad del requerido es fundamental para dilucidar la certeza de un acto, cuya existencia y alcance compromete la garantía constitucional de defensa en juicio de aquél”. (”Paredes, José María c/ Cañuelas Gas S.A. s/ Despido”- CNTRAB–Sala V- 13/07/2012 Expte.28929/09– SD 74279. elDial.com – AA798B publicado el 19/09/2012).

En igual sentido:

"Los arts. 1001 y 1002 del Código Civil exigen al escribano dar fe de que conoce a los otorgantes y si no fuere así podrán "justificar ante él su identidad personal con dos testigos que el escribano conozca, poniendo en la escritura sus nombres y residencia, y dando fe que los conoce" (conf. art. 1002). En la actualidad, en razón del anonimato que han generado las grandes ciudades, resulta cierto que el escribano toma contacto por primera vez con el interesado en el momento mismo de la celebración de un acto determinado. De modo tal que, en la práctica, la fe de conocimiento se ha transformado en "fe de identidad" o "fe de individualización". (L.284640- "Edificio Olazabal S.R.L. c/ Craviotto, Augusto Mario s/ Daños y Perjuicios"- CNCIV -SALA C- 13/04/2000/elDial.com -AA432).

"La obligación de dar fe de conocimiento exige al notario un juicio de certeza……llevaren a la convicción sobre la identidad. Y si no puede dar fe de dicho conocimiento, el escribano debe recurrir inexorablemente a la solución que le brinda el art. 1002: valerse de dos testigos de conocimiento que le aseguren la identidad de los contratantes” (E. 22359/92 "Milesi, Marta Susana c/ Merovich, Ricardo y otros s/ Daños y Perjuicios" - CNCIV - Sala J - 28/08/1998 / elDial.com - AA19A).

No obstante lo expresado, que de por sí, conlleva el rechazo de este agravio, he de abundar que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación,-Ley 26.994 01/08/2015-, propone idéntica solución que el anterior.

En su art. 306 prevé la justificación de identidad y analizando esta normativa que es conceptualmente igual a la del art. 1002 del Código Civil, el Profesor Doctor Alberto Bueres en su obra “Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado” Editorial Hammurabi SRL - edición 2015, explica que:

“La fe de conocimiento es la calificación o el juicio que el notario formula o emite basado en una convicción

racional que adquiere por los medios que estima adecuados, actuando con prudencia y cautela. El escribano debe cerciorarse de que quienes comparecen ante el sean efectivamente los que dicen ser, y además debe dejar constancia expresa en la escritura. Si no conociera a las partes debe hacer comparecer a dos testigos que acrediten la identidad".

Consecuentemente, se ha de confirmar lo así decidido en la instancia de grado sobre la real fecha de ingreso determinada y el despido incausado que se perfeccionó por el telegrama de fs. 9 con fecha 08/11/2013, en tanto en el acta notarial del 30/10/2013 no se constató cabalmente la identidad de la trabajadora, para tener como válida la ruptura que se pretendía notificar.

III.- Por todo lo analizado propongo al Acuerdo: 1.- El rechazo del recurso de apelación interpuesto por el demandado a fs. 148/149 vta. 2.- Confirmar el decisorio de primera instancia del 18/04/2018 (fs. 138/145 vta.) en cuanto dispone el acogimiento de la demanda. 3.- Imponer las costas de ambas instancias al demandado vencido (art. 17 Ley 921 y art. 68 del C. Procesal. 4.- Establecer que 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.- Confirmar la sentencia dictada a fs. 138/145 y vta., en todo lo que fuera materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada a la demandada vencida (arts. 17 Ley 921 y 68 C.P.C.C.).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo establecido en el pronunciamiento de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

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

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