En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, al día del mes de noviembre del año dos mil once, reunida en Acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y asistencia de las Sras. Juezas de Cámara Dra. Nélida Susana Melero y Dra. Graciela Mercedes García Blanco, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"C. B., R. P. c/ E. SRL s/ COBRO DE PESOS E INDEMNIZACIONES DE LEY", expte. nro. 345/11,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 2 (expte. nro. 25/10), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 3681), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Nélida Susana Melero, Dra. Graciela Mercedes García Blanco y Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 3649/3655? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. Melero dijo:

I. Vienen las presentes actuaciones por haber sido apelada a fs. 3657 por la parte demandada la sentencia definitiva nro. 38 del 09/06/11 de fs. 3649/3655, habiéndose concedido a fs. 3663, el recurso de apelación interpuesto libremente y en ambos efectos.

El fallo en la parte que aquí se cuestiona dispuso hacer lugar a la demanda interpuesta por el Sr. R. P. C. B., en consecuencia, condenar a E.

SRL a abonar en el plazo de diez (10) días la suma de pesos ciento cuarenta y cuatro mil doscientos cuarenta y cuatro con ochenta y nueve centavos ($144.244,89) con más intereses e imponer las costas a la demandada vencida.

I.A) A fs. 3664/3669vta. se agravia la parte demandada, siendo contestados sus agravios por la parte actora (fs. 3671/3675vta.), conforme el traslado conferido a fs. 3670.

Entendiendo que en la estructura de la sentencia los resultandos (aplicable aquí a los agravios) tienen por finalidad la individualización de los sujetos de la pretensión y la relimitación del ámbito objetivo del litigio sobre el que recae el pronunciamiento, incluyéndose así entre los elementos que la sentencia deberá contener "la relación sucinta de las cuestiones que constituyen el objeto del juicio (o de los agravios), siendo el estilo judicial agregar una breve relación de las vicisitudes del proceso, a cuyo efecto basta una mera remisión (cf. crit. Morello - Sosa – Berizonce en "Códigos Procesales de la Pcia. de Buenos Aires y de la Nación", T.II-C, pág. 64; Cám.Nac.Com., Sala C, 03/11/80, entre otros) y teniendo presente los principios procesales de concentración y economía, he de realizar la transcripción de los mismos sin perjuicio de tener en cuenta cada línea de pensamiento expuesto en el desarrollo que en cada uno de sus agravios ha realizado la apelante.

Concretamente la apelante demandada se agravia en cuanto a que la a quo:

1) fijó mejor remuneración mensual, normal y habitual, no existiendo acreditación alguna y transformando una supuesta deuda laboral en la mejor

remuneración(fs. 3664vta./3665vta.);

2) la base de cálculo para la fijación de la indemnización por despido tomando como parte integrante del salario la comisión (fs. 3665vta./3667), y

3) declaró de oficio la inconstitucionalidad del tope previsto en el art. 245 de la LCT (fs. 3667/3669vta.).

I.A-1) y 2) Advirtiendo que la línea argumental expuesta por la demandada tanto en su primer agravio como el segundo se correlaciona (fs. 3664vta./ 3665vta.) y (fs. 3665vta./3667) -tal como acertadamente lo puntualiza el actor en su contestación de agravios (fs. 3671vta.)-, he de tratarlo en forma conjunta.

En principio observo que ha llegado firme a esta instancia por falta de apelación en este punto lo decidido sobre la fecha de ingreso y las tareas desarrolladas por el actor categoría detentada por el trabajador (considerando IV - Conclusiones - pto. 1ero.- fs.3654/vta.).

De los fundamentos expuestos por la a-quo, conforme emerge del análisis de hechos y exposición de derecho efectuados en LOS considerando 3ero. (fs. 3651vta./3652) y 4to.a) a 4.2 y 5to. (fs. 3652/3654), adelanto mi opinión que claramente está resuelta la causa sometida a su conocimiento con fundamentación lógica y legal, ya que efectuó la reconstrucción de los hechos sometidos a juzgamiento mediante la tarea intelectiva de escoger entre las diversas pruebas que resultan más relevantes, dando razón suficiente de tal juicio, exteriorizando el mecanismo descriptivo y justificante que, sobre la base de una argumentación racional y una ponderación

probatoria fundada, sustenta la decisión.

