--- En la ciudad de Trelew, a los días de agosto del año dos mil nueve, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, con la presidencia del Dr. Aldo Luis De Cunto y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Sergio Rubén Lucero y Raúl Adrián Vergara, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“Z., G. N. c/ P. Y B. S.A. s/ cobro de pesos – laboral (9127)”** (Expte. Nº 235 - año 2008) venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 200.----------

--- A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. De Cunto dijo: - ----------

--- Vienen estas actuaciones a conocimiento de la Alzada con motivo del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fs. 180 en contra del pronunciamiento definitivo dictado en autos a fs. 172/177 vta., por el cual se hace lugar a la demanda promovida por G. N. Z. contra P. y B. S.A., condenando a esta última a que en el plazo de cinco días, abone a la actora, la suma de $ 9.125,38, con más intereses y costas. ----

--- El recurso es concedido a fs. 181. A fs. 182/185 vta. obra el informe del art. 62 de la ley 69 presentado por la demandada, del que se confiere traslado a fs. 186, siendo contestado el mismo por la actora a fs. 187/190. ----------

--- I.- Haré en primer lugar un breve resumen de los agravios de la demandada y de su responde por parte de la actora.----------

--- 1) La demandada señala que la suerte del pleito dependía de la dilucidación de la fecha de ingreso de la actora, ya que la misma adujo que se produjo en 2002, mientras que la accionada alegó que fue el 01/02/03. Indica que, con excepción de la procedencia de la multa de $ 623 en virtud de lo dispuesto por el art. 2 de la ley 25323, debe abrogarse el resto de la condena, ya que su fundamento es la fecha de ingreso aducida en la demanda, la que no se corresponde con las acreditaciones efectuadas. Agrega que el sustento para asumir la convicción de que la actora ingresó a laborar en el año 2002, se basa en una prueba endeble, mientras que la afirmación de la patronal radica en prueba concreta ratificada por la propia actora.----------

--- Apunta que carece de sustento lo expuesto por la sentenciante en el sentido que no es aplicable a los trabajadores la doctrina de los actos propios. Cita doctrina al efecto. Indica que los actos propios de Z. están relacionados con la aceptación desde el inicio de la vinculación con la fecha de figuración en los recibos de haberes de su ingreso. Añade que no hubo ninguna observación en tres años, ni siquiera en la primera relación epistolar al disolverse el vínculo. Manifiesta que la jueza mencionó la prueba instrumental mas omitió tenerla en cuenta. Descartó los registros de la patronal por ser unilaterales, lo que es cierto respecto de los libros laborales, pero no consideró que la actora rubricó la ficha de ingreso donde figura la misma fecha que la del Alta Temprana cursada a la AFIP-DGI. Indica que son de aplicación las disposiciones de los arts. 1026

y concs. del C. Civil, dado que el reconocimiento judicial de la firma de la actora importó el reconocimiento de todo el cuerpo de escritura. Cita el art. 59 de la ley 20744. Suma a lo indicado la valoración especial que los jueces deben efectuar con relación al Libro Especial del art. 52 de la LCT. Reitera que la unilateralidad de los libros queda compensada con el reconocimiento de la ficha de ingreso por parte de la trabajadora. Cita doctrina, y concluye en que la documentación firmada por el trabajador hace plena prueba.----------

--- Seguidamente expresa que la “a quo” realizó una valoración inadecuada de los testigos, amén de que olvidó considerar que la prueba documental vence a la testimonial. Critica que sin fundamento alguno se invoca el principio de la primacía de la realidad, expresando que con ese pensamiento, no existiría razón para hacer firmar recibos de pago de haberes, de goce de vacaciones, ya que con un par de testigos, el beneficiario podría reclamarlos nuevamente. Señala que de esa manera la organización social, basada en la escritura para dar certeza a determinados actos, estaría parada sobre un tembladeral. Con cita del art. 58 de la LCT, expresa que la actora no sólo guardó silencio sobre la fecha de ingreso de figuración en sus registros, sino que mantuvo una conducta inequívoca ratificada por la libre suscripción de la ficha respectiva y mantuvo esa conducta luego del distracto. Destaca la pericia caligráfica que fuera contundente en cuanto a la pertenencia de la firma en la ficha de ingreso de la actora, cuando la había desconocido en dos oportunidades, destacando la conducta errática y desleal de la contraria acerca de dicha firma.----------

--- En cuanto a la prueba testimonial resalta que la jueza acogió los testigos de la actora en detrimento de los de la demandada sin mayor razón procesal. Señala imprecisiones y contradicciones en las declaraciones de los testigos favorables a Z.. En el caso de R. destaca que mantuvo un litigio con la demandada y respondió una pregunta sugestiva con una extraña precisión. Remarca que el testigo G. contradice a R. amén de que no se registra su paso por la empresa. En cambio, afirma, los testigos propuestos por su parte fueron descartados aunque no hubo contradicción entre ellos.----------

---------- 2) La actora, al responder los agravios, señala en primer lugar que comparte lo expresado por la apelante, en cuanto a que la suerte del pleito dependía de la dilucidación de la fecha de ingreso de la actora, para luego hacer una síntesis de los agravios de la contraria. Al respecto indica que comparte el criterio de la sentenciante de grado acerca de la aplicación reducida de la doctrina de los actos propios respecto a las conductas de los trabajadores, citando doctrina al efecto. Destaca que la recurrente pretende equivocadamente aplicar la referida doctrina al silencio de Z., consistente en haber firmado durante todo el tiempo de su vinculación laboral desde su registración, los recibos de haberes donde figuraba una fecha de ingreso que no se compadecía con la real.----------

---------- En cuanto a la prueba testimonial, señala que la valoración que realiza la apelante resulta deliberadamente parcializada en su beneficio.

Refiere a la declaración de D., G. y R., los que fueron, según su opinión, correctamente valorados en la sentencia. Finalmente destaca que también existe contradicción entre la fecha de ingreso denunciada por la demandada y la figura en la ficha y el Alta Temprana cursada a la AFIP-DGI.---------- II.- Reseñados los agravios vertidos por la demandada y su responde por la actora, paso a su tratamiento, teniendo en cuenta básicamente, que las partes coinciden en que el nudo del decisorio y de los agravios de la demandada, radica en la dilucidación de la fecha de ingreso de la actora.---------- 1) La recurrente centra sus primeras quejas en que la juzgadora de origen no tuvo en cuenta la prueba documental, la que si bien en parte era unilateral, fue corroborada con la ficha de ingreso cuya firma por la actora resultó acreditada. Indica que debió aplicarse la doctrina de los actos propios, que no se tuvo en cuenta el silencio de la trabajadora, quien reclama tiempo después del distracto, y que se hizo aplicación del principio de la primacía de la realidad sin fundamento alguno. Al respecto la "a quo" argumentó de la siguiente manera: *"Frente a la postura de la demandada basada en los datos que surgen de los registros laborales, (véase pericial contable de fs. 84/87 pto. 2) de los recibos de haberes, de la documental de fs. 59 y fs. 60 -ficha personal- cuya firma inserta le pertenece a la actora como ha quedado acreditada en autos, debo señalar que ello por sí solo no permite tener por acreditada que la real fecha de ingreso sea la registrada por el empleador ya que la primacía de la realidad importa el relativo valor a la prueba documental frente a la testimonial. Por igual razón, presenta evidente valor relativo la documental en cuestión, máxime si se considera como lo explica calificada doctrina que dada la imperatividad del principio protectorio, en el derecho del trabajo existe un margen muy escaso para la pretensión de aplicar en contra del trabajador la conocida teoría de los actos propios. Lo cierto es que la primacía de la realidad es una regla de interpretación para el juzgador según la cual sobre la ficción que pueden montar 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 como lo dije en el relativo valor de la prueba documental respecto de la testimonial"* (ver sentencia a fs. 174 "in fine"/, vta., tres primeros párrafos).---------- Como se puede apreciar, lejos de no brindar fundamento alguno, la sentenciante de grado explicó las razones por las cuales otorgó prevalencia a la prueba testimonial por sobre la documental, aún cuando entre la misma existiera alguna suscripta por la actora (ver ficha de fs. 60 y conclusión de la pericia caligráfica a fs. 149). Asimismo fundamentó la prevalencia del principio de la primacía de la realidad sobre la de los actos propios en el derecho laboral. Es sabido que la primacía de la realidad es un principio típico del derecho del trabajo (conf. Rodríguez Mancini, Jorge, en Rodríguez Mancini-Barilaro: "Ley de Contrato de Tabajo Comentada", Ed. La Ley, 2007, Tº II, pág. 75), por lo que resulta acertada la prevalencia conferida al mismo por la sentenciante de origen. La primacía de la realidad 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...*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. Fernández Madrid: “Tratado Práctico de Derecho del Trabajo”, La Ley, 3era. Ed., act., 2007, Tº I, pár. 2.7.18, pág. 323). Asimismo, cabe destacar la íntima relación que existe entre la primacía de la realidad y la buena fe pues la realidad refleja necesariamente la verdad. *La documentación puede reflejar la verdad, pero también puede reflejar la ficción dirigida a disimular o esconder la verdad con el objeto de eludir el cumplimiento de obligaciones legales o de obtener un provecho ilícito.* Afirmar invariablemente el imperio de la realidad -que es lo mismo que decir, el imperio de la verdad- equivale a rendir tributo al principio de la buena fe (conf. Plá Rodríguez: “Los Principios del Derecho del Trabajo”, Ed. Depalma, 1998, par. 174, pág. 333). Por lo tanto, en la discordancia entre lo que ocurrió en la realidad y lo que surja tal vez de documentos o acuerdos, hay que dar preferencia a lo primero, es decir, a lo que acaece en el terreno de los hechos. A tal efecto, el juez debe investigar para descubrir el hecho real. Así pues, lo “escrito” no tiene validez, cualquiera sea el motivo que le dé fundamento a su discordancia con la realidad (simulación, error, fraude, etcétera). En el caso, priman los hechos sobre lo documentado (conf. Vázquez Vialard, Director: “Tratado de derecho del trabajo”, 1982, Tº 2, par. 60, págs. 271/272). Es criterio de esta sala “B” en reiterados pronunciamientos, entre ellos y recientemente SDL 23/09, SDL 27/09 y 55/09).----------

--- Por lo demás, en cuanto al silencio, y por ende el supuesto consentimiento mantenido por la actora al respecto por no reclamar sino luego del distracto, es de decir que, como expusiera en el antecedente de esta Sala, SDL Nº 35/08 del 22/05/08, es sabido que la regla general de interpretación del art. 919 del C. Civil explica que el silencio no puede ser considerado como una manifestación de voluntad, conforme al acto o a la interrogación, a excepción de los supuestos que la misma ley establece (conf. CN. Civ., Sala G, 16/5/84, ED, 110-431), pudiendo configurar admisión cuando el deber de contestar tenga evidencia directa y distinta, pero el silencio por sí solo no implica que existiera ese deber de responder (conf. CN. Com., Sala D, 18/2/85, LL, 1985-C-608). Sin embargo en la especie no existió un silencio ante una pregunta o acto de la demandada, sino que existió el transcurso del tiempo sin que el actor haya reclamado, por lo tanto la sanción que prevé el ordenamiento jurídico a dicha inactividad es la de la prescripción liberatoria (conf. art. 3947 y concs. del C. Civil y 256 de la LCT). Si a ello se añade el principio de irrenunciabilidad de los derechos del trabajador

contenido en el art. 12 de la LCT, tampoco corresponde inferir la existencia de una renuncia tácita en los términos del art 873 del C. Civil. En consecuencia la inactividad del actor no puede servir de fundamento válido para el rechazo de su reclamo.----------
--- Finalmente, en lo que se refiere a este agravio, y descartado que la suscripción de la firma de la ficha de fs. 60 por parte de la actora pudiera cohonestar las registraciones de la demandada en sus libros laborales, es de añadir que se ha sostenido que el art. 52 de la LCT obliga a los empleadores a llevar el libro especial, y el art. 55 establece una presunción a favor de las afirmaciones del trabajador sobre las circunstancias que deben constar en esos asientos, cuando no existan en los libros o registros. Ni esas normas ni ninguna otra de la ley de contrato de trabajo establecen que los libros prueben a favor de la empresa, aunque pueden probar en contra. Se ha dicho de modo reiterado que asignar otro carácter a los libros correctamente llevados implicaría que la empleadora pudiera valerse de un medio probatorio que ella misma ha elaborado, sin posibilidad de control real por parte del trabajador (conf. CN.Trab., Sala I, sent. def. 48.429, 29/2/84; Sala II, sent. def. 57.962, 11/9/86; Sala IV, sent. def. 66.879, 30/12/91; Sala VII, sent. def. 22.025, 18/8/93; entre otros, cit. en Rodríguez Mancini-Barilaro, op. cit., Tº II, pág. 572).----------
--- En síntesis, a la luz de las explicaciones brindadas se postula la desestimación del recurso en la porción que fuera analizada.----------
--- 2) El resto del agravio se centra en criticar la valoración que de la prueba testimonial efectuara la sentenciante de origen. La apelante destaca que las testigos O. y D. no cohonestan la versión de la actora, ya que la primera respondió que Z. ingresó en 2001 y la segunda se contradijo a sí misma ya que ubica el ingreso de la accionante en 2002 o 2003. La sentenciante de grado, al respecto argumentó que *“Los testigos D. P...G.... y O....si bien no pueden afirmar con certeza desde cuándo trabajaba la actora, lo cierto es que coinciden aproximadamente con la fecha de inicio del vínculo laboral que la actora denunciara”* (ver sentencia a fs. 174, 2do. párrafo). En realidad D. P. (ver fs. 114/115) dijo que conoce a Z. desde el 2002 o 2003 (ver respuesta a generales de la ley), pero expresó que creía que la actora comenzó a laborar dos meses después que ella, y antes había dicho que ella empezó a hacerlo en junio de 2002 (ver respuestas primera y segunda). Es así que no veo contradicción en la declaración de esta testigo. En cuanto a O. (ver fs. 135/vta.), señala que le parece que empezó en 2001 (ver respuesta a generales de la ley), para luego decir que cree que fue ese año pero no lo puede asegurar (ver respuesta sexta). Como se aprecia, esta testigo dio una respuesta aproximada, pero en todo caso la fecha que suministró fue anterior incluso a la aducida por la actora. Es por ello que el razonamiento de la jueza fue apropiado, ya que destacó que si bien no pueden afirmar con certeza, los declarantes coinciden aproximadamente con la fecha indicada por la actora. Por lo demás, debe recordarse que las discordancias leves o relacionales (derivadas de la oportunidad, lugar, circunstancias del testimonio), más que reducir la validez la elevan, sobre todo si, emparejados los

