TOMO XXVII – **INTERLOCUTORIO** – T.S.J..-

REGISTRO Nº 3.200

FOLIO Nº 5.271 / 5.274

PROT. ELECT. TSS1 042 I.161

Río Gallegos, 24 de mayo de 2016.-

Y VISTOS:

Los presentes autos caratulados: **"BONACHERA, MILTON MAXIMILIANO C/ SKANSKA S.A. Y OTRA S/ LABORAL" Exp. Nº B-15.146/11** (B-2056/15-TSJ), venidos al Acuerdo para resolver; y

CONSIDERANDO:

I.- Que llegan las presentes autos a conocimiento de este Excmo. Tribunal Superior de Justicia, para dar tratamiento a los recursos de casación interpuestos por el Dr. Mario Paradelo, en su carácter de letrado apoderado de las firmas Skanska S.A. y Roch S.A, a fs. 555/561 vta. y 563/571 vta., respectivamente, contra la sentencia dictada por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial, obrante a fs. 529/543 vta., la que confirmó parcialmente la sentencia de primera instancia obrante a fs. 464/470 vta..-

II.- En el recurso de casación, Skanska S.A., plantea, que la sentencia atacada incurre en quebrantamiento de las formas a causa de la violación de la ley (arts. 103 LCT, 105, 245 y 260; Resolución 1242/10 del Ministerio de Trabajo y arts. 17, 18, 19 y 31 C.N), apartamiento de la doctrina legal, arbitrariedad y violación del principio de congruencia (art. 164 CPCC) (conf. fs. 555 vta. y 556). Alega que se ha incurrido en exceso ritual manifiesto y cuestiona el fallo por su apartamiento de la doctrina que habría sentado "el superior" en lo que hace a la arbitrariedad en la apreciación de la prueba, que -en su criterio- fue interpretada en su perjuicio (conf. fs. 556). En este sentido critica que la Cámara haya aplicado la Resolución de la Secretaría de Trabajo 1242/10 (relativo al tope indemnizatorio), cuando debió emplear la Resolución ST 1711, que establece un tope indemnizatorio menor (conf. fs. 556 vta.) y que la misma no debió incorporar los "…rubros variables de naturaleza no remunerativa, como los rubros 'Ad. Yac. Prod. CCT 396/04', 'Bono Paz Social CT 396/04', 'Vianda CCT 396/04' y 'Asig. vianda Comp. No Remun.' y otros como Vianda Laudo 15-11-05…que no integran el salario como tal, así como tampoco son habituales" (cfr. fs. 557 vta.). Sobre el particular sostiene que no es aplicable lo normado en el Convenio N° 95 OIT (conf. fs. 557 vta.); y que "…resulta mal aplicado…las normas invocadas en la sentencia como los arts. 103 y 105 de la LCT; toda vez que de la mera lectura del art. 103 bis se desprende que los correspondientes a viandas se encuentran incluidos como beneficios sociales no remunerativas, en los apartados b) vales de almuerzo y c) vales alimentarios" (cfr. fs.

cit.). A este respecto, destaca que "...el bono paz social, es extraordinario y respondió únicamente a dar una respuesta de emergencia ante un conflicto colectivo de trabajo planteado..." (cfr. fs. cit.); y que la asignación Vianda Complementaria no remunerativa refiere directamente a la devolución del impuesto a las ganancias, con lo que tampoco debería computarse para la indemnización (conf. fs. 558). Sostiene que es equivocada la decisión de la Cámara de volver a liquidar la indemnización en base a una categoría no otorgada - la "J" de Recolector - y que es arbitrario fijar una nueva base de cálculo basada en hechos inexistentes e incorporando en dicho cómputo sumas no remunerativas que no son normales y habituales, algunas de las cuales no pueden reputarse mensuales, y al no tener periodicidad mensual no cumple las condiciones de mensualidad que específicamente exige el artículo 245 LCT (conf. fs. 558 y vta.). Añade como agravio que el pago de la liquidación final no constituye una situación jurídica perfeccionada y que no tuviera efectos liberatorios (conf. fs. 558 vta.). Expresa que la liquidación final presentada en autos no fue objetada a tiempo por el actor y ha sido formulada con arreglo a derecho (conf. fs. 559). Afirma que "...la Cámara ha interpretado equivocadamente las normas de fondo que cita...arts. 103, 105, 245 y 260 LCT cuando dichas normas no autorizan a incorporar ítems convencionales no remunerativos dentro del cálculo de la indemnización final...se atribuye facultades legislativas, creando nuevos conceptos indemnizatorios, transgrediendo así el principio de división de poderes" (cfr. fs. 559). Aduce que la Alzada funda su sentencia en su criterio arbitrario y formalista, con aparentes fundamentos, que no tienen nada que ver con lo actuado (conf. fs. 559 vta.). Asimismo plantea que al no haberse ponderado el verdadero alcance de las normas procesales aplicables, ni de las garantías constitucionales se han quebrantado "...las formas y solemnidades esenciales emergentes del art. 2° y la violación de la Ley del art. 3° de la Ley 1687..." (cfr. fs. 560 vta.). Hace reserva del caso federal (cfr. fs. 561 y vta.).-

III.- A fs. 563/571 y vta., Roch S.A., interpuso recurso de casación, tachando de inválido al fallo atacado por haber incurrido en arbitrariedad; violación y errónea interpretación de la ley; así como violación de la doctrina legal (conf. fs. 564). Considera equivocada la interpretación que se hizo del artículo 30 de la LCT (conf. fs. 564 vta.). Plantea que "Incurre en manifiesta arbitrariedad y absurdo...que las tareas desarrolladas por el actor resultan imprescindibles para Roch S.A.; lo cual, viola flagrantemente el principio de primacía de la realidad, ya que 'no cabe examinar su configuración respecto del objeto social'..." (cfr. fs. 564 vta./565). Expresa que para que nazca la responsabilidad solidaria del artículo 30 de la LCT es necesario que la empresa contrate o subcontrate servicios que complementen o completen su actividad normal, descartando de este modo el supuesto de

subcontratación de actividades secundarias, como serían las que habría prestado el actor respecto de Roch S.A. (conf. fs. 565). Afirma que de ningún modo está acreditado en autos la unidad técnica de ejecución entre Roch S.A. y Skanska S.A. que permita justificar la aplicación del principio de solidaridad laboral emergente del artículo 30 de la LCT (conf. fs. 565 vta.). Señala que la actividad de Skanska S.A. no está vinculada con el proceso de producción posterior de Roch S.A.; con lo que estima que el fallo atacado se aparta del criterio restrictivo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que excluiría la posible solidaridad cuando existe un suministro de un determinado servicio, producto o bien que se desvincula del proceso industrial posterior (conf. fs. 565 vta.). Expone que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos: "Gauna, Tolentino y otros c/ Agencia Marítima Rigel S.A. y Nidera Argentina S.A. y otros", habría descalificado el argumento de la necesariedad o imprescindibilidad de los servicios suministrados por Skanska S.A. (conf. fs. 565 vta.). Los demás agravios de Roch S.A. son idénticos a los efectuados por Skanska S.A. (cfr. fs. 566/571), por lo cual omitiremos transcribirlos brevitatis causae. Hace reserva del caso federal (cfr. fs. 571).-

A fs. 578/583 vta. la Cámara de Apelaciones declara formalmente admisibles los recursos de casación incoados por las demandadas.-

A fs. 591 pasan los presentes al Acuerdo.-

IV.- Que en oportunidad de efectuar el examen preliminar que establece el artículo 7 de la ley 1687 a efectos de valorar si se encuentran reunidos los extremos formales que habilitan la admisibilidad de los recursos intentados, se advierte que los mismos no alcanzan a cumplimentar los requisitos formales que se interponen en el acceso a esta instancia extraordinaria.-

Así, por un lado, se verifica que los planteos de ambos recurrentes tienen como núcleo fundamental común cuestionar la valoración de los medios probatorios realizados por la Cámara, en particular lo relacionado con: 1) si ciertos ítems del sueldo del Sr. Bonachera debían considerarse a los efectos indemnizatorios; 2) si correspondía calcular la indemnización del actor en atención a la categoría "J" Recolector, teniendo en cuenta las funciones por él desempeñadas; 3) si la liquidación final por el despido del actor tiene efectos liberatorios, y en lo concerniente al codemandado Roch S.A, según sus agravios 4) si Roch S.A. posee responsabilidad solidaria, en los términos del artículo 30 de la LCT por las tareas que el Sr. Bonachera realizaba para Skanska S.A.. 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, Tomo XX, Interlocutorio, Reg. 2.644, Folio: 3.980/3.984).-

La revocación de una sentencia por absurdo es un remedio excepcional (conf. TSJ Santa Cruz, Tomo VIII, Sentencia, 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'... (cfr. 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.-

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

Así, la Cámara entendió que las sumas denominadas "no remunerativas" debían integrar la base salarial a los efectos de calcular la indemnizatoria por despido. Subsumió el caso en base a los artículos 103 y 105 LCT y al Convenio N° 95 de la OIT (conf. fs. 539 y vta.). Para avalar su postura siguió los lineamientos del fallo de la CSJN, "Díaz, Paulo Vicente c. Cervecería Maltería Quilmes S.A.", del 4 de junio de 2013, D. XLIV, Recurso de hecho (conf. fs. 540).-

En consonancia con el criterio del a quo, en el ámbito jurisprudencial se ha considerado que los ítem denominados "no remunerativos", integran el salario a los fines del cálculo indemnizatorio previsto en el artículo 245 LCT (cfr. SCBA, "Dorado, Oscar Luciano contra Disco S.A. Despido" causa L. 101.164 del 27 de junio de 2012).-

La postura a partir de la que ha resuelto la Cámara tiene importante recepción jurisprudencial y doctrinaria (conf. Fernández Madrid, Juan Carlos, "Ley de contrato de trabajo. Comentada y anotada", La Ley, Buenos Aires, Tomo III, pág. 2084/2085).-

Además, es aplicable al sub lite lo dicho por el Cimero Tribu-

nal de Buenos Aires: "...que la determinación del salario que corresponde al trabajador constituye facultad privativa de los jueces de grado, y que la decisión que éstos adopten al respecto está exenta de revisión en casación, salvo absurdo..." (cfr. SCBA, "Markarian, Christian contra Ritson, Walter y otros. Despido y cobro de pesos", causa LP L. 117.482, del 10 de diciembre de 2014).-

Tampoco se vislumbra la existencia de arbitrariedad en lo vinculado con el cálculo de indemnización por despido en función de la categoría "J" Recorredor. En este sentido, la Excma. Cámara entendió que el actor había trabajado en esa categoría el tiempo previsto en el artículo 4° del CCT N° 396/04. Para llegar a tal conclusión valoró declaraciones testimoniales que dan cuenta que el Sr. Bonachera se desempeñó como recorredor; y los recibos de sueldo del Sr. Bonachera donde consta que en repetidas oportunidades cobró el ítem "mayor función" (conf. fs. 534 vta/ 536) Es decir, todas ellas tareas de valoración probatoria, ajenas en principio, a esta instancia casatoria.-

En lo concerniente a la invocada errónea aplicación del tope indemnizatorio, tampoco se demuestra el desacierto por lo resuelto en Cámara. Ésta aplicó la Resolución N° 1242, del 25 de agosto de 2010, dictada por la Secretaría de Trabajo del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación que fija la fecha de entrada en vigencia del tope indemnizatorio para la actividad petrolera en lo que respecta a la rama producción, a partir del 1° de diciembre de 2009, en la suma de $ 12.244,32, y el actor fue despedido entre abril y mayo de 2010 (conf. fs. 538 vta.).-

En cuanto a la determinación de la responsabilidad solidaria de Roch S.A. en función de lo expuesto en el artículo 30 LCT, se constata que si bien el recurrente ha denunciado la existencia de arbitrariedad y absurdo, el desarrollo de su recurso resulta insuficiente para evidenciarlo. 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 entendió que las tareas desarrolladas por el actor para Skanska S.A. resultaban coadyudantes e imprescindibles para Roch S.A. por el que subsumió el caso en el artículo 30 LCT (conf. fs. 532/534 vta.).-

En pos de una mejor fundamentación, la Cámara cita el fallo de este Alto Cuerpo, inscripto al Tomo XIII, Sentencias, Reg. 455, Folio 2474/2482 (cfr. fs. 534). Además el criterio del fallo atacado coincide con el sostenido en SCBA, "Jara, Bernardo R. c. Pratelco S.A. y otros"; 13/12/2000 y en la CNTrab, "Landriel, Domingo A. c. Cobraco S.A. y otro" sala VIII, 23/10/2002 (conf. Microjuris: cita MJ-JU-M-32998-AR/MJJ32998/MJ32998) También respalda el razonamiento del juzgador de grado la postura doctrinaria del Profesor Antonio Vázquez Vialard (cfr. Vázquez Vialard, Antonio, "La extensión de la responsabilidad laboral del empleador

a un tercero", La Ley 2004-C., pág. 1433/1441).-

Es aplicable al sub lite lo dicho por el Máximo Tribunal bonaerense: "Tiene reiteradamente dicho esta Suprema Corte que la evaluación de las circunstancias fácticas necesarias para la configuración de la situación contemplada por el art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo constituye una típica cuestión de hecho y prueba cuya valoración es propia de los jueces de la instancia ordinaria e irrevisable en casación, salvo absurdo, que debe ser eficazmente invocado y demostrado por la parte interesada..." (cfr. SCBA, "Benavidez, Walter Javier contra 'Mario H. Bastari S.A.' y 'Arcor S.A.I.C.'. Despido", causa LP L. 117.087, del 4 de junio de 2014).-

En relación al pretendido efecto liberatorio del recibo que el actor firmó al cobrar el monto que le abonó Skanska S.A. en razón de su despido, también la Cámara ha dado una respuesta jurídica que no aparece de ninguna manera como irrazonable. En efecto, consideró que en función del artículo 260 LCT el trabajador podía reclamar ante el pago incompleto de la indemnización que le era debida, aunque se hubiese firmado un recibo sin haber formulado ninguna reserva (conf. fs. 541 y vta.).-

El criterio sustentado es coincidente con el de caracterizada jurisprudencia (conf. CNTrab., Sala III, "Cornejo, Claudio Sebastián c. Broncería Sanitaria S.R.L.", 31/7/2009, Publicado en La Ley Online, Cita Online: AR/JUR/29293/2009; y CNTrab., Sala I, "Entheus, Seguridad Privada SRL c. Agüero, Mariana Gabriela Elizabeth", 25 de junio de 2010, Publicado en: La Ley Online, Cita online: AR/JUR/32256/2010). La misma inteligencia que el a quo es sustentada en doctrina (conf. Etala, Carlos Alberto, "Contrato de trabajo. Ley 20.744, texto ordenado según decreto 390/76. Comentada, anotada y concordada con las leyes de reforma laboral y demás normas complementaria", Astrea, Buenos Aires, 2008, Tomo II, pág. 342; y Fernández Madrid, Juan Carlos, "Ley de contrato de trabajo. Comentada y anotada", La Ley, Buenos Aires, 2009, Tomo III, pág. 2230).-

