**STJSL-S.J. – S.D. Nº 159/17.-**

--En la Ciudad de San Luis, **a veinte días del mes de diciembre de dos mil diecisiete**,se reúnen en Audiencia Pública los Señores Ministros Dres. LILIA ANA NOVILLO, MARTHA RAQUEL CORVALÁN y CARLOS ALBERTO COBO, Miembros del SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, para dictar sentencia en los autos*:* ***“CUELLO EDITH PATRICIA c/ MERCEDES 2000 S.A. s/ DAÑOS y PERJUICIOS – LABORAL – RECURSO DE CASACIÓN” –*** IURIX EXP N° 170272/9.-

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, MARTHA RAQUEL CORVALÁN y CARLOS ALBERTO COBO.-

Las cuestiones formuladas y sometidas a decisión del Tribunal son:

I) ¿Es formalmente procedente el Recurso de Casación?

II) ¿Existe en la sentencia recurrida alguna de las causales enumeradas en el art. 287 del CPC y C.?

III) Caso afirmativo de la cuestión anterior, ¿Cuál es la ley a aplicarse o la interpretación que debe hacerse de la ley en el 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 en fecha 29/05/17 actuación N° 7273598, se presentó la parte demandada e interpuso formal recurso de casación contra la sentencia definitiva N° 73 de fecha 15 de mayo de 2017, dictada por la Cámara Civil, Comercial, Minas y Laboral N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia. Ello conforme a lo dispuesto por los arts. 286 ss. y cc. del Código Procesal Civil y Comercial.

2) Que ordenado el traslado de rigor, la contraria contesta el mismo y solicita su rechazo.

3) Que mediante actuación N° 7904429 del 25/09/2017, contesta vista el Sr. Procurador General opinando, que el recurso debe ser rechazado por las razones que expone y a las cuales me remito *brevitatis causae*.-

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

Que surge de las constancias de la causa, que el presente recurso ha sido interpuesto y fundado en término, habiendo el recurrente abonado el depósito establecido por el art. 290 del CPC y C., y la resolución impugnada es sentencia definitiva, por lo que se ha dado cumplimiento a las exigencias contenidas en los arts. 286, 289 del CPC y C.-

Por lo expuesto VOTO a esta PRIMERA CUESTIÓN por la AFIRMATIVA.

Los Señores Ministros, Dres. MARTHA RAQUEL CORVALÁN y CARLOS ALBERTO COBO, comparten lo expresado por la Sra. Presidente, Dra. LILIA ANA NOVILLO y votan en igual sentido a esta **PRIMERA CUESTIÓN.**

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN, la Dra. LILIA ANA NOVILLO, dijo:** 1) Que en fecha 07/06/17, la recurrente acompañó los fundamentos del mismo, conforme surge de la ESCEXT N° 7331868, en donde luego de referirse al cumplimiento de los requisitos formales propios del recurso, expresa que el inciso a) se encuentra comprendido porque se ha dejado de aplicar la normativa de la LCT, en sus artículos que prevén la sanción, para cuando se produce un despido por presunta discriminación, y fija una indemnización agravada.

Que se trata de una presunción que si el empleador prueba que el despido no se fundó en dicha causal, se exime del pago de la indemnización agravada.

Que por idéntico motivo, se encuentra el inciso b) comprendido en la resolución ya que, clara y expresamente, no puede sostenerse que se trata de un despido discriminatorio por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad, por cuanto la actora entró a trabajar siendo mujer y jamás manifestó absolutamente ninguna otra elección sexual o de apariencias físicas (por ejemplo travestismo, etc.) en una empresa donde el 70% del personal es de sexo femenino.

Agrega, que tampoco se atacó la decisión de la empleadora en razón de su raza, religión, nacionalidad, ni ninguna de las otras causales prevista en el art. 17 de la LCT, sino que tan solo se alegó que por haber tenido un hijo y ser madre se la discriminó y se dispuso la rescisión laboral.

Que su parte tiene en claro, que no corresponde a S.E., -en un recurso de casación- atender posibles violaciones a normas procesales, y destaca que esos hechos no pueden ampararse en el derecho de fondo invocado, como es la discriminación, como es la sanción aplicada judicialmente por presunta discriminación y afirma que, **destacará cuando una prueba claramente no avala el hecho que permitiría la aplicación del derecho, en este caso, de la sanción por presunta discriminación**.

Deja en claro, que para demostrar que el derecho de fondo se aplicó en forma errónea, necesariamente se requiere, que se conozcan los hechos que habrían violado ese derecho de fondo y contrario sensu, se indicará como los hechos probados no avalan el derecho de fondo, aplicado en forma errónea.

Punto seguido, realiza una síntesis de los hechos de la causa, donde expresa que existen contradicciones en la conducta de la actora, que hacen aplicable indefectiblemente la teoría del acto propio, ya que no podría haber cobrado la indemnización por despido sin causa y a la vez sostener que ese despido es nulo o inválido, porque existe una ley de fondo que impediría ese despido, para lo cual cita la Ley de Contrato de Trabajo y la Ley Nacional Nº 23.592 que son leyes de fondo.

Imagina el caos jurídico que sería, si cada empleado que es despedido sin causa y al cual se le abonó la indemnización prevista en la ley para tal supuesto, **reclama que también se le abonen los salarios que le corresponderían hasta el día de su jubilación y encima con un 20% por daño moral**.

Sostiene que claramente, se está aplicando en forma errónea la ley antidiscriminatoria, ya que se la aplica ante un despido sin causa de los típicos, que suceden a diario en nuestro régimen laboral.

Entiende, que se está alegando un derecho para lograr ilícitamente un beneficio que es producto de un verdadero abuso de derecho.

Resalta otro tema, que introduce la actora para sostener la pretendida discriminación, es que la empleadora no le habría aceptado cambiar de turno, extremo no probado en autos, por lo que, el hecho que llevaría a aplicar el derecho de fondo y que aún si lo hubiera probado, a S.E. no escapa que permitir el cambio de horarios entre compañeros, es una facultad de la empleadora (art. 64 LCT - Facultades de organización de la empresa).

Afirma que la norma del 245 LCT., ha sido tirada por la borda y que no puede dejar de referir a los hechos probados, ya que ningún hecho probado avala el apartamiento de normas de fondo y su errónea interpretación.

Señala que el presente caso, resulta complejo por la amplitud de interpretación que tiene el tema DISCRIMINACIÓN LABORAL. Que no puede dejar de indicar y demostrar para su procedencia, que los hechos insinuados no han sido probados y si lo fueron, no tienen entidad suficiente para hesitar la normativa vigente en materia de discriminación.

Con relación a las pruebas sustanciadas en autos, hace referencia a lo dicho por la testigo de fs. 61(Dra. Rivero), la que manifestó que su dictamen coincidía con el de un psiquiatra de la ciudad de Córdoba, en cuanto a que la actora no estaba en condiciones de ser considerada de alta (Resp. 4), por lo que ante un problema de salud que la actora padeció durante varios meses, el hecho de exigir el alta médico no puede ser considerado discriminatorio, sino por el contrario, se prioriza la salud de la trabajadora y en segundo lugar se trata de evitar posibles consecuencias para la empleadora, si hace trabajar a una persona que no tiene aptitud física.

Agrega: “la empleada, “astutamente” se enferma psiquiátricamente (afecciones o dolencias muy difíciles de probar objetivamente por la empleadora) y faltan a su trabajo con ese justificativo durante el período de licencia paga, sean que le correspondan 3 meses; 6 meses o 12 meses y cuando comienza el período de reserva de puesto de trabajo sin goce de haberes, **milagrosamente sana y se puede reincorporar (sic),** pero aquí la actora tuvo un percance y fue el hecho que un médico psiquiatra de la ciudad de Córdoba, recomendaba que la actora (sin especular en ver si cobraba o no su salario), que no estaba en condiciones de reincorporarse, y así fue también considerado por la médica de la empresa”.

Explica que la interpretación de la causal de despido por discriminación, es de carácter restrictivo, no cualquier alegación puede ser considerada “*discriminación laboral*”. Y que en autos, se aplicó una ley que debe aplicarse restrictivamente, como es el tema de la discriminación laboral sin que existan indicios precisos, de que haya existido discriminación de tipo laboral. Y en el caso de marras, aunque se estime que pudo haber un trato diferente entre un empleado y otro, lo cierto que nunca fue ilegal ni injusto, ya que lo dispuesto por la empleadora siempre estuvo ajustado a derecho vigente.

Seguidamente, se refiere a los testimonios de fs. 62; 169 y 170 y sostiene que de toda esta prueba y demás presunciones que hacen al caso de marras, puede concluir que no ha existido actitud discriminatoria alguna, sino que han sucedido distintos hechos, tales como enfermedad inculpable que fue reconocida; maternidad que fue reconocida y algunas inconductas o actitudes laborales que llevaron a la empleadora a despedir a la actora, e incluso para evitar perjuicios y posibles juicios.

2) Que ordenado el traslado de rigor por actuación N° 7459100 en fecha 29/06/17, la contraria contesta el mismo donde alega, entre otras cosas, que de la simple y breve lectura del escrito de fundamentación, surge que no se dan los supuestos exigidos por el art. 287 inc. a) y b) del CPC y C., para la procedencia de tal vía recursiva, ya que es por demás evidente que se pretende que el Tribunal proceda a la revisión de hechos y prueba que son de análisis, e interpretación exclusiva del Juez de grado.-

Afirma que de los fundamentos volcados en la Sentencia de fecha 15/05/2017, emana que el *a-quo,* síhizo un estudio e interpretación de todos y cada uno de los hechos y prueba rendida en la causa, dando la fundamentación suficiente para la aplicación del derecho al caso concreto, de allí que entiende que dicha sentencia se basta a sí misma.

Sostiene que el recurso ni siquiera mereceun mayor estudio porque con toda mala fe procesal miente y tergiversa los hechos y prueba, por lo que solicita su rechazo.

3) Que mediante actuación N° 7904429 el 25/09/17, emite dictamen el Sr. Procurador General quien entiende, que el recurso de casación interpuesto debe ser rechazado, ello en base a los fundamentos que allí expone y que se tienen por reproducidos.

4) Que entrando en el análisis de la cuestión planteada, adelanto que comparto el criterio sentado por el Sr. Procurador General, toda vez que entiendo que el recurso debe ser rechazado, ello en base a las consideraciones que a continuación expondré.

Que de la lectura de los agravios expresados por la interesada, aprecio que la misma efectúa observaciones que apuntan a cuestiones de índole procesal, materia ésta ajena al campo de la Casación.-

Que si bien hace un esfuerzo, por querer convencer a este Tribunal que se refiere a cuestiones de derecho, lo cierto es que el error jurídico no surge acreditado, toda vez que pretende se realice un nuevo análisis de las constancias probatorias.

Es conocido que el presunto error jurídico, cuando versa sobre una normativa -ya aludida-, referida a la actividad procesal, o *in procedendo,* es ajeno al planteo casatorio y en modo alguno, puede configurar error *in iudicando,* con amparo del art. 287citado.-

Resulta oportuno recordar, lo mantenido por este Superior Tribunal respecto al recurso en estudio: *“La casación no es una tercera instancia y no está en la esfera de sus poderes valorar la prueba, ni juzgar los motivos que formaron la convicción de la Cámara por que este recurso se concede solamente contra la sentencia cuya injusticia provenga de un error de derecho, excluyendo el error de la determinación de las circunstancias de hecho del caso sometido a juicio”* (STJSL “BAIGORRIA SILVIA GRACIELA c/ SAISA – DEMANDA LABORAL- RECURSO DE CASACIÓN”, 27/03/2007).-

Que por otra parte, se debe observar que la finalidad de carácter general que reviste el recurso de casación, es conseguir la uniformidad de la jurisprudencia y la finalidad específica es la de obtener la nulidad de una sentencia, por errónea aplicación o interpretación de la norma legal sustantiva, en el caso concreto fijado en sentencia definitiva por el Tribunal de mérito, lo que no acontece en autos (STJSL Nº 15/05 “VEGA, ARCENIO ANÍBAL c/ BAGLEY S.A. y/o SUS PROPIET. y/o QUIEN RESULTE RESPONSABLE – DEM. LABORAL – RECURSO DE CASACIÓN”, 2/11/05).-

En consecuencia, siendo la cuestión planteada ajena al ámbito de la casación, el medio recursivo en estudio deviene improcedente, más aún cuando el recurso de casación no procura una tercera instancia, con el fin de revisar la justicia material de las sentencias de tribunales de grado, sino más bien el restablecimiento del imperio de la ley, que lleva por consiguiente, una función pública con prescindencia de los intereses de las partes (Cfr. STJSL “GARCÍA MAIZTEGUI JULIO c/ OSVALDO RUBÉN MURACT- D. EJECUTIVA- RECURSO DE CASACIÓN”, 27/02/2007).-

Por lo expuesto, VOTO a esta SEGUNDA CUESTIÓN por la NEGATIVA.-

Los Señores Ministros, Dres. MARTHA RAQUEL CORVALÁN y CARLOS ALBERTO COBO, comparten lo expresado por la Sra. Presidente, Dra. LILIA ANA NOVILLO y votan en igual sentido a esta **SEGUNDA CUESTIÓN.**

**A LA TERCERA CUESTIÓN, la Dra. LILIA ANA NOVILLO, dijo:** Atento como se ha votado la cuestión anterior, no corresponde su tratamiento. ASÍ LO VOTO.-

Los Señores Ministros, Dres. MARTHA RAQUEL CORVALÁN y CARLOS ALBERTO COBO, comparten lo expresado por la Sra. Presidente, Dra. LILIA ANA NOVILLO y votan en igual sentido a esta **TERCERA CUESTIÓN.**

**A LA CUARTA CUESTIÓN, la Dra. LILIA ANA NOVILLO, dijo**: Atento a la forma en que se han votado las cuestiones anteriores, corresponde el rechazo del Recurso de Casación interpuesto. ASÍ LO VOTO.-

Los Señores Ministros, Dres. MARTHA RAQUEL CORVALÁN y CARLOS ALBERTO COBO, 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**: Las costas deben imponerse a la parte recurrente. ASÍ LO VOTO.-

Los Señores Ministros, Dres. MARTHA RAQUEL CORVALÁN y CARLOS ALBERTO COBO, 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, veinte de diciembre 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 interpuesto.

II) Costas a la recurrente.

REGÍSTRESE y NOTIFÍQUESE.-

*La presente Resolución se encuentra firmada digitalmente por los Sres. Ministros del Superior Tribunal de Justicia, Dres. LILIA ANA NOVILLO, MARTHA RAQUEL CORVALÁN y CARLOS ALBERTO COBO, en el sistema de Gestión Informático del Poder Judicial de la Provincia de San Luis.-*