TOMO XIX **-SENTENCIA-** T.S.J..-

REGISTRO Nº 633

FOLIO Nº 3642/3643

PROT. ELECT. TSS1 015 S.181

Río Gallegos, 6 de agosto de 2018.-

Y VISTOS:

Los presentes autos caratulados: **"QUINTERO ELVA MABEL c/ CALTEZ S.R.L. s/ LABORAL - COBRO DE PESOS"**, Expte. Nº **Q-15.337/11** (Q-2.007/15-TSJ), venidos al Acuerdo para dictar sentencia; y

CONSIDERANDO:

I.- Que llegan los presentes autos a conocimiento de este Excmo. Tribunal Superior de Justicia, en virtud del recurso de casación articulado a fs. 308/315 vta., por el Dr. Gustavo Eduardo Stobbia, en su carácter de letrado apoderado de la actora, contra la sentencia dictada por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial obrante a fs. 299/304, en cuanto confirmó la sentencia de Primera Instancia obrante a fs. 260/265 vta.. Esta última admitió parcialmente la demanda laboral por diferencias salariales, rechazando la indemnización por antigüedad, con costas.-

Ante esta solución la parte actora recurre el fallo de Cámara por quebrantamiento de formas y violación de la ley (art. 2º y 3º, inciso a) del Libro I, Título IV, Cap. IV, Sec. 6º, Parágrafo 2º -Recurso de Casación- del CPC y C, conforme Ley Nº 3453/15 -Decreto Nº 2228/15-) (conf. foja 313 vta.).-

Afirma que "…la sentencia atacada es arbitraria en cuanto desarrolla una consideración fragmentaria, parcializada de las pruebas, indicios y presunciones, incurriendo a esos fines en una flagrante violación de la ley vigente, modificando las cargas probatorias, y arribando a conclusiones que constituyen un análisis parcial y aislado de los elementos de la causa." (cfr. foja 313 vta.).-

Expresa que "…el art 67 resulta inaplicable al despido, y sólo corresponde a las sanciones disciplinarias del empleador con excepción del despido […] el art (sic) 67 debe ser aplicado en armonía con lo dispuesto por el art. 69 de la LCT, que dispone que no podrán aplicarse sanciones disciplinarias que constituyan una modificación del contrato de trabajo. Si la sanción no puede modificar el contrato de trabajo menos aún puede extinguirlo […] Por las consideraciones vertidas, estamos ante un supuesto de violación a la ley de fondo, que merece la vía y procedencia casatoria, y así lo dejo expresamente peticionado." (cfr. foja 314 y vta.).-

Entiende que "…la sentencia resulta arbitraria y nula, por tanto se ha apartado del principio dispositivo, introduciéndose en consideraciones no

resueltas por el Juez de grado, de Primera Instancia. En efecto, el Juez de Primera Instancia, no ha hecho aplicación del art (sic) 67 de la LCT, sólo ha efectuado una valoración genérica de la falta de misiva, que ha merecido la exposición de un agravio (el cuarto) en el memorial pertinente expuesto por esta parte, que el tribunal Ad Quem ha omitido tratar. Es decir, por un lado se viola el principio dispositivo y de congruencia, al aplicar una norma que nadie trajo a colación (pues resulta, como se ha expuesto a todas luces inaplicable), y por otra omite tratar el agravio que hace a la valoración de falta de misiva, declarando abstractos todos los demás […] Reitero que nuestra parte expuso agravios en relación a la situación de ponderación que hace el juez a la falta de misiva, agravio que no fue tratado. Pero en ningún momento el sr Juez de Primera Instancia hizo mención o aplicación del precepto del art 67 de la LCT [...] Como expusimos en el cuarto agravio, no existe una sóla norma en la ley formal y de fondo que castigue al trabajador por la falta de misiva contra el telegrama del despido en plazo de treinta días." (cfr. foja 315).-

Finalmente, hace reserva del caso federal y solicita se declare la nulidad o case la sentencia en crisis (conf. foja 315 y vta).-

Declarado formalmente admisible el recurso de casación por la Alzada a fs. 321 y vta., este Tribunal lo declara bien concedido a fs. 341 y vta., poniendo los autos a disposición de las partes, conforme lo dispuesto en el artículo 8 del Libro I, Título IV, Cap. IV, Sec. 6°, Parágrafo 2° -Recurso de Casación- del CPC y C, conforme Ley N° 3453/15 -Decreto N° 2228/15-, sin que ninguna hiciera uso de las facultades que le otorga el mismo (conf. cert. fs. 345).-