testimonios, se puede advertir que dichas discordancias se apoyan en factores propios de cada testigo, pero el hilo conductor de la cuestión resulta coherente (conf. Falcón, Enrique M.: “Tratado de la prueba”, Ed. Astrea, 2003, Tº 2, pág. 375).---------- --- Ataca también, la quejosa, el testimonio de R. dado que mantuvo litigio con la demandada y respondió con extraña precisión una pregunta sugestiva en violación al art 443 del CPCC. En cuanto a que la testigo (ver declaración de fs. 155/vta.) mantuvo un juicio con la demandada (ver respuesta a generales de la ley), cabe decir que el juicio ya lo tuvo, y que nada parece indicar que al tiempo de la declaración el mismo continuara. Pero aún ante dicha hipótesis se ha sostenido que no es posible descalificar a los testigos por tener juicio pendiente con una de las partes si no se demuestra que los dichos carecen de objetividad o que las versiones de los declarantes resultan tendenciosamente favorables a la postura de la otra; en todo caso correspondería apreciar los dichos con rigurosidad extrema pero de ningún modo desecharlos, porque no se trata de testigos excluidos (conf. CNTrab., Sala II, 28/2/92, DT, 1992-A-862). En cuanto a la segunda pregunta que se le formulara a la testigo, si bien se le precisó el año en que conoció a la actora trabajando para la demandada, ello fue consecuencia de que antes, al responder a las generales de la ley, la testigo ya había expresado que había conocido a la actora en el casino en el año 2002. Por lo demás en su respuesta segunda no se aprecia ninguna precisión sugestiva, ya que respondió que la actora entró a trabajar en septiembre de ese año un mes después que ella, por lo cual, al existir tan poca diferencia de tiempo con su propio ingreso al trabajo, es muy factible que la testigo lo recordara con cierta exactitud. Respecto al testigo G. (ver declaración de fs. 118/vta.) cuestiona que no se registra su paso por la empresa, que no se puso de acuerdo con la actora en cuanto a si entró a trabajar en septiembre u octubre de 2002, si Z. era moza o trabajaba en la barra, amén de destacar como llamativa su relación con la actora porque insistió en la convocatoria al juicio que le hizo la misma. En cuanto al mes de ingreso de la actora, la circunstancia que el testigo haya dicho que fue en octubre (ver respuesta segunda) cuando la actora denuncia septiembre, es una contradicción leve que lejos de hacer mella en la declaración la realza, como se dijera “ut supra”. Respecto a las tareas de Z., el testigo fue claro, era moza y a veces ayudaba en la barra (ver respuesta tercera) por lo que no se advierte demérito alguno en su contestación. Y lo mismo cabe decir por la aclaración que efectuara al final de la segunda respuesta en cuanto a que la accionante le recordó que debía declarar en esta causa, lo que en todo caso pone en evidencia la sinceridad del testigo. Por último, el hecho de que la empresa no tuviera registrado al testigo como trabajador no empece para que se considere positivamente su declaración.---------- ---------- Finalmente y siempre con relación al agravio centrado en la prueba testimonial, la recurrente aduce que los testigos que propusiera su parte fueron descartados a pesar de que no hubo contradicción entre los mismos, considerando que ambos tomaron conocimiento de los hechos a través de su sentido

de la vista (ver fs. 185, anteúltimo párrafo). La sentenciante de grado consideró que tales testigos (P. y R.) no resultan convincentes ni son suficientes a los fines probatorios, dado que el primero se remite a los legajos del personal y demás documental de donde extrajo la fecha de ingreso de Z. y R. si bien sabe del ingreso de la actora porque fue cuando la vio, aclara que la veía a veces por trabajar en distintos casinos (ver sentencia a fs. 174, 3er. párrafo). El razonamiento de la “a quo” resulta correcto, ya que, de acuerdo a lo manifestado en el anterior considerando, el mérito probatorio de la prueba documental cede ante la primacía de la realidad, por lo cual carece de fuerza convictiva el testimonio que remite a documentos. Y en cuanto al otro testigo (ver declaración de fs. 116/vta.), evidencia que no conocía en detalle las circunstancias de la relación laboral de la actora, ya que no sabe cuántos días por semana laboraba porque él trabajaba en un solo casino y veía a veces a Z. (ver respuesta octava), y dice que sabe que la actora ingresó en los primeros meses de 2003 porque fue cuando la vio (ver respuesta novena), lo que no importa inferir con seguridad que la actora no hubiera comenzado a trabajar antes y el testigo no la viera.----------

En definitiva, las críticas que la quejosa desplegó contra la valoración que efectuara la juzgadora respecto a la prueba testimonial carecen de la entidad suficiente para conmover el razonamiento correcto que se construyera en el decisorio al respecto, por lo que propongo la desestimación del recurso en su totalidad.----------

III.- En consecuencia de lo expuesto y razonado, corresponderá propiciar al acuerdo que se confirme el fallo en todo cuanto ha sido materia de agravios, con costas en la Alzada a la demandada apelante (conf. art. 68 del CPCC). Propongo asimismo, teniendo en cuenta la extensión y eficacia de las tareas realizadas, así como al resultado obtenido, regular los honorarios del letrado apoderado de la demandada actuante en esta sede, Dr. J. G., en un 25%; y los del letrado apoderado de la actora, Dr. F. A., en un 30%; en ambos casos sobre el monto que les fuera establecido en la primera instancia y con adición del I.V.A. correspondiente (arts. 6, 14, 47 y concs. de la ley 2200).----------

Voto entonces a esta cuestión por la AFIRMATIVA.----------

A LA PRIMERA CUESTION, el Dr. Lucero dijo: ----------

Interpuso recurso de apelación la parte demandada “P. y B. S.A.” (fs. 180), en contra del pronunciamiento definitivo dictado en autos (fs. 172/177 vta.) en virtud del cual se hizo lugar a la demanda entablada por la Sra. G. N. Z., condenándola a que, en el plazo que fija, le abone la suma de $ 9.125,38, con más los intereses y costas.----------A fs. 182/185 y vta., luce agregado el informe previsto en el art. 62 de la ley 69.----------Ordenado su traslado a fs. 186, éste fue evacuado por escrito glosado a fs. 187/190.-----I.- La reseña de los agravios fue suficientemente realizada por el magistrado de este cuerpo, Dr. De Cunto, quien me precede en la votación, por lo que a ella me atendré a efectos de evitar repeticiones estériles.----------No obstante

