000149/2010

--- Trelew, julio 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 CPCyC), y----------

---**CONSIDERANDO**:----------

--- 1.- A fojas 174/184 esta Cámara dictó la sentencia definitiva Nº 19/2010, por la cual resolvió revocar parcialmente el fallo apelado, y en consecuencia, en lo sustancial: 1) declarar la inconstitucionalidad de los arts. 103 bis (text seg. Ley 24.700) y art. 245 L.C.T., en la medida y con las consecuencias establecidas en el presente fallo; 2) acoger la pretensión actoral de incrementar la diferencia indemnizatoria reclamada con base en los arts. 245, 247 y 248 de la L.C.T., la cual se liquidará en la etapa de ejecución de sentencia tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor, con inclusión de los “tickets canasta”, limitando la aplicación del tope previsto en el art. 245 L.C.T., el cual no podrá exceder de un tercio de la indemnización que le correspondería percibir a los deudos del trabajador por aplicación de la base de cómputo ya expresada, con más los intereses ya determinados en el decisorio recurrido. ---------- ----------

--- 2.- A fojas 189/205 contra el citado decisorio la parte demandada interpuso recurso de casación invocando lo establecido por el artículo 291 incs. “c” y “e” de la Ley XIII-Nº 5, Anexo A (art. 288, incs. “c” y “e” CPCyC). ---------- ----------

--- 3.- Agravios.- ----------

--- Ha de avanzarse en el examen formal cotejando los Considerandos esenciales que apuntalaron el pronunciamiento con los agravios del casacionista, a fin de desbrozar los que contienen real impugnación contra aquéllos. El recurso extraordinario de casación se dirige contra la sentencia definitiva ordinaria, por lo que hay que cotejar inicialmente el recurso con esa sentencia, no con todo el proceso (Lugones, Narciso J., *Recurso extraordinario*, Ed. Depalma 2002, 2da. edición actualizada, p. 399).---------- ----------

--- De fojas 196 vuelta en adelante comenzó el recurrente a exponer su queja. ---------

--- Enfocó su agravio en los motivos casatorios de “arbitrariedad” y *ultra petita*, dos de las modalidades que conforman violación de la ley (art. 291 incs. “c” y “e” Ley XIII-Nº 5, Anexo A; art. 288 incs. “c” y “e” CPCyC). En su opinión, el fallo incurrió en: **a)** arbitrariedad, en razón de interpretar incorrectamente los artículos 245, 247 y 248 de la LCT por un lado; y, por el otro; aplicar conceptos vertidos en autos “Vizzoti” de la CSJ respecto del tope indemnizatorio por despido incausado, a la ayuda social por fallecimiento; y **b)** en *ultra petita* al decretar de oficio la inconstitucionalidad del artículo 103 bis de la LCT modificada por ley 26.341. Así ha quedado resumido a fojas 203 vuelta, en el capítulo “Conclusiones”. ---------- ----------

--- ARBITRARIEDAD.- Respecto de la aplicación del caso Vizzoti, ya al agraviarse en apelación a fojas 159 (segundo ap.) dijo el recurrente que “la decisión adoptada en el

caso Vizzoti lo fue en relación directa con un despido sin causa, mientras que en el caso de autos se trata de una indemnización por muerte que establece el artículo 248 de la LCT, lo que implica parámetros absolutamente distintos". ---------- ----------

--- Vuelve ahora a agraviarse, en sustancia, por los mismos fundamentos, cuando dice que, a su entender, ha sido aplicado en el caso "un antecedente de la Corte Suprema no concerniente al tipo específico de cuestión debatida en autos" (fs. 198, segundo ap.), que no se trató el caso de un despido incausado sino de una ayuda social (fs. 199, último ap.; fs. 200, tercer ap.), soslayando empero Considerandos dirimentes de la sentencia definitiva. ---------- ----------

--- Dijo en tales Considerandos el magistrado votante en primer término Dr. Carlos Dante Ferrari, que: El agravio referido a que no corresponde aplicar a la especie el caso "Vizzotti", carece de sustento jurídico (fs. 176). La argumentación de la demandada basada en la diferente base fáctica del caso "Vizzoti" constituye un fundamento aparente, sin relevancia jurídica, puesto que la aplicabilidad del criterio escogido por la C.S.J.N. finca en la morigeración del tope indemnizatorio establecido por el art. 245 L.C.T. -sea cual fuere el hecho o situación generadoras de la aplicación de dicha norma- cuando su aplicación, cotejada con la realidad económica de un caso concreto, produzca en una consecuencia patrimonial perniciosa e inaceptable para el trabajador" (fs. 176, último ap.). ---------- ----------

--- A lo largo de la fojas 177-VIII, desplegó el Dr. Ferrari los fundamentos en los que quedó sustentada la conclusión que corresponde declarar la inconstitucionalidad del artículo 103 bis de la LCT, texto seg. Ley 24.700 (fs. 178, segundo ap.).---------- ----------

--- Por su parte el Dr. Marcelo Jorge López Mesa, magistrado votante en segundo término, sostuvo que: El apelante pretende trazar una distinción sutil que demuestre la inaplicabilidad del precedente de la Corte (caso "Vizzotti") a este caso. El problema es que el apelante trata de extraer una diferencia esencial entre ambos casos donde no la hay (fs. 179, segundo ap.); El recordado precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dictado in re "Vizzotti", del 14/9/2004, se declaró que no resulta razonable, justo ni equitativo, que la base salarial prevista en el primer párrafo del art. 245 LCT. [la mejor remuneración mensual normal y habitual], pueda verse reducida en más de un 33%, por imperio de su segundo y tercer párrafos pues, de lo contrario, resultaría confiscatoria y, por ende, violatoria también del art. 17 CN. (fs. 179, anteúltimo ap.); Lo trascendente de este criterio, lo que puede calificarse de elemento axial o eje de su aplicabilidad, es la consecuencia indemnizatoria, esto es, la reducción en más de un 33% de la acreencia que correspondería al operario de no mediar la aplicación del tope o tarifa. Lo demás son circunstancias del caso, que no hacen a la esencia del precedente (fs. 179, anteúltimo ap.); No está en la esencia del caso "Vizzotti" su aplicabilidad limitada a supuestos de la especie despido sin causa, sino que el criterio se aplica al universo de supuestos en que un crédito laboral se vea menoscabado a extremos confiscatorios por aplicación de un tope. Más que la causa del crédito son las

consecuencias del tope lo que marca la aplicabilidad del precedente de la CSJN. Este fundamento basta para convencer respecto de que el agravio debe ser rechazado (fs. 179 vta., segundo ap.). ----------

--- Ahora bien, en el recurso de casación deben necesariamente examinarse e impugnarse concreta e idóneamente, los fundamentos y las normas legales que se aplican en la sentencia, pues si así no ocurre, permanecen firmes e impiden que el Superior Tribunal de Justicia ejerza la función revisora que se le requiere (Bacre, Aldo, *Recursos ordinarios y extraordinarios*, Ed. La Rocca 1999, p. 752). Y la ineludible obligación de demostrar las transgresiones invocadas en el recurso de casación no se satisface con la mera exposición de divergencias con el criterio sustentado por la Cámara en un plano de reiteraciones de lo expresado en las instancias ordinarias (S.I.L. 8/93, 3/94 CAT). ----------

--- Pasando a la materia interpretativa, que es de lo que se agravió el recurrente al invocar arbitrariedad (fs. 198, punto b), sostuvo el Dr. Marcelo J. López Mesa que “el rol que el apelante pretende hacerle cumplir a esta alzada se contrapone claramente con varias de las reglas que integran la doctrina legal vigente en la provincia en materia de interpretación, lo que torna subjetivas e inatendibles las opiniones del apelante” (fs. 181 vta., tercer ap.); que “la contraposición entre lo que expresa la ley y lo que indica la magistratura es ilusoria como concepto, en la medida en que no se demuestre concretamente en un caso que el juez ha excedido el límite interpretativo máximo admisible según el ordenamiento jurídico, esto es, que ha dado a la ley un alcance incompatible con su correcta y razonable hermenéutica. Ello no ha sido demostrado, ni por asomo, en el caso de autos, lo que basta para hacer a un lado el agravio” (fs. 181 vta., cuarto ap.). ----------

--- Ninguna crítica ha efectuado el recurrente sobre esta materia. ----------

--- En verdad, nótase que el escrito casatorio, en lo sustancial, sólo propuso un criterio hermenéutico diverso al empleado por el juzgador ordinario, mas lo objetable, poco convincente o equivocado que aquel pueda parecerle no es basamento suficiente para invocar la doctrina de la arbitrariedad (S.I.C. 135/94, 131/98 “A”; S.I.L. 74/96-CAT). Además, la tacha de arbitrariedad no procede por meras discrepancias acerca de la inteligencia atribuida a preceptos de derecho común, así se estimen esas discrepancias legítimas y fundadas (conf. STJCh, sent. N° 86 S.R.E. del 06/10/08). ----------

--- *ULTRA PETITA*.- Respecto al otro motivo de casación alegado -inciso “c” Ley XIII-Nº 5, Anexo A- expresó el casacionista que se habría incurrido en otorgar más de lo pedido por la actora, incurriendo, a su entender, en incongruencia, en violación de la defensa en juicio “al declarar de oficio una inconstitucionalidad que no fue solicitada en la demanda ni tan siquiera en la expresión de agravios por la actora ... tampoco lo decretó la sentencia de primera instancia (fs. 201 y vta. *supra*). ----------

--- También aquí omitió el recurrente contradecir el pronunciamiento en cuestión, en tanto y en cuanto el Dr. Carlos Dante Ferrari -votante en primer término- expresó que “el

apartamiento del tope indemnizatorio del art. 245 L.C.T. sin haberse declarado en el fallo, al propio tiempo, la inconstitucionalidad de dicha norma, en rigor de verdad, se trata de una omisión expresiva y visiblemente involuntaria, por cuanto la lectura de los fundamentos permite comprobar que al adoptar esta decisión, la sentenciante *a quo* hizo suyas las motivaciones de la Corte Suprema de la Nación en el fallo "Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA S.A. s/ despido" (fs. 175 vta.-V). Siguió diciendo que “esta comprobación permite, en sano ejercicio de las facultades acordadas al Cuerpo por conducto del art. 281 del C.P.C.C. (texto seg. Ley XIII N° 5), subsanar la omisión incurrida, ya que concurren todos los requisitos para su aplicación (fs. 176, segundo ap.).----------

--- No es cierto que el planteo de inconstitucionalidad estuviera ausente tanto en la demanda como en la sentencia de primera instancia, como expresó a fojas 201 y vta. *supra* la recurrente. Basta para confirmarlo con remitirse a fojas 61 vuelta (segundo ap.) y fojas 63 (primer ap.) de la demanda; a fojas 82 vuelta-V de la contestación de demanda; a fojas 151 vuelta (segundo ap.) de la sentencia de la jueza *a quo*. De manera que no se advierte violación al principio de congruencia, entendiendo por tal, como dice Guasp, “la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan ese objeto” (Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, Ed. Abeledo-Perrot 1975, T° V, p. 429). ----------

--- Sin perjuicio de ello, ya *obiter dictum*, tiene dicho esta Cámara que al magistrado sólo le es dado dejar de aplicar una norma en caso que ella entre en colisión con enunciados de jerarquía constitucional; supuesto éste en que ha de pronunciar concretamente su inconstitucionalidad. Mas si, como en el caso, declarara inaplicable un precepto absteniéndose de pronunciar concretamente su inconstitucionalidad, por el similar efecto que la inaplicabilidad declarada despliega, ha de considerarse que se ha tratado de una declaración de inconstitucionalidad “tácita” o implícita (S.D.L. Nº 47/1999, Sala “A”-CAT). ----------

--- Sabido es, por otra parte, que conforme a la regla *iura curia novit* los tribunales de Alzada no están limitados por la calificación jurídica dada por los jueces de grado ni por la invocación de las partes (S.I.C. 49/1995, Sala Única-CAT).----------

--- DERECHO DE DEFENSA: Finalmente, no se ha visto en el *sub júdice* afectada la garantía de la debida defensa en juicio del recurrente, en tanto la exposición de un razonamiento fundado en derecho -como los de la sentencia definitiva objeto de casación-, satisface las exigencias formales, y no se ve afectada con ello la garantía de la debida defensa en juicio, al haber podido ensayar el casacionista a su respecto una crítica destinada a demostrar los déficit, en su opinión, del fallo cuestionado (conf. SIC 23/99 “A” CAT). ----------

--- Por ello, la Sala "A" de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Trelew, RESUELVE: ----------

--- Declarar la inadmisibilidad formal del recurso de casación interpuesto a fojas 189/205 contra la sentencia definitiva N° 19/2010 dictada por esta Cámara. ----------

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

--- REGISTRADA BAJO EL N° _____ DEL AÑO 2010-SIL “A”-Conste.----------

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO