TOMO XXIX **-INTERLOCUTORIO-** T.S.J..-

REGISTRO Nº 3366

FOLIO Nº 5621/5624

PROT. ELECT. TSS1 027 I.181

Río Gallegos, 11 de mayo de 2018.-

Y VISTOS:

Los presentes autos caratulados **"MASIAS HUGO JUVENAL C/ SERVICIOS PÚBLICOS SOCIEDAD DEL ESTADO S/ AMPARO"**, Expte. Nº **M-17.687/15 (**M-2191/17-TSJ), venidos al Acuerdo para resolver; y

CONSIDERANDO:

I.- Que llegan los presentes autos a tratamiento de este Excmo. Tribunal Superior de Justicia, a fin de resolver en primer término la excusación formulada por la Sra. Vocal, Dra. Reneé Guadalupe Fernández, que a foja 495 expresa: "Motiva esta decisión el hecho de encontrarme comprendida en la causal prevista en el artículo 17, inciso 7º del Código Procesal Civil y Comercial, por remisión del artículo 30, primera parte, del mismo cuerpo legal, toda vez que la suscripta ha integrado el tribunal que dictó la sentencia de fs. 299/302 y el interlocutorio de fs. 328/331.".-

En razón de los motivos que fundan la excusación de la Magistrada, encuadrándose en la normativa impuesta por el artículo 17, inciso 7º del CPC y C, en virtud de lo normado en el artículo 30 del citado texto legal, corresponde hacer lugar a la excusación deducida.-

II.- Asimismo, los presentes autos vienen al Acuerdo en virtud del recurso de casación interpuesto a fs. 471/482, por los Dres. Pablo Dario Borgialli y Marisa Noemí Rojas, en su carácter de letrados apoderados de la demandada, contra la sentencia dictada por la Excma. Cámara de Apelaciones lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial, obrante a fs. 443/451, en cuanto confirmó la sentencia de Primera Instancia (conf. foja 450 vta.). Esta última había hecho lugar a la acción de amparo contra Servicios Públicos Sociedad de Estado a fin que se abone al Sr. Hugo Masías la liquidación final por jubilación, que se le retuviera por imperio de la Resolución Nº 291/2015, con costas a la demandada (conf. foja 275 vta.).-

III.- La parte recurrente aduce quebrantamiento de las formas en los términos del artículo 2 del Libro I, Título IV, Cap. IV, Sec. 6º, Parágrafo 2º -Recurso de Casación- del CPC y C, conforme Ley Nº 3453/15 -Decreto Nº 2228/15- y arbitrariedad por violación de la normas del debido proceso (conf. foja 471 vta.).-

Entiende que se ha violentado lo establecido en el artículo 270

del CPC y C, pues no habría integrado ni votado en la resolución impugnada el Dr. Nelson Sánchez, y debía hacerlo en atención a lo dispuesto en la providencia de Cámara del 14 de junio de 2017. Estas omisiones, continúa diciendo, violarían las previsiones de los artículos 36, 37 y 41 de la Ley Orgánica de la Justicia de Santa Cruz (conf. fs. 472 vta./473).-

Señala que el artículo 37 de la Ley Nº Uno prevé la forma en que se irá integrando la Cámara en caso de excusación, vacancia, ausencia o impedimento de un Magistrado; pero "...nada dice de disminuir su número, ni de omitir causales de ausencia en el fallo." (cfr. foja 473 vta.).-

Afirma que aunque el voto del Dr. Nelson Sánchez "...no hubiera cambiado la suerte del decisorio, habría cumplido lo establecido por la ley en cuanto al número de integrantes de la Cámara, habría enriquecido el fallo (adhiriendo o en disidencia), pero fundamentalmente habría cumplido con lo notificado a las partes en relación a la integración del cuerpo colegiado. Ello, pues si no iba a votar en el acuerdo -entendemos- se nos debió explicar en el fallo la razón de su ausencia." (cfr. fs. 473 vta./474).-

Añade que la sentencia atacada es nula y que resulta aplicable el artículo 170 del CPC y C pues el acto carecería de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad (conf. foja 474 vta.).-

Agrega que por todo lo expuesto, se han vulnerado seriamente las reglas y principios del debido proceso; y, por ende, el derecho de defensa en juicio al notificar una conformación de la Cámara que luego no falló (conf. foja 475).-

Bajo el acápite violación de la ley o doctrina legal, plantea que nunca se requirió la prueba que se encontraba en poder de terceros y que ofreció su parte: "Macías Hugo y Márquez Vanina s/ Administración Fraudulenta", Expte. Nº 10.600/14, de trámite por ante el Juzgado de Instrucción y del Menor Nº 1 de El Calafate, a cargo del Dr. Carlos O. Narvarte, Secretaría Penal Nº 2, autos en los que se encuentran agregadas las actuaciones sumariales tramitadas en sede de SPSE: "Irregularidades surgidas en cierre de cajas de recaudaciones, sus respectivos depósitos y posible faltante de documentación", Expte. Nº 79666/2014" y "Navarro Luis Antonio c/ Empresa Provincial de Servicios Públicos Sociedad del Estado s/ Laboral", Expte. Nº 19.125/03, que tramitaron ante el Juzgado Civil, Comercial, Laboral y de Minería Nº 1, Secretaría Nº 1 de Río Gallegos (conf. foja 475 y vta.). Sobre esta cuestión destaca que: "...las presentes actuaciones tramitan bajo las normas procesales del amparo, lo cual implicó que al momento de corrérsenos traslado de la acción incoada por el Sr. Masías, contábamos con 48 horas para producir el informe regulado por el art. 8º de la Ley Nº 1117, plazo insuficiente para solicitar de manera

formal la remisión de las actuaciones que tramitan en extraña jurisdicción o que se encuentran en archivo. Es en virtud de ello que solicitamos a S.S. se requieran tales actuaciones ad effectum videndi et probando (sic), lo cual nunca aconteció." (cfr. 475 vta./476).-

Destaca que en la causa penal "Macías Hugo y Márquez Vanina s/ Administración Fraudulenta", Expte. Nº 10.600/14, de trámite por ante el Juzgado de Instrucción y del Menor Nº 1 de El Calafate, a cargo del Dr. Carlos O. Narvarte, Secretaría Penal Nº 2, se dispuso el procesamiento sin prisión preventiva y se ordenó trabar embargo al Sr. Hugo Masías por la suma de pesos seiscientos treinta y un mil doscientos setenta y cinco con veintitrés centavos ($ 631.275,23.-) (conf. foja 476).-

Afirma que se construye una sentencia sin valorar la prueba documental aportada por SPSE y con "...inexistente prueba de la actora..." (cfr. foja 476 vta.).-

Entiende que la sentencia de Cámara tiene nula fundamentación propia, apartándose, por ello, de la doctrina fijada por el Superior Tribunal de Justicia (conf. foja 478 vta.) y que por tal motivo es arbitraria (conf. foja 480).-

Expresa que: "...sigue diciendo la Alzada: '...Al fundar la retención objetada, S.P.S.E., -sin siquiera haber acreditado condena respecto de los hechos investigados con relación al amparista en sede penal ni la existencia de cargos firmes y ejecutables formulados por el Tribunal de Cuentas...', insiste el cuerpo colegiado en atribuirnos palabras que nunca escribimos ni afirmamos y por ende no correspondía que acreditáramos tales extremos..." (cfr. foja 479).-

Finalmente solicita se revoque la sentencia rechazando el amparo con expresa imposición de costas a la actora (conf. foja 481).-

A fs. 486/487, la Excma. Cámara de Apelaciones declara formalmente admisible el recurso interpuesto por la demandada.-

A foja 493 pasan los presentes al Acuerdo.-

IV.- Que sentado ello se debe, en esta etapa, efectuar el examen preliminar que establece el artículo 7º del Libro I, Título IV, Cap. IV, Sec. 6°, Parágrafo 2° -Recurso de Casación- del CPC y C, conforme Ley 3453/15 -Decreto N° 2228/15-, a efectos de valorar si se encuentran reunidos los extremos formales que habilitan la admisibilidad del recurso intentado. En esta tarea no debe perderse de vista que -tal como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia de este Alto Cuerpo- la casación es un sendero extraordinario que no constituye una tercera instancia común, lo que conduce a discernir que para que este Tribunal Superior pueda entrar a revisar el mérito del recurso interpuesto, deben reunirse determinados presupuestos cuya carencia conlleva a la inaceptabilidad del planteo casatorio (conf.

Interlocutorio, Tomo XXVIII, Reg. 3274, Folio 5431/5433, entre otros).-

Corresponde, ahora, efectuar el pertinente análisis a los fines de determinar si se ha dado cumplimiento a los requisitos establecidos por la normativa vigente en cuanto a la admisibilidad del recurso en cuestión.-

De la lectura del recurso, se verifica que los planteos tienen como temas centrales determinar si la sentencia cuestionada ha cumplido con las formalidades que exige la normativa procesal; si se omitió incorporar y valorar prueba conducente a la resolución del proceso; y si el fallo carece de fundamentación.-

Así es que se constata que los planteos realizados remiten al examen de cuestiones hecho y prueba, materia propia de los jueces de la causa y, en principio, ajena -como regla y por su naturaleza-, a la instancia casatoria; salvo que se demuestre arbitrariedad o absurdo, circunstancia que no se vislumbra en el sub lite (conf. TSJ Santa Cruz, Interlocutorio, Tomos XXVII, Reg. 3233, Folio 5349/5353 y XXVI, Reg. 3122, Folio 5111/5113).-

En razón de lo expuesto, es menester recordar que la revocación de una sentencia por absurdo o arbitrariedad es un remedio excepcional (conf. TSJ Santa Cruz, Sentencia, Tomos VIII, Reg. 282, Folio 1531/1533 y XV, Reg. 513, Folio 2877/2883) para neutralizar los efectos dañosos del desvío de las reglas de la sana crítica.-

Sobre esta cuestión, es oportuno señalar que: "…para que se configure el extremo del absurdo o de la arbitrariedad no es suficiente la mera exhibición de un criterio discordante con el de los juzgadores, toda vez que debe demostrarse el vicio que se alega de manera tal que permita concluir que 'el discurrir del fallo se encuentra viciado de tal modo que lleva a conclusiones contrarias al entendimiento'…" (TSJ Santa Cruz, Interlocutorio, Tomos IX, Reg. 1320, Folio 1786/1788 y XX, Reg. 2648, Folio 3999/4003). Asimismo este Tribunal ha dicho que el absurdo en la valoración de la prueba se produce cuando nos encontramos ante "'…un desvío lógico, una falla del razonamiento, la incongruencia o el grosero error material en la interpretación de algún elemento probatorio, que llevará a sentar premisas incompatibles con las reglas de la común experiencia o contradichas por piezas fehacientes de la causa, en grado tal que justifiquen su revisión por la última instancia provincial…' (confr. TSJ Santa Cruz, Tomo VII, Sentencia, Reg. 254, Folio 1383/1389; ídem, Tomo VII, Sentencia, Reg. 255, Folio 1390/1394, entre otros)." (cfr. Interlocutorio, Tomo XX, Reg. 2644, Folio 3980/3984).-

Examinados los términos del recurso se observa que el mismo contiene sólo meras discrepancias con los argumentos y fundamentos del decisorio en cuanto a la interpretación y valoración de la prueba, lo que hace inatendible a aquél.

Pues en relación a esos asuntos tan sólo se pretende recrear la meritación y valoración jurisdiccional sin llegar a producir una crítica razonada, profunda, visceral, concreta y eficaz de la estructura sentencial atacada. (conf. TSJ Santa Cruz, Tomo VI, Interlocutorio, Reg. 880, Folio 1019/1021).-

A mayor abundamiento se debe recordar que el artículo 364 del CPC y C prevé que salvo disposición legal en contrario, los jueces formarán su convicción respecto de la prueba, de conformidad con las reglas de la sana crítica. No tendrán el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa. En base a ello ha señalado este Cuerpo que en la meritación de la prueba los jueces son libres en la selección de los medios probatorios e indiciarios que los conducen a establecer los hechos, y de optar por aquellos que les ofrecen mayores garantías de eficacia en el descubrimiento de la verdad, ya sea omitiendo o haciendo prevalecer unos u otros, por lo que esta temática queda -por regla- excluida del control casatorio (conf. Interlocutorio, Tomo XXVII, Reg. 3172, Folio 5215/5218).-

Sabido es que no procede, por vía del recurso de casación, provocar un nuevo examen crítico de los medios probatorios en que se apoya la sentencia pues se trata de una materia privativa de los jueces de grado quienes tienen la facultad de seleccionar las pruebas que entienden conducentes sin estar obligados a justificar por qué otorgan mayor o menor mérito a una prueba que a otra y esto no puede ser revisado en esta sede por medio de la mera expresión de una opinión discrepante si no se alcanza a demostrar la consumación de algún vicio. Cabe agregar que tampoco se observa, en el caso, que el recurrente intente demostrar una absurda valoración de la prueba que pueda tener la entidad suficiente como para traer aparejada arbitrariedad (conf. TSJ Santa Cruz, fallo cit.).-

Así, la Cámara destaca que el Juez de Primera Instancia "...hubo de explicar en su pronunciamiento el thema decidendum, esto es, la facultad de la empresa para retener la liquidación del trabajador, determinando que ése era el núcleo de la controversia planteada y por tanto fue descartando la consideración de las demás probanzas de autos (cfr. art. 164 inc. (sic) del C.P.C. y C.)." (cfr. foja 447 vta.). Luego concluye que la demandada no poseía per se tal prerrogativa, ni tampoco se encontraba habilitada, a tal fin, por autoridad judicial o administrativa competente (conf. foja cit.). Sobre el particular también entiende que: "...no existe normativa o decisión que -sin alterar principios constitucionales como el de propiedad, de defensa en juicio contenidos en sus artículos 17 y 18 de la C.N.- disponga autorizar la retención efectuada." (cfr. foja 448 vta.).-

Luego enfatiza que: "Cabe recalcar que la normativa invocada

por la accionada no confiere potestad alguna a la empleadora para disponer la retención de la liquidación en crisis, sólo indica que el responsable de la falta endilgada deberá reparar pecuniariamente el daño ocasionado, mas no autoriza a la empleadora a actuar como lo hizo (cfr. fs. 4, 200/205)." (cfr. foja 449).-

En su fundamentación sigue diciendo: "Sumado a ello -y tal como argumentara el a quo- la empresa S.P.S.E. desenvuelve sus actividades dentro del marco del derecho privado. Ello se extrae de la exclusión de aplicación a su ámbito de las leyes de procedimiento administrativo, contabilidad y obras públicas, establecidas por el art. 3 de la ley N° 1345 y la aplicación de las disposiciones de la ley de sociedades, por remisión hecha en el artículo 1 del Estatuto de la Sociedad. Por esta razón regula las relaciones con su personal a través de las normas del derecho privado, siendo de plena aplicación la ley N° 20.774 y, en consecuencia, lo prescripto en el artículo 131 de dicha normativa laboral ha sido trasgredido por la decisión cuestionada..." (cfr. foja 449 vta.).-

Cabe apuntar que aún en la hipótesis que pudiera tenerse, sobre la cuestión bajo análisis, una opinión distinta a la postulada en Cámara, esto, en principio, no amerita la apertura de la vía extraordinaria provincial. Más allá de la discrepancia con la postura asumida que el recurrente pudiera tener, lo cierto es que el nombrado ni siquiera intenta atacar los fundamentos brindados por la Cámara.-

De su lado, este Tribunal tiene dicho que: "...la doctrina de la arbitrariedad no ha sido instituida para corregir sentencias equivocadas, o que el recurrente estime tales según su criterio, sino que atiende sólo a supuestos de gravedad extrema, en los que se verifica un apartamiento palmario de la solución prevista por la ley o una absoluta carencia de fundamentación..." (cfr. Interlocutorio, Tomos III, Reg. 282, Folio 457/458; VI, Reg. 881, Folio 1022/1025, entre otros). Por lo tanto '"debe demostrarse que la operación intelectual desarrollada en el proceso de formación de la sentencia, que ella exterioriza, carece de bases aceptables con arreglo a los preceptos legales que gobiernan la valoración de las probanzas"' (cfr. Juan Carlos Hitters, "Técnica de los Recursos Extraordinarios y de la Casación", 2da. edición, pág. 479/480, SCBA, Ac. 24.739, 'Díaz de Giocco, Carmen c/ Fundiciones en matrices Junker S.A. Despido y salarios', del 21-III-978, DJBA, v. 114, nº 8325. Ídem, Ac. 24.985, 'Acebey de Dega, J.E c/ Cía. Swif S.A. Enfermedad accidente', del 19-VIII-78; Ac. 25.048, 'Correa de A.A. V. c/ Cía. Swif S.A. Enfermedad accidente', del 15-VIII-78, DJBA, v. 116 p. 54.).-