ello, estimo útil individualizar los motivos de cuestionamiento al fallo impugnado centra principalmente en la valoración probatoria llevada a cabo por la juzgadora de la anterior instancia para concluir como lo hiciera en relación a la fecha de ingreso controvertida por las partes.----------II.- Ciertamente que comparto plenamente el posicionamiento de la juzgadora a quo, en cuanto tuvo preferencia, en el marco de la primacía de la realidad, a la fuerza de convicción que le aportara la valoración de los testimonios prestados en autos por sobre la que surgía de las constancias documentales que invoca la patronal a favor de su postulación defensiva esgrimida al tiempo de la traba de la litis y que reitera ahora al sostener su recurso.----------En relación a este último señalamiento relativo a que se insiste en un posicionamiento ya expuesto en presentaciones anteriores, debo dejar sentada mi opinión en cuanto que, a tenor de las razones que expusiera la judicante, este argumento defensivo fue no solo debida y suficientemente considerado sino que, además, fue contestado con razones que expusiera y que son las transcriptas por el magistrado que me precede en la votación, Dr. De Cunto. En tal sentido, estimo que su insistencia sin que se incorpore una indicación concreta y razonada relativa a algún aspecto sobre el cual habría equivocado la Sra. Juez a quo el desarrollo de su argumentación, máxime cuando ella precisó que su mérito fue realizado bajo el paraguas de la regla de primacía de la realidad, traduce un mero disenso.----------En tal punto, se ha dicho con criterio que comparto que la expresión de agravios es insuficiente si se limita a manifestar aquello que ya expresó en presentaciones anteriores, o bien insiste en consideraciones ya formuladas en escritos anteriores sin dar bases jurídicas a un distinto punto de vista al expuesto fundadamente por la sentenciante. Es que debe repararse que la alzada es una instancia de revisión crítica donde lo que se ataca es el pronunciamiento del juez en función de sus impropiedades o desaciertos. No es una instancia para reiterar argumentos buscando ganar en su replanteo una suerte diversa de la obtenida en primera instancia; muy por el contrario, tiene por finalidad realizar la crítica concreta y razonada del fallo que se impugna (Conf. CNCiv., Sala E. 7/2/86, L.L. 1986-E-206; idem, 19/11/85, L.L., 1986-B-618; idem, CNCom., Sala B, 25/9/91, E.D., 149-679; ver, Morello-Sosa-Berizonce, “Códigos Procesales...”, Ed. Platense, ed. año 1986, T. III, pág. 336; id., Highton-Areán, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, concordado con Códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Ed. Hammurabi, ed. año 2006, T. 5, págs. 241/243).----------Por lo demás, he adelantado mi opinión concordante con lo ya expuesto por la Sra. Juez a quo y que propicia confirmar el Sr. Magistrado que me precede en la votación, Dr. De Cunto, en cuanto que rige en el supuesto planteado en autos plenamente la regla de la primacía de la realidad, la que se traduce en la especie en el relativo valor de la prueba documental respecto de la testimonial; como asimismo, en la apreciación de los reconocimientos efectuados por el trabajador, por caso, por vía de firmar la ficha

de ingreso a la cual tanto alude la demandada ahora impugnante.----------
---En materia laboral es de aplicación constante tal regla porque la desigualdad de las partes determina que el contrato con frecuencia no responda a la realidad y que encierre cláusulas que busquen la evasión total o parcial de las normas imperativas del derecho laboral y de la seguridad social. Esta regla tiene en consideración la situación de desigualdad en que se encuentran las partes, afirma el principio de buena fe, se vincula sobre todo con la represión del fraude considerado en forma genérica, y de la simulación que constituyen modos de evasión de la ley laboral (Conf., López, Justo; Fernández Madrid, J. C., en “Ley de contrato de trabajo comentada”, T. I, pág. 164).-----
---En tal inteligencia es que, en relación a la firma de la ficha de ingreso en fecha distinta a la denunciada en demanda se explica suficientemente con la circunstancia dada por la hiposuficiencia en la cual se encuentra el dependiente que participa en tales instancias, en las cuales cabe presumir que se encuentra compelido a declarar en el sentido que es más conveniente para su empleador –aún cuando sea en contra de su propio derecho- si no quiere abrir un campo de conflicto que ponga en riesgo su permanencia en el empleo. Es por tal circunstancia congénita a todo vínculo de naturaleza laboral que el valor probatorio que pudiera extraerse de tales instrumentales nunca podrá prevalecer por sobre aquello que emana de la realidad de los hechos y que en cada caso habrá de determinarse a partir del plexo probatorio que se aporte. En la especie, eso es lo que hizo la Sra. Juez a quo, dando prevalencia a lo que surgía de las testimoniales que valorara por sobre la documental predispuesta con anterioridad al distracto laboral (Conf. Arts. 386 y 456 del C.P.C.C. de aplic. por vía del art. 45 de la ley 69).----------
---Pongo en la palestra que tales instrumentales se trata de probanza unilateral que se sustrae a toda posibilidad de contralor por la parte contraria y propicia la imposibilidad consiguiente de ésta de producir una contraprueba equivalente, como ocurriría, por ejemplo, con los asientos en libros susceptibles de ser invocados según sean conflictos entre comerciantes y entre comerciantes y no comerciantes (López-Centeno-Fernández Madrid, en “Ley de Contrato de Trabajo comentada”, Ed. Contabilidad Moderna, ed. año 1977, T. I., pág. 332).----------
---Esto es, el valor probatorio de los libros de la patronal debe apreciarse con sentido restrictivo tal como lo hiciera la Sra. Juez a quo, cuando son esgrimidos en contra del trabajador, ya que éste no interviene en el manejo de tales libros y registros patronales (Conf. Meilij, “Contrato de Trabajo”, Ed. Depalma, ed. año 1980, T. I, pág. 234)(Conf., mi voto, en S.D.L., sala B, N° 44/07, CANE).----------
---De otro lado, en relación al dicente silencio adoptado por la dependiente compartiré también que el predicado silencio del trabajador no puede tener la significación jurídica que se le atribuye en el escrito de sostenimiento del recurso bajo análisis.----------
---Se ha dicho que el silencio en Derecho no significa solamente no hablar, estar callado, sino también no adoptar ningún comportamiento que implique una

