000787/2009

---Trelew, mayo de 2010.- ----------

--- AUTOS Y VISTOS: estos autos venidos al acuerdo a los fines del artículo 293 de la Ley XIII-Nº 5, Anexo A (art. 290 del C.P.C. y C.); y ----------

--- CONSIDERANDO: ----------

--- 1.- A fojas 136/147 la Cámara de Apelaciones de Trelew dictó la sentencia definitiva Nº 07/2010, por la cual confirmó el decisorio de fojas 118/121 vuelta en cuanto fue materia de recurso y agravios. ----------

--- A fojas 151/170 la parte actora interpuso recurso extraordinario de casación, invocando a fojas 151 “violación de la ley y doctrina legal”. ----------

--- 2.- Agravios-Sentencia.----------

--- a.- A fojas 165 vuelta-IX, comienza el puntual embate contra el decisorio en cuestión.

--- Los agravios de la actora recayeron sobre tres puntos: a) despido indirecto; b) fecha de ingreso laboral; y c) pago parcial por el demandado, de la indemnización. ----------

--- A fojas 166-1), primeramente el recurrente se agravió de lo resuelto en el fallo sobre el despido indirecto en que se colocó la actora. Dicho de otro modo, defendió la actora el hecho de haberse considerado despedida indirectamente. ----------

--- A fojas 167 vuelta-3), exhibió su postura acerca del periodo por ella laborado, y acerca de la multa prevista en el artículo 1º de la Ley 25.323, disintiendo en este tema con los fundamentos del fallo. Señaló el nombre de testigos y declaraciones que, a su criterio, debieron ser tenidos en cuenta al sentenciar en esta materia. ----------

--- A fojas 169 vuelta-4 refirió a presunto pago parcial en concepto de indemnización por pare de la demandada. ----------

--- b.- El recurso es, en su dinámica, un acto de impugnación de resoluciones judiciales (Ibañez Frocham, Manuel M., *Tratado de los recursos en el proceso civil*, Ed. Bibliográfica Omega 1963, p. 87), por lo que el examen formal de admisibilidad del recurso de casación, impone la necesidad de comprobar primeramente si el recurrente impugnó los Considerandos que apuntalaron el fallo en dichas materias. Y en caso afirmativo, si esa impugnación ha sido eficaz. ----------

--- *Ab initio* puede constatarse que en todos los rubros agraviados se ha desentendido el casacionista de impugnar esos puntales. Así puede concluirse de la lectura de los fundamentos desarrollados por el Dr. Marcelo J. López Mesa, magistrado votante en primer término, quien sostuvo que: “El recurrente, para cuestionar con éxito la apreciación de la prueba efectuada en la instancia anterior, debe demostrar no ya un simple desacierto sino una valoración absurda o indefendible de la prueba. No alcanza con menos para conmover la apreciación de la prueba efectuada en el grado. Y verdad es que en este caso el apelante no ha logrado ese cometido. Dicha absurdidad o arbitrariedad no se evidencia en autos, porque los testimonios que el juez inferior descartara, apreciados rectamente, resultan nada convincentes, conforme se verá infra” (fs. 137, primer y segundo ap.). “Cuando uno descarta en este caso la apariencia o

cáscara de los testimonios y los somete a un análisis detenido y preciso, surgen claramente vicios severos en los mismos, que los descalifican como prueba de convicción".(fs. 137, quinto ap.). "Es que, en primer lugar los dichos son claros, pero no certeros. Son enfáticos, pero no precisos. Son indudables en su alcance, pero muy dudosos en su veracidad" (fs. 137, sexto ap.). "No cabe al analizar despegar los testimonios de la razón de sus dichos que han expresado los testigos. Dichos concluyentes que van unidos a razones de esos dichos dudosas o sospechosas, tornan descartable al testimonio. Dichos concluyentes que van unidos a razones de esos dichos dudosas o sospechosas, tornan descartable al testimonio" (fs. 137, anteúltimo ap.). "Es sospechoso el testimonio cuando la versión fáctica dada por el testigo es inverosímil, contraría una mínima lógica o no da adecuada razón de sus dichos. Los cuatro testigos de la actora resultan descalificables por contravenir mínimas reglas del principio de la sana crítica" (fs.137 vta., último ap.). "El testimonio del Sr. A. -fs. 88/89- ... es absolutamente descartable, en primer lugar porque es inverosímil. Una autoridad gremial que durante largos años realizara tres visitas por semana a un comercio, sería vista como un hostigador, antes que como un inspector. Además, de todo ello debería quedar alguna constancia documental. Pero, si además de lo inverosímil del caso, existe reconocimiento del "testigo" de que solamente una vez se realizó una inspección y que no recuerda los nombres de los demás .empleados de la demandada, ya el panorama es claro de que el testigo no es confiable. Si el mismo recorría los comercios de la zona tres veces por semana y entraba en doce comercios diariamente (cfr. respuesta a la tercera pregunta ampliatoria), el testigo debería saber no sólo el nombre sino cómo estaba integrada la familia de cada uno y el nombre de sus hijos. En suma, por propio confesión, un testigo que carece de precisión en sus respuestas y que sus dichos son inverosímiles, por lo que debe ser marginado de esta causa como prueba de convicción" (fs. 138, anteúltimo ap.). "El testimonio del Sr. Q. no es menos sospechoso, al dar como única razón de sus dichos "haber conocido a la Sra. S.". Eso es todo. Y no es creíble en absoluto que todos los datos que el testigo vierte sobre horarios, antigüedad, funciones, etc. de la Sra. S., los haya conocido por concurrir con su madre al negocio, como afirma a fs. 75, respuesta a la primera pregunta. Como dije supra, un testimonio sin suficiente y admisible razón de sus dichos es descalificable. Este lo es en grado sumo" (fs. 138, punto 2). "Y por qué digo que el testimonio del Sr. C. roza la mendacidad; por los siguientes datos: en primer lugar es llamativa su declaración de que la Sra. S. "era como una especie de encargada ya que hacía tareas de venta y por lo que he notado tenía amplio conocimiento de sus funciones" (cfr. fs. 107, respuesta a la quinta pregunta). Ello no es otra cosa que una especulación y una falacia. El testigo gira en círculos y del hecho de afirmar que vendía y que sabía vender extrae la conclusión infundada de que era encargada. Vender y ser encargado en un negocio son cosas muy distintas, cualquiera sea la capacitación de la vendedora y no puede admitirse que una actividad se extraiga mágicamente de la otra. Luego afirma el

deponente, en respuesta a la séptima pregunta, que además de ella trabajaba “una chica más joven que ella y con menos experiencia que ella” y llamativamente luego en su respuesta a la décimoprimera pregunta se contradice abiertamente y ante idéntica pregunta que la quinta, responde diferente al nuevo interrogante y expresa que “puede haber habido una empleada más, pero no lo tengo claro” (cfr. fs. 107vta). Luego afirma haber acompañado a la Sra. S. a cobrar sus haberes al estudio laboral de la Dra. C. (respuesta a la pregunta 16ª). En cuanto a la razón de sus dichos, el testigo afirma que sabe lo declarado “*por haberlo visto conozco los trabajos realizados por S. por desempeñarse siempre en la zona del Centro que son los lugares que yo más visito y además por ser ella una afiliada de muchos años*”. Ergo, no existe razón de sus dichos que sea admisible, sino vaguedades (fs. 138 vta., punto 3). Si además, se considera que en la pregunta anterior la respuesta del testigo es que se desempeña en diferentes ciudades como Madryn, Rawson, Sierra Grande, Río Gallegos y que estuvo un tiempo largo en el año 2005 en esa ciudad, todo lo anterior termina por conformar un testimonio que no es coherente, que tiene contradicciones evidentes, que supone o conjetura cosas: como que la actora era encargada porque la ha visto vendiendo y tenía amplio conocimiento de esas funciones” (fs. 139, segundo ap.). “El testigo por propia declaración ha tenido participación en la disolución del vínculo contractual que unía a las partes, haciendo algo tan cercano, tan íntimo, como acompañar a la actora a cobrar sus haberes al estudio de un abogado, lo que evidencia una confianza y una cercanía de trato muy especial entre testigo y causante de la actora, resulta claro que el testimonio de este testigo no es válido ni admisible” (fs. 139, tercer ap.). “D. N. A. ... también resulta descartable como testigo, ya que además de responder “Ni idea” o no lo sé con exactitud o, simplemente, ”No sé” a varias preguntas, al dar la razón de sus dichos afirma lo declarado lo sabe “Porque yo era amiga de ella”. La respuesta exime de mayores comentarios, ya que el testigo no solo es testigo de oídas confeso, sino que además se declara amigo de la actora, lo que también echa un velo de sospecha sobre su testimonio” (fs. 139-4, primer ap.). “El testimonio resulta descalificable, no por ser amiga, sino por no ser testigo directamente. Ello, pues el llamado testigo “de oídas” no es propiamente un testigo” (fs. 139, anteúltimo ap.). “Las declaraciones del testigo que conoce el hecho sobre el que depone, por referencia o indirectamente, carece de fuerza de convicción y valor probatorio” (fs. 139 vta., último ap.). “No me parece aceptable que pueda acreditarse con cualquier testigo horarios de trabajo, horarios de entrada y salida al mismo. Para estos extremos se requiere un testigo que justifique su cercanía a los hechos durante períodos dilatados y días y horarios diversos” (fs. 140, tercer ap.). “Un repaso de sus declaraciones, lleva a la convicción sencilla y evidente de que los testigos que pretende esgrimir la apelante carecen no solo de la fuerza convictiva que ella les asigna, sino de todo eficacia probatoria, no apreciando por mi parte vicio apreciativo alguno en la faena hermenéutica de la prueba efectuada en la instancia anterior” (fs. 140, último ap.). “La declaración del testigo sobre las causas por las que

recuerda los datos que expone, del por qué estaba en el lugar de los hechos al momento en que ocurrieron, permite valorar la capacidad memorativa del declarante, tanto como la seriedad y veracidad de sus declaraciones. Y hay una regla no escrita, pero que surge prístina de la sana crítica, que es que a menor atendibilidad de la razón de los dichos del testigo, menor convictividad del testimonio. Y, un paso más allá, que esa convictividad del testimonio desaparece cuando la razón brindada por el testigo a sus dichos es inverosímil o absolutamente dudosa" (fs. 141, segundo ap.). "Si a todo lo anterior se suma que existen testigos en la causa que fueron compañeras de trabajo de la actora, con lo que compartían su vida laboral y sabían con precisión cómo transcurría ella (cfr. testimonio de M. C., a fs. 94) o que eran empleadas de un comercio lindante al de la demandada y tenían frecuente -diario- trato con ella (como S. B., a fs., 93) y que ambos testimonios chocan frontalmente con la versión fáctica de la actora, porque no apoyan sus dichos sobre su antigüedad de desempeño, ni su condición de encargada, ni que ella abriera y cerrara el negocio, ni que tuviera llaves del mismo, ni que cobrara al público sus facturas, ni que tuviera mala relación con los patrones (cfr. fs. 93/vta y 94), y si se suma a ello que en la única inspección existente en autos que data de 2003, consta una declaración de la actora de que laboraba allí desde poco tiempo antes, echa de verse que no solo la actora no ha probado su versión fáctica de los hechos aquí ventilados, sino que su patrón -aquí demandado- ha probado la suya" (fs. 141, último ap.). "La demora -y aún el silencio de la demandada- ante una intimación fehaciente no pueden tener la notable aptitud jurígena de hacer nacer un crédito indemnizatorio ex nihilo, si no obran en la causa pruebas ciertas y concretas de la configuración de las causales de despido que la actora ha esgrimido para colocarse en situación de despido indirecto" (fs. 141 vta., cuarto ap.). "No está probado en autos que existiera una causal hábil, idónea, proporcionada, admisible para justificar un despido indirecto, situación en que se colocó la actora alegando una serie de injurias en cabeza de su patrón -cfr. cartadocumento de fs. 11 de la documental- que no resultaron probadas en autos. La causal de despido alegada por la actora -imposibilidad de prestar labores y quite de las llaves del negocio-, no fueron acreditadas en la causa, existiendo prueba de que ambas causales, en verdad no existieron. Tampoco fue acreditado en la causa el ingreso de la actora a laborar para la accionada en el año 2001, ni las groserías y malos tratos alegados" (fs. 142, tercer ap.). "Apresurado o no, lo cierto es que el despido indirecto alegado es desproporcionado con la situación de ambas partes y con las causales alegadas -y no probadas- por la actora como causales de despido... la interrupción del vínculo contractual por parte de quien -además de empleada- era una caracterizada dirigente sindical no puede ser intempestivo, caprichoso, dudoso" (fs. 142 vta./143, prime ap.). "La existencia o no de proporcionalidad entre esa diferencia de registración (de la relación laboral y el momento en que la relación quedó asentada en la documentación laboral) que el propio juez de grado menciona no puede analizarse aquí, al haber pasado en autoridad de cosa juzgada la constatación de grado, ante la falta de