He de precisar, asimismo, que es criterio de la suscripta a partir de los autos caratulados: "R., M. A. c/ M., E. s/ Sumario (Daños y Perjuicios)", expte. nro. 10.805/98, Sent. Def. nro. 52 del 14/12/99, que la elección de la prueba es facultad privativa del juzgador, quien puede seleccionar aquellas que estime relevantes y decidirse por unas descartando otras que considere inconducente o inoperantes por ser suficiente a tal efecto que haga referencia a las que han servido más decididamente a la conclusión, lo cual no supone ni permite afirmar que no hayan sido computadas. La preferencia del juez por unas pruebas respecto de las otras no viola las leyes que rigen su valoración con lo cual el fallo puede apoyarse en determinados testimonios, pruebas corroborantes de las que estos resulten y presunciones con prescindencia de otras pruebas (cf. SCBA, Ac. y Sent., 1977, v.I, p. 344).

Teniendo presente lo expuesto precedentemente y haciendo aplicación del mérito efectuado sobre lo analizado y decidido por la a-quo y confrontando sus fundamentos con los términos en que fue planteada la apelación por parte de la apelante demandada observo que la crítica de las partes del fallo que el apelante considera equivocadas no precisa, punto por punto, los pretendidos errores, omisiones y demás deficiencias que se le atribuyen al fallo, especificando con toda exactitud los fundamentos de las objeciones.

Es decir, su refutación a las conclusiones de hecho y de derecho que vertebran la decisión de la-quo, se limita a consideraciones

genéricas, impugnaciones subjetivas y simples afirmaciones dogmáticas sin el necesario desarrollo argumental que demostrara la pertinencia de lo aseverado, no ingresando a un análisis integral de los presupuestos jurídicos y de hecho.

Por las razones precedentemente expuestos arribo a la convicción de que deben desestimarse los agravios expuestos por la apelante demandada a fs. 3664vta./3665vta.) y (fs. 3665vta./3667) y confirmar la sentencia en este sentido.

I.A-3) Centra su agravio la apelante demandada en cuanto la a-quo declaró de oficio la inconstitucionalidad del tope previsto en el art. 245 de la LCT (fs. 3667/3669vta).

Si bien en autos no se planteó la inconstitucionalidad del art. 245 LCT y que no obstante ello la jueza se apartó del tope que establece el art. 245 LCT y ordenó aplicar la doctrina de la Corte de la Nación, el agravio de la demandada debe ser rechazado toda vez que en el caso a estudio la sentencia procedió a respetar la doctrina que consagrara la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Vizzoti, Carlos Alberto vs. Amsa S.A. s/ Despido", fallada el día 14 de septiembre de 2004.

En distintos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha decidido que: "La sentencia fundada en precedentes de la Corte es insusceptible de la tacha de arbitrariedad" (Fallos: tomo 261, pág. 430; tomo 262, pág. 186).

Aceptado y reconocido este principio, existe el deber de los tribunales inferiores de ajustar sus decisiones a lo que ha resuelto la Corte Suprema de

Justicia de la Nación para similares casos.

Por otra parte, en relación a la falta de pedido de parte de la declaración de inconstitucionalidad, debe recordarse que la Corte Suprema de la Nación ha admitido bajo determinadas condiciones la declaración de inconstitucionalidad de oficio, en los siguientes términos: "Los jueces están facultados para ejercer de oficio el control de constitucionalidad... sin que ello atente contra el principio de división de poderes, pues siendo legítimo el control de constitucionalidad en sí mismo, carece de sentido sostener que no se produce un avance indebido del Poder Judicial cuando media petición de parte y sí cuando no lo hay". "La declaración de inconstitucionalidad de oficio... procede solo si 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 requiere". "La declaración de inconstitucionalidad de oficio... no lesiona el derecho de defensa en juicio, pues lo contrario conduciría a descalificar toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por las partes, so pretexto de no haber podido expedirse sobre su aplicación al caso concreto (cf. CSN en sentencia de fecha 27-09-2001 en “Mill de Pereyra, Rita A. y otros c. Provincia de Corrientes”).

