**STJSL-S.J. – S.D. Nº 226/18.-**

--En la Provincia de San Luis, **a treinta días del mes de octubre de dos mil dieciocho**,se reúnen en Audiencia Pública los Señores Ministros Dres. MARTHA RAQUEL CORVALÁN, LILIA ANA NOVILLO y CARLOS ALBERTO COBO - Miembros del SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, para dictar sentencia en los autos*:* ***“SALINAS, ELVIRA MAGDALENA c/ SARMIENTO, MARÍA GRACIELA s/ DESPIDO – LABORAL – RECURSO DE CASACIÓN”* –** IURIX EXP Nº 160632/9.-

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, CARLOS ALBERTO COBO y MARTHA RAQUEL CORVALÁN.

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 las costas?

**A LA PRIMERA CUESTIÓN, la Dra. LILIA ANA NOVILLO, dijo:** 1) Que de conformidad con constancias del sistema IURIX, la actora en fecha 22/03/2018 interpuso recurso de casación (actuación N° 8878470) contra sentencia definitiva R.L. LABORAL Nº 31/2018, de fecha 15/03/2018 (actuación N° 8820066), dictada por la Cámara Civil, Comercial, Minas y Laboral N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial que, en lo esencial: revocó la sentencia de primera instancia, que a su tiempo había hecho lugar parcialmente a la demanda y condenado a la demandada al pago de: a) indemnización por antigüedad; b) por falta de preaviso; y, c) días trabajados en el mes de junio de 2009 (actuación N° 5029940, de fecha 23/12/2015).

2) Los fundamentos del recurso intentado lucen incorporados al sistema IURIX en fecha 03/04/2018, mediante actuación N° 8931356.

De la lectura de los aludidos fundamentos se observa que el recurrente invoca las causales casatorias de los incs. a) y b) del art. 287, estructuradas en los siguientes cuestionamientos, a saber:

a) Falta de aplicación del artículo 23 de la ley de contrato de trabajo (LCT), en cuanto no se actuó la presunción “iuris tantum” contenida en la mentada disposición.

En relación al caso, dijo que la circunstancia de reconocer la demandada la prestación de servicios domésticos por parte de la actora, conforme lo dispuesto en el art. 23 de la LCT invierte la carga de la prueba por lo que debió la accionada acreditar que la trabajadora no realizaba su labor en relación de dependencia o que era “independiente” como ella misma manifiesta y que su jornada era insuficiente para ser encuadrada en el “estatuto del servicio doméstico”.

Calificó como un yerro que los Camaristas hayan concluido que “…no existe en autos elemento probatorio alguno que acredite fehacientemente que la fecha de ingreso registrada no sea la correcta. En tales condiciones, corresponde declarar que el despido indirecto ha sido sin justa causa”.

Aclaró que la demandada no negó expresamente la prestación de servicios, sino que negó que haya tenido la asiduidad necesaria para ser encuadrada en el “decreto 326/56”; a la zaga de lo cual razonó que al reconocerse la prestación de servicios, incluso respecto al tipo de tareas, la actora queda relevada de producir prueba en este sentido conforme al art. 23 LCT, y sí correspondía en cambio a la accionada probar que esa prestación de servicios se trataba de una locación de servicios como argumentó.

Y concluyó que el demandado no ha producido prueba capaz de romper la presunción del art. 23 LCT, por lo que al no estar registrada la relación en el primer tramo de la misma, debe tenerse por cierta la fecha de inicio del contrato aducida en la demanda.

b) Falta de aplicación del art. 9 de la LCT, y del art. 59 de la constitución provincial, por derivación del principio protectorio, art. 14 de la constitución nacional, que ordena a los magistrados la aplicación del “in dubio pro operario”, ya sea sobre el derecho o sobre el análisis de la prueba.

Expresó que en aplicación del art. 23 de la LCT, como la demandada reconoció la prestación de servicios domésticos, y no probó que la actora fuese trabajador autónomo o independiente la presunción del art. 23 cobra operatividad, sin que sea necesario que la actora acredite que los servicios eran dependientes, por lo que la afirmación de los camaristas en cuanto a que el principio del art. 9 de la LCT no permite suplir deficiencias probatorias en el proceso, resulta errónea, atento a la inversión de la carga de la prueba.

Dijo que el “indubio” es aplicable al caso en cuanto no se trata de una norma regulatoria del contrato de trabajo ya extinguido, sino de una pauta de interpretación y valoración impuesta al juzgador al momento en que desarrolle su valoración. Añadió que la regla del art. 9 es de contenido procesal, y por lo tanto de aplicación inmediata a los procesos en curso, y que tiene sustento en el principio “protectorio” de raigambre constitucional.

Finalmente, impetró se tenga por justificado el despido indirecto y se condene a la accionada a abonar los rubros admitidos en la sentencia de primera instancia, por aplicación del art. 23 de la LCT; y que se aplique el indubio pro operario del art. 9 de la LCT y art. 59 de la constitución provincial, en cuanto a la fecha de ingreso denunciada por la actora.

3) Que, ordenado y corrido el traslado de ley, compareció la contraria y contestó mediante actuación N° 9107595, de fecha 26/04/2018, escrito en el cual, por los argumentos que expuso, a los que remito a causa de brevedad, solicitó se rechace el recurso, con costas.

4) Que en fecha 07/08/2018 se pronunció el Procurador General, en actuación N° 9721957, en la que en lo medular dijo que la casación no puede prosperar porque: a) no es en esta instancia donde se pueda revistar el libre arbitrio que poseen los jueces de grado para enmarcar jurídicamente, según los hechos y la prueba, el caso concreto; y, b) las observaciones de la recurrente se dirigen a cuestionar la valoración que de la prueba se ha efectuado en las instancias ordinarias, y que la decisión de la Cámara no luce arbitraria ni forzada en el marco de la valoración que le compete.

5) Que, ante todo, corresponde evaluar la concurrencia de los recaudos de admisibilidad del recurso, esto es, la aptitud formal del acto de impugnación derivada de la confluencia de los requisitos exigidos por la ley para provocar el juicio de casación.

En este sentido, se advierte que el recurso ha sido interpuesto y fundado temporáneamente, conforme los términos del art. 289 del CPC y C, en atención a constancia de: 1) la fecha de notificación de la sentencia recurrida, 19/03/2018 (actuación N° 8844068); 2) la interposición del recurso en fecha 22/03/2018 (actuación N° 8878470); y 3) la fundamentación del mismo en fecha 03/04/2018 (actuación N° 8931356).

Asimismo se observa que a causa de la calidad que reviste el recurrente en el proceso se encuentra eximido de acompañar boleta de depósito, según lo estipulado en el artículo 290 del CPC y C.

Por otro lado se pretende la casación de una sentencia definitiva emanada de Cámara de Apelación, en cumplimiento de lo preceptuado por el art. 286 del CPC y C.

En consecuencia, debe considerarse en este estudio preliminar y en mérito a lo dispuesto por el inc. a) del art. 301 CPC y C, que el recurso articulado deviene formalmente admisible.

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

Los Señores Ministros, Dres. CARLOS ALBERTO COBO y MARTHA RAQUEL CORVALÁN y, comparten lo expresado por la Sra. Ministro, 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, a los efectos del análisis de esta segunda cuestión, y en armonía a lo que prescribe el art. 301 inc b) del CPC y C, debe dilucidarse si en la resolución recurrida existe alguna de las causales previstas en el art. 287 del código citado y si el escrito de fundamentación se basta a sí mismo, caso contrario el recurso deducido no podría prosperar. (STJSL, “Kravetz Elías Samuel c/ Edesal S.A. – D. Y P. - Recurso de Casación”, 17-05-2007).

Al respecto, este Alto Cuerpo tiene establecido que, para la procedencia del recurso de casación, se debe alegar sobre la correcta interpretación legal, indicando en modo claro y preciso la forma en que se ha violado la ley invocada en el fallo y cuál es la interpretación correcta; circunstancia que si no se cumple (hace que) el recurso en estudio deb(a) ser rechazado (Cfr. fallo citado en párrafo anterior).

En relación a la correcta conceptualización y por ende preciso trazado de lindes del remedio intentado, cabe señalar, siguiendo a doctrina especializada, que *“…una de las características típicas de la casación es que solo tiene viabilidad en el caso que exista un motivo legal (causal); por ende no es suficiente el simple interés –el agravio- sino que se precisa que el defecto o error que se le imputa al decisorio recurrido esté expresamente tipificado –objetivado- por ley. Por ello puede acotarse que su objeto es de delimitación restringida, pues está ceñido por dos elementos fundamentales, a saber: a) debe tratarse de una misma cuestión sobre la que versa el proceso principal, como sucede en todo recurso; b) siendo esa vía extraordinaria, no puede referirse a la integridad del asunto ventilado en el juicio, vale decir que es preciso realizar una delimitación del tema recursivo”* (Cfr. Juan Carlos Hitters, “Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación” 2da. Edición, p.213).- STJSL. “Chávez Mirta Nora c/ Obra Social Personal De Ind. Químicas y Petroquímicas s/ Cobro De Pesos - Recurso de Casación”, 29-11-2007.-

2) Para abordar los agravios propuestos es conveniente hacer algunas puntualizaciones sobre las actuaciones procesales tal como han llegado a esta instancia, poniendo particular énfasis en la materia traída en recurso.

La cuestión central ha versado sobre la legitimidad o no del despido indirecto realizado por la actora.

Ello supone el reconocimiento de una relación laboral, tal como bien lo define la sentencia de primera instancia en el punto III) bajo el título “hechos no controvertidos”, en el que se precisó que ha habido relación laboral a partir del mes de julio de 2006 hasta junio del 2009.

Sobre los hechos controvertidos, en particular acerca de la fecha real de ingreso, la actora denunció como tal el mes de noviembre de 2001 en tanto que la demandada afirmó el ingreso de la actora en julio del 2006, coincidiendo con la fecha de registración.

El juez de primera instancia, en lo que refiere a la fecha real de ingreso, con base en algunas testimoniales, concluyó que se produjo en el año 2003, para lo cual invocó el “indubio pro operario”, por lo que calificó el despido indirecto como legítimo. También sustentó la legitimidad del despido indirecto en base a otra injuria laboral: el pago indebido de salarios.

Al tiempo de resolver la apelación, la alzada aclaró que la revisión de la sentencia se limitaría a analizar si se encuentra acreditada la alegada registración incorrecta, ya que el rubro diferencias salariales fue omitido en la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, y tal omisión fue consentida por las partes.

En lo medular, la Cámara consideró que la parte que extingue el contrato alegando justa causa tiene la carga de probarla, y, con base en un análisis detallado de las testimoniales rendidas, en particular de las deposiciones de González, Panelo y Piquillém, concluyó que no existe en autos elemento probatorio con entidad convincente que acredite que el inicio de la relación laboral, en los términos invocados por la actora en el escrito inicial, haya acaecido en noviembre de 2001; y reputó infundada la afirmación del juez de la instancia inferior de fijar la fecha de ingreso en el año 2003, pues las declaraciones testimoniales no acreditan dicho extremo, según se dijo.

Lo expuesto patentiza que la resolución del caso, a pesar del intento de la recurrente de enmarcarlo dentro de las causales de casación, como una cuestión de interpretación y aplicación de la ley, depende inescindiblemente de la revisión y revalorización de la prueba habida en la causa, en particular de la prueba testimonial, para volver a precisar la fecha real de ingreso de la actora, y a partir de lo cual recalificar como legítimo el despido indirecto, que la Cámara consideró ilegítimo o incausado.

Pero ello rebasa los lindes del recurso intentado, y como lo recuerda el Procurador General, no se puede sin más revisar el discernimiento que los jueces ordinarios han hecho en el ejercicio de sus funciones con respecto a los hechos y la prueba de los casos sometidos a su decisión, pues ello nos llevaría a asumir facultades de los tribunales de mérito, creando una tercera instancia ordinaria, al margen de la especificidad del recurso de casación.

El Superior Tribunal al respecto ha dicho que: *“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 porque 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, 19/10/2004, Nº 53/04 BCO. SAN LUIS S.A. BCO. COMERCIAL MINORISTA c/ LINDOW y ASOC. S.A. Y/OTRO – EJ. HIPOTECARIA – RECURSO DE CASACIÓN).

Y también que: *“…si de la lectura del recurso de casación se advierte que se plantean cuestiones de naturaleza esencialmente probatoria; estas son ajenas a la Casación según pacífico criterio de este Alto Cuerpo, puesto que la finalidad institucional de este carril impugnatorio busca el cumplimiento de la ley, la unificación de la interpretación del derecho y por ende debe aprehender los hechos como vienen relatados por los jueces de grado. 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 porque 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-S.J. – S.D. N° 14/13 - BARROSO, LEONARDO EDUARDO ANDRÉS c/ GLOBAL PUNTANA S.R.L. y OTRO s/ DEMANDA LABORAL — RECURSO DE CASACIÓN - Expte. N° 18-B-12 - IURIX N° 71858/7).

En particular, y en lo que respecta a los agravios vertidos por la recurrente también se debe agregar que no está en juego la existencia de la vinculación laboral entre las partes, por lo que no es de aplicación la presunción del art. 23 de la ley de contrato de trabajo, pues tal circunstancia no fue contradicha por ellas, tal como se apuntó *supra* al destacar el considerando III) de la sentencia de primera instancia, sino que el diferendo versó sólo sobre la fecha real de ingreso, hecho que sí requiere de prueba efectiva.

De otra parte, en relación al *indubio pro operario,* y en relación a la específica naturaleza del recurso bajo análisis, el Superior Tribunal ha dicho que en tales casos se requiere que el recurrente demuestre la dubitación plasmada en la pieza en crisis; en otras palabras que los camaristas se hayan encontrado ante una situación dudosa (fáctica o normativa) cuya resolución imponga la aplicación de la mentada garantía.

De la lectura de la pieza R.L. LABORAL N° 31/2018 (actuación N° 8820066) surge indubitable que para los camaristas la solución jurídica es la propuesta por el juez que votó en primer término, criterio que suscitó la unanimidad adhesiva de quien le siguió en el orden de votación. En igual sentido: *VILLEGAS, MATÍAS DANIEL c/ DIASER S.A. INMOBILIARIA s/ COBRO DE PESOS – LABORAL – RECURSO DE CASACIÓN - EXPTE. Nº 195002/10 – 22/10/2015; PEREZ, GUSTAVO DAVID y OTROS s/ COBRO DE PESOS – LABORAL – RECURSO DE CASACIÓN - EXPTE. Nº 171006/9 – 03/12/2015; TORRES, AGUILERA EDUARDO ALFRED c/ LA CAJA ASEGURADORA DE RIESGOS DE TRABAJO A.R.T. S.A. s/ ACCIDENTE o ENFERMEDAD LABORAL – LABORAL – RECURSO DE CASACIÓN - EXPTE. Nº 105157/9 – 17/10/2015,* y más recientemente en *LUCERO, CLAUDIO DAVID c/ DISAL S.A. s/ COBRO DE PESOS LABORAL – RECURSO DE CASACIÓN” – IURIX EXP. Nº 205190/11 – 23/11/2017.*

En consecuencia, siendo la cuestión planteada ajena al ámbito de la casación, el medio recursivo en estudio deviene improcedente, debiendo destacarse, nuevamente, que el recurso de casación no procura una tercera instancia con el fin de revisar la justicia de las sentencias de los tribunales de grado, sino, antes bien, el restablecimiento del imperio de la ley a través de la correcta hermenéutica en atención principalmente a consideraciones de interés público vinculadas con la seguridad jurídica con preponderancia sobre los intereses de las partes en un litigio singular, aunque sin excluir la finalidad de justicia en el caso concreto.

Por lo expuesto VOTO a esta cuestión por la NEGATIVA.

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

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

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

**A LA QUINTA CUESTIÓN, LA Dra. LILIA ANA NOVILLO, dijo:** Costas a la recurrente vencida, arts. 68 y 69 del CPC y C. ASÍ LO VOTO.

Los Señores Ministros, Dres. CARLOS ALBERTO COBO y MARTHA RAQUEL CORVALÁN y, comparten lo expresado por la Sra. Ministro, 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, treinta de octubre de dos mil dieciocho.-**

**Y VISTOS:** En mérito al resultado obtenido en la votación del Acuerdo que antecede, **SE RESUELVE:** I) Rechazar el recurso de casación articulado en fecha 22/03/18.-

II) Costas a la recurrente vencida.

REGÍSTRESE y NOTIFÍQUESE.-

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