A fs. 346/348 dictamina el Sr. Agente Fiscal Subrogante ante este Alto Cuerpo, expresando que: "Yendo al estudio de la cuestión traída a dictamen voy a adelantar mi opinión favorable al acogimiento del recurso de casación interpuesto y por ende, a la falta de validez de la sentencia de Cámara. Se arriba a esta conclusión por la falta de fundamentación del decisorio, incongruencia y omisiones esenciales en la configuración de la sentencia, lo que la descalifica como un acto jurisdiccional válido […] esta Fiscalía entiende que en la sentencia de Cámara se han violado las formas por carecer de fundamentación y por haberse omitido tratar algunos agravios por lo cual debe declararse la nulidad de la misma." (cfr. fs. 347 vta./348).-

A foja 349 se llaman autos para dictar sentencia y a foja 350 pasan las presentes a estudio, suspendido el mismo se reanuda y vuelven los presentes a estudio a foja 358.-

II.- Que, conforme ha quedado planteada la cuestión extraordinaria articulada por la actora, ésta se desarrolla en el ámbito del carril impugnativo establecido por los artículos 2 y 3, inciso a) del Libro I, Título IV, Cap.

IV, Sec. 6º, Parágrafo 2º -Recurso de Casación- del CPC y C, conforme Ley Nº 3453/15 -Decreto Nº 2228/15-, al afirmarse que la Excma. Cámara de Apelaciones, al dictar su pronunciamiento, ha incurrido en quebrantamiento de forma, errónea aplicación de la ley y arbitrariedad.-

Que, en primer lugar corresponde tratar el agravio referido al quebrantamiento de formas. Al respecto, la recurrente considera que la Cámara ha violentado el principio de congruencia al aplicar el artículo 67 de la LCT sin que el Juez de Primera Instancia y ninguna de las partes haya argumentado respecto a dicha norma.-

Es menester señalar que "La congruencia no impone sino una racional adecuación del fallo a las pretensiones de las partes y a los hechos que las fundamentan, pero no una literal concordancia, sino que guardando el debido acatamiento al componente jurídico de la acción y a la base fáctica aportada, este Tribunal Superior posee la facultad de calificar de la manera que entienda más ajustada. La exigencia se encuentra en no alterar las pretensiones sustanciales formuladas por las partes, pero nunca la literal sumisión del fallo a aquéllas, y así, el principio iura novit curia autoriza al juzgador a emitir su opinión crítica y jurídicamente valorativa sobre los componentes fácticos presentados por las partes, habida cuenta del principio 'da mihi factum, ego dabo tibi ius'.." (cfr. TSJ Santa Cruz, Sentencia, Tomo XIV, Reg. 485, Folio 2635/2645).-

Sabido es que corresponde al magistrado encuadrar en derecho las pretensiones de las partes, pues si bien tiene el deber de ajustarse a los hechos alegados por éstas, en cuanto a las prescripciones legales, se le reconoce la facultad de encuadrar el caso, sometido a su decisión, dentro del instituto legal que considere más conveniente a la solución que corresponda al mismo aunque difiera de lo solicitado por los litigantes.-

El tribunal está facultado para prescindir o estar en contra de la posición jurídica sustentada por las partes al aplicar el derecho, calificando al momento de la sentencia la relación sustancial de la "litis" y determinando las normas que la rigen, sin modificar la plataforma fáctica esgrimida (conf. sum. SCJ Mendoza, sala II, "Dametto, Raúl E. c/ Inti S.A.I.C.", 14/10/2003, www.informaciónlegal. com.ar. Cita on line: AR/JUR/5615/2003).-

En igual sentido se ha expedido este Cuerpo: "...se entiende que el principio del 'iura novit curia' permite al sentenciante calificar correctamente la acción deducida. Esta recalificación de ningún modo afecta el derecho de defensa de la demandada..." (cfr. Sentencia, Tomo XIV, Reg. 498, Folio 2739/2745).-

Es por lo expuesto que este agravio debe ser rechazado.-

III.- Seguidamente corresponde analizar la alegada

inaplicabilidad del artículo 67 de la LCT en los casos de despido. En este sentido afirma la recurrente que "...el art (sic) 67 resulta inaplicable al despido, y sólo corresponde a las sanciones disciplinarias del empleador con excepción del despido. Y no es causal [sic] que la sentencia en crisis no cite un solo fallo o doctrina que lo sostenga, y sólo hace una mención doctrinaria de como funciona el art (sic) 67, pero de ningún modo su aplicación al caso del despido." (cfr. foja 314).-

En tal sentido resulta conveniente recordar que el artículo 67 de la LCT establece: "...El empleador podrá aplicar medidas disciplinarias proporcionadas a las faltas o incumplimientos demostrados por el trabajador. Dentro de los treinta (30) días corridos de notificada la medida, el trabajador podrá cuestionar su procedencia y el tipo o extensión de la misma, para que se la suprima, sustituya por otra o limite según los casos. Vencido dicho término se tendrá por consentida la sanción disciplinaria.".-

En esta materia el legislador ha introducido un plazo de caducidad, al establecer que las sanciones disciplinarias quedarán consentidas si el trabajador sancionado no las impugna dentro del plazo de treinta días, ya sea para poner en cuestión la existencia misma del hecho imputado, la responsabilidad del dependiente o cuestionar la medida y el tipo o extensión de la misma, para que se la suprima, se la sustituya por otra o se la limite. Si una sanción no es impugnada dentro de ese plazo, luego no es factible admitir su cuestionamiento judicial.-

También establece la mencionada ley que no son admisibles las sanciones que consistan en una modificación del contrato de trabajo, ni las multas (conf. art. 69 LCT).-

En relación al artículo 67 referido anteriormente, Mario E. Ackerman afirma que: "Algunos autores lo consideran como la máxima sanción disciplinaria. Sin embargo a la vista del artículo 67 de la Ley de Contrato de Trabajo, el despido no podría considerarse una sanción disciplinaria. La notificación del mismo tienen carácter recepticio es decir surte pleno efecto a partir de que la otra parte toma conocimiento de la decisión, por consiguiente, no puede impugnarse dicha medida tal cual dispone el segundo párrafo de la norma antes citada, ya que no es susceptible de revisión. En su caso, si el trabajador entiende que la causa alegada es inexistente, podrá plantearlo en una acción ordinaria ante la justicia, pero el vínculo jurídico que unía a las partes ya se habrá extinguido. Además, si se considera la finalidad a la que tiende el poder disciplinario -mejorar la conducta del trabajador manteniendo la relación de trabajo-, este extremo no se cumple en el caso del despido." (cfr. autor cit., "Tratado de Derecho del Trabajo", Tomo II, 2° Edición ampliada y actualizada, Rubinzal Culzoni -Editores-, Santa Fe, 2014, pág. 949).-

En igual sentido podemos afirmar que "...en un análisis

despojado de toda consideración normativa, el despido motivado en incumplimiento del trabajador participa de las características que permiten incluirlo entre las más graves sanciones aplicables. En ese caso, la sanción no buscará enmendar la actitud del trabajador afectado por la medida, sino su castigo a través de la desvinculación definitiva. Ahora bien, efectuado el análisis de la cuestión en el marco del derecho positivo vigente en nuestro país, entendemos que no hay espacio para esa concepción ya que la LCT no ha regulado al despido como sanción disciplinaria sino como uno de los modos de extinción contractual. En cualquier caso, si se pretendiera sortear esa falta de regulación en el sentido mencionado y someter el despido a los principios y límites que enmarcan al poder disciplinario, nos encontraríamos con una serie de incompatibilidades que lo hacen imposible. Por ejemplo, un trabajador despedido no puede solicitar que se sustituya esa medida por otra más leve o, lisa y llanamente, que se la suprima, puesto que en el sistema de estabilidad relativa impropia el despido dispuesto por el empleador podrá o no constituir un ilícito contractual, pero siempre será válido." (cfr. Raúl Horacio Ojeda, "Ley de Contrato de Trabajo comentada y concordada", Tomo I, 2º Ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2011, pág. 486).-

Por lo expuesto es que consideramos que no resulta aplicable al caso de autos el artículo 67 de la LCT, como afirma la Cámara. Sin perjuicio de lo expuesto, es cierto que discrepan algunos autores en considerar si el despido constituye o no una sanción propia del derecho disciplinario. Pero de ningún modo se podría afirmar como lo hace la Cámara, que el "...derecho de impugnar la sanción, aún la más grave como en este caso, está limitado en el tiempo, toda vez que la ley ha instituido un plazo de caducidad de treinta días corridos después del cual se tiene por consentida la sanción disciplinaria." (cfr. foja 302). Es decir que la sentencia en crisis parece fijar un nuevo plazo para atacar la legalidad de un despido, al expresar que si el mismo fue en razón de una supuesta falta disciplinaria, el trabajador únicamente podría interponer la acción judicial correspondiente en el término de 30 días, dejando de lado el artículo 256 de la LCT, el que establece el plazo de dos años. Ello se vislumbra aún con mayor claridad cuando la Cámara establece que "...Y, si bien es cierto que pudo impugnar la sanción con la correspondiente demanda, ésta fue promovida luego de vencer el plazo de caducidad de la acción conforme la norma citada." (cfr. foja 302 vta.). Tal conclusión a la que ha arribado la sentencia atacada resulta violatorio de normas básicas del Derecho Laboral que no pueden ser dejadas de lado.-

IV.- Ahora bien, sentada la inaplicabilidad del artículo 67 de la LCT al caso de autos, corresponde analizar el despido de la actora. Que, para una mejor comprensión de la cuestión que nos ocupa, resulta apropiado recordar que el vínculo laboral entre la Sra. Elva Mabel Quintero y Caltez S.R.L., se extinguió por

decisión de la empresa empleadora, quien expresó que la trabajadora realizó una operación no permitida, considerando que tal situación demostró una falta de responsabilidad y compromiso con su trabajo, dando por concluida la relación laboral con justa causa (conf. foja 3).-

En primer lugar cabe señalar que en los casos de despido, como regla general que regula la materia, vale tener especialmente en cuenta que la extinción del contrato de trabajo puede tener lugar frente al incumplimiento de las obligaciones que tienen a su cargo alguna de las partes, inobservancia que siempre debe configurar injuria y que además, atendiendo a su gravedad, no se consienta la prosecución del vínculo laboral. Pero son los jueces quienes tienen a su cargo el deber de valorar prudencialmente la injuria, no perdiendo de vista el carácter de las relaciones que resulta de un contrato de trabajo, ciñéndose a las reglas establecidas en la ley de contrato de trabajo, y a las modalidades y circunstancias personales que se presenten en cada caso (conf. art. 242 de la LCT).-

Debe tenerse en cuenta que la falta debe ser lo suficientemente grave como para constituir injuria que impida la continuación de la relación laboral. Asimismo, debe ser proporcional y resultar razonable respecto del incumplimiento.-

Nótese, que en la ley no se formulan conceptualizaciones ni enumeraciones típicas de cuáles habrán de configurar conductas injuriosas; por el contrario, podría decirse que se aplica un criterio de amplia flexibilidad permitiendo que sea el juez quien determine, en cada caso que le es sometido a su conocimiento y conforme las particularidades propias del asunto, si la gravedad del incumplimiento que se imputa resulta suficiente para justificar la rescisión del vínculo sin derecho a percibir indemnización por antigüedad.-

En el caso, la demandada afirma que "Atento haber realizado nuevamente una operación no permitida, al retirar un perfume importado para su uso personal sin haber sido registrado el movimiento en su cuenta corriente, lo que demuestra su falta de responsabilidad y compromiso con su trabajo y falta de interés en el cumplimiento de sus obligaciones y en concordancia con las sanciones que le fueron aplicadas con anterioridad consideramos disuelta la relación laboral por su exclusiva culpa." (cfr. foja 4).-

Por otra parte, no debe perderse de vista que la prueba de la causa del despido recae en el empleador que invoca la existencia del hecho injurioso. Lo relevante, en este caso, es determinar si la medida resultó o no ajustada a derecho a la luz de la prueba aportada al proceso. Y ello por cuanto, como es sabido, el que alega un hecho como justa causa de despido debe asumir la carga probatoria proporcionando los elementos necesarios que colocarán al sentenciante en la posibilidad de efectuar una adecuada valoración de las circunstancias.-

En cuanto atañe al estudio de los argumentos expuestos en el recurso impetrado, debe concluirse que el mismo debe prosperar. Es que a más de lo que la lógica nos indica, debemos estar a las características del crédito sobre el que se está resolviendo -alimentario- y en el ámbito protectorio donde estamos decidiendo -derecho del trabajo- (conf. TSJ Santa Cruz, Sentencia, Tomo XIII, Reg. 455, Folio 2474/2482).-

