000546/2009

--- En la ciudad de Trelew, a los días de octubre del año dos mil nueve, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Dante Ferrari y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Carlos Marcelo J. López Mesa y Carlos Alberto Velázquez, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“P., P. L. c/ A. S.A. s/ Cobro de haberes e Indemnización de Ley” (Expte. 546 - Año 2009 CANE)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿se ajusta a derecho la sentencia apelada? y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 430.----------

----A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Señor Juez de Cámara Doctor Marcelo López Mesa, dijo: ----------

--- Que a fs. 399/405 el Sr. Juez de grado falló esta causa, haciendo lugar a la demanda promovida por el Sr. P. L. P., condenando a A. a abonarle la suma de PESOS CIENTO SESENTA Y CINCO MIL NOVENTA con DIECINUEVE CENTAVOS ($ 165.090,19). Se impusieron las costas a la demandada vencida, regulándose los honorarios de los profesionales intervinientes de la siguiente manera: a) para el Dr. D. M. Z. -letrado apoderado del actor- en un 8% con más el 20% por mandato de la primera etapa del proceso; b) para los Dres. D. M. Z. y G. M., esta última también letrada apoderada del actor, en conjunto en un 8% del monto de condena, más el 20% del mandato por la segunda etapa; c) para el Dr. L. A. N. – letrado apoderado de la demandada- en el 12% del monto de condena con más el 40% por mandato, por ambas etapas del juicio; y d) para el perito R. O. un 0,5 % del monto de condena, todos con más el IVA si correspondiere.----------

--- Que a fs. 409 la demandada apela dicho decisorio, siendo concedido su recurso a fs. 410 y fundado a fs. 413/417 y vta.----------

--- Se agravia la parte demandada apelante en primer lugar por cuanto el a quo admite la pretensión indemnizatoria por entender que el despido es injusto. Refiere a que el mencionado magistrado se apoya en la Ley de Navegación, el Código de Comercio, Arts. 984 y sgtes., y el Convenio Colectivo 65/00 para fallar respecto de la relación laboral extinguida, debiendo a su juicio haberse basado en el Art. 242 de la Ley de Contrato de Trabajo. Continua relatando que por ser el día 10/06/06 sábado, es decir, día inhábil, el pago de las remuneraciones se efectuó el siguiente hábil, esto es, el 12/06/06, conforme lo normado por el Art. 129 LCT, circunstancia que, dice, se encuentra probada en autos, circunstancia ella que no ha sido tenida en cuenta por el aquo, porque de ser así no podría haber justificado la retención de servicios como lo hace en la sentencia. Por otra parte manifiesta que la retención de servicio requiere inexcusablemente mora en el pago de remuneraciones, extremo que no se ha configurado en autos. Cita normativa legal civil, comercial y laboral que avala su postura. Como segundo agravio encuentra que el juez de grado ha errado al declarar la

inconstitucionalidad del Art. 10 del Convenio Colectivo 65/00 que fija tope a la indemnización, agraviándose por cuanto dicho reclamo se introdujo en la etapa de alegatos y no en la demanda, por lo cual su admisión en la sentencia viola el principio de congruencia. Cita Doctrina y Jurisprudencia en ese sentido. Por último se agravia la demandada en el sentido de que el agravamiento indemnizatorio se liquida bajo el concepto “Art. 16, ley 25561”, resultando contrario a lo dispuesto por el Decreto PEN 1433/2005, el que en su Art. 1º fijó en el 50% el adicional previsto en la ley 25972 Art. 4. Plantea Caso Federal. Finalmente solicita se revoque la sentencia en lo que es materia de agravio. ----------

--- A fs. 419/425 y vta. la parte actora contesta los agravios de la demandada. Respecto del primer agravio hace mención a que la demandada lo ataca sin fundamento, que más que una critica clara, razonada y concreta, es una demostración de disconformidad con el fallo. Indica que es una incongruencia de la demanda agraviarse de la aplicación que hace el sentenciante de grado del Art. 128 LCT para determinar los plazos para abonar, entendiendo que debe aplicare el Art. 24 del Acta Acuerdo, y renglón seguido aduce la aplicación del Art. 129 de la mencionada ley para justificar su incumplimiento en el pago de las remuneraciones. Hace mención a los hechos que desembocaron en la retención de servicios del actor, entendiendo que el mismo junto a otros tripulantes de la embarcación habían sido desembarcados de oficio y se les adeudaba a la fecha los salarios del mes de mayo de 2006. Reafirma sus dichos mencionando la prueba documental y testimonial aportada en autos respecto de que el actor en ningún momento se negó a cumplir con sus labores. Asimismo no se efectuó por parte de la demandada la intimación previa al trabajador en caso de entender que la actitud de este fuera contraria a las normas laborales. Cita jurisprudencia laboral y del STJ del Chubut. Al segundo agravio responde aduciendo que es uniforme y conteste la jurisprudencia de primera instancia como la de Alzada respecto de la inconstitucionalidad del tope indemnizatorio fijado por el Art. 10 del Acta convenio 65/2000. Y continua diciendo, que de ninguna manera se violó el principio de congruencia al dictar el juez de primera instancia la inconstitucionalita, toda vez que, según su criterio, el control de constitucionalidad es una cuestión de derecho que puede ser resulta por el juez mediante la facultad de suplir el derecho no invocado por las partes (iura novit curia). Cita doctrina constitucionalista y jurisprudencia de esta Cámara. Finalmente solicita se rechacen los agravios vertidos por la demanda y se impongan las costas a la misma.----

--- Ingresando al tratamiento del primer agravio de la demandada, por vía del cual cuestiona a la consideración del despido del autor como causado por la mora en que se encontraba su empleadora. Aduce la quejosa que por ser el día 10/06/06 sábado, es decir, día inhábil, el pago de las remuneraciones se efectuó el siguiente hábil, esto es, el 12/06/06, conforme lo normado por el Art. 129 LCT, circunstancia que, dice, se encuentra probada en autos, circunstancia ella que no ha sido tenida en cuenta por el a quo, porque de ser así no podría haber justificado la retención de servicios como lo

hace en la sentencia. Por otra parte manifiesta que la retención de servicio requiere inexcusablemente mora en el pago de remuneraciones, extremo que dice no se ha configurado en autos.----------

--- Debo decir que no asiste razón a la accionada en sus alegaciones, siendo inaudible el agravio. Varias razones me llevan a esta conclusión. En primer lugar, surge clario que el día inmediato hábil siguiente era el lunes 12 de Junio de 2006, día en que tampoco pagó la acreencia salarial del actor. Es más, de la compulsa de la respuesta al oficio oportunamente librado, el Banco xxxx a fs. 286 de autos, surge que el banco oficiado informa que recién el día 13/6/06 la demandada depositó en la cuenta del actor el monto de pesos un mil cuatrocientos noventa y siete, correspondiente a su salario. Y ese día (13/6/06) era martes y no el hábil posterior al día del vencimiento, con lo que no es aceptable su argumento de que el día 10 no se hallaba en mora. Sí lo estaba. Es más, tampoco es aceptable el intento argumental del recurrente de esgrimir la norma del art. 129 LCT párrafo cuarto que le brinda la posibilidad de pagar el día inmediato hábil posterior al vencimiento. Ello por dos razones diversas: el párrafo cuarto establece que "*Si el día de pago coincidiera con un día en que no desarrolla actividad la empleadora, por tratarse de días sábado, domingo, feriado o no laborable, el pago se efectuará el día hábil inmediato posterior, dentro de las horas prefijadas*". ----------

--- En primer lugar, el día 10/6/06 desarrollaba actividades la demandada, con lo que no se aplicaría esta posibilidad excepcional de pagar el día hábil posterior, reservada para el caso de que el día del vencimiento no desarrollara actividad la empleadora. Si estaba a punto de zarpar un barco suyo, claramente estaba desarrollando actividades. Pudo arbitrar excepcionalmente medios de pago alternativos al depósito bancario y no lo hizo, pudo depositar el día hábil previo y tampoco lo hizo. ----------

--- Pero aún haciendo ello a un lado, y que el día en que pagó el salario no era el inmediato posterior, existe otro óbice más importante para la aplicación del art. 129 LCT a este caso: el recurrente no puede pretender elegir de una norma la parte que le conviene y desechar la que no lo favorece. ----------

--- El apelante pretende hacer eso con el régimen del pago establecido por la LCT, sin advertir que los arts. 128 y 129 de la Ley 20744 se interpretan en conjunción ya que conforman un único régimen jurídico, para establecer la fecha y lugar de pago legalmente establecida. ----------

--- El apelante incurre en petición de principio con este argumento, ya que al sostener la aplicación del art. 129, de rondón, está admitiendo la aplicabilidad al caso del anterior, con lo que al día 10 ya estaría vencido hace tiempo el plazo para el pago regular de las acreencias del trabajador aquí actuante. Si así no fuera y el art. 128 LCT no fuera aplicable, como pretende el recurrente, tampoco lo sería su similar 129. En suma, de una o de otra manera, es necesario concluir que la demandada al momento del despido se hallaba en mora, debiendo tenerse por causado el despido del actor por la mora de su contradictor en esta liza. ----------

--- Con estas precisiones basta para demostrar la inacogibilidad del agravio y proponer su rechazo. ----------

--- El segundo agravio atañe al cuestionamiento de la declaración de inconstitucionalidad de oficio de una norma por el Sr Juez de grado. ----------

--- Esta Sala tuvo ocasión de pronunciarse sobre ese tema en su precedente del 18/3/2009, "G., D. A. y otra c/ T., G. y otro s/ Daños y Perjuicios" (Expte. 185 - Año 2008 CANE). Allí, en mi voto, dejé sentado que desde siempre he pensado que los jueces están habilitados a declarar de oficio la inconstitucionalidad de las normas. ----------

--- Agregué que la veda de la declaración de inconstitucionalidades de oficio a los jueces es, por así decirlo, un criterio "moderno" que transitoriamente reemplazó al criterio tradicional de la magistratura argentina que ésta había seguido hasta 1941, en que la CSJN en el caso "Los Lagos S.A." (Fallos 190:149), cambió el criterio y comenzó a sostener que la petición de la parte deviene en un presupuesto condicionante básico para la procedencia del control de constitucionalidad, criterio que nunca había seguido antes y que jurídicamente resultaba por demás dudoso, abriendo con ello un debate que duró lo que pervivió el criterio hasta ser cambiado por la actual integración de la Corte Suprema.---- ----------

----Expuse luego que cuando era un alumno de la Universidad platense leí un voto disidente de quien fuera mi Profesor de Derecho Penal. Parte General, el Prof. Ernesto Víctor Ghione, que me convenció de las bondades de su postura. Decía allí el Prof. Ghione que "Cuando se declara la inconstitucionalidad de una norma sin previa argumentación de parte no se omite aplicar derecho vigente, pues su circunscripto desplazamiento en un litigio concreto obedece a que es repugnante a la Constitución y -cabe recordarlo- la Constitución también es derecho vigente, y el de mayor jerarquía" (Sup. Corte Bs. As., 6/7/84, "Leiva, Horacio y otros v. Swift Armour S.A. s/ Despido", voto en disidencia del Juez GHIONE, en AbeledoPerrot online, Documento Nº: 14.452191414.45219).---------- ----------

--- Agregó allí el citado Ministro que "la mera voluntad de las partes no puede corregir la incompatibilidad de una norma constitucional con la fundamental, primera y mayor resultante de la voluntad colectiva; en consecuencia, los pronunciamientos judiciales no pueden aplicar la ley sin asegurar al mismo tiempo la preeminencia de la Constitución". Y que "La doctrina que considera que los jueces no pueden declarar la inconstitucionalidad de normas legales si no media petición de parte, no sólo carece de apoyo en la Constitución sino que tampoco lo tiene en normas procesales las que, por el contrario sustentan la tesis de la preeminencia de la Constitución, habida cuenta lo dispuesto por los arts. 34 inc. 4 y 163 inc. 6 del Código Civil y Comercial …" (Sup. Corte Bs. As., 6/7/84, "Leiva, Horacio y otros v. Swift Armour S.A. s/ Despido", en AbeledoPerrot online, Documento Nº14.452161414.45216). Todo lo que he leído desde entonces me ha convencido cada vez más del acierto de la postura favorable a la declaración oficiosa de inconstitucionalidades.---------- ----------

--- Dije después que creía que al día de la fecha la discusión sobre si los jueces deben declarar o no de oficio inconstitucionalidades, cuando ellas son manifiestas e inciden en gran medida en la resolución de la causa es un debate superado, dado que infinidad de tribunales, encabezados por la CSJN se han encolumnado a favor de la declaración oficiosa, criterio que juzgo correcto (en este sentido, Corte Sup., 19/8/04, "Banco Comercial Finanzas S.A. liquidación Banco Central de la República Argentina s/ quiebra", en AbeledoPerrot online; Sup. Corte Bs. As., 29/12/04, "Benitez, Santiago S. v. Empresa Bosco S.R.L. s/ enfermedad accidente", en Juba sum. B42523; ídem, 27/12/06, "Mancilla, Olga Gladys v. Yacht Club Buenos Aires y otra s/ Indemnización por muerte. Accidente de trabajo", en Juba sum. B51477; Cám. Civ. y Com. Mar del Plata, sala 2ª, 17/6/04, "Citibank NA. v. Pozzi, Adolfo H. s/ ejecución Hipotecaria", en Juba sum B1404110; Cám. Apels. Comodoro Rivadavia, sala B, 17/03/06, "A., S.H. v. L.A.I. y E. de La Patagonia y otra s/ daños y perjuicios",en AbeledoPerrot online;----------

--- Y que con acierto se ha dicho que "de nada valdría afirmar enfáticamente la supremacía constitucional frente a toda norma inferior, si luego se la limita al extremo de obligar a los jueces a aplicar normas repugnantes a la Constitución Nacional, por la sola circunstancia que las partes no advirtieron tal colisión" (Sup. Corte Bs. As., 22/12/04, "Zaniratto, Mabel B. v. Provincia de Buenos Aires s/ enfermedad accidente", en AbeledoPerrot online). Se agregó en dicha causa que "el ejercicio de la atribución constitucional que emana del art. 31 CN., constituye una cuestión de derecho y no de hecho, de ahí que la resolución de oficio no quiebra la igualdad de las partes en el proceso ni afecta la garantía de la defensa en juicio, la que no puede ser argumentada frente al derecho aplicable para resolver la contienda".----------

--- Pero luego hice una aclaración: que el juez esté habilitado para declarar de oficio una inconstitucionalidad, no significa que la declaración de inconstitucionalidades haya perdido su carácter de última ratio del ordenamiento. Coincido con ese agudo juez de la magistratura bonaerense, que fue el Dr. Roncoroni, quien sostuviera en un voto suyo que la declaración oficiosa de una inconstitucionalidad sólo es procedente, como razón última y cuando no exista la posibilidad de una solución adecuada del juicio por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa (Sup. Corte Bs. As., 15/12/04, "B., Roque C. v. Siderar s/ indemnización por accidente de trabajo", en Juba sum. B49599, voto en disidencia del Dr. Roncoroni).- ----------

--- En enfáticas palabras Andrés GIL DOMÍNGUEZ ha expresado que "La fuerza normativa no es un mero apotegma enunciativo, sino que implica una actividad de constante revisión normativa y resignificación simbólica de los ordenamientos secundarios. A partir de lo cual, éstos serán válidos en la medida que sus enunciados se adecuen a la Constitución textual y a las fuentes externas invitadas por ésta para configurar la regla de reconocimiento constitucional. Por ende, el techo del ordenamiento jurídico no es el derecho civil, penal, administrativo, etc.; éstos tan sólo configuran un derecho secundario que antes de su especificación material, deberá ser

constitucional -en forma y sustancia-, para ratificar su validez y posibilitar su exigibilidad" (GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, ¿Es el control de constitucionalidad difuso una ficción?, LA LEY 2006-C, 1460).----------

--- Sigue diciendo el autor citado que "En el campo del Estado constitucional de derecho, el juez facultado para aplicar la Constitución no está limitado por la mera subsunción de los supuestos de hecho a la norma en cuestión, sino que la interpreta en sus positividades expresas y en sus implicitudes expansivas. El juez mediante el control de constitucionalidad asume y confirma la fuerza normativa, significando su decisión jurisdiccional un acto de interpretación restauradora como si la Constitución no existiera con anterioridad, como si la inventara en cada caso que resuelve" (op y loc cit).----------

--- Y de estos desarrollos concluye luego el mismo que "en este modelo, la declaración de inconstitucionalidad no es una vía excepcional, residual y de última ratio, sino que configura una práctica cotidiana, principal y de primera ratio. La única deferencia existente con el legislador, se especifica a partir del respeto por su actuación como órgano de la primera palabra a través de los mecanismos deliberativos. Pero esto de ninguna manera retrae ni obstaculiza el control de constitucionalidad como herramienta central de la faz instrumental -que posibilita de abajo hacia arriba la validez y de arriba hacia abajo la eficacia- del modelo neoconstitucionalista. En la órbita de la especie, la declaración de inconstitucionalidad de oficio es un deber titularizado por todos los magistrados, que facultados a realizar la fuerza normativa de la Constitución, no pueden presumir que la norma básica del sistema se asemeja a un contrato disponible por las partes. Y esto no es producto de la invocación paliativa de iura novit curia, sino de la Constitución como orden público de aplicación directa" (GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, ¿Es el control de constitucionalidad difuso una ficción?, LA LEY 2006-C, 1460).----------

--- Precisé después que coincido en parte con el autor, pero discrepo en cuanto a las conclusiones a las que arriba. Sigo pensando que la declaración de inconstitucionalidad de una norma constituye última ratio del ordenamiento y sólo debe disponerse cuando la incompatibilidad entre la norma invalidada y el texto constitucional resulta manifiesta e indubitable, pues tal medida reviste suma gravedad institucional, debiendo recurrirse a ella sólo cuando la estricta necesidad lo requiera. En palabras que la propia CSJN utilizara en el caso "Mill de Pereyra, Rita Aurora y otros v. Provincia de Corrientes", por conducto del voto de dos de sus miembros más prestigiosos, los Profesores Belluscio y Fayt: "La existencia de la declaración de oficio de la inconstitucionalidad no importa desconocer que la invalidez constitucional de una norma sólo puede ser declarada cuando la violación de aquélla sea de tal entidad que justifique la abrogación, en desmedro de la seguridad jurídica" (Corte Sup., 27/9/01, "Mill de Pereyra, Rita Aurora; Otero, Raúl Ramón y Pisarello, Ángel Celso v. Estado de la Provincia de Corrientes s/ demanda contencioso administrativa", voto de los Dres. Carlos S. Fayt y Augusto César Belluscio, en AbeledoPerrot online).----------

--- Y, de todo ello, concluí en mi voto que cuando la repugnancia con la cláusula constitucional resulte manifiesta e indubitable y la incompatibilidad inconciliable procederá –sea de oficio o a petición de parte, para el caso es lo mismo- la declaración de inconstitucionalidad de una norma. Un juez no debe olvidar que la declaración de inconstitucionalidades es una de las más delicadas funciones que puede encomendarse a un tribunal de justicia, por lo que sólo procederá su declaración cuando no exista la posibilidad de una solución adecuada del juicio por otras razones distintas de las constitucionales comprendidas en la causa.- ----------

--- Y, en el caso que nos convoca esa repugnancia constitucional manifiesta del tope indemnizatorio se presenta, conforme correctamente desarrolla el Sr. Juez de grado.----

--- El apelante cuestiona la procedencia de la declaración de inconstitucionalidades de oficio sobre la base de dos fallos de la CSJN que cita. He compulsado detenidamente ambos fallos, así como los comentarios que han tenido los mismos en las revistas especializadas y no llego a las mismas conclusiones a las que arriba el apelante.---------

