**STJSL-S.J. – S.D. Nº 059/17.-**

---En la Ciudad de San Luis, **a diecinueve días del mes de junio de dos mil diecisiete**,se reúnen en Audiencia Pública los Señores Ministros Dres. LILIA ANA NOVILLO, OMAR ESTEBAN URÍA - y llamada a integrar la Dra. BEATRIZ AGUSTINA TARDIEU DE QUIROGA - Miembros del SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, para dictar sentencia en los autos*:* ***“GÓMEZ JESÚS EDUARDO c/ ICONA SAN LUIS S.A. s/ DAÑOS y PERJUICIOS - RECURSO DE CASACIÓN”* –** IURIX EXP. Nº 204054/10.-

Conforme al sorteo practicado oportunamente, con arreglo a lo que dispone el artículo 268 del Código Procesal, Civil y Comercial, se procede a la votación en el siguiente orden: Dres. LILIA ANA NOVILLO, OMAR ESTEBAN URÍA y BEATRIZ AGUSTINA TARDIEU DE QUIROGA.-

Las cuestiones formuladas y sometidas a decisión del Tribu­nal son:

I) ¿Es formalmente procedente el Recurso de Casación?

II) ¿Existe en el fallo recurrido alguna de las causales enumeradas en el art. 287 del CPC y C.?

III) En caso afirmativo a la cuestión anterior, ¿Cuál es la ley a aplicarse o la interpretación que debe hacerse del caso en estudio?

IV) ¿Qué resolución corresponde dar al caso en estudio?

V) ¿Cuál sobre costas?

**A LA PRIMERA CUESTIÓN, la Dra. LILIA ANA NOVILLO, dijo:** 1) Que según constancia de Secretaría de Cámara de fs. 226 de fecha 10/08/15; con fecha 06/08/15 ingresa vía web el recurso de casación interpuesto por el Dr. Federico Javier Samper, apoderado de la parte actora, contra la Sentencia Definitiva Nº 174/15, dictada en fecha 31/07/15 por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas y Laboral Nº 1 de la Segunda Circunscripción Judicial, obrante a fs. 221/224, que resuelve rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, confirmando en consecuencia la Sentencia Definitiva Nº 19, de fecha 13/02/15 (ob. a fs. 200/202 –Actuación N° 3742503). El recurso es fundado a fs. 230/232 vta., en la causal prevista por el art. 287 inc. a) del CPC y C.

2) Que corresponde en primer término, determinar si se cumplen los requisitos establecidos por ley, a efectos de la admisibilidad del recurso en estudio.-

Que surge de las constancias de la causa, que el presente recurso ha sido interpuesto y fundado en término (cfr. constancia de notificación de cédula electrónica de fs. 225, constancia de Secretaría de Cámara de fs. 226 y cargo de fs. 232 vta.). Asimismo, ataca una sentencia definitiva, encontrándose eximido el recurrente, de efectuar el depósito del art. 290; debiendo considerarse en este estudio preliminar y en mérito a lo dispuesto por el art. 301, inc. a, del código de rito, que el recurso articulado deviene formalmente procedente.-

En consecuencia, VOTO a esta PRIMERA CUESTIÓN por la AFIRMATIVA.

Los Señores Ministros, Dres. OMAR ESTEBAN URÍA y BEATRIZ AGUSTINA TARDIEU DE QUIROGA, comparten lo expresado por la Sra. Presidente, Dra. LILIA ANA NOVILLO y votan en igual sentido a esta **PRIMERA CUESTIÓN.-**

**A LA SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN, la Dra. LILIA ANA NOVILLO, dijo:**

1) Luego de hacer referencia a la admisibilidad formal del recurso en estudio, manifiesta la recurrente, que su mandante comenzó a trabajar en ICONA SAN LUIS S.A. en el mes de julio de 2001 con la categoría profesional de operario, de acuerdo al CCT Nº 77/89; que la empresa se dedica a la elaboración de productos químicos como herbicidas e insecticidas, en la planta industrial ubicada en la ciudad de Justo Daract. Que trabajó de lunes a viernes de 7:00 a 13:00 horas y de 14:00 a 17:00 horas; siendo varias las funciones y tareas conforme a las directivas de la empleadora, entre ellas, las de reactorista, envasador y operario en planta de formulación de mirex.

Relata, que el actor fue propuesto como Vocal Titular de la Comisión Directiva del Sindicato y que ante ello, los trabajadores comenzaron a percibir “recomendaciones”, acerca de que no les convenía la creación de una nueva asociación sindical, que luego se transformaron en amenazas más serias.

Agrega que en el mes de enero, el actor fue notificado de su periodo vacacional desde el 5 de enero, y que mientras estaba de vacaciones recibió en su domicilio una Carta Documento de fecha de imposición 16 de enero de 2009, por la que se notifica que a partir del 19 de enero de 2009, prescindían de sus servicios. Que ante ello, el actor rechazó en esa misma fecha la C.D. del despido por falsa invocación de causa, que sus compañeros de trabajo decidieron notificar de manera fehaciente, la creación de la entidad y el rol que ocupaba el actor en fecha 19 de enero de 2009.

Destaca, que la misma fue contestada por la empresa, por carta documento, por medio de la cual desconocen la creación de la entidad gremial; además de ratificar el despido, y la misma fue rechazada por el actor.

Relata que su mandante, en septiembre de 2008, junto con otros compañeros de ICONA S.A., y también con trabajadores de otros establecimientos industriales de la provincia, deciden conformar una nueva asociación sindical y se decide la creación del Sindicato de Obreros y Empleados de las Industrias Químicas y Petroquímicas de la Provincia (S.O.E.I.Q. y P.); y que el actor fue propuesto como Vocal Titular de la Comisión Directiva del Sindicato.

Concluye, sosteniendo, que por dicha creación, su mandante fue discriminado y por ello es despedido sin causa por parte de la empleadora. Fundó su pretensión en la Ley antidiscriminatoria Nº 23.592 y en los arts. 1, 14, 14 bis, art. 17 LCT; arts. 1071, 1066, 1067, 1068 del Cód. Civil. Mantiene reserva de derechos y cuestión federal suficiente.

2) Corrido el traslado de ley, por decreto de fecha 16/02/16 (fs. 247), a fs. 249/252 vta., obra la contestación de mismo por parte de los apoderados de la demandada, solicitando el rechazo del recurso. Manifiestan, que la recurrente enarbola la argumentación sobre una incorrecta aplicación legal de la sentencia, al dejar de aplicar la Ley 23.592, en vez de la Ley 23.551; tomada en cuenta cuando, tal como ha sido resuelto en las sendas sentencias de primera y segunda instancia, se brindan los certeros fundamentos de tal sustentación legal.

Agrega, que debe ponerse de relieve el obrar abiertamente contradictorio del actor, pues al ocurrir su despido sin expresión de causa (art. 245 de la LCT), el actor repele la decisión, a través del TCL obrante a fs. 27 de autos; aludiendo estar bajo el amparo tutelar sindical de la Ley de Asociaciones Gremiales Nº 23.551; e imputando a la empleadora practicas desleales, invocando que el distracto se debió a una sanción y persecución gremial, contenida en el art. 53; lo que habilitan las acciones y sanciones determinadas en los art. 54 y 55 de la citada ley 23.551, reclamando la indemnización debida.

Destaca que en la demanda, y advertido seguramente de que dicho enfoque le sería adverso, o de difícil demostración, muta absolutamente el ángulo, para buscar ampararse en la ley 23.591 art. 1º, invocando ahora, ser objeto de una práctica discriminatoria sindical.

Sostiene, que mal se puede haber discriminado a alguien por una circunstancia totalmente desconocida, y particularmente, por parte de quien se le imputa haber cometido un acto discriminatorio, en este caso, a la demandada; ya que, como lo alude criteriosamente la sentencia, si recién se dispuso la inscripción gremial en fecha 24 de agosto de 2009, de la entidad sindical a la que alude pertenecer el actor, a la fecha del distracto acontecido el 19 de enero de 2009, siete meses antes de tal suceso, es material como jurídicamente imposible, que se lo haya despedido por un status que no había asumido, ni era conocido, por quien es sindicado, como que lo cometiera.

3) A fs. 255/256, obra el dictamen del Sr. Procurador General, quien se expide por la procedencia sustancial del recurso de casación interpuesto por la actora, por los fundamentos que expone, dictamen al que remitimos *breviatis causae*.

4) Que a los efectos del análisis de esta segunda cuestión, y en relación a lo sostenido por el recurrente, en armonía con lo prescripto por el art. 301 inc. a y b) del Código de rito, debe dilucidarse en este estadio procesal, si en la resolución recurrida existen algunas de las causales previstas en el art. 287 de la citada ley; como así también, si el escrito de fundamentación se basta asimismo, surgiendo con claridad, alguna de las circunstancias señaladas en la norma, caso contrario el recurso deducido no podrá prosperar.

Cuando el art. 287 del CPC y C., impone que el recurso deberá encuadrarse en alguna de las causales que enumera, significa que en el escrito de interposición, debe hacerse alusión a cuál de las causales previstas se refiere, como condición necesaria para que pueda entrarse al tratamiento de la irregularidad que se pretende subsanar.

Ello es así, porque la interposición del recurso de casación y los fundamentos que contenga, fijan la propia competencia del Superior Tribunal, por lo que si no se ha fundado debidamente, no habrá recurso deducido.

5) Sentado lo anterior, considero que el recurso de casación en estudio deber ser rechazado, por las consideraciones que a continuación expondré.

Como fundamento del recurso, la parte actora alega, que en el caso no se aplicó la ley 23.592 contra actos discriminatorios, tanto en primera, como en segunda instancia. Dicha norma en su art. 1º establece:

*“ARTICULO 1°.- Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados”.*

*“A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.” ….*

La actora, intenta encuadrar el despido en un acto discriminatorio previsto en la ley 23.592, para dar fundamento a su reclamo indemnizatorio.

Ahora bien, quien alega que ha sido objeto de un acto discriminatorio, debe demostrarlo, y ello no surge de la prueba producida en autos, tal como se resolvió en los fallos de primera y segunda instancia. No se le exige una prueba acabada del hecho discriminatorio, que muchas veces es difícil de comprobar; pero como bien ha sostenido la jurisprudencia reiterada sobre el tema, debió acercar a la causa, indicios razonables acerca del hecho, para dar lugar así, a la inversión de la carga de la prueba, por la teoría de las cargas probatorias dinámicas. En base a ello, es la demandada quien debe probar que el despido no es discriminatorio.

Considero, que el recurrente cuestiona la valoración de los hechos y de la prueba realizada por la Cámara, al merituar el fallo que en los hechos no se configuró el despido discriminatorio alegado; sino que de las testimoniales rendidas, surge el actor no ocupaba ningún cargo gremial, y que no se produjo prueba, ni existe constancia en el expediente, de que la demandada hubiera sido notificada, de que se estaba gestionando al momento del despido, la personería gremial. En efecto, se observa que la notificación de fecha 19/01/09 Carta Documento Nº 11693 (obrante en copia simple a fs. 31), es recibida por la empleadora, después de que el despido sin justa causa le fuera notificado al actor, en fecha 16/01/2009 (fs. 32).

En autos, efectivamente, no se tuvo por probado que la demandada fuera notificada en forma fehaciente, de la constitución del nuevo Sindicato de Obreros y Empleados de las Industrias Químicas y Petroquímicas de la Provincia (S.O.E.I.Q. y P.); y de que el actor fue propuesto como Vocal Titular, en la Comisión Directiva del mismo.

El fallo de Cámara, funda el rechazo de la apelación en que, al momento del despido, en fecha **16/01/2009**, el actor *“no gozaba de status gremial*”; ya que la inscripción gremial del nuevo Sindicato de Obreros y Empleados de las Industrias Químicas y Petroquímicas de la Provincia (S.O.E.I.Q. y P.), recién fue aprobada en fecha **24/08/2009**, según prueba informativa del Ministerio de Trabajo de la Nación de fs. 161/177; y el despido se efectivizó varios meses antes.

En conclusión, considero que la sentencia de Cámara de fs. 221/224, ha interpretado y aplicado correctamente, la normativa aplicable al caso, y no amerita su revisión; ya que la casación no constituye una tercera instancia, que autorice un nuevo análisis y valoración de los hechos.-

De este modo: *“... está excluido del control de la Corte de casación el ejercicio de los poderes discrecionales del juez de mérito, siempre que sean ejercidas dentro de los límites de la autorización legal”* (DE LA RUA FERNANDO – RECURSO DE CASACIÓN, p. 312).-

Por ende, no corresponde en esta oportunidad, juzgar los motivos que formaron la convicción del Tribunal que dictó la sentencia impugnada, señalándose al respecto que: *“es insuficiente que el recurso se limite a exteriorizar la discrepancia con las conclusiones del fallo, siendo menester que se demuestre que se haya incurrido en flagrantes incoherencias o la infracción de las leyes de la lógica. Lo contrario es obligar a inferencias impropias de este recurso”* (C.S. Bs. As.: In re – “CARBONEL GREGORIO Nº 23.785, FARIÑA JUAN Nº 24.126).-

Esto me lleva a sostener, que los argumentos vertidos en el escrito de fundamentación, no logran conmover, especialmente, la resolución del Tribunal de Alzada; y no es suficiente para demostrar que no se ha aplicado la ley correspondiente, o que se ha interpretado erróneamente una norma legal.-

Que como consecuencia de lo expuesto, se considera que la Excma. Cámara no ha omitido aplicar el derecho correspondiente al caso, ni tampoco que se haya interpretado, o aplicado erróneamente la normativa vigente; surgiendo así que no se dan los presupuestos señalados en el art. 287 CPC y C., por lo que corresponde desestimar el recurso articulado.-

Por ello, y oído al Sr. Procurador General, corresponde el rechazo del recurso deducido, por lo que VOTO a estas SEGUNDA y TERCERA cuestión por la NEGATIVA.-

Los Señores Ministros, Dres. OMAR ESTEBAN URÍA y BEATRIZ AGUSTINA TARDIEU DE QUIROGA, comparten lo expresado por la Sra. Presidente, Dra. LILIA ANA NOVILLO y votan en igual sentido a estas **SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN.-**

**A LA CUARTA CUESTIÓN, la Dra. LILIA ANA NOVILLO, dijo:** Que, en consecuencia, corresponde rechazar el recurso de casación articulado. ASÍ LO VOTO.

Los Señores Ministros, Dres. OMAR ESTEBAN URÍA y BEATRIZ AGUSTINA TARDIEU DE QUIROGA, comparten lo expresado por la Sra. Presidente, Dra. LILIA ANA NOVILLO y votan en igual sentido a esta **CUARTA CUESTIÓN.-**

**A LA QUINTA CUESTIÓN, la Dra. LILIA ANA NOVILLO, dijo:** Costas al recurrente vencido.ASÍ LO VOTO.-

Los Señores Ministros, Dres. OMAR ESTEBAN URÍA y BEATRIZ AGUSTINA TARDIEU DE QUIROGA, comparten lo expresado por la Sra. Presidente, Dra. LILIA ANA NOVILLO y votan en igual sentido a esta **QUINTA CUESTIÓN.-**

Con lo que se da por finalizado el acto, disponiendo los Sres. Ministros la Sentencia que va a continuación

**San Luis, diecinueve de junio de dos mil diecisiete.-**

**Y VISTOS:** En mérito al resultado obtenido en la votación del Acuerdo que antecede, **SE RESUELVE:** I) Rechazar el recurso de Casación articulado.-

II) Costas al recurrente vencido.-

REGÍSTRESE y NOTIFÍQUESE.-

*La presente Resolución se encuentra firmada digitalmente por los Sres. Ministros del Superior Tribunal de Justicia, Dres. LILIA ANA NOVILLO, OMAR ESTEBAN URÍA y BEATRIZ AGUSTINA TARDIEU DE QUIROGA, en el sistema de Gestión Informático del Poder Judicial de la Provincia de San Luis.-*