Pasando a otro tema, se debe afirmar que también es inadmisible el pretenso agravio referido al quebrantamiento de las formas por estar basada la sentencia en los votos de dos jueces.-

Sobre esta cuestión ya se ha expedido este Alto Cuerpo en los siguientes términos: "...En consecuencia y refiriéndose el agravio exclusivamente a la falta de firma de uno de los jueces y no invocándose la existencia de opiniones discordantes incapaces de formar mayoría, el alegado quebrantamiento de las formas deviene improcedente." (cfr. Interlocutorio, Tomo XVIII, Reg. 2371, Folio 3522/3526) y "...De lo que se trata es de conformar una mayoría de opiniones concordantes, enseñando la jurisprudencia comparada que: 'En consecuencia, la ausencia de uno de los jueces, cualquiera sea la razón, no vicia el pronunciamiento si media conformidad de opiniones de los otros dos' (SCBA, Ac. y Sent., 1976, v. II, p. 158, L.L., 1977, v. D, p. 695, 34.392-S); y que: 'La constitución del tribunal de alzada con sólo dos miembros no es causa de nulidad del fallo, teniendo en cuenta que las normas constitucionales no estatuyen sobre la composición del tribunal' (SCBA, Ac. y Sent., 1977, v. I, p. 958; L.L., 1978, v. A, p. 240; Ac, y Sent., 1977, v. III, p. 131)." (cfr. Sentencia, Tomo VI, Reg. 219, Folio 1180/1185).-

En cuanto a la alegada violación de las garantías del debido proceso legal y defensa en juicio se advierte que la recurrente se circunscribe a invocarlos sin realizar una relación concreta al caso de autos con la debida fundamentación. Es que la sola mención de normas, garantías o principios constitucionales sin hacer referencia de su aplicación concreta en el caso y sin explicar de qué manera se habrían vulnerado no constituyen base idónea de agravio (conf. TSJ Santa Cruz, Tomo XXVI, Interlocutorio, Reg. 3143, Folio 5153/5156).-

V.- Que, en virtud de lo expuesto, doctrina y jurisprudencia citadas, el recurso de casación articulado por la demandada, a fs. 471/482, no ha logrado habilitar la presente instancia extraordinaria por lo que corresponde declararlo mal concedido, y en consecuencia, revocar la resolución de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial obrante a fs. 486/487, de conformidad con lo establecido en el artículo 7 del Libro I, Título IV, Cap. IV, Sec. 6º, Parágrafo 2º -Recurso de Casación- del CPC y C, conforme Ley Nº 3453/15 -Decreto Nº 2228/15-.-

Por ello, el Excmo. Tribunal Superior de Justicia;

RESUELVE:

1º) Hacer lugar a la excusación deducida por la Sra. Vocal, Dra. Reneé Guadalupe Fernández a foja 495.-

2º) Declarar mal concedido el recurso de casación interpuesto por la demandada a fs. 471/482 y, en consecuencia, revocar la resolución de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial obrante a fs. 486/487.-

3º) Regístrese. Notifíquese y oportunamente devuélvase.-

La presente resolución se dicta con la firma de cuatro miembros del Tribunal, por constituir mayoría concordante en la solución del caso, en virtud de encontrarse aceptada la excusación de la Sra. Vocal, Dra. Reneé Guadalupe Fernández (art. 27, 2º párrafo, de la Ley Nº Uno, t.o. Ley Nº 2404).-

PAULA ERNESTINA LUDUEÑA CAMPOS
Presidente
Tribunal Superior de Justicia

DANIEL MAURICIO MARIANI
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

ENRIQUE OSVALDO PERETTI
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

ALICIA DE LOS ÁNGELES MERCAU
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

MARCELA SILVIA RAMOS
Secretaria
Tribunal Superior de Justicia