



LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
EN SU NOMBRE

EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN SOCIAL

Ponencia de la Magistrada Doctora MARJORIE CALDERÓN GUERRERO

En el juicio que por calificación de despido, reenganche y pago de los salarios caídos, sigue la ciudadana **BERTHA MERCEDES CANSINO LANDONI**, representada por el abogado Darío Plaz Lugo, contra la sociedad mercantil **C.V.G. INDUSTRIA VENEZOLANA DE ALUMINIO, C.A. (C.V.G. VENALUM)**, representada por los abogados Javier José Gómez Marrón, Gabriel Jesús Faría Marcano, Albert José Castellanos Brito y Stefan Jambazian; el Juzgado Tercero Superior del Trabajo de la Circunscripción Judicial del estado Bolívar, con sede en Puerto Ordaz, conociendo por apelación de la parte demandada, en sentencia publicada el 5 de noviembre de 2013, declaró con lugar el recurso de apelación y sin lugar la demanda, revocando la decisión dictada el 18 de febrero de 2013, por el Juzgado Cuarto de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la misma Circunscripción Judicial, que declaró con lugar la demanda.

Contra esa decisión de alzada, mediante escrito presentado oportunamente, interpuso la parte actora el recurso de control de la legalidad previsto en el artículo 178 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, el cual fue admitido. No hubo contestación.

El 25 de febrero de 2014, se dio cuenta en Sala y se asignó la ponencia al Magistrado Octavio Sisco Ricciardi.

El 28 de diciembre de 2014, mediante acuerdo publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.165 Extraordinaria, de la misma fecha, la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela designó a las Magistradas y Magistrados principales Mónica Misticchio Tortorella, Marjorie Calderón Guerrero, Edgar Gavidia Rodríguez y Danilo Mojica Monsalvo, quienes tomaron posesión de sus cargos el 29 de diciembre de 2014.

Mediante auto de fecha 12 de enero de 2015, se reasignó la ponencia a la Magistrada Dra. Marjorie Calderón Guerrero.

En fecha 12 de febrero de 2015, con la elección de las nuevas autoridades del Tribunal Supremo de Justicia, la Sala quedó conformada de la manera siguiente: Presidenta Magistrada Marjorie Calderón Guerrero,

Vicepresidenta Magistrada Mónica Misticchio Tortorella, Magistrada Carmen Elvigia Porras de Roa, Magistrados Edgar Gavidia Rodríguez y Danilo Antonio Mojica Monsalvo.

En fecha 23 de diciembre de 2015, mediante acuerdo publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.816, de la misma fecha, la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, designó como Magistrado de esta Sala de Casación Social al Dr. Jesús Manuel Jiménez Alfonso, quien tomó posesión de su cargo, quedando conformada la Sala de la siguiente manera; Presidenta Magistrada Marjorie Calderón Guerrero, Vicepresidenta Magistrada Mónica Misticchio Tortorella y los Magistrados, Edgar Gavidia Rodríguez, Danilo Antonio Mojica Monsalvo y Jesús Manuel Jiménez Alfonso.

Cumplidas las formalidades legales, la celebración de la audiencia oral, pública y contradictoria y la emisión de la decisión inmediata contemplada en el encabezamiento del artículo 174 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, pasa en esta oportunidad la Sala a reproducir y publicar la sentencia en los términos siguientes:

RECURSO DE CONTROL DE LA LEGALIDAD

Alega la recurrente que fue despedida de manera injustificada el 7 de julio de 2011. Arguye que la empresa motivó el despido responsabilizándola “(...) *de haber falsificado la firma de mi Jefe inmediato y Consultor Jurídico de la Empresa, ciudadano José Luis Pérez (...)*”.

Aduce que no consta en el expediente prueba cierta de que ella haya cometido el hecho que para la empresa configura la causal de despido invocada, específicamente, la de falta de probidad o conducta inmoral en el trabajo y la falta grave a las obligaciones que impone la relación de trabajo.

Señala que la accionada, para demostrar los supuestos fácticos del despido, promovió un documento identificado como “(...) *informe realizado por el Inspector Jefe del Área de Documentología (...)*” del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas. Considera que en realidad no se trata de un informe, sino de una experticia practicada sin su conocimiento, “(...) *en crasa violación de la normativa procesal establecida en la L.O.P.T, así como de la normativa establecida en el Código de Procedimiento Civil (C.P.C) para este tipo de prueba (...)*”. Afirma que en el texto del mencionado documento, se menciona que dicho informe fue realizado a solicitud del abogado José Quiaragua, Gerente de Seguridad y Control de Pérdidas de la empresa demandada.

Menciona que en el escrito de promoción de pruebas, la accionada solicitó que se oficiara al Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (C.I.C.P.C.), a fin de obtener de éste informes del expediente de la supuesta experticia. Afirma que la respuesta de la Jefa del Departamento de Criminalística Delegación Estatal Bolívar del referido organismo, ciudadana Migda Díaz, fue negar “(...) *la existencia en ese cuerpo policial de un expediente con ese número y que dicha numeración corresponde más bien a una ‘experticia’ de la cual no tienen los documentos originales (...)*”. (Subrayado y negrillas de la recurrente).

Señala que las afirmaciones del Juez de alzada son falsas, pues la supuesta experticia no sería el despliegue de la actividad probatoria del Juez de Instancia, como señaló, ni tampoco serían originales los informes remitidos por el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (C.I.C.P.C), salvo el oficio

suscrito por la ciudadana Migda Díaz que “(...) *no tiene nada que ver con el contenido de la reseñada e ilegal experticia* (...)” (negrillas de la recurrente).

Refiere que tal informe técnico se elaboró sin su conocimiento y en violación de las normas que rigen el procedimiento laboral, que establece que en cualquier experticia producida en el curso del mismo “(...) *debe intervenir un Juez, especialmente para ordenarla, nombrar al experto y juramentarlo, sustanciar la incidencia y tomar la decisión, cosa que no sucedió* (...)”.

La Sala observa:

Los alegatos de la parte recurrente exigen, para su mejor examen, la transcripción de los basamentos fácticos de la sentencia recurrida en los términos siguientes:

Ahora bien, del análisis realizado a las resultas del informe de experticia grafotécnica realizado por el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (C.I.C.P.C), y siendo que dicho informe no fue debidamente atacado al momento de ser evacuado quedando así con pleno valor probatorio, es de concluir esta alzada (sic) que tal como lo determino (sic) el referido informe la firma del ciudadano **JOSÉ LUIS PÉREZ**, que consta en el documento dubitado no fue realizado (sic) por este sino por la persona identificado (sic) en el documento indubitado como **BERTHA CANSINO**, de lo que se deduce meridianamente que siendo esta la parte actora, la misma incurrió en una de las causales de despido contenidas en el Artículo (sic) 102 de la Ley Orgánica del trabajo, (sic) por una parte, y por la otra, siendo que las referidas resultas de experticia grafotécnica devienen del despliegue de la actividad probatoria del Juez de instancia a quien el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (C.I.C.P.C) remitió en original dicho informe, sin que este haya sido atacado en modo alguno, quedando, como se dijo, con pleno valor probatorio, a (sic) debido el tribunal (sic) de instancia recurrido otorgarle el valor probatorio correspondiente, y como consecuencia ha debido declarar sin lugar la demanda, toda vez que el referido informe resultado en el caso de autos, la prueba fundamental para resolver la procedencia o no en derecho la pretensión del demandante, vale precisar que en cualquier caso, en efecto, la valoración de la prueba implica que la eficacia que le es atribuida dependa de una elección consiente (sic) del riesgo de que la discrecionalidad degenere en arbitrariedad, con base a lo antes expuesto de las actas procesales, que cursan en autos resulta forzoso para esta alzada (sic) declarar con lugar la apelación y sin lugar la demanda del actor. **Y ASÍ SE DECIDE.-**

Como puede apreciarse la sentencia recurrida da por demostrada la causa del despido con una prueba de experticia grafotécnica practicada por funcionarios del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (CICPC), la cual es cuestionada por la parte recurrente aduciendo que fue establecida en forma irregular, pues, según alega, fue practicada sin su conocimiento y en violación de las normas que rigen el procedimiento laboral, que establece que en cualquier experticia producida en el curso del mismo “(...) *debe intervenir un Juez, especialmente para ordenarla, nombrar al experto y juramentarlo, sustanciar la incidencia y tomar la decisión, cosa que no sucedió* (...)”.

Lo planteado, habilita a esta Sala para examinar las actas y verificar si la prueba en cuestión fue establecida en forma irregular o no.

En ese sentido, se observa que las pruebas promovidas por la parte demandada son: documentales, informes y de testigos, es decir, no fue promovida prueba de experticia alguna, de manera que la experticia cuestionada no fue practicada dentro del juicio de autos, lo que es contrario a lo afirmado por la Alzada cuando señala que “*las referidas resultas de experticia grafotécnica devienen del despliegue de la actividad probatoria del Juez de instancia a quien el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (C.I.C.P.C)*

remitió en original dicho informe". Lo cierto es que la cuestionada experticia fue practicada *extralitem* en forma unilateral por la parte demandada, promoviendo como prueba documental el informe pericial resultante.

Ahora, los más elementales principios probatorios, como lo son el de alteridad y el de control y contradicción de las pruebas, exigen que estas sean promovidas y practicadas dentro del juicio, ello con la finalidad de que la parte contraria a la promovente pueda ejercer su legítimo derecho a contradecir y controlar su promoción y evacuación.

En los juicios del trabajo, la prueba de experticia se promueve y los expertos son designados siguiendo las previsiones contenidas en los artículos 93 al 97 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Asimismo, existen disposiciones expresas que garantizan el control de la prueba por las partes, a saber, los artículos 154 y 155 *eiusdem*, que establecen la obligación de los expertos de comparecer a la audiencia de juicio con la finalidad de que pueda aclarar y responder las preguntas que le formulen el juez y las partes, así como el deber del juez de conceder a la parte contraria a la promovente un tiempo breve para que haga oralmente las observaciones que considere oportunas.

En el caso concreto, la parte demandada debió promover la experticia correspondiente, si es que la consideraba la prueba idónea para demostrar la causa del despido, y no producir el informe de una practicada fuera de juicio, por ello no podía entonces el Juez de la recurrida otorgarle valor probatorio a una experticia practicada a espaldas de la parte contra quien se quiere hacer valer, que, por esa razón no tuvo oportunidad de ejercer su derecho a la defensa.

Así como el derecho a la prueba es la concreción del derecho a la defensa de la parte promovente, el derecho al control y contradicción de la prueba promovida es la concreción del derecho a la defensa de la contra parte.

No obstante, el error en que incurrió el Juez no es determinante en el dispositivo de la sentencia impugnada, pues se observa que la demandante, para el momento en que fue despedida, ocupaba el cargo de Consultor Jurídico, en calidad de encargada, por lo que ha de considerarse una empleada de dirección y, por tanto, no gozaba de estabilidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 112 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997 -aplicable *ratione temporis*-.

Efectivamente, según la doctrina reiterada de esta Sala, para que un trabajador pueda ser calificado de dirección es necesario que cumpla con una cualquiera de estas tres condiciones, a saber, que intervenga en las decisiones u orientaciones de la empresa; o que tenga el carácter de representante del patrono ante otros trabajadores o terceros; o que pueda sustituir, en todo o en parte, al patrono -artículo 42 de la Ley Orgánica del Trabajo-.

La calificación de un empleado como de dirección dependerá siempre de la naturaleza real de los servicios prestados, antes que de la denominación que acuerden las partes para el cargo ocupado o que unilateralmente imponga el empleador. Ello en aplicación de los principios de irrenunciabilidad de los derechos del trabajador y de primacía de la realidad sobre las apariencias formales.

Para que un trabajador pueda ser calificado como empleado de dirección, debe quedar claro que este participa en la toma de decisiones y no sólo ejecuta y realiza los actos necesarios para cumplir con las órdenes,

objetivos y políticas que han sido determinadas previamente por el patrono y los verdaderos empleados de dirección.

Cuando el empleado de dirección representa al patrono frente a terceros o frente a los demás trabajadores, debe entenderse que tal acto de representación es resultado de las apreciaciones y decisiones que él ha tomado o en cuya toma participó, y no que actúa como un mero mandatario; pues, si bien la condición de empleado de dirección implica un mandato del patrono, aun tácito, no necesariamente todo mandato implica que detrás del mismo subyace la condición de empleado de dirección.

En el caso concreto, constituye un hecho no controvertido que, para el momento en que ocurrió el despido, la demandante se desempeñaba en el cargo de Consultora Jurídica, en calidad encargada, de la demandada C.V.G. Industria Venezolana de Aluminio C.A. (C.V.G. VENALUM), y que, como tal, realizaba, entre otras actividades, la siguientes: intervenía en las decisiones y orientaciones de esta, y la representaba ante los demás trabajadores y ante terceros, actuando y tomando decisiones de forma independiente; aprobaba la celebración de contratos con terceros; establecía planes, programas y mecanismos de control legal; participaba en las reuniones y asesoraba en las decisiones de la Junta Directiva.

De manera que, la demandante, en su condición de Consultora Jurídica, ejercía poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa demandada, y relativos a sus objetivos generales, estando limitada solo por las instrucciones y criterios emanados directamente del supremo órgano de la misma, por lo que no hay dudas que se trata de una empleada de dirección. En consecuencia, no gozaba la demandante para el momento en que fue despedida de la estabilidad relativa a que se refiere el artículo 112 de la Ley Orgánica del Trabajo.

En virtud de las consideraciones precedentes, se declara sin lugar el recurso de control de la legalidad. Así se decide.

DECISIÓN

Por las razones antes expuestas, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Social, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela por autoridad de la ley, declara: **SIN LUGAR** el recurso de control de la legalidad propuesto por la parte actora contra la decisión dictada por el Juzgado Tercero Superior del Trabajo de la Circunscripción Judicial del estado Bolívar, con sede en Puerto Ordaz, publicada el 5 de noviembre de 2013. En consecuencia, se confirma el fallo recurrido.

Se condena en costas a la parte actora recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

La Magistrada Mónica Gioconda Misticchio Tortorella no firma la presente decisión por cuanto no estuvo presente en la audiencia pública y contradictoria.

Publíquese, regístrese y remítase el expediente a la Unidad de Recepción y Distribución de Documentos de la Circunscripción Judicial del estado Bolívar, con sede en Puerto Ordaz. Particípese de esta remisión al Juzgado Superior de origen, antes identificado, todo de conformidad con el artículo 176 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Dada, firmada y sellada en la Sala de Despacho de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los seis (6) días del mes de abril de dos mil dieciséis. Años: 205° de la Independencia y

157° de la Federación.

La Presidenta de la Sala y Ponente,

MARJORIE CALDERÓN GUERRERO

La Vicepresidenta,

Magistrado,

MÓNICA MISTICCHIO TORTORELLA

EDGAR GAVIDIA RODRÍGUEZ

Magistrado,

Magistrado,

DANILO A. MOJICA MONSALVO

JESÚS MANUEL JIMÉNEZ ALFONZO

El Secretario Temporal,

JESÚS RAFAEL MILLÁN SALINAS

C.L. N° AA60-S-2014-000224.

Nota: Publicada en su fecha a las

El Secretario,