Por las consideraciones jurisprudenciales expuestas corresponde desestimar el agravio planteado por la demandada a fs. 3667/3669vta. y confirmar la sentencia en dicho sentido.

I.B) Teniendo en cuenta lo decidido en

el presente voto y en virtud del principio objetivo de la derrota, las costas de esta instancia se imponen a la apelante demandada vencida (art. (art. 69 del CPCCCh - Ley XIII, nro. 5, Anexo A). Difiero para el momento del acuerdo la regulación los honorarios de los profesionales intervinientes, la que se efectuará de conformidad a la labor desarrollada, el mérito y extensión de la misma, la trascendencia para las partes según las pautas del arts. 6, 7, 9, 14, 47 y ccdtes. de las Leyes XIII, nros. 4 y 15.

A la segunda cuestión la Dra. Melero dijo:

Propongo como fórmula postulatoria en el caso de coincidencia con la decisión adoptada en el presente caso:

1) Rechazar los agravios expuestos por la apelante demandada a fs. 3664/3669vta. y, en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 3649/3655.

2) Las costas de esta instancia son impuestas a la apelante demandada vencida (art. 69 del CPCCCh- Ley XIII, nro. 5, Anexo A). Diferir para el momento del acuerdo la regulación los honorarios de los profesionales intervinientes (arts. 6, 7, 9, 14, 47 y ccdtes. de las Leyes XIII, nros. 4 y 15.

A la primera cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Viene a mi conocimiento el presente pleito por apelación deducida por la parte demandada contra la sentencia definitiva nro. 38/2011 del Juzgado Laboral nro. 2 de la jurisdicción (fs. 3649/3655, fs. 3657).

La sentencia venida en crisis hizo lugar a la demanda incoada por R. P. C. B. y condenó a E. SRL

a abonarle $144.244,89 con más intereses, impuso las costas a la demandada y reguló los honorarios de los profesionales actuantes.

A fs. 3664/3669 obra agregado el memorial de agravios de la recurrente. En apretada síntesis detallaré las quejas a modo de guía.

El primer agravio es la mejor, normal y habitual remuneración. Ausencia de acreditación y transformación de la supuesta deuda en la mejor remuneración.

La suma de $19.883,58 supuestamente recibida en el mes de diciembre de 2008: no existen elementos probatorios para sostener que es la remuneración mensual, normal y habitual.

La a quo sostuvo que surge de la pericial contable, la pericia dice eso en base a los antecedentes de la causa. Esos dichos no surgen de prueba alguna, solo la manifestación del actor. Agrega que el propio actor dice que se le adeudan comisiones por el período agosto a diciembre 2008 por la suma de $14.656,31 y tomada esa suma se arriba a la conclusión dicha. Se multiplicó una remuneración que supera la real. Ello incide en la indemnización en su base de cálculo por antigüedad.

Segundo agravio, indemnización por despido, base del cálculo. La comisión como parte integrante del salario.

La juez de grado tomó como base del cálculo como mejor remuneración, normal y habitual un monto adeudado, acumulado durante el último semestre del año 2008.

Remite a las manifestaciones del actor en el escrito de demanda, quien detalla que la suma

adeudada es por el semestre.

La normalidad excluye rubros aunque habituales se vean incrementados excepcionalmente. Cita doctrina a su favor.

Tercer agravio es la improcedencia de la declaración de oficio de inconstitucionalidad de los topes del art. 245 de la LCT.

A fs. 3671/76 son contestados los agravios por el actor.

Análisis:

Previo al tratamiento de las quejas de la apelante, señalaré los criterios que he seguido en forma constante sobre cuestiones jurídicas, de fondo y forma que se alejan de la posición seguida por la A quo. Ello sin perjuicio de la decisión que se adopte respecto de los temas puntuales a decidir en esta instancia de revisión.

Respecto de la inconsistencia de la incorporación a la sentencia como factor de decisión y fundamento una teoría doctrinaria como la llamada “prueba dinámica”, pues no tiene sustento en la ley 69 ni en el código de procedimientos que rige supletoriamente, que especifica en lineamientos generales modo y forma de valoración de la aportada y determina sobre la carga de la prueba, sus consecuencias en caso de omisión, reitero, la valoración de los elementos incorporados en el pleito.

Poca recepción de esta teoría se observa de la lectura de diversos fallos en los tribunales del país, cuya aplicación está fuera de lo que puede denominarse generalizada, uniforme y constante, como ocurre por ejemplo con la teoría de los actos propios cuyo acogimiento en la Argentina, se viene sosteniendo

en reiterados fallos en el transcurso de los últimos cuarenta años, incluyendo en algunos de la Corte Suprema de Justicia.

Algunos doctrinarios sostienen "que la carga probatoria es por propia definición dinámica, derivada del principio de responsabilidad del sujeto que obra en su propio interés. No imaginamos una carga de la prueba estática, pues ella consiste en la necesidad de realizar determinado acto para evitar que sobrevenga un perjuicio personal (Goldschmit, "Teoría General de Proceso", pág.84). Trasladar el tema de la carga de la prueba a las circunstancias del caso concreto importa volver a etapas superadas de casuismo jurisprudencial y desconocer el principio de legalidad del art. 377. La tesitura en examen no ofrece ninguna regla de juicio útil al tribunal para fundar el decisorio, propiciando sentencias fundadas en la equidad al transformar la cuestión de derecho por otra de hecho, cual es la ambigua expresión "las circunstancias del caso".

Pero el mayor riesgo, de las expresiones "la carga probatoria dinámica", o bien "las mejores condiciones de probar", consiste en llegar a constituirse en una moda jurídica y en frases hechas y, como tales, carentes de contenido" (Fenochietto, Carlos, "Códigos Procesales...", T.2, pág. 477/8, ed. Astrea-999; cita también en idéntico sentido a Falcón, Enrique "Código Procesal… Procedimiento laboral", pág.305).

Dicho esto y en lo que importa para decidir en esta alzada agrego la innecesariedad de enrolarse en tal posición cuando en materia laboral las presunciones tuitivas previstas en la legislación

laboral son abarcativas de situaciones como las del caso. Más aún, cuando a partir de 2007 se modificó la Ley de Contrato de Trabajo en su artículo 9.

A partir de la sanción de la Ley 26428 (Adla Bol. 1/2009, p. 4) que modifica el art 9 de la LCT (t.o. 1976) (Adla, XXXVI-B, 1175) y vuelve a incorporar la frase de apreciación de la prueba que había sido eliminada, quedando actualmente "si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, o en la apreciación de la prueba en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador"; y que por ende, según el principio aludido, cuando la realidad admite varias lecturas, su interpretación si el trabajador logra con sus pruebas generar una duda firme acerca de la veracidad de los hechos y esta duda no es contrarrestada por la prueba del empleador, el juez debe tener por ciertos los hechos afirmados por el trabajador en cuanto no sean ilógicos o incoherentes. Empero, como se sabe, duda no es ignorancia o ausencia de prueba y no puede aspirarse en sede judicial la aplicación del principio cuando la norma no es favorable o la realidad no ha sido demostrada. No se trata necesariamente de que el Tribunal supla deficiencias probatorias, sino de valorar la prueba adecuada a las circunstancias y en aquellos casos de verdadera duda volcar el resultado de la apreciación en favor del trabajador" (- STJ de Santiago del Estero – 23/03/2010 -elDial – AA).

Concluido con estos lineamientos generales, habiendo llegado firme la fecha de ingreso y egreso del trabajador, así como algunos de los rubros condenados, trataré las cuestiones en debate.

1. Tomaré en primer término para decidir el tercer agravio, la inconstitucionalidad de los topes del artículo 245 de la LCT.

De fs. 128 bis a 136 obra incluido en libelo de inicio, he de coincidir con el apelante que no fue cuestionada por el actor la constitucionalidad de dicha norma.

En tal sentido, cito en cuanto a la posición que sigo, que el juez no puede declarar de oficio la inconstitucionalidad porque en ese acto de disposición no se encuentra interesado el orden público sino el interés particular (ver en tal sentido Doctrina Judicial Año XXVI, nro. 30-28/7/2010-CNTrab., Sala II).

A mayores fundamentos transcribo jurisprudencia que en lo pertinente respalda mi postura: "No concuerdo con el criterio que admite la inconstitucionalidad de una norma cuando no media petición de parte (ver en este sentido mi voto in re: "G. C. R. c/ R. SA y otro s/ Ley 22250", SD 15.183 del 07/05/07, en idéntica postura "F. N. P. c/ L. C. A. SA s/ accidente – ley 9688", SD 15.098 del 04/04/07). El control de constitucionalidad difuso de oficio es una tarea delicada que debe ser ponderada por los magistrados como instrumento eficaz, para sostener la supremacía de los derechos y garantías contenidos tanto en la Carta Fundamental como en los instrumentos internacionales" (del voto de la mayoría). "Es decir, la posibilidad queda acotada a aquellos supuestos en los que haya una estricta necesidad para mantener la supremacía de la Constitución y, tal circunstancia, no se da en los supuestos de inconstitucionalidades eventualmente relativas –como la que supondría en la especie el cotejo del tope salarial del art. 245 de la

ley de contrato de trabajo con la remuneración mejor normal y habitual y atinentes no al orden constitucional, a la división de poderes y los contrapesos constitucionales de control, sino a los intereses particulares de las partes (en este sentido ver esta Sala X, SD 15.695 del 27/11/07 voto del Dr. Scotti al cual adherí, in re: "M. S. G. c/ G. SA y otros s/ despido", Sala II en autos: "G. R. c/ B. V. S. G. SA y otro" del 13/3/07). Sobre la base de lo dicho, reitero mi postura en cuanto a que no concuerdo con el criterio que admite la inconstitucionalidad de una norma cuando no media petición de parte" (del voto de la mayoría, elDial.com - AA6971).

El control de constitucionalidad difuso de oficio es una tarea delicada que debe ser ponderada por los magistrados como instrumento eficaz para sostener la supremacía de los derechos y garantías contenidos tanto en la Carta Fundamental como en los instrumentos internacionales. Si bien la CSJN en el caso "Banco Comercial de Finanzas SA (en liquidación) s/ quiebra" (Sent. Del 19/8/04) ha admitido la declaración de inconstitucionalidad de oficio, lo cierto es que tal facultad de los jueces debe ser ejercida con suma prudencia cuando se trata de derechos patrimoniales, pues también de modo reiterado ha expresado que cuando una previsión constitucional ha sido establecida exclusivamente para la protección de los derechos de propiedad de los ciudadanos, estos se hallan facultados para renunciar a esta protección. Para más, de lo expresado por el Alto Tribunal en la causa "Mill de Pereyra y otros c/ Pcia. de Corrientes" del 27/9/01, Fallos 324:3219) se infiere que la posibilidad de la declaración de inconstitucionalidad

de oficio se acota a aquellos supuestos en los que haya una estricta necesidad para mantener la supremacía de la Constitución y tal circunstancia no se da en los supuestos de inconstitucionalidades eventualmente relativas -como la que supondría en la especia el cotejo del tope salarial del art. 245 LCT-, atinentes a intereses particulares de las partes y no al orden constitucional o a la división de poderes (CNTRAB - Sala X - SD 16427 09/12/08 - elDial.com - AL2EBE).

Razón por la cual sugiero revocar la sentencia en cuanto no aplicó el tope del artículo 245 de la LCT sobre la base indemnizatoria del despido y sus agravantes tal como está previsto por la legislación, y ordenar se practique una liquidación por secretaría del juzgado bajo las pautas legislativas conforme lo dispuesto. Teniéndose como base del cálculo la considerada a fs. 3653, desprendida de las publicaciones que menciona la sentenciante de grado.

Toda vez que están estrechamente vinculados el primer agravio, es la mejor, normal y habitual remuneración adoptada por la A quo, ausencia de acreditación, y transformación de la supuesta deuda en la mejor remuneración, y el segundo agravio, indemnización por despido, base del cálculo, la comisión como parte integrante del salario, esa deuda que dice la queja es una acumulación, abordaré ambos temas en forma conjunta.

No discute la recurrente que la comisión integra el salario.

Es insuficiente la crítica sobre las declaraciones testimoniales que dan cuenta que el actor percibía comisiones, los dichos de los testigos no son rebatidos.

Además de la regla general sobre la extensión de la prueba en materia de derecho del trabajo a la que hiciera alusión al inicio del presente voto, la finalidad de la actividad probatoria es crear la convicción del órgano jurisdiccional sobre la existencia o inexistencia de los hechos alegados por las partes en su correspondiente oportunidad procesal, que son motivo de discusión y que no están exentos de prueba. La carga de la prueba señala a quién corresponde evitar que le falte la prueba de cierto hecho para no sufrir sus efectos perjudiciales. La carga no significa obligación de probar, sino que implica estar a las consecuencias que la prueba se produzca o no, ya que en virtud del principio de comunidad procesal, el material probatorio incorporado surte todos sus efectos quienquiera que los haya suministrados (Devis Echandía, "Teoría de la prueba judicial", t.I, pág. 426, Bs. As. 70, Sentis Melendo, Santiago "Teoría y práctica del proceso", t. III, pág. 200, Bs. As.).

Lo que pretende desacreditar en el memorial de agravios no alcanza a conmover el análisis de fs. 3652 y vta. de las omisiones y elusiones que adoptó en su conducta procesal la demandada.

En cuanto a la crítica de la pericia, a fs. 3581 determinó una deuda de $57.282,64 en forma general y específicamente determina el monto como la mejor remuneración normal y habitual correspondiente al año calendario y del mes de diciembre de 2008 en la suma que fuera la seguida por la magistrada de grado que incluso se corresponde con la respuesta brindada por el perito contable a fs. 3603, habiendo quedado despojada la crítica de la apelante de argumentos

atendibles.

También debe aclararse que cuando la ley se refiere a la remuneración percibida, no debe ser aquella que efectivamente pagó el empleador, sino aquella que pese a no haber sido abonada (cualquiera fuere el motivo), debe o debió haber percibido el trabajador como consecuencia de haber puesto su fuerza de trabajo al servicio del principal (ver Valentín Rubio, ob. citada, pág. 668).

Se desestiman los agravios en estos puntos.

Las costas de la instancia de grado: me expido sobre el punto por imposición del art. 282 del CPCCCh y las mantengo conforme fueron dispuestas a la demandada vencida en el entendimiento que el éxito parcial respecto del tercer agravio, se estriba en un criterio que coincide con la postura del quejoso, que si bien mayoritario en la jurisprudencia no es unánime, y el actor se vio impulsado a efectuar los reclamos por las vías pertinentes (administrativa y judicial) para hacer valer sus derechos ante la conducta del empleador.

Las costas de la Alzada se imponen a la recurrente vencida conforme principio objetivo de la derrota (art. 69 del CPCCCh) por los mismos argumentos que párrafo precedente.

Se difiere la regulación de los honorarios de los letrados actuantes en ambas instancias al momento del Acuerdo en virtud de la modificación del monto de condena.

A la segunda cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Propongo:

1) Receptar parcialmente los agravios modificando la sentencia venida en crisis en cuanto a la indemnización por antigüedad, que deberá efectuarse conforme lo dispuesto en el art. 245 LCT, revocar la declaración de inconstitucionalidad de oficio del art. 245 LCT, según considerando respectivo.

2) Costas de ambas instancias a la demandada según considerando respectivo.

3) Diferir la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes al momento del Acuerdo.

A la primera cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

I) La Sra. Juez de la instancia de grado hizo lugar a la demanda interpuesta por el Sr. R. P. C. B. y condenó a E. SRL a abonar en el plazo de diez días la suma de ciento cuarenta y cuatro mil doscientos cuarenta y cuatro pesos con ochenta y nueve centavos ($144.244,89) conforme el considerando respectivo con más los intereses que determinara. Impuso las costas a la demandada vencida y reguló los honorarios.

II) Tal decisión agravia al demandado, quien apela. Concedido el recurso, cumple con la carga procesal del art: 60, Ley XIV-N°1.

a) El primer agravio embate la mejor remuneración mensual, normal y habitual, que fijara la sentencia, ante la ausencia de probanza alguna que lo acredite, efectuando referencias de la pericia contable y de las testimoniales.

b) En el segundo agravio alude a la indemnización por despido, su naturaleza jurídica, caracteres, base de cálculo y la comisión como parte integrante del salario.

c) Que la sentencia recurrida haya omitido la aplicación de una norma que se encuentra vigente, sin que haya mediado solicitud en tal sentido por parte de la actora, es causa del tercer agravio. Alude a que se aplicó el precedente jurisprudencial "Vizzoti".

Señala que resultaba ineludible efectuar un examen jurídico de la norma, explicar los términos de ese examen, y de considerar que la aplicación de la norma viola disposiciones constitucionales, explicarlo, exponiendo los fundamentos jurídicos; la ausencia de ese análisis vicia de manera absoluta el pronunciamiento.

Entiende que se ha vulnerado la garantía constitucional del debido proceso, ya que es el juzgador el que introduce la cuestión, falla extrapetita y determina la indefensión de su parte.

Hace mención al principio de congruencia.

Corrido el traslado el actor considera que no se ha dado cumplimiento al art. 268 del CPCCCh, no obstante contesta los agravios.

III) Mis colegas han coincidido en punto al rechazo de los agravios enumerados como primero y segundo, los que consideraron se correlacionaban, tratándolos en forma conjunta.

Ante ello y teniendo en cuenta que el art. 274 del CPCCCh, otorga la facultad de que el tercer votante emita su opinión sobre aquellos votos en sentido coincidente entre el primer y segundo votante, haré uso de la misma y me expediré solo sobre lo que no han acordado.

En consecuencia, circunscribiré mi

opinión al tercer agravio.

Y adelanto que he de coincidir con la decisión que adoptara la Dra. Melero, pues no advierto que se haya vulnerado el derecho de defensa, ni se conculque la división de poderes, máxime en el caso de autos donde la inconstitucionalidad de la norma ya ha sido declarada por el máximo tribunal de la República y no tenerlo presente al resolver trae aparejado no solo dispendio temporal, sino económico.

Asimismo, si bien creo necesario puntualizar que la inconstitucionalidad de oficio debe ser declarada en casos excepcionales, toda vez que a oportunidad del planteo de inconstitucionalidad no puede ser aplicada en forma abstracta despojada del contexto del caso so pena de conducir a una solución absurda, como es desconocer la doctrina constitucional vigente, lo cierto es que en este caso concreto no obstante que el actor no peticionó en el libelo de inicio la declaración de inconstitucionalidad de la norma, fue la propia recurrente quien al contestar la demanda a fs. 223, punto VII, impugnó la liquidación efectuada sosteniendo la aplicabilidad del tope indemnizatorio, advirtiendo que la presentada por el actor superaba el tope del art. 245 LCT, de allí que la sentenciante debía y así lo hizo resolver la controversia.

Las prevotantes tomaron distintas posiciones en punto a la declaración de inconstitucionalidad de oficio y a fin de evitar posibles discrepancias sobre las mayorías requeridas, he de expedirme, advirtiendo que la decisión que se adopta tiene efectos limitados al caso concreto, lo que significa que no le confiere proyección ergo omnes.

El deber de los jueces de aplicar los pronunciamientos de la Corte, cuando define los alcances de las garantías constitucionales en su rol de intérprete final de la Constitución, no puede ser incumplido con el pretexto –formal- de falta de planteamiento oportuno, máxime en el caso presente donde la decisión adoptada por la Sra. Juez hizo mérito y así lo consignó del precedente de la Corte Suprema de Justicia, "Viazotti", donde esta se había expedido sobre el alcance e interpretación que cabía otorgar a la norma aplicable al caso.

El derecho a la cuantificación de la indemnización por despido sin causa regulada por el artículo 245 de la LCT, con ajuste a la doctrina establecida por la Corte Suprema de Justicia, en la causa "Vizzotti" es irrenunciable. Consecuentemente, si la ley aplicable -en el caso el art. 245 LCT-, viola normas de jerarquía constitucional que asignan o reconocen derechos que no pueden ser renunciados porque el orden público se encuentra interesado en que su titular los conserve y ejerza, aún en contra de su voluntad (cf. arts. 12 LCT y 872 Cód. Civil), aunque este último no plantee la inconstitucionalidad de la ley que los viola, igualmente el juez podrá declarar su inconstitucionalidad de oficio.

La Corte Suprema de Justicia en la causa "Mill de Pereyra" del 27/9/2001 (Fallos 324:3219) ha receptado la posibilidad de que los jueces ejerzan el control de constitucionalidad de oficio. Incluso, en su actual composición, ratificó esta doctrina (cf. "Banco Comercial Finazas (en liquidación B.C.R.A) s/ quiebra" del 19/08/04).

Deviene irrelevante la conducta del

actor de invocar el tope salarial y de calcular la indemnización en base al mismo, pues a fin de garantizar el goce efectivo de los derechos constitucionales irrenunciables el ordenamiento jurídico priva de todo efecto a la voluntad de aquel, evitando así que el acto ilícito -la ley inconstitucional- pueda ser saneado o convalidado (cf. CNTRAB - Sala V - S.D. 69.545 del 27/04/2007 - expte. N° 15.289/04 - "Gerber, Sergio Gabriel c/ CAMSERVICE S.A. s/ despido" (Z.-S.) elDial - AF23C1.

En los presentes se trata de la aplicación de una doctrina vigente ("Vizotti" para la Nación y "Firat" y "Carciotto", para Tucumán) ante el típico caso de lesión al principio de la indemnización justa o equitativa, por vía de la utilización de un mecanismo de tope salarial que ya la Corte Nacional en un caso y tribunales provinciales en otro, habían declarado como inconstitucionales, si sus supuestos se verificaban en concreto. Era evidente que por aplicación del art. 245 LCT (por la remisión que hace el art. 212 LCT en su párrafo 4°), el resultado indemnizatorio al que se llegaba lesionaba como en "Vizotti", los artículos 14 bis y 19 CN, pues la indemnización fijada en la sentencia se veía reducida en un 73,05% si se aplicaba el tope del convenio (cf. comentario al fallo de Sebastián Aguirre Astigueta, LLNOA 2008, mayo, 328).

Por último cabe destacar que carece del debido fundamento la sentencia que se aparta de la doctrina del Alto Tribunal, en el caso el enunciado “Vizotti” en el que se sustentó el fallo de la instancia de grado, sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición tomada por la Corte

Suprema de Justicia de la Nación, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y las leyes, de allí que al adoptar la doctrina de la Corte no resultaba necesario como lo pretende el quejoso que la Sra. Juez hiciera un examen de la norma, exponiendo fundamentos jurídicos para la aplicación.

Atento al rechazo del tercer agravio, ante el acuerdo del rechazo de las quejas restantes por parte de mis colegas y coincidiendo con la Dra. Melero en el punto que he tratado, se concluye en el rechazo de los agravios, en consecuencia las costas de esta instancia las impongo al demandado vencido.

A fin de regular los honorarios que los difiero para el acuerdo, tendré presente el trabajo profesional, el resultado obtenido, la posibilidad que las pretensiones prosperan y demás pautas de los artículos 5 y 13 de la ley de aranceles.

A la segunda cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

1) Rechaza el agravio relacionado con al inconstitucionalidad y confirma en este punto la sentencia.

2) Impone las costas al demandado vencido y difiere la regulación de los honorarios para el momento del acuerdo.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar, con la disidencia parcial de la Dra. García Blanco, la siguiente

SENTENCIA:

1) Rechazar los agravios expuestos por la apelante demandada a fs. 3664/3669vta. y, en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 3649/3655.

2) Costas de esta instancia a la

apelante demandada vencida, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales de los Dres. D. A. T. y C. I. M., conjuntamente, en el TREINTA POR CIENTO (30%) y de los Dres. N. E. A. y R. H. A., conjuntamente, en el VEINTICINCO POR CIENTO (25%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte en la instancia de grado.

3) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. 024 DEL AÑO 2011
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"