--- En primer lugar, es dable destacar que en el caso “Strangio” en un párrafo solitario la Corte expresó que “el a quo confirmó la decisión recurrida "en cuanto declaró la inconstitucionalidad de los arts. 21, 22 y 46 de la ley 24.557", con lo cual incurrió en un apartamiento del principio de congruencia, ya que el tribunal de grado no se pronunció acerca de la validez constitucional de las normas mencionadas. Tal defecto no se supera ni siquiera frente a la posibilidad de que los jueces examinen de oficio la inconstitucionalidad de las leyes, pues esa facultad no los habilita a dictar sentencias que transgredan aquel principio (causa G.396.XLI. "Gómez, Carlos Alberto c/ Argencard S.A. y otro s/ ordinario", sentencia del 27 de diciembre de 2006 (Fallos: 329:5903), lo cual impone la descalificación del fallo en el aspecto señalado (conf. F.72.XLI "Fossati, Pablo Alfredo y otro c/ Banco Bansud S.A. s/ despido", sentencia del 4 de septiembre de 2007, Fallos: 330:3787)” (CSJN, 12/5/09, “Strangio, Domingo c. Cattorini Hnos. S.A. - C.I.F.”, LA LEY 2009-D, 93). ----------

--- Con este fallo, la mayoría de la Corte hace suyo un voto disidente del Dr. Fayt en el caso “Gómez” (CSJN, 27/12/06, “Gómez, Carlos Alberto c. Argencard S.A. y otro”, Fallos 329:5903). ----------

--- Analizado el párrafo transcripto, que es el único fundamento del fallo, encuentro –al igual que alguna doctrina- que evidentemente que ha existido alguna oscuridad en la redacción del párrafo y que él no puede significar lo que literalmente surge de su lectura, dado que de otro modo, la Corte estaría censurando lo que esta misma integración sostuvo enfáticamente en varios fallos anteriores, como por ejemplo su conocido precedente de “Banco Comercial Finanzas”, supra citado.----------

--- Es que, no hace falta ser muy agudo para advertir que literalmente interpretado, el principio de que la posibilidad de que los jueces examinen de oficio la inconstitucionalidad de las leyes, no los habilita a dictar sentencias que transgredan el principio de congruencia, significa que los jueces no pueden dictar nunca de oficio

inconstitucionalidades, justamente, porque el dictado de oficio de ellas no se alinea precisamente con el principio de congruencia. Congruencia e inconstitucionalidad de oficio son conceptos incompatibles, de modo que intentar una compatibilización forzada de ambas para salvar apariencias es una quimera. ----------

--- De interpretarse linealmente el principio de Strangio, habría que entender que la Corte Suprema enmienda su plana de fallos anteriores, sin decirlo o que ha caído en una frontal contradicción. ----------

--- Alguna doctrina ha expuesto atinadamente que no puede suponerse tamaña contradicción en una Corte como el Máxmo Tribunal de la Nación, dando una solución aceptable a mi juicio, de entender que la Corte se ha pronunciado obiter dicta sobre el tema de la inconstitucionalidad de oficio, y con alcance para ese solo caso (Niremperger, Zunilda, ¿Congruencia versus declaración de inconstitucionalidad de oficio?, en Doctrina Judicial del 14/10/2009, p. 2884).----------

--- En verdad, el tenor de la aclaración de la Corte en el caso Strangio, da para pensar que se trata de un obiter dicta, con alcance para ese caso solamente y no la revisión de un criterio tan enfáticamente sentado hace tan solo cinco años. ----------

--- Pero aún si así no fuera, ese caso resolvió una cuestión a la que se aplica un derecho local diferente al que rige en Chubut. Olvida el apelante en su memorial que en nuestra Provincia rige el art. 10 de la Constitución Provincial que establece que "Toda ley, decreto u ordenanza que imponga al ejercicio de las libertades o derechos reconocidos por esta Constitución otras restricciones que las que la misma permite o prive de las garantías que ella asegura, son nulos y no pueden ser aplicados por los jueces". Pareciera que el constituyente provincial marca la senda de la declaración oficiosa de inconstitucionalidad y frente a sus dictados no cabe hacer gala de fallos dictados para otros regímenes, que no incluyen esa manda.----------

--- De tal modo, interpreto, a diferencia del apelante, que existen dos motivos para confirmar lo resuelto por el a quo: 1) la actual integración de la CSJN sostiene una línea jurisprudencial enfática y altisonante que marca el norte de la inconstitucionalidad oficiosa; en un par de fallos la CSJN echa sombras a su primera tesitura, pero no se aparta de ella abiertamente ni formula una palinodia clara a su respecto; y 2) el art.10 de la Constitución Provincial es una norma diferente a las tenidas en mira en los fallos Strangio y Gómez.----------

--- Por otra parte, no es difícil en esta materia coincidir con ese agudo constitucionalista que es el maestro Sagües, quien al respecto afirma: “En realidad, a pocos sastisface la tesis de que los jueces no deben pronunciar, pro su propia iniciativa, la descalificación constitucional de una norma ordinaria. Casi nadie puede encontrar un basamento constitucional convincente para explicar dicha posición, y pocos creen, por último, que el Poder Judicial vaya a fagocitar a los otros poderes, si se confiere a los jueces la facultad que tratamos. La doctrina prohibitiva de la declaración ex officio de la inconstitucionalidad de las normas, que reputamos infundada, incongruente e

inconstitucional, se mantuvo más por inercia jurídica que por otra cosa...” (SAGÜES, Néstor Pedro, “Recurso extraordinario”, 4ª edic., Edit. Astrea, Bs. As., 2002, p. 147).-----

--- En tal situación, no veo elementos de juicio decisivos para apartarme del precedente de esa Sala del caso “G. c/ T.” que cita el Sr. Juez de grado. Ello así, corresponde el rechazo del recurso y la confirmación del fallo atacado en este aspecto. ----------

--- En cuanto al último agravio, relativo a la improcedencia del agravamiento indemnizatorio que en la sentencia se liquidara bajo el concepto de art. 16, ley 25561, por resultar lo determinado contrario a lo dispuesto por el Decreto 1433/05 del Poder Ejecutivo, el mismo ha de ser acogido en esta instancia.----------

--- Ello, dado que asiste razón al apelante, ya que el a quo ha errado en la liquidación del agravamiento indemnizatorio, excediendo el monto concedido lo establecido por el art. 1 del Dec. 1433/05. En tal situación, corresponde reducir el agravamiento concedido en el grado a la suma de pesos treinta y seis mil ochenta y uno con sesenta y nueve centavos ($ 36.081,69), con lo que procede reducir el monto por el que prospera la demanda a la suma de pesos ciento cuarenta y siete mil ciento treinta y nuevo con diez centavos ($ 147.139,10). ----------

--- En consecuencia, procede el acogimiento de este agravio y de acuerdo a lo explicitado supra, corresponde la modificación parcial de la sentencia en el aspecto señalado y su confirmación en los restantes aspectos materia de recurso y agravios. ----

--- Las costas de la instancia anterior se mantendrán como están, dado el éxito sustancial del actor en sus reclamos y el hecho de que el yerro del a quo en la determinación del agravamiento no fue inducido por el actor, quien peticionó correctamente sobre el tópico. También habrán de mantenerse los honorarios de grado tal como fueron allí determinados, dada su regulación en términos porcentuales, que no choca contra la modificación nominal aquí dispuesta.- ----------

--- En cuanto a las costas de alzada, ellas deben ser distribuidas en un 80% a la demandada y en un 20% al actor (art. 71 CPCyC) y la regulación de los emolumentos profesionales correspondientes a esta alzada en las siguientes sumas: para la Dra. G. M., apoderada del actor, el 27% de los estipendios que se le determinen como honorarios de grado y para el Dr. L. A. N., el 25% del monto del proceso que se establezca como sus honorarios de grado en la liquidación a practicarse en la etapa de ejecución. Tales determinaciones arancelarias se justifican en atención a la extensión, mérito, calidad y resultado de las respectivas tareas cumplidas en la alzada (art. 6, 7, 9, 14, 19, 47, Ley 2.200).---------- ----------

--- Por los fundamentos expuestos supra, a la primera cuestión, VOTO PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.----------

----**A TAL CUESTION PRIMERA** el Dr. Velázquez expuso: ----------

----Resumidos ya por el colega preopinante los antecedentes del caso y los agravios de la recurrente, a dicha síntesis me remito en homenaje a la brevedad. Me expediré sobre las quejas en el mismo orden en que fueran vertidas.- ----------

----I.- Cualquiera sea la opinión que se sustente acerca de la aplicabilidad o no por analogía al caso del art. 129 L.C.T., esta primera impugnación no puede ser favorablemente acogida.----------

----Si esa norma no fuera aplicable, la mora de la empleadora en el pago de los salarios del mes de mayo de 2006 habría operado el 10/6/06 sin valla alguna, máxime que ese sábado fue laborable para la empresa que se aprestaba a despachar un buque a la zona de pesca. Si tal jornada no fue laborable y el precepto del art. 129 L.C.T. era de aplicación, el pago debía efectuarlo al siguiente día hábil, que lo fue el lunes 12/6/06. Desde que lo efectuó solo por depósito del día 13/6/06 (v. fs. 286), no es en absoluto dudoso que asistía al trabajador la facultad de retener sus servicios (arts. 510, 1202 Cód. Civ.). Por tanto, el desembarco de oficio del día 12/6/06 y el despido directo del 15/6/06 fueron actos contractualmente ilícitos que otorgaron al actor el derecho a ser indemnizado (art. 245 L.C.T.).----------

----II.- Considero indisputable a esta altura de la evolución jurídica el control oficioso de la constitucionalidad de las normas, pues nuestra Corte Suprema Nacional se ha expedido positivamente en tal sentido -abandonando con ello la doctrina que emanara de su antiguo fallo in re “Los Lagos” (Fallos 190:149)- hace ya más de siete años en la causa “Mil de Pereyra y otros c/ Estado de la Provincia de Corrientes”, del 27/9/01 (J.A. 2002-II-737 y sgts.), reiterando luego el criterio con otra composición en los autos “Banco Comercial Finanzas S.A. s/ liquidación por Banco Central de la República Argentina s/ quiebra”, del 19/8/04 (J.A. 2005-III-441 y sgts.).----------

----Y no se sostenga que el Más Alto Tribunal de la Nación incurrió en contradicción con esa su doctrina al expedirse en las más modernas causas que la recurrente cita. Esos pronunciamientos no implicaron cambio alguno de criterio en la materia.----------

----Si en el precedente “Gómez, C. A. v. Argencard S.A.” (Fallos 329:5903) la Corte Federal tachó de arbitraria la sentencia que declaró de oficio la inconstitucionalidad del art. 11 de la Ley 25.561 y dispuso la “dolarización” de las obligaciones reclamadas, fue por la sencilla pero contundente razón de que el allí actor había aceptado expresamente la “pesificación” de ellas en los términos del citado artículo. Expresó allí el Alto Órgano que dicho fallo traducía un exceso en el límite de la potestad jurisdiccional violatorio del principio de congruencia, mas lo hizo en el sentido que la “dolarización” -y la declaración de inconstitucionalidad del precepto que la vedaba era sólo el instrumento para abrirle camino- no había sido peticionada por el litigante, quien había consentido de modo expreso la “pesificación” legal, de modo que disponerla quebrantaba el principio dispositivo y consecuentemente la congruencia en el proceso, menoscabada por condenar a algo distinto de lo solicitado. Ese defecto -el quebranto del rancio aforismo “sententia debet esse conformis libello, ne eat iudex extra petita partium”- fue el vicio fustigado en dicho caso por nuestra Corte Suprema, quien dejó sin embargo a salvo la posibilidad de que los jueces examinen de oficio la constitucionalidad de las

leyes, pero, por cierto, en el marco de los temas propuestos a su decisión y no en relación a aquellos otros que las partes decidieron no debatir.----------

----En el restante precedente “Strangio, D. vs. Cattorini S.A.” (L.L. 2009-D-93) el Alto Cuerpo Federal descalificó un pronunciamiento de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires que “confirmara” (sic) la decisión de una cámara de apelaciones de declarar la inconstitucionalidad de dos preceptos, pero lo hizo por el simple pero ilevantable motivo que la cámara no se había pronunciado sobre la constitucionalidad o no de dichos preceptos. El fallo revisado pecaba entonces de incongruente porque excedía los límites del objeto sometido a la decisión de la Corte Provincial “a quo”. Mas tampoco en este caso el Órgano Federal volvió sobre su doctrina acerca de la posibilidad de los magistrados de considerar oficiosamente la inconstitucionalidad de las normas jurídicas.----------

----Nada hay en esos precedentes por tanto que signifique un retroceso en la evolución de la doctrina jurisprudencial de nuestro Máximo Tribunal Nacional. Desde que el tema suscita cuestión federal bastante, el seguimiento a tal doctrina se impone. Pudo entonces la “a quo” ingresar a tal análisis en el subexamen, máxime que ante él medió en el alegato pedimento de parte, sin que quepa argüir la extemporaneidad de éste, dado que aquel requisito de planteo de la tacha de inconstitucionalidad en la primera oportunidad ha quedado relativizado con el criterio permisivo del control de oficio.- -------

----Por cierto que la declaración de marras sólo cabe hacerlo en casos de extrema gravedad. De modo harto reiterado ha sido expresado por la Corte Federal que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como ultima “ratio” del orden jurídico, por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca un derecho o garantía constitucional (C.S.N., Abeledo Perrot Online, docs. nros. 4.63735, 4.15596, 4.18091, 4.18493, etc.), criterio restrictivo este que no cede, sino que se vigoriza, ni aun en supuestos de control oficioso de constitucionalidad (ídem, íd., dos. nros. 4.43091, 4.43088). Mas opino que en esta especie concurre ese extremo.----------

----Hemos tenido ya ocasión de expedirnos sobre tal tema. En efecto, siguiendo la enseñanza doctrinal emanada de los fallos de la Corte Suprema Nacional, declaramos que la imposición normativa de un tope para el cálculo de la indemnización por despido sin causa no es en sí misma pasible de objeción constitucional, sino que es en la concreta aplicación de dicho límite donde, “ex hypothesis”, puede llegar a producirse la lesión constitucional y ello cuando el derecho de tal jerarquía resulte suprimido o desnaturalizado al fijar el resarcimiento en una suma absurda, que signifique en la realidad la “pulverización” del contenido económico del crédito (C.S.N., D.T. 1998-A-515 y sgts.; esta sala, c. 18.409 S.D.L. 3/03). A posteriori, el Alto Tribunal Federal precisó aún más su criterio al declarar que no resulta razonable, justo ni equitativo que la base

salarial establecida en el art. 245 párr. 1° L.C.T. para el cálculo de la indemnización sea reducida en más del 33 % por aplicación de los párrafos siguientes del mismo precepto (D. T. 2004-B-1211), doctrina que igualmente siguiera este cuerpo (c. 21.455 S.D.L. 33/06, c. 22.902 S.D.L. 67/08).----------

----Pues bien, en la especie dicha pulverización del crédito es notable. El Señor Magistrado “a quo” concluyó, sin motivar agravios al respecto, que la mejor remuneración mensual, normal y habitual del trabajador fue la del mes de marzo de 2006 por un valor de $ 17.951,09. Por su lado el tope del convenio colectivo aplicable llega a $ 1.080, de modo que su aplicación importaría una degradación insoportable del derecho del actor que justifica la declaración de su inconstitucionalidad en la aplicación del mismo al caso. Procedió entonces liquidar la indemnización sobre la base de aquella mejor remuneración, con la quita del 33 % que la Corte Federal declaró aplicable “in re” “Vizzoti c/ AMSA S.A” (D. T. 2004-B-1211).----------

----III.- Es correcta en cambio la crítica que la apelante dirige contra el cálculo del incremento resarcitorio del art. 16 de la ley 25.561. Es que este agravamiento sólo debe alcanzar a la indemnización por antigüedad prevista en el art. 245 L.C.T., por así haberlo dispuesto los arts. 4, párr. 2° de la ley 25.972 y 1° del dec. 1.433/05, normas que con ello se separaron del anterior modelo del art. 2° del dec. 2.014/04, derogado expresamente por el art. 2° del dec. 1.433/05.----------

----Así entonces, el tal incremento debe ser de $ 36.081,69 y el monto del capital total de la condena ha de ser reducido a $ 147.139,10.- ----------

----IV.- Tales razones, concordante con las expuestas por el ponente, me conducen también a mí a concluir que la sentencia atacada debe ser modificada en punto al capital de la condena, confirmándola en todo lo demás que fuera materia de agravios, imponiendo las costas de segunda instancia en un 80 % a la demandada -cuyos agravios prosperaron en mínima medida- y en un 20 % al actor (art. 71 C.P.C.C.).--------

----Coincido también con el Dr. López Mesa en cuanto a los honorarios que propusiera regular por las labores profesionales desarrolladas en la alzada, pues los hallo acordes con la extensión, calidad y resultado de las mismas (arts. 6, 7, 9, 14, 19, 47 del dec.-ley 2.200).- ----------

----Me expido aquí pues PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Señor Juez de Cámara Doctor Marcelo López Mesa, dijo: ----------

--- Dada la existencia de acuerdo en la Sala, el pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente:----------

--- 1) MODIFICAR parcialmente la sentencia apelada, reduciendo el agravamiento concedido (art. 16, Ley 25561) a la suma de pesos treinta y seis mil ochenta y uno con sesenta y nueve centavos ($ 36.081,69), reduciendo correlativamente el monto por el que prospera la demanda a la suma de pesos ciento cuarenta y siete mil ciento treinta y nuevo con diez centavos ($ 147.139,10). ----------

--- 2) CONFIRMAR la sentencia apelada en los restantes aspectos materia de recurso y agravios.---------- ----------

--- 3) MANTENER tal como fueron impuestas las costas de grado y las determinaciones arancelarias allí efectuadas. ----------

--- 4) DISTRIBUIR las costas de alzada en un 80% a la demandada y en un 20% al actor. ----------

--- 5) REGULAR los emolumentos profesionales correspondientes a esta alzada en las siguientes sumas: para la Dra. G. M., apoderada del actor, el 27% de los estipendios que se le determinen como honorarios de grado y para el Dr. L. A. N., el 25% del monto del proceso que se establezca como sus honorarios de grado en la liquidación a practicarse en la etapa de ejecución. Tales determinaciones arancelarias se justifican en atención a la extensión, mérito, calidad y resultado de las respectivas tareas cumplidas en la alzada (art. 6, 7, 9, 14, 19, 47, Ley 2.200).----------

--- Tal mi voto.---------- ----------

----**A ESTA ULTIMA CUESTION** el Dr. Velázquez respondió: ----------

----El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. López Mesa, reflejo fiel de la decisión del cuerpo formada al expedirnos sobre la anterior cuestión.----

--- Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haberse logrado la mayoría (art. 9 Ley 1130, To. Ley 4550).---------- ----------

----Trelew, de octubre de 2009.---------- ----------

----En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala “A” de la ciudad de Trelew, pronuncia la siguiente:----------

---------- **S E N T E N C I A**: ---------- -

--- MODIFICAR parcialmente la sentencia apelada, reduciendo el agravamiento concedido (art. 16, Ley 25561) a la suma de pesos treinta y seis mil ochenta y uno con sesenta y nueve centavos ($ 36.081,69), reduciendo correlativamente el monto por el que prospera la demanda a la suma de pesos ciento cuarenta y siete mil ciento treinta y nuevo con diez centavos ($ 147.139,10). ----------

--- CONFIRMAR la sentencia apelada en los restantes aspectos materia de recurso y agravios.---------- ----------

--- MANTENER tal como fueron impuestas las costas de grado y las determinaciones arancelarias allí efectuadas. ----------

--- DISTRIBUIR las costas de alzada en un 80% a la demandada y en un 20% al actor. -

--- REGULAR los emolumentos profesionales correspondientes a esta alzada en las siguientes sumas: para la Dra. G. M., apoderada del actor, el 27% de los estipendios que se le determinen como honorarios de grado y para el Dr. L. A. N., el 25% del monto del proceso que se establezca como sus honorarios de grado en la liquidación a practicarse en la etapa de ejecución. Tales determinaciones arancelarias se justifican

en atención a la extensión, mérito, calidad y resultado de las respectivas tareas cumplidas en la alzada (art. 6, 7, 9, 14, 19, 47, Ley 2.200).----------

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

----REGISTRADA BAJO EL Nº _____ DE 2.009 – SDC.- Conste.- ----------

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

PAULO EDUARDO KÔNIG
SECRETARIO DE CAMARA