Respecto de la carga probatoria de la causal del despido, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha dicho que "...el empleador que dispone el despido de un dependiente mediante la invocación de una causal que, a su criterio, es injuriosa y de entidad tal que impide la prosecución del vínculo laboral, debe agotar todos los extremos a fin de acreditar sus afirmaciones..." (cfr. "Flores Roberto Héctor c/ Ricardo Nini S.A. s/Despido", 16/05/2012, causa LP 101177 S; en igual sentido "Daneri, José A. c/ Cattorini S.A.I.C.F.I. s/Despido", del 13/09/2006, causa LP L 80404 S). También ha sostenido que: "Incumbe al empleador acreditar los hechos motivantes de la cesantía dispuesta con invocación de justa causa" (cfr. "Crespo, Francisco J c/ Telefónica de Argentina SA s/ Indemnización por despido", 20/11/2002, causa LP L 77150 S).-

Este Tribunal ha expresado que "...estaba a cargo de la demandada acreditar las conductas que alegó en el telegrama de despido, y de no ser así cae la justificación de rescisión del vínculo más allá de la existencia o no de actividad probatoria del actor..." (cfr. Interlocutorio, Tomo XXII, Reg. 2770, Folio 4313/4317).-

Respecto del supuesto de duda en la prueba de los hechos, Juan Carlos Fernández Madrid afirma que "...la decisión en favor del trabajador en caso de duda sobre la prueba de los hechos está legitimada por la naturaleza de esos mismos hechos, por las dificultades de producción de la prueba para el trabajador, y por los derechos que se busca privilegiar. El empleador que cuenta con una organización que lo respalda, que tiene la carga de llevar anotaciones y registraciones y que ejerce sus poderes de dueño, está en posición de manifiesta superioridad para obtener testimonios favorables, informes de proveedores y clientes, y para presentar registraciones que lo benefician. El dominio de todos los resortes de la empresa le impide desconocer lo que en ella sucede. De ahí que si en presencia de todos esos medios, la prueba resulta equilibrada para ambas partes, se debe proteger a la más débil." (cfr. autor cit., "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", Ed. La Ley, 3° Edición, Buenos Aires, 2007, Tomo I, pág. 230).-

Conforme el principio protectorio que rige el proceso laboral, como también las denominadas cargas probatorias dinámicas, se encuentra con mayor

obligación de probar aquél que se halla en mejores condiciones o posee a su alcance con mayor facilidad los medios para arrimar al conocimiento del juzgador los elementos necesarios para el esclarecimiento de los hechos. Esta doctrina presume que las partes no se encuentran en igualdad de posibilidades probatorias, desequilibrio que por lo general acompaña a las relaciones de poder propias de las relaciones jurídicas sustantivas. Respecto del principio protectorio ha dicho este Tribunal que "...es preciso partir necesariamente del 'principio protectorio' que caracteriza el Derecho del Trabajo, pues este principio es el que, enancado en el precepto constitucional que dispone la protección del trabajo, se orienta a subsanar el desnivel negocial en el que se encuentra el trabajador con relación a la parte empleadora..." (cfr. Sentencia, Tomo XI, Reg. 393, Folio 2130/2138). Frente a esta asimetría, se establece que aquellas circunstancias a las que una de las partes tiene un acceso más directo deben serle exigidas en el marco del deber de colaborar con el juez en la formación de su convicción. Al respecto debemos recordar lo dicho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-18/03, la cual, si bien fue emitida en respuesta a la solicitud sobre privación del goce y ejercicio de derechos laborales a trabajadores migrantes y principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley, resulta pertinente al caso que nos ocupa. En ella se afirmó que "El debido proceso, en los extremos que interesan para el objeto de la OC-18/2003, entraña, por una parte, la mayor igualdad --equilibrio, 'igualdad de armas'-- entre los litigantes, particularmente importante cuando en un extremo de la contienda se halla el vulnerable trabajador migrante y en el otro el empleador dotado de derechos suficientes y eficientes, una igualdad que sólo se consigue --en la mayoría de los casos, que reflejan la verdadera dimensión del problema colectivo-- cuando el poder público incorpora, a través de leyes y criterios de interpretación y aplicación, los elementos de compensación o corrección a los que antes me referí; y por otra parte, el cumplimiento claro y fluido del deber que tiene el Estado de brindar el servicio de justicia, sin distinción y mucho menos discriminación, que entrañaría, de entrada, la derrota del justiciable débil." (cfr. Opinión Consultiva OC-18/03, voto del Dr. Sergio García Ramírez, punto Nº 38).-

Este Tribunal ha expresado que en la tarea de valorar prudencialmente el motivo del distracto "...la Cámara debió tener en cuenta la insuficiencia del material probatorio aportado por la demandada, a quien incumbía desvirtuar las presunciones ya señaladas. Máxime cuando el ejercicio de la prudencia en la apreciación, adquiere exigencias especiales en supuestos como los debatidos en el sub examine, en los cuales en razón de la especial tutela que dispensa el

ordenamiento jurídico, resulta necesaria una estricta evaluación de la causal invocada para extinguir la relación." (cfr. Sentencia, Tomo XVI, Reg. 541, Folio 3048/3054).-

Luego de una detenida ponderación de la totalidad de la masa probatoria disponible en autos, se adelanta que ningún elemento de juicio se ha incorporado que autorice a tener por probados los motivos invocados en la comunicación extintiva. En efecto, no se encuentra en autos ninguna referencia a la causal en la que sustentó el distracto la demandada. Así ella manifestó que la actora retiró un perfume sin haber registrado el movimiento en su cuenta corriente (conf. foja 4). Sin embargo, en ningún momento Caltez S.R.L. aportó elementos probatorios respecto de los procesos o normas internas referidas a los supuestos en los que los empleados adquieran productos, como era su deber. La demandada no ha explicado ni probado el procedimiento o protocolo de actuación que se debería haber seguido para un supuesto como el de autos, para conocer la manera correcta de realizarlo. Lo cual hubiera sido útil para saber si la actora procedió en debida forma. La carga de todo ello pesaba sobre la demandada. Cabe recordar que únicamente existen las testimoniales que se refieren somera y superficialmente al procedimiento seguido por los empleados en estos casos (conf. audiencia de fs. 123, 141 y 146). Pero de ningún mòdo se puede extraer de ellas que la actora haya incumplido con dicho procedimiento. Máxime considerando que la propia demandada expresa que "…antes de cada mes se realiza un inventario de los artículos de perfumería. Fue en este proceso que se logró detectar el faltante de un perfume importado, de un costo elevado, por lo que inmediatamente se procedió a indagar al personal sobre el faltante, sin obtener una respuesta favorable al respecto, ya que todos los empleados ignoraban quién lo había sustraído. Luego de haber transcurrido dos días de tal suceso, una de las empleadas encontró de casualidad un pequeño papel en el que constaba el retiro de un artículo por parte de la Sra. Quintero, por el importe equivalente al valor del perfume…" (cfr. foja 80 y vta.). No se encuentran glosados al expediente el inventario, el papel al que hace referencia, como así tampoco se citó a la empleada que habria encontrado dicho papel para que explique el suceso. Únicamente la declaración testimonial de María Laura Valdez refiere a tal hecho, pero sin hacerlo en forma categórica o afirmativamente, simplemente se limitó a expresar "…se rompió el vinculo porque la despidieron, supongo que fue por el faltante de un perfume… (cfr. foja 123). Lo que deja en total orfandad probatoria la supuesta falta invocada en la comunicación extintiva, razón por la cual el despido directo dispuesto debe reputarse injustificado.-

Las razones esgrimidas en los considerandos que anteceden llevan a que el recurso interpuesto tenga favorable acogida, en cuanto a la violación de la ley, correspondiendo en consecuencia, casar la sentencia y hacer lugar a la

demanda interpuesta por despido incausado.-

V.- Resta ahora determinar la viabilidad de los rubros reclamados (conf. foja 45).-

Primeramente es necesario establecer el monto que será tenido en cuenta como base para determinar la indemnización debida. El artículo 245 de la LCT determina que se deberá considerar la mejor remuneración mensual, normal y habitual. Conforme la pericia contable (conf. fs. 211/213, y 232/233), resulta que el monto es de $ 8.695,83, debiendo adicionársele $ 724,65 en concepto de S.A.C. proporcional, conforme lo expresado por este Tribunal en la Sentencia registrada al Tomo XVII, Reg. 576, Folio 3279/3288.-

Ahora bien, el artículo 245 de la LCT (segundo y tercer párrafos) estipula que: "Dicha base no podrá exceder el equivalente de tres (3) veces el importe mensual de la suma que resulte del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador, al momento del despido, por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad. Al Ministerio de Trabajo, Empleo y seguridad Social le corresponderá fijar y publicar el promedio resultante, juntamente con las escalas salariales de cada Convenio Colectivo de Trabajo. Para aquellos trabajadores excluidos del convenio colectivo de trabajo el tope establecido en el párrafo anterior será el del convenio aplicable al establecimiento donde preste servicios o al convenio más favorable, en el caso de que hubiera más de uno.". Por lo que primeramente debemos determinar que corresponde aplicar el Convenio Colectivo de Trabajo N° 556/09 respectivo al Personal de Gestión de Farmacia. Seguidamente, cabe considerar si la suma tomada como remuneración base resulta superior al tope establecido en el artículo mencionado anteriormente. Considerando que la Resolución N° 896/11 de la Secretaría de Trabajo de la Nación dispone como tal el monto de $ 7.910,22, esta suma se debe fijar como base para calcular la indemnización.-

Así, debe hacerse lugar a la indemnización por despido (art. 245 de la LCT), y a la prevista en el artículo 232 de la ley citada. Ello sumado a la condena a pagar diferencias salariales establecida en la sentencia de Primera Instancia, la cual se mantiene firme al igual que los intereses aplicables atento no haber sido materia de agravios.-

VI.- En mérito a las consideraciones expuestas, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora a fs. 308/315 vta. y, en consecuencia, casar la sentencia dictada por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial que obra a fs. 299/304. Componer positivamente la litis, haciendo lugar a la demanda deducida por la Sra. Elva Mabel Quintero y condenando a la demandada Caltez

S.R.L. a abonarle los rubros resultantes de la liquidación a practicarse en los presentes, teniendo en cuenta las pautas fijadas en el considerando V.-

Las costas, en todas las instancias, se imponen a la demandada vencida (art. 68 del CPC y C y 121 de la ley 1444), difiriendo la regulación de honorarios hasta tanto los profesionales den cumplimiento con las normas tributarias y previsionales y se fijen los de las anteriores instancias. Resulta necesario señalar que, en razón del presente decisorio por el cual se casa la sentencia de Cámara y se compone positivamente la litis, corresponde ordenar que se adecuen los honorarios regulados en las anteriores instancias a los profesionales intervinientes, dando estricto cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley Nº 3330, teniéndose presente la reserva del caso federal efectuada a foja 315 .-

Por todo ello y oído que fue el Sr. Agente Fiscal Subrogante, el Excmo. Tribunal Superior de Justicia;

RESUELVE:

1º) Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la actora a fs. 308/315 vta. y, en consecuencia, casar la sentencia dictada por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial que obra a fs. 299/304.-

2º) Componer positivamente la litis, haciendo lugar a la demanda entablada por la Sra. Elva Mabel Quintero y condenando a la demandada Caltez S.R.L., a abonarle las sumas que arroje la liquidación a practicarse en la instancia de grado por los rubros y en base a las pautas señaladas en el considerando V y en el término de diez (10) días de quedar firma la misma.-

3º) Imponer las costas, en todas las instancias, a la demandada vencida y diferir la regulación de honorarios de los profesionales hasta tanto den cumplimiento con las normas tributarias y previsionales y se fijen los de las anteriores instancias, debiéndose adecuar los mismos conforme el considerando VI.-

4º) Tener presente la reserva del caso federal.-

5º) Regístrese y notifíquese. Oportunamente devuélvase.-

La presente resolución se dicta con la firma de tres miembros del Tribunal, por constituir mayoría concordante en la solución del caso, en virtud de encontrarse excusado el Sr. Vocal Dr. Enrique Osvaldo Peretti y en uso de licencia compensatoria de Receso Invernal la Sra. Vocal Dra. Reneé Guadalupe Fernández (art. 27, 2º párrafo, de la Ley Nº Uno, t.o. Ley Nº 2404).-

Siguen...///

///...las firmas.-

PAULA ERNESTINA LUDUEÑA CAMPOS
Presidente
Tribunal Superior de Justicia

DANIEL MAURICIO MARIANI
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

ALICIA DE LOS ÁNGELES MERCAU
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

MARCELA SILVIA RAMOS
Secretaria
Tribunal Superior de Justicia