TOMO XXVIII **-INTERLOCUTORIO-** T.S.J..-
REGISTRO Nº 3319
FOLIO Nº 5529|5533
PROT. ELECT. TSS1 057 I.171
Río Gallegos, 19 de octubre de 2017.-

Y VISTOS:

Los presentes autos caratulados: **"CARRIZO DANIEL ALBERTO C/ CONINSA S.A. S/ LABORAL"**, Expte. Nº **C-10533/06** (C-2143/16-TSJ), venidos al Acuerdo para resolver; y

CONSIDERANDO:

I.- Que llegan los presentes autos a conocimiento de este Excmo. Tribunal Superior de Justicia, en virtud de los recursos de casación interpuestos a fs. 1293/1308, por la Dra. Andrea Valeria Fernández, en su carácter de letrada apoderada de la parte actora, y a fs. 1311/1346 por el Dr. Ignacio Ferreyra de las Casas, como letrado apoderado de la parte demandada, contra la sentencia dictada por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial, obrante a fs. 1275/1282, por cuanto modificó parcialmente la sentencia de Primera Instancia obrante a fs. 1018/1030.-

II.- En su recurso de casación, la parte actora plantea que la Excma. Cámara de Apelaciones ha incurrido en violación de la ley y arbitrariedad (conf. fs. 1295 vta./1296).-

Alega que en la demanda claramente se expresó que las escalas del Sindicato del Personal Jerárquico Profesional del Petróleo y Gas Privado de la Patagonia Austral, estatuidas mediante convenio del 17 de agosto de 2006, que establecen un piso de $9.660 y un techo de $10.660 (conf. fs. 1296 vta./1297) se debieron tomar como parámetro de cuantificación, para determinar su haber mensual, pero también tener en cuenta las pruebas de la causa a los fines de la aplicación del artículo 114 de la LCT (conf. foja 1297 vta.).-

Refiere que la Alzada omitió expedirse sobre el pedido de indemnización agravada, conforme lo normado en el artículo 2 de la Ley Nº 25.323 (conf. fs. 1297 vta./1298 vta.).-

Agrega que no se le debieron aplicar topes a su indemnización por resultar confiscatorios y en atención a que es un trabajador fuera de convenio. Afirma que esta cuestión ha sido tratada en la sentencia con dogmatismo y arbitrariedad de fundamentación (conf. foja 1299). Plantea que se ha hecho caso omiso de las fuentes que regulan el contrato de trabajo, específicamente los artículos 1, 3, 7, 9, 11, 12, 13, 14, 50, 55, 58, 62, 63 y 78 de la LCT; artículos 14 bis y 75 inciso, 22 de la Constitución Nacional; artículos 3, 8, 9, 17 y 60 de la Constitución de

la Provincia de Santa Cruz; artículo 7 inciso, i) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículo 23 de la Convención Universal de los Derechos Humanos (conf. foja 1301).-

Hace reserva del caso federal (conf. fs. 1307 vta./1308).-

III.- Que a fs. 1311/1346 Coninsa S.A. interpuso recurso de casación y expresó que el fallo ha incurrido en violación de la ley, concretamente los artículos 12, 52 inciso, d, 114, 140 inciso k, 232, 233, 245 y 246 de la LCT; y arbitrariedad (conf. foja 1326 vta.).-

Expresa que no puede denegarse la viabilidad del recurso extraordinario por cuestiones de hecho y prueba. Esto en atención al precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "Casal, Matías E. y otro", del 20/09/2005 (La Ley 04/10/2005) (conf. fs. 1330/1333 vta.).-

Afirma que es arbitrario que la Cámara estime que el actor ingresó a trabajar el 18 de agosto de 1987 y no el primero de junio de 1995. Asegura que esta última fecha surgiría de los recibos de haberes adjuntados al ofrecimiento de prueba y de la pericia contable producida en autos (conf. foja 1334). Añade que es arbitrario pretender determinar la fecha de ingreso del actor a partir de la existencia de uno o más poderes (conf. foja 1334 vta.). Añade que "Frente al reconocimiento contenido en la demanda sobre el carácter de empleadora de Ingeniería Sánchez S.A., debe coincidirse que el argumento de la fecha de la apertura de la cuenta sueldos de Carrizo (27/8/87) carece de toda relevancia..." (cfr. foja cit.). Destaca que Carrizo nada dijo sobre su fecha de ingreso en la intimación del 10 de octubre de 2006, ni tampoco el 31 de octubre de 2006, al comunicar su despido injustificado (conf. foja 1335).-

Expone que existió acuerdo entre Coninsa S.A. y el actor sobre su remuneración, por lo que resulta inaplicable lo estatuido en el artículo 114 de la LCT (conf. foja 1335 vta.). Señala que la Cámara habría incurrido en una contradicción al sostener que: "...'Por otra parte tengo presente que no existió un 'acuerdo' de la manera en lo afirma (sic) la parte demandada...', y pocos renglones más adelante que 'sin perjuicio de que el actor se encontrara 'fuera de convenio' y que acordara una remuneración por su labor...'" (cfr. fs. 1335 vta./1336).-

Entiende que no debe resolverse el sub lite como si se tratara de un supuesto de nulidad previsto en el artículo 12 de la LCT, texto según Ley Nº 26.574, vigente a partir del 23 de diciembre de 2009, pues "Si cotejamos ese texto con el anterior se advierte una sustancial diferencia, cual es que en el original no se hacía mención alguna a los 'contratos individuales', por lo que la incorporación que hizo la reforma en ese sentido no alcanza al caso de autos que queda comprendido en la redacción anterior." (cfr. foja 1336 vta.). Dice que el Sr. Carrizo percibió las

remuneraciones que le abonaba la demandada y que tal circunstancia tiene efectos definitorios (conf. foja 1337 vta.).-

Argumenta que es absurda y arbitraria la sentencia por determinar que la "...suma condenada de $9.060 es más de cuatro veces y media superior a la cobrada de $ 2.060..." (cfr. foja 1338 vta.). Aduce que la decisión en este sentido significa una absoluta desnaturalización del artículo 114 de la LCT; e impone una condena insoportable por su agraviante peso económico y por su intolerable atentado al sentido común (conf. foja 1338 vta.).-

Entiende que es una afirmación dogmática el tener acreditada la función gerencial de Carrizo (conf. foja 1342); y que se desentiende de los recibos de haberes de los que surgiría que la categoría del actor era de administrador (conf. foja 1342 vta.). Luego expresó que: "...si ha quedado demostrada la inexistencia de diferencia salarial alguna, la decisión adoptada confirmando la de la instancia anterior, en orden a la configuración de despido indirecto importa reiteración del desvío plasmado en la misma al ratificarse una condena impuesta en base a norma inaplicable, como lo es -y ha sido acreditado- el art. 114 LCT." (cfr. foja cit.).-

Afirma que la sentencia atacada ha violado las "garantías constitucionales" de trabajar, igualdad, propiedad, defensa en juicio, debido proceso y legalidad consagradas en los artículos 14, 16, 17, 18 y 19 de la Constitución Nacional. Por este motivo, ratifica reserva de caso federal (conf. foja 1345 vta.).-

A foja 1349 y vta. la Excma. Cámara de Apelaciones declara formalmente admisible los recursos de casación incoados.-

IV.- Que en oportunidad de efectuar el examen preliminar que establece el artículo 7 del Libro I, Título IV, Cap. IV, Secc. 6º, Parágrafo 2º -Recurso de Casación- del CPC y C, a efectos de valorar si se encuentran reunidos los extremos formales que habilitan la admisibilidad de los recursos intentados (conf. TSJ Santa Cruz, Interlocutorio, Tomo XXVIII, Reg. 3274, Folio 5431/5433), se advierte que los mismos no alcanzan a cumplimentar los requisitos formales que se interponen en el acceso a esta instancia extraordinaria.-

En cuanto a la insistente remisión que realiza la parte actora al fallo "Casal" de la CSJN (Fallos 328:3399) se debe señalar que este Alto Tribunal ya se ha expedido sobre esta cuestión (conf. Interlocutorio, Tomo XX, Reg. 2625, Folio 3933/3937). Allí se ha dicho que se pretende transplantar un fallo dictado en el ámbito penal al de la "casación civil". La Corte Suprema de Justicia basa fundamentalmente las conclusiones vertidas en "Casal" en la jerarquía constitucional que tienen los tratados sobre derechos humanos incorporados a nuestra Carta Magna en el año 1994, específicamente el artículo 8 inciso, h de la Convención Americana de Derecho, que establece: "Toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se

presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad a las siguientes garantías mínimas: ...h) derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior...". Pero el fallo "Casal" no resulta aplicable -ni siquiera por vía indirecta- en el marco de la casación civil. Ello así pues la doble instancia está cumplida en este caso. Nótese que este juicio tuvo respuestas jurisdiccionales que han evaluado el hecho y la prueba -ampliamente- en Primera Instancia (sentencia de fs. 1018/1030) y, por vía de apelación, en Segunda Instancia (sentencia de fs. 1275/1282), cumpliendo los estándares internacionales y nacionales en la materia. Como puede fácilmente advertirse, el amplio análisis de los hechos y las pruebas que en dos instancias se realiza en el proceso "civil" dista ampliamente del análisis de los hechos y las pruebas que tiene previsto el proceso penal en el juicio oral y público en única instancia. Por lo expuesto, el pretenso agravio deviene inatendible.-

Asimismo, se verifica que los planteos de ambos recurrentes tienen como núcleo fundamental común cuestionar la valoración de los medios probatorios realizada por la Cámara, en particular lo relacionado con: 1) el importe del sueldo que correspondía al Sr. Carrizo; 2) el monto del tope indemnizatorio; 3) la fecha en que comenzó a trabajar el actor; 4) si el despido indirecto estuvo justificado. Es decir, que remiten al examen de cuestiones de hecho y prueba; y son, por lo tanto, en principio, ajenos a esta instancia extraordinaria; salvo que se demuestre arbitrariedad o absurdo, circunstancia que no se vislumbra en el sub lite.-

En atención a lo expuesto, es menester recordar 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..."' (cfr. TSJ Santa Cruz, Interlocutorio, Tomo XX, Reg. 2644, Folio 3980/3984).-

La revocación de una sentencia por absurdo es un remedio excepcional (conf. TSJ Santa Cruz, Sentencia, Tomo VIII, Reg. 282, Folio 1531/1533); para neutralizar los efectos dañosos del desvío de las reglas de la sana crítica.-

En tal inteligencia este Alto Cuerpo ha entendido que: "'...para que se configure el extremo del absurdo o 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'...(confr. TSJ Santa Cruz, Tomo IX, Interlocutorio, Reg. 1320, Folio

1786/1788)..." (cfr. Tomo XX, Interlocutorio, Reg. 2.648, Folio 3.999/4.003).-

Examinados los términos de los recursos se observa que los mismos contienen 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 aquellos.-

Se constata que la Alzada realiza una interpretación de los elementos probatorios que no se advierte como arbitraria o absurda.-

Así, la Cámara en primer lugar concluyó que el actor efectivamente realizaba tareas gerenciales y no administrativas "...lo que se encuentra acreditado con los diferentes contratos suscriptos por Carrizo en nombre de la empresa, las diferentes facultades para las cuales se lo dotaba a través de los poderes obrantes en autos, la entrega de un teléfono celular y de un vehículo para utilizar en forma discrecional, como asimismo circunstancias también acreditadas por los testigos Lopez y Cerda..." (cfr. foja 1278). Luego sostuvo que: "... al estar frente a una relación de trabajo los principios del derecho civil, como pretende el demandado en agravios, deben ceder ante la incontrastable realidad de la situación presentada. Es decir que sin perjuicio de que el actor se encontrara 'fuera de convenio' y que acordara una remuneración por su labor, ello no cambia la naturaleza de la relación que unía a las partes, que es una relación de trabajo y por tal razón son de aplicación los principios de tal materia...no puede interpretarse el silencio del actor a la luz de los preceptos del Código Civil, sino que por el contrario en virtud del principio protectorio y de irrenunciabilidad (art. 12 LCT) entiendo que las diferencias salariales le son debidas al actor de autos por sus labores efectivamente realizadas...En este orden de exposición, corresponde sostener al igual que el Juez de grado la aplicación al caso del art. 114 de la LCT que señala 'Cuando no hubiese sueldo fijado por convenciones colectivas o actos emanados de autoridad competente o convenidos por las partes, su cuantía fijada por los jueces atendiéndose a la importancia de los servicios y demás condiciones en que se prestan los mismo, el esfuerzo realizado y a los resultados obtenidos.' Entiendo que el monto determinado en este aspecto de $ 9.660 por parte del aquo es adecuado y constituye una justa retribución para el actor de autos. No se trata de una determinación insuficiente como pretende el actor en agravios, puesto que es el salario estimado en el escrito de demanda y guarda relación con los informes brindados por otras empresas en éstos (fs. 774) prueba que debe analizarse en forma concordante con las demás obrantes en éstos y con el concreto reclamo de autos, por lo que habré de confirmar este punto del fallo recurrido." (cfr. 1278/1279).-

En consonancia con el criterio de la Alzada se ha dicho en doctrina que el artículo 114 de la LCT "...permite a los jueces, en los casos de que

ninguna remuneración haya sido pactada, establecer la que en justicia corresponda de acuerdo a la naturaleza de la función cumplida y a los resultados obtenidos por el empleador." (cfr. Juan Carlos Fernández Madrid, "Ley de contrato de trabajo. Comentada y anotada", La Ley, Buenos Aires, 2009, Tomo II, pág. 1311).-

El agravio del actor por el que se intenta atacar el monto tomado por la Cámara como base de la condena es una cuestión de hecho y prueba cuya revisión es inviable en esta instancia extraordinaria, salvo que se denuncie y demuestre que el tribunal de grado hubiera incurrido con arbitrariedad o absurdo (conf. SCBA, "Ochoa Martha Elba c/ Asociación Vecinal Villa 9 de Julio y otro/a. s/ Despido", causa LP L 113.346, del 4 de junio de 2014; "Flores Roberto Héctor c/ Ricardo Nini S.A. s/ Despido", causa LP L 101.177, del 16 de mayo de 2012 y "Markarian Christian c/ Ritson Walter y otros s/ Despido y cobro de pesos", causa LP L. 117.482, del 10 de diciembre de 2014). Extremos que no se constatan en el sub lite.-

Tampoco se intenta demostrar en el recurso bajo análisis, la existencia de arbitrariedad o confiscatoriedad en lo vinculado al tope en la indemnización por despido, conforme artículo 245 de la LCT, pues se resuelve la cuestión según el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos: 327:3677 (conf. fs. 1279 vta./1280). Precedente que también ha seguido expresamente este Alto Tribunal (conf. Sentencia, Tomo XV, Reg. 511, Folio 2860/2871). Adunado a lo cual, la Alzada toma como monto de referencia salarial al fijado en el Convenio Colectivo de Trabajo agregado a fs. 677/688, el cual estima es el que se adecúa a la verdadera labor realizada por el actor (conf. foja 1280); tarea esta de valoración probatoria, ajena, por principio, a esta instancia casatoria.-

En cuanto a la determinación de la fecha de ingreso, se constata que si bien la demandada ha denunciado la existencia de arbitrariedad, el desarrollo de su recurso resulta insuficiente para demostrarlo. Por el contrario, lo resuelto por la Cámara no se divisa como portador del vicio señalado. A partir de las constancias probatorias obrantes en autos la Alzada entendió que debía considerarse como fecha de inicio de la relación laboral el 18 de agosto de 1987 y para llegar a tal conclusión tuvo en cuenta todos los poderes otorgados en favor del actor, declaraciones testimoniales y la apertura de una cuenta bancaria efectuada el 27 de agosto de 1987, a los fines de percibir sueldos (conf. foja 1277 vta.).-

Tampoco se advierte argumentada la demostración de la arbitrariedad o absurdo en lo tocante a la justificación del despido indirecto del actor que habilite la instancia extraordinaria. Al respecto la Cámara puso de relieve que: "...el hecho de colocarse en situación de despido indirecto por parte del actor, se encuentra debidamente demostrada en autos ante el concreto reclamo de Carrizo y la negativa

sistemática de la demandada, llegando a constituir ello un claro comportamiento injurioso que torna procedente las indemnizaciones derivadas del despido..." (cfr. foja 1279 vta.). Así las cosas, se debe destacar que la calificación de la injuria laboral justificativa del despido indirecto es una cuestión de hecho y prueba (conf. SCBA, "Altamirano, Mario de J. y otros c/ Couture, Miriam R. y otro s/ Despido", del 10 de octubre de 2007, causa L. 90.204) y librada a la prudente valoración de los jueces; y no corresponde su revalorización en esta instancia extraordinaria, salvo el supuesto de arbitrariedad o absurdo; o que se compruebe que la evaluación de la injuria invocada fue efectuada por el juzgador sin la prudencia que la ley exige; lo que no sucede en autos.-