exteriorización de la voluntad. Es la ausencia de toda manifestación externa, comprendiendo por ende, también la omisión (Conf.: Spota, “Tratado de derecho civil – parte general-“, T. I, vol. 3 (8), pág. 229, n° 1898; id. Brebbia, Roberto, “Hechos y actos jurídicos”, T. I, pág. 252, & 2).----------

---Es obvio pues, que dentro de tal significación jurídica del silencio, lejos se encuentra el supuesto planteado, cual es, que el reclamo haya sido efectuado con posterioridad a la disolución contractual lo que parece indiferente a los fines de la existencia del derecho al cobro de las diferencias habidas en la liquidación final y que son reclamadas en estos actuados.----------

---Y menos aún comparto la idea de que pueda pregonarse que hubiera algún atisbo de voluntad tácita del trabajador a partir de su denunciada inactividad por el lapso de vigencia del vínculo laboral. Y asevero que no puede compartirse la consecuencia atribuida al silencio que se le imputara a la actora, habida cuenta que no se dan en la especie ninguno de los presupuestos en virtud de los cuales se exceptúa el principio general contenido en el ya citado artículo 919 del Código Civil enunciado en los siguiente términos: *“El silencio opuesto a actos, o a una interrogación, no es considerado como una manifestación de la voluntad, conforme al acto o a la interrogación...”*. Y es que en el caso no concurría obligación legal a pronunciarse, de modo tal que el principio general enunciado es plenamente operativo (Conf. CNCiv., Sala F, 15/12/88, LL, 1989-C-248).----------

---Es ineluctable que no se encuentra comprendido el supuesto bajo tratamiento dentro de aquellos casos en que existe obligación legal de explicarse por una relación de familia; ni tampoco concurre en la especie el tercer supuesto de excepción provisto por la norma en comentario, cual es que exista una relación entre el mentado silencio y alguna declaración o conducta anterior del dependiente. Insisto tales hipótesis contenidas en el texto legal no se configuran de manera alguna en el caso, por lo que mal puede afirmarse que el silencio que se postula en el fallo tenga la consecuencia atribuida por el juzgador. Y ello, sea en sus dos vertientes posibles, dado que no se lo explicita con la claridad debida, a saber: a título de “consentimiento” o a título de “renuncia de derechos”.----------

---Establecido que el silencio por sí solo, salvo los supuestos indicados por la ley en los que existe obligación legal de pronunciarse, no tiene efecto jurídico alguno. Y a título de renuncia tácita (Art. 873 del Código Civil), tampoco puede interpretarse que se haya configurado ésta en el supuesto de marras atento a la referida conducta seguida por la actora y que se expresa por vía del ejercicio de la acción. Es que para que concurra una renuncia tácita debe haber un comportamiento revelador del abandono que se hace de alguna facultad, el que se trasluce a partir de la incompatibilidad de esa conducta con la pretensión de ejercer el derecho. Y esa conducta puede configurarse en un hacer o un no hacer. Cuando la conducta se enmarca en un no hacer, tendrá ingerencia el tiempo de prescripción al que alude la parte actora apelante por el lapso legalmente previsto a

tal efecto.----------

---Y, por último, se suma a todo lo dicho la noción de irrenunciabilidad que es propia y connatural al sentido tutelar del ordenamiento laboral y que se expresa y entiende en la siguiente forma según Américo Plá Rodríguez: “la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio propio” (aut. cit., “Los principios del derecho de trabajo”, 3ra. ed. Act., año 1998, págs. 117). Y tal noción es puntualmente normada por la Ley de Contrato de Trabajo en los Art. 7, 12 y concordantes, en cuanto vedan la posibilidad de convenir o interpretar (ya sea con el consentimiento tácito o expreso del trabajador), condiciones *“in peius”* de los derechos del trabajador.----------

---Para concluir, entonces, tal omisión de reclamo, tendiente a exteriorizar una protesta o disconformidad, no puede operar como una suerte de disvalor probatorio “per se” desde que no existe un deber legal de pronunciarse en un sentido u otro; máxime cuando, es norma genérica e imperativa la irrenunciabilidad de los derechos en los que se encuentren involucrados intereses generales (Conf. Arts. 872, 873, 919 del Cód. Civil y su conc. con los Arts. 12 y 58 de la L.C.T.)(Conf. Carcavallo, Hugo “El consentimiento tácito y los alcances de la irrenunciabilidad”, en T.S.S. 1999-385).----------

