ACUERDO Nro. 180 /2011

En San Miguel de Tucumán, a 5 días del mes de octubre del año dos mil once; reunidos los Sres. Consejeros del Consejo Asesor de la Magistratura que suscriben, y

VISTO

La presentación efectuada por la abogada María Dolores Malmierca, postulante del concurso N° 44 para cubrir 1 (un) cargo vacante de Vocal de la Excelentísima Cámara del Trabajo, Sala VI°, del Centro Judicial Capital, convocado mediante Acuerdo 50/2010 y modificado por Acuerdo 24/2011

CONSIDERANDO

I.- Que a los fines del correcto tratamiento de los planteos efectuados, corresponde destacar cada una de las fundamentaciones esgrimida por la impugnante en sustento de su pretensión

Aclara que su libelo será fundado en cada uno de los casos por separado aún cuando existen cuestiones similares en ambos supuestos. Entiende que a partir del sistema de evaluación y puntaje por tópico adoptado por el jurado, las consideraciones que éste efectúe abarcan desde el análisis de presupuestos objetivos (como por ejemplo la cita de jurisprudencia, principios constitucionales, etc), hasta el análisis de cuestiones llevadas a resolver propiamente dichas, cuyo examen deja un margen de discrecionalidad al jurado, y cuyo resultado deriva en la nota final de cada caso.-

Señala la letrada, con relación al caso N° CASO 1 de su prueba de oposición, diversas cuestiones:

a) En cuanto al rubro relación sucinta cuestiones de hecho y derecho de relación procesal, luego de transcribir el dictamen del jurado, destaca que no resulta del todo claro a qué se refiere el jurado con la observación efectuada en este aspecto.

Manifiesta que en el ítem que se denomina "Resulta", se efectúa un detalle de los hechos y el derecho invocado por las partes, pruebas aportadas, etc. Respecto de las formas utilizadas en la redacción aclara que las mismas pueden variar según el criterio y estilo de cada sentenciante, en tanto las formas que se utilicen para determinar las cuestiones litigiosas lo sean en forma clara y precisa conforme el tema a decidir, evitándose omisiones que tornen vulnerable por arbitraria la sentencia dictada, declarando que no existen otras exigencias formales.

Dice la postulante que el relato de los hechos, derechos y prueba efectuados en su proyecto de sentencia se encuentra completo; que en los "Considerandos" se ha iniciado con una breve y precisa introducción respecto del reclamo del actor y contestación de la parte demandada, para enumerar así las cuestiones controvertidas, las que -entiende- fueron analizadas una por una, con el relato en cada caso particular de los hechos que la componen, derecho

aplicable, pruebas, etc., que hacen a la resolución del caso y a la comprensión en su totalidad de cada una de las pretensiones esgrimidas.

Considera que contrariamente a lo que manifiesta el Jurado en cuanto a la "*falta de descripción introductoria de los elementos de prueba que se evalúa*", una vez enumerados los mismos en los "Resultas", estima adecuada su mención en cada punto objeto de resolución de las cuestiones controvertidas, lo que se habría cumplido en el caso. Por tal razón entiende confuso el fundamento conferido respecto de la falta de mención de este requisito y que diera lugar a una disminución del valor en la calificación en este ítem.

b) También solicita la revisión de la observación efectuada sobre la omisión de valorar prueba fundamental. Indica doctrina vinculada con la temática y destaca que los principios del precedente que transcribe fueron plasmados por su parte en la resolución del caso y que su decisión se encuentra justificada plenamente con los medios de pruebas aportados para el caso. Sostiene que al tratarse de un despido sin causa, en el cual la parte actora niega haber recibido la indemnización correspondiente, la cual consta en un recibo de pago firmado por él, alegándose que dicha firma fue estampada en blanco. En el análisis de esta situación, subraya que no se encuentra controvertida la existencia del recibo de pago, aunque sostiene el actor que firmó el mismo en blanco, considerándose en la sentencia que la única prueba aportada para justificar su postura resulta un declaración testimonial que no aporta ningún elemento que permita constatar tal situación, razón por la cual se concluye en su proyecto de resolutiva que la firma reconocida como suya por el actor fue válida.

Afirma que ha analizado la pericia contable y su aclaratoria a fin de evaluar la acreditación del pago de la liquidación que consta en ese recibo. En lo atiente a la omisión de la prueba documental que le fue atribuida, responde que ello a su juicio no constituía cuestión conducente para la resolución de la causa, aclarándose que no se ha dejado de valorar o merituar ninguna prueba que reúna tal calidad.

Solicita, en relación a este punto, se revea la calificación relacionada con los aspectos normológicos y lógicos de la sentencia atento a que se ha cumplido -a su entender- de manera clara, concisa y congruente con los presupuestos normativos y de valoración de pruebas que debe reunir una sentencia, sobre todo teniéndose en cuenta que de no ser así se habría incurrido en arbitrariedad en la resolución de la misma lo cual -prosigue afirmando- no se ha configurado en la resolución del caso 1.

c) En relación al derecho, considera la postulante que yerra al jurado al reprocharle la omisión de considerar la doctrina legal de la Corte Suprema sobre SAC s/ preaviso, por entender que dicha cuestión resultaba abstracta atento que, habiéndose acreditado la existencia de su pago, correspondía desestimarse sin más la procedencia de este rubro sin efectuar referencia alguna al mismo.

d) Observa además la recurrente en lo que se refiere al ítem correspondiente a Decisión que no existe el error constatado por el jurado ya que -afirma- en la parte resolutiva de su prueba expresamente se condena a la demandada al pago y se absuelve de los rubros por los que no prospera. Solicita se revise tal situación. Declara que la técnica judicial forma parte del uso de términos en las resolutivas que no pueden tornarse dogmáticos y refieren a usos y costumbres.

e) Con relación a la falta de inclusión de porcentajes de costas y honorarios, advierte la impugnante que dadas las características del examen en cuestión, carencia de montos, etc., efectuó su determinación con el formato de un voto, el cual una vez emitido debe ser remitido a la oficina de los Contadores para la realización de la planilla correspondiente y recién ahí se efectúa la regulación de los honorarios. Igualmente resalta que en el caso nº 2 procedió de igual manera y con las mismas pautas, arribando el jurado a una decisión diferente y sin restar punto alguno en este ítem. Solicita se revea esta cuestión dado que –considerada- no se ha manifestado ningún argumento que justifique la decisión de restar valor a este ítem.

f) Destaca por último, en relación al plano lingüístico y específicamente respecto de los ítems de Lenguaje y Sintaxis, que el jurado disminuyó puntaje sin expresar motivo o razonamiento alguno para hacerlo. Califica a su sentencia como metódica y ordenada y dotada de un adecuado lenguaje. Manifiesta que el principio de congruencia fue cumplido y que no hay vicios de ilogicidad que hagan advertir un razonar antojadizo del sentenciante -conforme su propia interpretación-.

En lo atinente al caso CASO 2, formula las siguientes objeciones:

a) Respecto del ítem *"relación sucinta cuestiones de hecho y derecho de relación procesal, fijación de las pretensiones, fijación de las cuestiones litigiosas"* en el que el jurado calificara *"...Insuficiente consideración de la relación litigiosa. Hechos admitidos y controvertidos. Salto de justificación para calificar la relación con la primera demandada como laboral..."*sostiene –al igual que con referencia al caso 1- que no resulta claro el criterio del jurado. Entiende haber cumplido de manera completa con las "resultas" por haber efectuado un detalle de los hechos y el derecho invocado por las partes, pruebas aportadas, etc., del cual surgen las cuestiones controvertidas, a las que estima fueron objeto de apreciación en los "considerandos". Reitera lo afirmado anteriormente respecto de la libertad de formas de redacción y a la importancia de la determinación de las cuestiones litigiosas y objeto de resolución.

Refiere que en el caso en cuestión el relato de los hechos, derechos y prueba efectuados se encuentra completo; como también los "Considerandos" y la determinación de las cuestiones controvertidas, que también fue correcto el análisis de éstas, con el relato en cada caso particular de los hechos que la componen, derecho aplicable, pruebas, etc., que hacen a la resolución del caso y a la comprensión en su totalidad de cada una de las pretensiones esgrimidas.

Observa que *"si éste formato resulta impertinente por ser insuficiente la consideración de la relación litigiosa, probablemente la totalidad de los actuales Tribunales incurren el igual déficit al sentenciar".*

Sostiene que no es válida la observación del jurado cuando se refiere al "salto de justificación para calificar la relación con la demandada como laboral", expresión que resulta-a su criterio- confusa.

Destaca la letrada que no advierte error en el método de plantear la temática a resolver, como lo ha destacado el jurado, razón por lo que solicita la revisión respecto de la disminución al valor de la calificación fundada en este argumento.

b) Con relación a la insuficiente valoración de la prueba, luego de citar doctrina del Supremo Tribunal local, concluye que los preceptos jurisprudenciales fueron expresados en su prueba de oposición.

Estima la concursante que hizo un correcto análisis de las pruebas existentes y conducentes a los fines de la resolución de la causa y un exhaustivo estudio de las mismas y de las circunstancias de hecho relatados; que en igual medida fue el análisis de los principios que rigen la facultad de dirección ejercida por el empleador y de los elementos que rigen la aplicación del *ius variandi* dentro del marco legal; que a partir de ello ha llegado -de manera coherente y fundada- a la conclusión que correspondía rechazar la demanda.

Dice que no existe incongruencia alguna al resolverse respecto de la inexistencia de prueba que justifique el despido indirecto, ya que de la prueba aportada se ha demostrado que no ha existido un daño que permita concluir el ejercicio abusivo del *ius variandi* ni tampoco se ha aportado ningún elemento que concluya que el empleador ha ejercido su facultad de dirección más allá de lo que la ley lo habilita.

Respecto de la omisión de la valoración del convenio ante la Secretaría de Trabajo, insiste en que su análisis no resultaba conducente a los fines de la resolución del tema en cuestión por considerar que fue efectuado en el marco de un conflicto relacionado a la categoría laboral de los trabajadores y futuros cambios que pudieran existir al respecto.

Solicita, en relación a este punto, se revea la calificación relacionada con los aspectos normológicos y lógicos de la sentencia atento a que se ha cumplido de manera clara, concisa y congruente con los presupuestos normativos y de valoración de pruebas que debe reunir una sentencia: entiende que ello es así por cuanto de no haberlo cumplido, se habría incurrido en arbitrariedad de sentencia lo cual a su entender no se configura en la resolución dada al caso 2

Alega que el principio de la sana crítica no se violó y que el fallo se sostiene a sí mismo, y que la decisión resulta fundada y ajustada a derecho, independientemente del resultado al que se ha arribado.

c) Respecto del reproche formulado en torno al incorrecto y superfluo análisis del art. 80 LCT, afirma que si bien es cierto que la norma citada no formaba parte de la pretensión, advierte que en el caso no se ha efectuado su análisis sino que se ha establecido una obligación de hacer por la cual las demandadas deben otorgar una certificación de servicios acorde a la antigüedad establecida en la sentencia; ello en razón que en la sentencia se han modificado las condiciones de la relación laboral de la actora en cuanto le fue reconocida una antigüedad diferente a la registrada por el empleador.

Enfatiza que es obligación del juez imponer la corrección de los errores de registración, aún cuando no hubiera sido solicitado por el dependiente, conforme arts. 62, 63 y cc LCT., luego de haber evaluado las circunstancias fácticas del caso traído a resolución y conforme a las pruebas aportadas y merituadas; como también para que esto sea de efectivo cumplimiento, confeccionar una nueva certificación con los datos correctos según lo exige el art. 80 LCT.

Concluye que ello resulta del deber del juez de advertir y hacer cumplir estrictamente la ley para proteger la pureza del historial laboral del trabajador y la preservación del sistema de prestación previsional y de la

seguridad social. Colige que ha resuelto conforme a derecho y velando siempre por la protección del trabajador frente a la incorrecta registración.-

Respecto del análisis del tema solidaridad bajo tres normas distintas, destaca que la ley de contrato de Trabajo (como cualquier otro sistema legal) está integrada por un conjunto de normas laborales que deben ser analizadas en su conjunto y que no constituyen artículos aislados que regulan situaciones aisladas, sino que conforman un grupo de disposiciones que deben ser analizados de manera concordante y armónica unas con otras.

Aclara que tratándose de una temática compleja, el análisis no se lo hizo desde distintas ópticas sino haciendo uso de un sistema de normas concordantes entre sí y de cuya conjunción se obtiene una valoración legal del caso acorde a su complejidad concluyéndose que la actitud asumida por los empleadores se encuentra enmarcada de dicha normativa.

Refiere que ha intentado hacer notar y revelar todos los aspectos derivados de la relación en forma detallada y enumerando uno a uno los elementos que la componen.

Atento a lo expuesto, solicita se revea la calificación asignada en lo que se relaciona con la aplicación del derecho, considerándose que se ha efectuado una correcta aplicación del mismo conforme los argumentos desarrollados.

d) En cuanto al puntaje obtenido en el rubro "sintaxis y lenguaje", estima que en este punto existe un error del jurado al sostener que el rechazo de la demanda obsta al análisis de la cuestión de solidaridad. Considera que la misma se encuentra íntimamente relacionada con la legitimación de las partes para estar en juicio y el carácter de la intervención de cada una de las partes en el proceso, por lo que entiende que se trataba de un tema previo a resolver a los fines de establecer las responsabilidades que le caben a cada uno en el caso.

Resalta que si bien es cierto podrían existir diferentes criterios respecto del momento en que debía analizarse esta cuestión, estima que el criterio de redacción y sintaxis utilizado en esta sentencia resulta correcto y califica de "poco consistente" el fundamento conferido respecto de la falta de mención de este requisito y que diera lugar a una disminución del valor en la calificación en este ítem.

Subraya que ninguna justificación se la ha ofrecido respecto del motivo por el cual se ha otorgado menor puntaje en el ítem lenguaje, calificando de adecuado al utilizado por su parte al resolver, por lo que también solicita su revisión.

Finalmente requiere al Consejo la revisión del examen presentado y que se haga lugar a las observaciones.

II.- Habiéndose detallado las consideraciones en las que estima basado su derecho la recurrente, corresponde adentrarnos en el análisis del mismo a fin de determinar si le asiste razón o no:

La postulante plantea formal impugnación a la evaluación efectuada respecto de su prueba de oposición -31 puntos- en el marco del procedimiento previsto en el art. 43 del Reglamento Interno, que dispone que las impugnaciones sólo podrán basarse en la existencia de arbitrariedad manifiesta

en la calificación del examen, debiendo ser rechazadas las que constituyan una simple expresión de disconformidad del postulante con el puntaje adjudicado, caso ante el cual nos encontramos.

En efecto, el texto expreso del art. 43 dice lo siguiente:

Art. 43.- Vista a los postulantes. *De las calificaciones de la prueba de oposición escrita y de las evaluaciones de los antecedentes y del orden de mérito provisorio resultante, se correrá vista a los concursantes, quienes podrán impugnar la calificación de su prueba de oposición y la evaluación de sus antecedentes, en el plazo de cinco días, a contar desde que fueran notificados. En idéntico plazo, podrán impugnar la evaluación de antecedentes de otros postulantes. Las impugnaciones sólo podrán basarse en la existencia de arbitrariedad manifiesta en la calificación del examen o valoración de los antecedentes. No serán consideradas las que constituyan una simple expresión de disconformidad del postulante con el puntaje adjudicado. Las impugnaciones a la calificación de la prueba de oposición y a la evaluación de los antecedentes deberán plantearse por escrito, acompañando una versión de su texto en soporte magnético. Una vez vencido el plazo para las impugnaciones, el Consejo analizará los cuestionamientos a las evaluaciones de antecedentes y a las calificaciones de las pruebas de oposición. Si lo considerare conveniente, el Consejo podrá designar consultores técnicos de reconocidos antecedentes en la materia para que emitan opinión al respecto, asesorando al Consejo o a cada uno de los Consejeros que así lo requieran o requerir la intervención del Jurado para que brinde las explicaciones o informaciones correspondientes. Luego de ello, el Consejo, se expedirá sobre las impugnaciones planteadas en un plazo máximo de cinco (5) días. Podrá apartarse fundadamente de las calificaciones y evaluaciones en el caso de que advirtiere la existencia de arbitrariedad manifiesta. La resolución será irrecurrible.*

Debe aclararse en primer lugar que la vía recursiva prevista en el art. 43 no constituye una instancia en la cual los concursantes puedan cuestionar las modalidades de evaluación del jurado o manifestar sus discrepancias de opinión. Por el contrario, como surge nítidamente de la norma citada, se trata de una facultad por la cual los postulantes, luego de notificados de las calificaciones recibidas en las dos primeras etapas concursales, deben invocar y acreditar de manera suficiente la existencia de una arbitrariedad manifiesta en la evaluación, lo cual no sucede con el recurso *in examine*.

Con relación puntual a los reproches que efectúa la propia letrada en su libelo impugnaticio, cabe estar a la contestación de la vista que le fuera corrida al jurado evaluador oportunamente, y que expresa:

"...Aclaraciones previas: Conforme informáramos en la nota de fecha 12 de agosto de 2.011 se utilizó, previo consenso con los jurados de la otras vocalías, una tabla referencial de evaluación, en la cual se ha dividido a la sentencia en dos partes: estructura formal y estructura sustancial, estas a su vez se dividen en distintos ítems a los cuales se le han asignado puntajes, cuya suma asciende por cada caso a 27,50 o sea la mitad del puntaje que se atribuye en total por los dos casos.

A los fines de fundamentar los exámenes adjuntamos por cada concursante y por cada caso una planilla, donde se aclaró que: SE REALIZABAN OBSERVACIONES ILUSTRATIVAS EN CADA CASO.

Esto significa que luego de un estudio de cada examen, se señalaba sucintamente cuales son los puntos negativos o positivos más relevantes de cada, estando la valoración de los respectivos ítem en las planillas, y que constituyen el fundamento de la calificación.

En relación a las Impugnaciones, en cuanto al caso 1: Conforme Art. 43 del Reglamento Interno, solo es admisible la impugnación en caso de arbitrariedad manifiesta. Las observaciones señaladas, citadas dentro del contexto del punto 1, refieren a lo que se ha estimado insuficiente para el cargo pretendido de vocal de cámara, y se observa que la concursante realiza en su presentación consideraciones que pudo introducir en su prueba de oposición.

En el caso existen elementos probatorios que pudieron ser evaluados y descriptos, y si bien es cierta la facultad del juez respecto de la prueba a evaluar no es menos que hubo prueba conducente y pertinente para la resolución del mismo.

En el análisis del caso uno de la concursante, consideramos que las observaciones responden en un todo adecuadamente a lo que este jurado ha evaluado oportunamente.

La primera impugnación relativa a "Relación sucinta cuestiones de hecho y derecho de relación procesal" la concursante manifiesta no entender que significa: ***"Problemas de redacción en la relación inicial de la causa. Falta una descripción introductoria de los elementos de prueba que se evalúa en la "relación sucinta de las cuestiones de hecho y derecho de la relación procesal".*** *La concursante entiende que es una liberalidad, o depende del estilo o criterio del sentenciante el desarrollo de las resultas, y demás elementos del cuadro fáctico. A criterio de los integrantes del Jurado, sin perjuicio de las cuestiones de estilo de cada juez, en este punto no se han cumplidos los requisitos mínimos que implique una visión abarcativa de todo el caso.*

En relación a la valoración de la prueba la concursante cita una doctrina legal de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia, quien también ha dicho: ***"Es arbitraria y, por ende, jurídicamente descalificable como acto jurisdiccional válido, la sentencia que arriba a conclusiones decisivas mediante un análisis parcializado de las constancias de autos". JUICIO: "DÍAZ RAMÓN HÉCTOR Y OTRO VS. LA LUGUENZE S.RL. S/ COBRO DE PESOS". Sent. Nº 381 del 10/06/11.***

La omisión de la consideración de la prueba mencionada en el punto: Observaciones, constituye a criterio del Jurado fundamental a los fines de la resolución del litigio, y no tiene que ver con la postura que pudiera tenerse sobre el resultado del caso.

La concursante considera que al haber rechazado la demanda, con argumentos suficientes según su criterio, avala la sentencia, más no advierte que el análisis de la prueba es parcializado, por lo tanto la omisión incurrida constituye un supuesto de arbitrariedad, pudiendo generar mediante Recurso de Casación ante la C.S.J.T., la nulidad de la sentencia. tanto al S.A.C. s/Preaviso y su doctrina legal, pese a que fuera rechazada la demanda, en relación a este rubro, tal doctrina en que podría fundamentarse su rechazo, es una exigencia en cuanto a la calidad de la sentencia.

En cuanto al punto Decisión: La parte resolutiva de un pronunciamiento debe tener suficiencia por sí, si admite cabe condenar y de igual modo si se rechaza absolver.

Dado que la concursante si ha cumplido con dicho requisito, resulta evidente que existe un error de transcripción, debiéndose tener por no escrita la referencia contenida al respecto. Tal yerro es evidente, por cuanto no ha influido en su calificación, la concursante ha obtenido el mayor puntaje asignado al ítem, que es 2, lo que no afecta el resultado final.

Respecto a los honorarios, sin perjuicio de que no haya montos, la concursante debió consignar los porcentajes que se asignan según los progresos respectivos.

En cuanto a la redacción y sintaxis el Jurado advierte que se trata de un relato simple, sin la utilización de un lenguaje adecuado al nivel de exigencia.

En relación al Caso 2: Conforme Art. 43 del Reglamento Interno, solo es admisible la impugnación en caso de arbitrariedad manifiesta.

En el desarrollo del pronunciamiento debe considerarse el acontecer del caso y la merituación concreta de aquello que se estime no procedente para su resolución, para el supuesto de rechazo como lo hace la concursante.

Estimamos que no corresponde sostener las impugnaciones con referencias a déficit de pronunciamientos en el que incurren, según apreciación de la presentante, la totalidad de los actuales Tribunales, y de igual modo sostener la consideración de cuestiones no introducidas en interrogatorios respecto del sistema protectorio laboral.

La primera impugnación relativa a ***"Relación sucinta cuestiones de hecho y derecho de relación procesal"*** *la concursante manifiesta nuevamente no entender que significa* ***Observaciones: Insuficiente consideración de la relación litigiosa. Hechos admitidos y controvertidos. Salto de justificación para calificar la relación con la primera demandada como "laboral".***

La concursante entiende nuevamente, que es una liberalidad, o depende del estilo o criterio del sentenciante. A criterio de los integrantes del Jurado, sin perjuicio de las cuestiones de estilo de cada juez, en este punto no se han cumplidos los requisitos mínimos en la resultas, que implique una visión abarcativa de todo el caso.

En relación ***"Salto de justificación para calificar la relación con la primera demandada como "laboral"*** *refiere a que en el 6to. párrafo sin análisis de prueba la concursante concluye: "De las pruebas aportadas en autos surge claramente que la actora se desempeñó en relación de dependencia de carácter permanente con Coopem Ltda. el 02.05.00....". No existe entonces análisis previo que justifique tal decisión, ni se le asigna a la frase el carácter de un adelanto de opinión.*

*En relación a la apreciación de la prueba la concursante cuestiona la crítica a su valoración parcial de la prueba, a tal fin reitera doctrina legal de la Corte Suprema de Justicia de la provincia, la cual también ha dicho y en reiteradas oportunidades: "****Configura un supuesto de sentencia arbitraria y, por ende jurídicamente descalificable, la que se dicta sin considerar***

constancias y pruebas que obran en el juicio y que revisten el carácter de pertinentes para la solución sentencial del litigio. Las sentencias no solo deben ser una derivación razonada del derecho vigente, sino también éste debe ser aplicado en base a las circunstancias comprobadas de la causa. El sentenciante debió valorar toda la prueba a su alcance y aceptarla o descartarla en base a si la misma era conducente o no, y dando los motivos de su criterio de selección, haciendo una aplicación razonada del derecho ritual y de fondo rigen la materia. Esto en base a la doctrina judicial sentada por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación F. 21 XXIII " FISCAL VS. HUERTA ARAYA, ROBERTO" Junio 12 de 1990, L.L. 1990 - E-550, idem. "GUZMAN, RODOLFO E", abril 23 de 1991, D.J. 1992 - I - 227. Doctrina recepcionada por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Provincia, in re Recurso de Queja por Casación denegada en los autos " NIEVA MIGUEL BENITO VS. SANATORIO A.D.O.S.S/COBRO" N' 393 del 28 de Octubre de 1993, donde se considera **'quaestio iuris'** ***la absurdidad y arbitrariedad invocada para atacar el pronunciamiento, por grave insuficiencia de valoración de pruebas pertinentes". Recurso de Casación de la C.S.J.P. Sentencia N' 548 del 31/8/94 recaída en los autos "DE JESUS ANDRES Y OTROS VS. FRANCISCO MACIAS S/COBRO".***

La concursante no efectúa un análisis pormenorizado de los presupuestos del ius variandi, *vinculado a una visión parcializada de la prueba que se señala en el punto observaciones.*

En ese orden de ideas la concursante no considera elementos esenciales vrg. la falta de acreditación de las necesidades empresariales que se alude como fundamento del cambio, el conocimiento del empleador del matrimonio de la trabajadora, la reiterada e insistente voluntad de la misma en la continuidad de la relación laboral en el horario de trabajo que disponía la concursante no tiene en cuenta el elemento discriminatorio que surge claramente y que debe analizar a la luz del bagaje constitucional vrg. art. 75 inc. 22 en especial a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

En conclusión a criterio del Jurado y en inteligencia de la doctrina de la C.S.J.T. la sentencia formulada por la concursante, podría ser tildada de arbitraria.

En cuanto al art. 80 L.C.T. no forma parte de la pretensión jurídica, tal como se dijo oportunamente.

En relación al análisis del caso bajo tres preceptos jurídicos, no resiste el menor análisis, el Juez debe adoptar la norma jurídica que considere adecuada al caso, y no invocar como hace la postulante tres supuestos de solidaridad distintos y con presupuestos fácticos y jurídicos también distintos. Constituye un error de derecho pretender encuadrar un caso en el art. 30 L.C.T. que no presupone fraude y en el 31 L.C.T. para el cual es un elemento indispensable, o el 229 L.C.T. que tampoco requiere fraude, pero si una transferencia que no es presupuesto de ninguno de los dos anteriores. El hecho que no haya condena no la exime de las consecuencias de las consideraciones efectuadas.

A esto debe sumársele el hecho de lo confuso del análisis en cuanto a la imputación de responsabilidad, en el mismo párrafo la concursante refiriéndose al art. 30, sin mencionar a qué supuesto se refiere dentro de dicho artículo dice "Dicha cesión fue instrumentada mediante un contrato de prestación de servicios.....no es ni mas ni menos que una cesión....y que

constituyen una actividad fundamental para el objeto social". Así en el art. 30 L.C.T. hay dos supuestos el de cesión de establecimiento y de contratación o sub-contratación de actividades propias y específicas del establecimiento. De acuerdo al relato de los hechos la contratación habría sido efectuada en los términos del segundo supuesto, ahora bien la concursante habla de cesión, por lo tanto la referencia es errónea.

En el otro párrafo y también en relación a la responsabilidad manifiesta: "Otras de las circunstancias que se advierte es que no solo ha cedido la ejecución de tareas y gerenciamiento sino que ha transferido a la tercera el control del personal.... ambas empresas respondan solidariamente por las obligaciones derivadas de esa relación laboral en virtud de lo dispuesto por el art. 229 LCT". Aquí nuevamente hay una confusión de conceptos, la cesión del art. 30 no es la transferencia a la que hace referencia el art. 229, en esta el titular del establecimiento se desprende de su titularidad, aún a título provisorio, mientras que en los supuestos del artículo 30 L.C.T. la titularidad eminente nunca se separa del cedente.

La diferencia en uno y otro supuesto radica en que la responsabilidad del articulo 30 L.C.T. se dirige a quien tiene el poder eminente, aún cuando jamás haya actuado como empleador en el establecimiento. En la transferencia del establecimiento, la solidaridad se proyecta hacia quien continúa la explotación.

El final del análisis acerca de que "Sumado a lo expuesto ut supra *respecto de las condiciones de que ambas empresas desarrollaban sus tareas en forma conjunta y a veces indistinta conformando un grupo económico (art. 31)..." Sin entrar a analizar que en el caso de grupo económico el trabajador no presta servicios simultáneamente para las empresas vinculadas, la concursante cita el art. 31 sin hacer ninguna referencia en qué consiste el fraude por el cual responderían solidariamente, requisito indispensable para su procedencia.*

En relación a la sintaxis por la mala secuencia, ya que analiza primero la solidaridad y luego no condena, como lo dice la propia postulante se trataba de la legitimación pasiva, y no de aquella. En su caso debió analizarla dentro de ese contexto y no bajo el título de solidaridad, que refiere a las consecuencias de la imputación de la responsabilidad ya atribuida ante la condena.

Este jurado sostiene las observaciones, salvo lo mencionado en el punto 2.1.4, y el puntaje asignado atento las consideraciones efectuadas.

Este Consejo comparte todos y cada uno de los términos vertidos por jurado evaluador y que fueran transcriptos *supra.*

Es claro que tanto los aciertos como las falencias cometidas por la reclamante en sus dos proyectos de sentencia, y que fueron oportunamente señaladas por el tribunal, constituyen la base argumental para sostener la justicia de la nota final con la que el jurado lo calificó.

No queda lugar a dudas pues que el puntaje asignado se corresponde con el propio dictamen de la prueba, con la consigna de los casos sometidos a examen, y con los criterios tenidos en cuenta por el jurado para calificar el examen de Malmierca y los de los demás concursantes –pautas que fueron debidamente explicitadas y aplicadas de manera igualitaria de manera igualitaria a todos los concursantes, hecho que no fue cuestionado por la

recurrente-, y desecha la hipótesis de que hubiera existido arbitrariedad y/o le hubiera correspondido una calificación superior.

La razonabilidad y fundamentación del dictamen en cuanto a la puntuación asignada, la adecuación a las circunstancias y hechos concretos del caso, la valoración de la idoneidad de la postulante -idoneidad que en la etapa de oposición se refleja en la propia prueba escrita que ésta elaboró- y el respeto por las pautas del Reglamento Interno, surgen más que evidentes por todo lo expuesto supra, descartan que aquél sea manifiestamente arbitrario y ameritan el rechazo del presente recurso.

A mayor abundamiento no debe dejar de señalarse que los criterios y procedimientos arbitrados para la evaluación y selección no admiten, en principio, revisión por tratarse de cuestiones propias de las autoridades que tienen a su cargo el gobierno de la institución, salvo cuando los actos administrativos impugnados sean manifiestamente arbitrarios, lo cual no resulta ser el caso que nos ocupa (criterio idéntico ha sido propiciado para un concurso docente en el dictamen del Procurador Fiscal subrogante que la Corte Suprema de Justicia de la Nación hace suyo, en Sentencia de fecha 31/10/2006, en autos "González Lima, Guillermo Enrique c. Universidad Nacional de La Plata", publicado en La Ley 23/02/2007, 23/02/2007, Fallos: 329:4577. Esta postura ha sido mantenida por el Máximo Tribunal Federal en *"Loñ, Félix R. c. Universidad de Buenos Aires" del 2003-07-15. Idem CSJN en autos "Dr. Caiella interpone rec. directo art. 32 ley 24.521 c. resolución del H. Cons. Sup. de la U.N.L.P." de fecha 2004-11-16).*

Asimismo, se ha sostenido que: "*La revisión de los actos del Consejo de la Magistratura en el marco de los procedimientos de selección de los candidatos a jueces, queda circunscripta a ejercer el control de legalidad y a verificar si se produjeron transgresiones -de suficiente nitidez y gravedad- a la normativa aplicable (...) Los aspectos relativos a la valoración de las calidades de los candidatos a jueces, en la faz profesional y personal, están reservados, en principio, a la ponderación exclusiva y final del Consejo de la Magistratura e inmunes a la injerencia judicial, siendo éste el primer, definido y esencial límite que los jueces no pueden superar, so pena de invadir la esfera de atribuciones propias del órgano al que el constituyente encomendó de manera específica tal misión (...) Sólo cuando exista una trasgresión nítida y grave del ordenamiento jurídico o, en especial, de las normas que rigen el procedimiento de selección de jueces, o cuando lo decidido traduzca un ejercicio indisimulablemente irrazonable de aquellas atribuciones al punto de que se observe una parodia del concurso que exigen las normas constitucionales e infraconstitucionales, se tornará viable el examen judicial de los actos impugnados al solo efecto de privarlos de validez y sin avanzar sobre las decisiones finales que en ejercicio de la atribución en examen continúan siendo función insustituible del Consejo de la Magistratura"* (Del voto en disidencia del doctor Fayt. La mayoría de la Corte Suprema declaró inadmisible el recurso extraordinario por aplicación del art. 280 del Cód. Procesal en sentencia de fecha 23/05/2006 Fallos: 329:1723).

Concluyendo en consecuencia, por los motivos explicitados, que no le asiste razón a la recurrente en su razonamiento de que la valoración efectuada por el Jurado es equivocada y corresponde su reconsideración y elevación.

Por ello, y en uso de las facultades otorgadas por la ley 8.197 (texto según leyes 8.340 y 8.378); y el artículo 47 y 11, Inc. m) del Reglamento Interno (B.O. 01/10/2010)

EL CONSEJO ASESOR DE LA MAGISTRATURA DE TUCUMÁN

ACUERDA

Artículo 1°: **DESESTIMAR** la presentación efectuada por la Abog. María Dolores Malmierca, en fecha 13/09/2011, en el marco del concurso N° 44 para cubrir 1 (un) cargo vacante de Vocal de la Excelentísima Cámara del Trabajo, Sala VI°, del Centro Judicial Capital, convocado mediante Acuerdo 50/2010 y 24/2011 conforme a lo considerado.

Artículo 2°: **NOTIFICAR** de la presente a la impugnante, poniendo en su conocimiento que la resolución resulta irrecurrible, a tenor de lo dispuesto en el art. 43 del Reglamento Interno del Consejo Asesor de la Magistratura.

Artículo 3°: De forma.