En cuanto a la alegada violación de los artículos 14 bis y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional; artículos 3, 8, 9, 17 y 60 de la Constitución de la Provincia de Santa Cruz; artículo 7 inciso, i) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículo 23 del Convención Universal de los Derechos Humanos (por el actor conf. foja 1301); y las "garantías constitucionales" de trabajar, igualdad, propiedad, defensa en juicio, debido proceso y legalidad consagradas en los artículos 14, 16, 17, 18 y 19 de la Constitución Nacional (por la demandada conf. foja 1345 vta.), se advierte que los demandados se circunscriben 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, Interlocutorio, Tomo XXVI, Reg. 3143, Folio 5153/5156).-

En definitiva, los recurrentes pretenden recrear la meritación y valoración jurisdiccional sin llegar a producir una crítica razonada, profunda, visceral, concreta y eficaz de la estructura sentencial atacada, lo que torna inhábiles los recursos en estudio para ser considerados admisibles (conf. TSJ Santa Cruz, Interlocutorio, Tomo XXI, Reg. 2701, Folio 4131/4135).-

En conclusión, se constata que las críticas de los recurrentes sólo traducen diferencias de criterio con el Juzgador y no resultan suficientes para ingresar al análisis de las consideraciones expuestas en el pronunciamiento recurrido, en especial frente a la excepcionalidad del remedio que se intenta. Máxime cuando la interpretación sustentada por la Cámara resulta coherente y debidamente fundada. En esta inteligencia, tiene dicho este Tribunal que "...no promueve una cuestión para ser tratada en casación el recurso que sólo trasunta una opinión diversa a la sostenida en las instancias de grado, insuficiente, por ende, para demostrar que ésta conduzca a un apartamiento palmario de la solución jurídica prevista para el caso o adolezca de una decisiva carencia de fundamentación..." (cfr. Interlocutorio, Tomo XXVI, Reg. 3077,

Folio 5002/5011). En estos casos la cuestión no puede sino fenecer en los Tribunales ordinarios, no siendo este Tribunal Superior de Justicia una nueva y tercera instancia para revalorizar y juzgar respecto de dichas cuestiones, salvo que se denuncie y demuestre la existencia de absurdo; violación de la ley o de la doctrina legal; y/o quebrantamiento de forma, circunstancia ésta que no ha ocurrido.-

Por último, debe señalarse que la Cámara resolvió sobre el pedido de la imposición de la multa prevista en el artículo 2 de la Ley Nº 25.323 -haciendo lugar a la misma-, mediante la resolución agregada a foja 1289 y vta.. Por lo tanto no se advierte agravio alguno.-

Que, en virtud de lo expuesto, doctrina y jurisprudencia citadas, los recursos de casación articulados por la parte actora a fs. 1293/1308 y por la parte demandada a fs. 1311/1346, no han logrado habilitar la presente instancia extraordinaria por lo que corresponde declararlos mal concedidos, y en consecuencia, revocar la resolución emanada de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial, obrante a foja 1349 y vta., 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-, teniendo presente las reservas del caso federal efectuadas a fs. 1307 vta./1308 y foja 1345 vta..-

Por todo ello, el Excmo. Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º) Declarar mal concedidos los recursos de casación interpuestos por la parte actora a fs. 1293/1308 y por la parte demandada a fs. 1311/1346 y, en consecuencia, revocar la resolución emanada de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial, obrante a foja 1349 y vta..-

2º) Ténganse presentes las reservas del caso federal.-

3°) Regístrese. Notifíquese y oportunamente devuélvanse.-

La presente resolución se dicta con la firma de tres miembros del Tribunal, por constituir mayoría concordante en la solución del caso, en virtud de encontrarse en uso de licencia el Sr. Vocal Dr. Enrique Osvaldo Peretti y vacante un cargo de Vocal (art. 27, 2º párrafo, de la Ley Nº Uno, t.o. Ley Nº 2404).-

Siguen...///

///…las firmas.-

PAULA ERNESTINA LUDUEÑA CAMPOS
Presidente
Tribunal Superior de Justicia

DANIEL MAURICIO MARIANI
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

ALICIA DE LOS ÁNGELES MERCAU
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

MARCELA SILVIA RAMOS
Secretaria
Tribunal Superior de Justicia