---Finalmente, encuentro que la critica dirigida al mérito de las testimoniales aportadas que efectuara la juzgadora de la anterior instancia no responde los argumentos valorativos esgrimidos para arribar al veredicto final, ni se aporta una concreta y razonada puntualización de aquellos posibles aspectos fácticos o jurídicos que pudieran conculcar la que, estimo, resulta una correcta valoración tal como puntillosamente es puesto de manifiesto por la verificación que realizara el sufragante en primer lugar, Dr. De Cunto. Es por ello que me eximiré de añadir mayores precisiones a las ya sobradamente expuestas por el colega de sala que me precede en la votación.----------

---No soslayo de modo alguno que la prueba testimonial constituye “per se”, uno de los medios de convicción más inseguros a los cuales debe recurrir la justicia a fin de resolver los litigios. En tal sentido por caso, Falcón lo califica como el medio de prueba más antiguo y menos fiable y, en general, la totalidad de la doctrina coincide con esta apreciación (conf. autor cit. en “Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nac.”, T. III, pág. 292).------

---Ahora bien, sin embargo, su existencia y utilización se impone por razones prácticas. Máxime en el mundo laboral en el cual la necesidad de la prueba testimonial se impone por razones lógicas ya que en la mayoría de los supuestos motivos de litigio se discute de común ni más ni menos que la misma existencia de la relación laboral o, como en el supuesto planteado en autos, se controvierte la real fecha de comienzo de la relación de trabajo.----------

---Y, en materia de valoración de la prueba testimonial, dado que se basa en un mecanismo deductivo, en tanto prueba indirecta, la actividad del Juez es compleja en la búsqueda del conocimiento del hecho a probar, debiendo utilizar su percepción de un hecho (declaración testimonial) para la deducción del hecho a probar (contrato de

trabajo, sus modalidades particulares o, como en el caso, la fecha de comienzo de la relación laboral). Utiliza para ello un procedimiento lógico de deducción. En tal sentido, la valoración de la prueba testimonial se encuentra sujeta a un gran número de variantes, por caso: la persona del testigo, la naturaleza de los hechos sobre los que depone, la forma de las declaraciones, el modo en que manifiesta haber conocido sobre aquello que depone y muchas otras circunstancias que influyen en la credibilidad y convicción que se puede extraer del testimonio. Es por esa razón que el legislador se limitó a disponer como norma genérica de apreciación probatoria la regla de la sana crítica, la cual obviamente comprende a la prueba testimonial, la que habrá de complementarse con la evaluación del testigo en cuanto a su idoneidad (Arts. 386 y 456 del C.P.C.C., de aplic. por vía del Art. 45 de la Ley 69).----------En el marco conceptual expuesto, la Sra. Juez a quo valoró la testimonial prestada por los Sres. D. P. (fs. 114 y vta.), G. (fs. 118), O. (fs. 135), R. (fs. 155), P. (fs. 112) y R. (fs. 116), recorriendo cada una de tales deposiciones para extraer de ellas aquellos datos que vinculados al tópico controvertido –fecha real de comienzo de la relación laboral-, le otorgaron mayor fuerza de convicción. Es por ello que, inclusive, destacó los dichos expuestos por los testigos D. P., R., G. y O., respecto a los cuales merito que coincidieron aproximadamente con la fecha de inicio del vínculo laboral que se denunciara en demanda. En contraposición de ello la apelante solo plantea lo que se traduce en un mero discrepar valorativo sobre los dichos expresados por tales testigos cuestionando, por caso, la respuesta dada respecto al punto por la testigo O. (fs. 135) dado que su testimonio fue rendido *“...luego de cinco o más años después del supuesto hecho...”*(sic)(fs. 184 vta.). O bien desmerece el testimonio de D. P. (fs. 114) por haber manifestado conocer a la actora desde el año 2002 o 2003. Sostiene por ello que incurre en una contradicción (¿?). No obstante que no explica en que se habría contradicho la testigo de marras, omite deliberadamente observar la respuesta que dicha testigo diera a la pregunta directa relativa a la fecha de ingreso de la actora, en la que respondió *“...no quiero equivocarme pero creo que dos meses después empezó ella...”*(sic)(resp. a la 2da. pregunta). Nótese que en respuestas posteriores manifestó que ella misma ingresó a prestar servicios para la parte demandada en junio del año 2002 y que dos meses después lo hizo la actora.----------De otro lado, los supuestos pseudos cuestionamiento dirigidos a los dichos de la testigo R. (fs. 155) y los vertidos por el Sr. G. (fs. 118), de una manera evidente para mi, no alcanzan a configurar más que meras apreciaciones subjetivas desprovistas de materia crítica que atender. Es que pregonar como lo hace la recurrente en relación a la testigo R. que la pregunta que se le realizara, relativa al año de ingreso de la actora fue sugerente, cuando en el acto de su deposición estuvo presente la letrada M. P., quien se presentara como gestora de la demandada, sin que hubiere objetado en tiempo y forma a tal pregunta, deviene tal planteo ahora en improponible. Asimismo, poner bajo sospecha la que denomina *“límpida memoria”* de la testigo o aseverar la inexistencia de trabajadores en negro en

su empresa –circunstancia improbable si las hay-, importan nada más que meras alegaciones discrepantes con el criterio sustentado por la Sra. Juez a quo en la valoración de las probanzas arrimadas en la causa, todo ello máxime cuando es sabido que la apreciación de los elementos de prueba aportados al proceso está gobernada por el principio de la sana crítica. Lo mismo acontece con las disquisiciones realizadas en relación a lo depuesto por G., en las que se remite a precisar diferencias que no resultan relevantes para la elucidación del punto de controversia dirimente –fecha de comienzo de la relación laboral-. Esto es, no resulta trascendente que le resulte llamativo a la impugnante que el testigo manifestara ser carnicero pero que trabajó como cocinero; o que tuvo una diferencia de un mes respecto a lo expuesto por otra testigo (si Z. entró en septiembre o en octubre del año 2002); si la actora era moza o ayudaba en la barra; o, que habría insistido al responder en la segunda pregunta *"...en la convocatoria al juicio que le efectuó la señora Z.."*(sic)(vide: escrito de expresión de agravios –fs. 185 "in fine").----------Finalmente, la circunstancia que la juzgadora hubiere descartado, por las razones que explicitara, a los testimonios prestados por los Sres. P. y R. (fs. 112 y 116 respectivamente), sin expresar en qué se habría equivocado en el motivo expuesto por la judicante para descartar a tales testimonios deviene lisa y llanamente en deserción parcial, en tal porción, del agravio bajo análisis por carecer de crítica.----------En síntesis, de tales pretensos cuestionamientos no alcanzo a discernir francamente cual es concretamente la crítica a la valoración efectuada por la juzgadora de primera instancia, puesto que de la lectura completa de las testimoniales preferidas y citadas por la sentenciante emana, a mi ver, suficiente credibilidad, viabilizando que operen eficazmente como elemento corroborante de las alegaciones efectuadas por la parte actora en su líbelo (Conf. arts. 386 y 456 del C.P.C.C., de aplic. por vía del art. 45 de la ley 69).----------Por lo demás, como lo explica acertadamente Devis Echandía, genéricamente dicho es más lógico suponer la sinceridad de los testigos dadas determinadas condiciones, en cuanto señala: *"No creemos que exista en realidad una propensión natural a decir la verdad, como algunos autores opinan, ni que deba presumirse de manera general y abstracta, sino una mayor probabilidad de que haya buena fe, cuando se declara judicialmente, si el testigo es capaz y no tiene antecedentes de perversión, deshonestidad o falso testimonio, en razón de la solemnidad del acto, la responsabilidad que implica, el sentido del honor y honradez que frecuentemente existe, el temor a la sanción del perjurio y la ausencia de circunstancias que hagan sospechosa la declaración (como parentesco, amistad íntima o enemistad con una de las partes e interés económico en la suerte del proceso)".* Y añade *"En esas condiciones es lógico presumir la sinceridad del testigo, si las condiciones del testimonio lo permiten, sin que esto signifique que corresponda por ese motivo necesariamente a la realidad, ni que deba otorgársele siempre pleno valor probatorio"* (conf. autor cit., en "Teoría general de la prueba judicial", ed. Zavalía, 1970,

págs. 85, nro.211 y 113 ss, nro. 216 y 247 ss, nro. 242).----------Es por ello que no encuentro mácula alguna a la valoración que realizara la juzgadora, por lo que propondré al acuerdo la desestimación del recurso de apelación planteado. Así lo voto.----------Como consecuencia de lo expuesto corresponderá confirmar el fallo venido en apelación en todo lo que fuera materia de agravios, con costas de alzada a cargo de la parte demandada apelante vencida en ella (Conf. arts. 59 de la ley 69 y 279 del C.P.C.C.).----------Los honorarios de los Dres. J. G., letrado apoderado de la parte demandada; y, los del Dr. F. A., letrado apoderado de la actora, por sus tareas de segunda instancia, apreciándolas por su extensión, calidad y eficacia, estimo adecuado fijarlos en las sumas respectivas equivalentes al 25% y 30% de la regulación que merecieran en la instancia precedente, con más el I.V.A. pertinente (Conf. arts. 6, 14, 47 y conc. de la ley 2.200; leyes 23.349 y 23871).----------Finalizo el tratamiento de la presente cuestión pronunciándome en ella por la AFIRMATIVA.---------- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto expresó: ---------- En vista del acuerdo arribado acerca de la cuestión precedente, corresponde por tanto: I) CONFIRMAR el fallo en todo cuanto ha sido materia de agravios. II) Con costas en la Alzada a la demandada apelante, regulándose los honorarios profesionales del letrado apoderado de la demandada, Dr. J. G., en un 25%, y los del letrado apoderado de la actora, Dr. F. A., en un 30%, en ambos casos sobre el monto que les fuera establecido en primera instancia y con adición del I.V.A. correspondiente.---------- Así lo voto.---------- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. Lucero dijo: ---------- El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. De Cunto, por resultar el mismo fiel reflejo del acuerdo antes logrado.---------- ASI LO VOTO.----------

--- Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal haberse logrado la mayoría (art. 9 Ley 1130, To. Ley 4550), pasándose a dictar: ---------- **S E N T E N C I A**: ----------

--- Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; **RESUELVE**:----------

--- CONFIRMAR el fallo en todo cuanto ha sido materia de agravios.----------

--- IMPONER las costas en la Alzada a la demandada apelante, regulándose los honorarios profesionales del letrado apoderado de la demandada, Dr. J. G., en un 25%, y los del letrado apoderado de la actora, Dr. F. A., en un 30%, en ambos casos sobre el

monto que les fuera establecido en primera instancia y con adición del I.V.A. correspondiente.----------

---Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

REGISTRADA BAJO EL N°_____DEL AÑO 2009 – SDL – CONSTE.-