En relación a la alegada violación del principio de congruencia, se debe destacar que este Tribunal lo ha definido en los siguientes términos: "...el principio de congruencia -que debe estar presente en las sentencias- consiste en la correlación que debe existir entre la pretensión y la decisión, de conformidad al art. 34, inc. 4to. y 164, inc. 6to. del C.P.C. y C., sin perjuicio de otras normas concordantes y correlativas..." (cfr. Tomo XII, Sentencia, Reg. 425, Folio 2322/2327).-

Se advierte que los demandados no realizan una argumentación adecuada respecto de la pretendida conculcación del mencionado principio, ni tampoco se observa en la sentencia atacada el defecto alegado, razón por la cual deviene inadmisible el pretendido agravio.-

También es inadmisible la alegada violación de la doctrina legal, ya que los recurrentes no demuestran la violación o errónea aplicación de ningún precedente de los últimos tres años de este Alto Tribunal (conf. art. 3 de la Ley 1.687). En atención a lo expuesto, es aplicable al caso lo dicho por este Alto Cuerpo: "...cabe precisar en primer término, que el recurso de casación podrá prosperar, por la causal de violación de la doctrina legal, cuando la sentencia haya violado o aplicado erróneamente la 'doctrina legal sentada por otro tribunal colegiado de única o última instancia de la Provincia dentro de un lapso no mayor de tres (3) años' (confr. art. 3º inc. 'a' de la ley 1.687 – Recurso de Casación). De tal modo, la expresa regla contenida en el Código Procesal Civil y Comercial establece que es 'Doctrina Legal' aquella que emana de este Tribunal Superior de Justicia..." (cfr. Tomo XV, Sentencia, Reg. 511, Folio 2.860/2.871).-

En cuanto a la denuncia de errónea aplicación de los artículos 17, 18, 19 y 31 C.N.; y la violación de las garantías del debido proceso y defensa en juicio; y de la división de poder se advierte que los recurrente se circunscriben "...a invocarlos sin realizar una relación concreta al caso de autos con la debida fundamentación. Es que la sola mención de normas y principios constitucionales sin hacer referencia de su aplicación concreta en el caso y sin explicar de qué manera se habrían afectado las garantías que ellas tutelan no es base idónea de agravio..." (cfr. TSJ Santa Cruz, Tomo XXVI, Interlocutorio, Reg. 3.143, Folio 5.153/5.156).-

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 inhábil al recurso en estudio para ser considerado admisible (conf. TSJ Santa Cruz, Tomo: XXI, Interlocutorio, 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. Tomo XXVI, Interlocutorio, 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.-

Que, en virtud de lo expuesto, doctrina y jurisprudencia citadas, y ante la insuficiencia del requisito formal establecido en el artículo 4º, inciso a) de la Ley 1.687 corresponde declarar mal concedidos los recursos de casación, interpuestos a fs. 555/561 vta. y 563/571 vta., y en consecuencia, revocar la sentencia interlocutoria dictada por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial, obrante a fs. 578/583 vta., teniendo presente las reservas del caso federal efectuadas a fs. 561 y vta. y 571 y vta.-

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

RESUELVE:

1º) Declarar mal concedidos los recursos de casación interpuestos por Skanka S.A, a fs. 555/561 vta., y por Roch S.A 563/571 vta., 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. 578/583 vta..-

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

3º) Regístrese y notifíquese. Oportunamente devuélvanse.-

La presente resolución se dicta con la firma de cuatro miembros del Tribunal por constituir mayoría concordante en la solución del caso (art. 27, ley Nº Uno, t.o. ley Nº 2404).-

CLARA SALAZAR
Presidente
Tribunal Superior de Justicia

ENRIQUE OSVALDO PERETTI
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

ALICIA de los ÁNGELES MERCAU
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

PAULA ERNESTINA LUDUEÑA CAMPOS
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

MARCELA SILVIA RAMOS
Secretaria
Tribunal Superior de Justicia