ataque recursivo del apelante a este punto, en los términos que exige el art. 265 CPCyC". (fs. 144, primer ap.). "Tampoco habré de ingresar al análisis del argumento recursivo de la existencia de un acto propio que puede enrostrarse a la demandada, la existencia de un pago parcial de la indemnización, por cuanto ello no fue planteado al juez de grado en su tiempo oportuno, siéndole aplicable en consecuencia lo dispuesto por el art. 277 CPCyC, que margina el punto de la competencia de este tribunal de alzada" (fs. 144, segundo ap.). "No hace falta introducirse en otros tópicos, puesto que ninguno de ellos habría de modificar la esencia de lo que aquí se resuelva y, además, porque los jueces no están obligados a seguir a las partes en todas sus alegaciones, sino sólo en aquellas que son relevantes y conducentes para la suerte de la litis, todas las cuales he abordado hasta aquí" (fs. 144, cuarto ap.). ----------

--- Segundo voto: A fojas 144 vuelta (quinto ap.) y fojas 145 (segundo y tercer ap.), la ineficacia de la prueba testimonial también fue subrayada por el Dr. Carlos D. Ferrari, magistrado votante en segundo término.----------

--- En tanto que a fojas 145 vuelta (anteúltimo ap.), con relación a la carta-documento enviada por el empleador, dijo el Dr. Ferrari, entre otros conceptos, que "el plazo de contestación no puede considerarse irrazonable, por cuanto resulta evidente que las partes se encontraban en tratativas para llegar a un acuerdo, y la mejor evidencia de ello es que entre el primer despacho (09/09/2006) y el de la comunicación de autodespido 22/09/2006 mediaron 19 días, cuando el emplazamiento original había fijado dos días hábiles para la respuesta patronal. Estas tratativas entre las partes en vista de una reconciliación tiene además correlato probatorio en los dichos de la testigo B., a quien la actora manifestó que "iba a volver a trabajar con ellos, como ya lo hizo una vez, se fue y volvió". ---------- A fojas 146 -en cuanto a la fecha de ingreso laboral de la actora- el magistrado votante en segundo término sostuvo que "el juez de primera instancia supo apreciar con prudencia este cuadro de circunstancias al señalar que el problema referido a la fecha de ingreso podía solucionarse sin llegar al extremo de la ruptura de vínculo, reputando injustificado el despido indirecto, criterio que comparto y que, por otra parte, no ha sido adecuadamente rebatido en la pieza recursiva". ----------

--- Finalmente, a fojas 146 vuelta-V sostuvo el Dr. Ferrari respecto del aparente "abono parcial" de una indemnización, que "no surge ninguna evidencia acerca de tal hecho en autos, fuera del pago de la liquidación final abonada con motivo del distracto". ----------

--- c.- Confrontados pues los agravios vertidos desde fojas 165 vuelta-IX por el recurrente, con los fundamentos del fallo expuestos *supra,* resulta evidente que la queja fue encauzada por un carril ajeno al que transitaron los fundamentos del fallo, desentendiéndose así de enfrentarlos eficazmente. ----------

--- Desde fojas 168 vuelta a fojas 169 vuelta (al medio) el recurrente desplegó más que nada opiniones personales, procedimiento reñido con lo que debe ser el modo de atacar una sentencia por la vía extraordinaria de la casación. ----------

--- De manera que al no impugnar la totalidad de las conclusiones que dieron sustento al fallo en cuestión, el recurso extraordinario de casación resulta insuficiente (SCBA, Ac. y Sent. 1974, v. I, p. 298 y 931, entre muchos otros cit. Morello y Otros, *Códigos* … Ed. Librería Editora Platense-Abeledo/Perrot 1988, Tº III, p. 602; S.I.C. 98/2000 "A"-C.A.N.E.). Es que la parcialización de los gravámenes otorga firmeza a las restantes consideraciones que lo han conformado (ob. cit., p. 600). ----------

--- d.- Continuando con el examen formal, esta vez sobre cuál ha sido el motivo sustentador de la queja, se detecta que mencionó el recurrente "violación de la ley o doctrina legal" (a fs. 151-I y fs. 165 vta.-IX) y "arbitrariedad", anunciando que hay "partes que deben ser anuladas" (fs. 165 vta.-IX). ----------

--- La atenta lectura del escrito recursivo devela que ha sido errática la identificación de la causa o motivo de casación, pues no basta para descalificar un fallo en casación con decir que ha incurrido en uno de sus causales (violación de la ley o doctrina legal, en el caso), ni basta tampoco con sólo calificarlo de arbitrario para teñirlo de ese vicio. ---------

--- Por otra parte, si se denuncia violación de la ley por arbitrariedad, debe citarse la norma supuestamente infringida, justamente por ser ésta una de las especies que configuran la violación de la ley o doctrina legal (STJCh, sent. def. 7/96; S.I.C. 18/98 y S.I.L. 46/99"A" CANE). También porque así lo establece el artículo 292 inciso "a" de la Ley XIII-Nº 5, Anexo A (art. 289 C.P.C.C.). No lo ha hecho así el recurrente. ----------

--- Para la viabilidad del recurso analizado es preciso que quien se queja demuestre en forma clara de qué manera los textos legales que cita han sido violados en el caso concreto, y cómo habrían influido para torcer la solución a que arribara el fallo (Bacre, Aldo, *Recurso ordinarios y extraordinarios*, Ed. La Rocca 1999, p. 752). Como un tramo importante de la queja recae en cómo esta Cámara ha valorado la prueba, se requería la expresa denuncia de infracción a alguna concreta norma de las que rigen la apreciación de la prueba, por ser ésta la tarea axiológica cuestionada. No procede tener por cumplimentado tal requisito con la mera mención efectuada a fojas 170-X, de haber sido violadas normas constitucionales. ----------

--- Por otra parte, según sea el motivo de casación, distinta será la solución que el Tribunal jerárquico ha de dar; esto es: si se ataca el fallo por el quebrantamiento de formas, si ello prospera, se deberá declarar la nulidad del mismo; mientras que si se plantea la violación de la ley o doctrina legal, dando curso a cualesquiera de las causales enumeradas en el artículo 291, Ley XIII-Nº 5, Anexo A (art. 290 del C.P.C. y C.) la sentencia sólo será susceptible de revocatoria o modificación. Por lo tanto, no es posible jurídicamente en la arquitectura del remedio procesal que se intenta, la interposición promiscua de los dos motivos de casación antes citados, (S.I.C. 69/93, 63/94-CANE Sala Única). De modo que resulta improcedente solicitar entonces la nulidad (caso de fs. 165 vta.-IX) cuando se ha invocado violación de la ley o doctrina legal. Este modo de agraviarse en casación conduce a que la pieza recursiva no sea autosuficiente. ----------

--- 3.- En consecuencia de todo lo expuesto, procede pues declarar la pieza recursiva de fojas 151/170 formalmente inadmisible (art. 293 Ley XIII-Nº 5, Anexo A; art. 290 C.P.C. y C.). ----------

--- Por ello, la Sala "A" de la Cámara de Apelaciones con asiento en la ciudad de Trelew, RESUELVE: ----------

--- Declarar la inadmisibilidad formal del recurso de casación interpuesto a fojas 151/170 contra la sentencia definitiva N° 07/2010 dictada por esta Cámara. ----------

--- Tener presente la reserva de interponer recurso extraordinario federal (art. 14, Ley 48). ----------

--- La presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por licencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Carlos A. Velázquez (Art. 7º Ley V Nº 17; antes art. 8 Ley 1130, To. Ley 4550).---------- ----------

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

--- REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2010-SIL. Conste.- ----------

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO