Comodoro Rivadavia, de abril de 2.017.

VISTO Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"M. D., D. R. c/ S. A. I. S.A. s/ SUMARIO COBRO DE PESOS E INDEMN. DE LEY", Expte. N° 515/2016**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral Nº 1, (Expte. N° 2259/2014).

I.- A fs. 461/483vta., la demandada interpone recurso de casación contra la sentencia definitiva "L" Nº 02/17 -fs. 420/432vta.-, por la causal de violación de la ley o doctrina legal por arbitrariedad art. 291 inc. e) del C.Pr. Ratifica reserva del caso federal (fs. 483vta).

En primer lugar solicita se declare la invalidez de lo decidido toda vez que de la lectura del fallo surge que no existe mayoría. Argumenta que el primer votante condenó a su representada (art. 245 LCT) por el monto de la mejor remuneración normal y habitual, sin limitación alguna, mientras que la segunda votante no trató la referida cuestión y solo se refirió a la incorporación del SAC en la base de cálculo de la indemnización por antigüedad, la tasa de interés y la imposición de costas, no existiendo la mayoría prevista en el art. 274 del ordenamiento adjetivo.

Subsidiariamente se agravia porque se ha efectuado una indebida e incorrecta aplicación del art. 245 de la LCT, aplicando el primer párrafo en vez del segundo, resolviendo que al trabajador encuadrado en el

convenio CCT 611/10 de empleados jerárquicos, no corresponde aplicarle tope indemnizatorio alguno. Expresa en autos existe una convención colectiva de trabajo (Nº 611/10), pero no contiene escala salariales por ende el Ministerio de Trabajo no fija el tope previsto en el citado dispositivo; esa inexistencia de tope lleva al Tribunal a considerar que debe estarse a la remuneración mensual, normal y habitual en forma íntegra (sin ninguna clase de limitación) y determinada la base se debe multiplicar por la cantidad de años resultantes de la antigüedad del ex dependiente en cuestión. Entiende que inmediatamente enunciada la base indemnizatoria (art. 245 1º párrafo LCT), el legislador limitó la misma (párrafo 2º) para establecer como debe procederse en los casos de trabajadores excluidos de convenio. Argumenta que el desacierto del fallo es que dispone excluir al actor de la directiva impartida por el Poder Legislativo al dictar el art. 245 LCT y de la aplicación a la limitación allí impuesta que ordenara al Poder Judicial a través de la Corte Suprema de Justicia en el caso “Vizzoti”, lo que determina la configuración del equívoco de autos. Agrega que tampoco se reparó que el citado artículo es claro en el sentido que si la actividad en la que se desempeñó el empleado de que se trata no tiene convención colectiva de trabajo, debe estarse a la que rige en el establecimiento en el que trabajó y si se diera el caso de más de una de ellas, corresponderá aplicar la que resulte mas favorable. Señala que en autos existe convenio (611/10), pero éste no tiene tope, existiendo otro que se aplica en el

establecimiento que es el Nº 605/10, no obstante el Tribunal se desentiende de esa realidad y decide dogmáticamente que aquella inexistencia autoriza a condenar al empleador a pagar una indemnización en base a la remuneración mensual, normal y habitual sin limitación de ninguna clase. Afirma que dicha conclusión es absurda ya que si no hay convenio corresponde aplicar el tope que rija en el

establecimiento, ninguna duda puede existir en éste sentido, es que el art. 245 LCT impone una limitación a la base indemnizatoria de alcance “erga omnes” y por ello de insoslayable observancia, so pena de incurrir

en el mayúsculo desvío plasmado en autos.

II.- En orden a la verificación de los requisitos formales de admisibilidad del recurso, se advierte que los mismos han sido cumplimentados teniendo en cuenta las exigencias previstas en los art. 292 y 293 del CPr. y Acuerdo Plenario del STJCh N° 3821/09.

El escrito recursivo ha sido interpuesto en término, con copia de ley y constituido domicilio ante el Superior Tribunal de Justicia, en calle R. XX –Playa Unión, de la ciudad de Rawson (fs. 462 y 463). Se ha respetado el máximo de extensión de acuerdo a lo establecido en el art. 1 del anexo del Reglamento aludido y se ha acompañado a fs. 462, la carátula exigida por el art. 2 de la reglamentación. Cumple asimismo con lo preceptuado en los incs. a y b del art. 3 en cuanto demuestra la definitividad de la sentencia y haber cumplimentado con el depósito exigido por el art. 292 inc. d) del CPr. a fs. 461 y el recaudo referido en el inc. b) del art. 292 y ap. IV del inc.

c) del mencionado art. 3 del Anexo referenciado, en tanto invoca causales casatorias del inc. e) del art. 291 del CPr. y art. 290 C.Pr.

Asimismo cumplimenta los recaudos contenidos en los apartados I, II, III y IV del inc. c) en cuanto refieren al relato claro y preciso de las circunstancias relevantes del caso; a la demostración que el pronunciamiento le causa un gravamen no derivado de su propia actuación, efectuando una crítica de los fundamentos dados, y mencionando las normas jurídicas violadas o erróneamente aplicadas. Cita jurisprudencia que respalda su postura.

III.- En función de lo expuesto, cabe adentrarnos ahora en el examen de los motivos casatorios invocados.

En cuanto al primer agravio invocado por el recurrente, concretamente se refiere a la causal de quebrantamiento de formas.-

Así, se ha de tener en cuenta lo señalado reiteradamente en sentido que corresponde un análisis en abstracto con referencia a las categorías generales que dan perfil a cada causal, donde las cuestiones invocadas guarden una elemental conexión con la realidad del caso concreto bajo examen; una especie de examen de verosimilitud como en las medidas cautelares y donde el enfoque debe hacerse desde el punto de vista del recurrente: no se trata de colocar al Tribunal superior de la causa ante la agria posibilidad de defender –o atacar- su propio

decisorio…" (Cfme. "La adecuada fundamentación de la concesión o denegatoria de la apelación federal" Morello Augusto M. JA 1987-V-5).

El art. 290 del C.P.C.C.Ch., prevé como uno de los supuestos en los que procede la casación a aquellos casos en que se hubieran violado las formas y solemnidades sustanciales prescriptas para el procedimiento o la sentencia. Se trata entonces de los errores "in procedendo" (Calamandrei) o vicios de actividad (Carnelutti y Chiovenda) que se refieren a la parte formal del proceso por alusión a las infracciones que regulan el trámite del mismo.

De acuerdo a ello, puede decirse que el cuestionamiento del recurrente se dirige hacia la parte procedimental de la litis y construcción de la sentencia en relación con los votos observados por el recurrente, al sostener que se ha quebrantado el deber establecido en el art. 274 de adoptar la decisión por mayoría, bastando para formarla los votos en sentido coincidente de quienes se expidan en primero y segundo término.

De lo expuesto resulta pertinente habilitar la vía extraordinaria por esta primera causal mediando como ocurre por parte interesada denuncia de infracción de las máximas constitucionales respecto de la construcción de la sentencia, que ineludiblemente deben acatar todos los magistrados, ya que nada exime al órgano jurisdiccional de la responsabilidad que le incumbe por la estricta observancia de las formas instituidas en procura de la mejor administración de justicia.

Respecto de la causal de arbitrariedad,

sabido es que este Cuerpo siguiendo el criterio sustentado por el Excelentísimo Superior Tribunal de Justicia, se ha pronunciado de modo uniforme y reiterado por la inadmisibilidad de los recursos extraordinarios que versan sobre cuestiones entre empleados y empleador y a la interpretación y aplicación de la prueba incorporada a la causa.

Al respecto, reiteradamente hemos sostenido, siguiendo el criterio sustentado por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia –que adhiere a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación- sobre la admisibilidad del recurso de casación en materia de cuestiones laborales vinculadas con las obligaciones emergentes de las relaciones entre empleados y empleadores, es sumamente restrictivo, en razón de tratarse mayoritariamente de cuestiones de hecho y prueba ajenas al remedio extraordinario (Cfme. Gernaert Willmar: "Recurso de casación...catálogo de cuestiones de hecho" JA 1991-III-981; STJCh. en SRE/10/06 y SRE/12/06 ambas del día 8 de marzo de 2006) No obstante, se ha procurado en algunos casos de morigerar la rigurosidad de tal criterio y habilitar la vía de excepción, fundándose para ello en la posible concurrencia de un error en la subsunción de las referidas cuestiones de hecho en los preceptos legales aplicables, relacionándose así el punto, además con las causal de violación de la ley.

Este supuesto excepcional, se configura en autos desde que las observaciones de la demandada respecto de las cuestiones desestimadas, posibilitan superar la mera discrepancia y autorizaría en abstracto

la subsunción de los hechos en las norma jurídica que se dice vulnerada.

Así se hace referencia concreta a la aplicación de la norma (art. 245 LCT) que considera afectada por el fallo, aplicando el primer párrafo en vez del segundo de la norma. Asimismo se cuestionó que, si la actividad en la que se desempeñó el empleado no tiene convención colectiva de trabajo no se haya estado (como prevee el art. 245 citado) a la que rige en el establecimiento de trabajo (CCT 605/10), condenando a la empleadora a pagar una indemnización en base a la remuneración mensual, normal y habitual en forma íntegra sin limitación alguna, ofreciendo así el debido sustento de su pretensión impugnatoria. Por ello es posible tener por configurada en abstracto, la causal de arbitrariedad invocada.

En tal orden de ideas y dado que como se ha señalado reiteradamente por este tribunal, corresponde en cuanto a la admisibilidad de la causal invocada en el material recursivo, un análisis en abstracto con referencia a las categorías generales que dan un perfil a cada causal, donde las cuestiones invocadas guarden una elemental conexión con la realidad del caso concreto bajo examen, una especie de examen de verosimilitud como en las medidas cautelares y donde el enfoque "debe hacerse desde el punto de vista del recurrente: no se trata de colocar al Tribunal superior de la causa ante la agria posibilidad de defender o atacar su propio decisorio"...(Cfme "La adecuada fundamentación de la concesión o denegatoria de la apelación federal" Augusto Morello. JA 1987-IV5).

Por lo expuesto se concede el recurso

de casación interpuesto por la demandada fs. 461/484vta., por la causal de violación de la ley por arbitrariedad art. 291 inc. e) del C.Pr.

Por ello, la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia,

R E S U E L V E:

1°) Declarar admisible el recurso de casación interpuesto por la parte demandada a fs. 461/483vta., contra la sentencia definitiva "L" N° 02/2017 -fs. 420/432vta.- por las causales de quebrantamiento de formas y violación de la ley por arbitrariedad (art. 290 y 291 inc. e) del C.Pr.).

2°) Elévense las actuaciones al Excmo. Superior Tribunal de Justicia conforme lo dispone el art. 293 del C.Pr. Constituya la actora domicilio ante el Superior en el término de dos (2) días de notificada la presente, bajo apercibimiento de tenerlo por constituido en los estrados del mismo.

3°) Regístrese y notifíquese.

La presente sentencia se dicta por dos vocales de Cámara por encontrarse en uso de licencia el Sr. Juez de Cámara Dr. Ricardo Ruben Enrique Hayes, y existir concordancia en la resolución del caso (Ley V N°17 DJ).

Graciela Mercedes GARCIA BLANCO
JUEZA DE CÁMARA

María Fernanda ZANATTA
PRESIDENTA

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2017

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS