**STJSL-S.J. – S.D. Nº 009/19.-**

--En la Provincia de San Luis, **a cuatro días del mes de febrero de dos mil diecinueve**,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*:* ***“ECHENIQUE, GERARDO RAMÓN c/ DÍAZ, JAVIER ALEJANDRO s/ COBRO DE PESOS – LABORAL – RECURSO DE CASACIÓN”* –** IURIX EXP. Nº 278457/15.-

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. CARLOS ALBERTO COBO, MARTHA RAQUEL CORVALÁN y LILIA ANA NOVILLO.-

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, el Dr. CARLOS ALBERTO COBO, dijo:** 1) Que de conformidad con constancias del sistema IURIX, la demandada en fecha 21/12/2017 interpuso recurso de casación (actuación N° 8460590) contra sentencia definitiva Nº 260/2017, de fecha 12/12/2017, (actuación N° 8375864), dictada por la Cámara Civil, Comercial, Minas y Laboral N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial que, en lo esencial, confirmó la sentencia de primera instancia –N° 54/2017, de fecha 16/03/2017, actuación N° 6639227-, y sólo modificó el monto de condena que fijó en la suma de $ 73.448,23.

A su tiempo, el fallo de la instancia inferior había hecho lugar a la demanda, con encuadre de la relación laboral en el régimen de la ley de Contrato de Trabajo por sobre la ley Nº 22.250 y el convenio colectivo de trabajo de los obreros de la construcción.

Los fundamentos del recurso intentado lucen incorporados al sistema IURIX en fecha 05/02/2018, mediante actuación N° 8562295, en los que se invocaron como causales de casación los incisos a) y b) del art. 287 del CPC y C.

De la lectura de los aludidos fundamentos, se observa que la recurrente acusa error en la aplicación del derecho, ya que la Cámara ratificó lo decido por la jueza de primera instancia, quien a pesar de reconocer que el actor está regido por la ley 22.250, aplicó la ley 20.744 en razón de considerar que al actor no se le abonaba el fondo de desempleo ni ningún otro ítem propio de la ley 22.250, por lo que encontró procedente el reclamo con base en la normativa de la ley de Contrato de Trabajo, por lo que se habría apartado de la naturaleza de las tareas prestadas y lo establecido en el CCT 76/75, y por el CCT 286/75 que regula la actividad de aires acondicionados en la provincia de Buenos Aires, de aplicación analógica, según expresó.

Agregó, que al resolver la apelación la Cámara confirmó el argumento central de la jueza de la instancia inferior para sostener la cuadratura del caso en la ley de Contrato de Trabajo, por inexistencia de constancia o falta de prueba de que se le hayan abonado al actor el fondo de desempleo u otro ítem de la ley 22.250.

También refirió que la Cámara incurrió en error al exponer que la demandada en la expresión de agravios no cuestionó en concreto el argumento dado por la jueza apelada. En su defensa, dijo que surge claramente de la expresión de agravios la crítica concreta y razonada sobre la cuestión.

Que consecuentemente, el yerro en la calificación del régimen aplicable incide sobre las consecuencias del distracto, por lo que no serían procedentes los rubros de condena contenidos en la LCT: indemnización por antigüedad; indemnización por falta de preaviso; indemnización por integración del mes de despido; incremento art. 1° de la ley 25.323 e incremento art. 2 de la ley 25.323, ya que los arts. 232, 233 y 245 de la ley 20.744 no son aplicables al régimen de la construcción.

Citó doctrina y jurisprudencia.

2) Que, ordenado y corrido el traslado de ley, la contraria contestó en fecha 16/02/2018 (actuación N° 8634409), resistió la pretensión recursiva y solicitó su rechazo, según lo expuesto y argumentado en el escrito de responde, al que remito a causa de brevedad.

3) Que en fecha 14/06/2018, se pronunció el Procurador General, en actuación N° 9420411, y propició el rechazo del recurso, porque las razones por las que la juez de grado y la Cámara concluyeron que el caso de autos no se encuadra en la ley 22.250 y en el CCT 76/75 -eje de la crítica del recurrente- son cuestiones de hecho y prueba, valoradas a la luz de la sana crítica racional, cuya revisión está vedada en el recurso intentado.

4) Que en fecha 23/10/2018 – Actuación Nº 10276618 - se ordenó medida para mejor proveer requiriendo la remisión de la documental la que fue reservada en Secretaría según consta en decreto de fecha 30/11/2018 – actuación Nº 10563318.

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, 18/12/2017, (ver actuación N° 8428513); 2) la interposición del recurso en fecha 21/12/2017, (ver actuación N° 8460590); y 3) la fundamentación del mismo en fecha 05/02/2018 a la hora 8:48 (ver actuación N° 8562295).

Asimismo, se observa el cumplimiento del pago del depósito exigido por el artículo 290 del CPC y C, tal como puede verse en el adjunto de la actuación N° 8541858, de fecha 30/01/2018.

De otra parte, 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.

Las Señoras Ministros, Dras. MARTHA RAQUEL CORVALÁN y LILIA ANA NOVILLO, comparten lo expresado por el Sr. Ministro, Dr. CARLOS ALBERTO COBO y votan en igual sentido a esta **PRIMERA CUESTIÓN.**

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Dr. CARLOS ALBERTO COBO, 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 así 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 impugnaticio 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) En razón de lo dicho por el Procurador General en su dictamen, se impone hacer una precisión conceptual en lo que respecta al alcance del recurso de casación.

Para ello, será propicio recordar lo dicho al respecto por el Superior Tribunal en el fallo STJSL-S.J. – S.D. Nº 169/16, correspondiente a los autos *LUCERO, GLORIA CLAUDIA c/ HOTEL POTRERO DE LOS FUNES s/ COBRO DE PESOS – LABORAL – RECURSO DE CASACIÓN* – IURIX EXP Nº 191149/10, de fecha 29/09/2016, cuando se puntualizó que: “*…para tratar el tema propuesto como falta de aplicación del art. 2 de la ley N° 25.323, debemos hacer algunas precisiones, a causa de lo dicho, tanto por la demandada al contestar el traslado, cuanto por el procurador al contestar la vista, en el dictamen de fs. 322/323 vta., en relación a la interdicción de abordar cuestiones fácticas, al tratar el recurso de casación.*

*En realidad, si bien eso es así como principio –sobre todo cuando lo que esté en discusión es la inteligencia de las normas-, debe advertirse que cuando la causal casatoria es la contenida en el inciso a) del artículo 287 de la ley procesal, que permite evaluar la correcta o incorrecta aplicación de una ley al caso debatido; necesariamente deberán examinarse los hechos, como el elemento fáctico que debe subsumirse en la norma, para juzgar si tal subsunción se ha realizado correctamente o no. De la misma forma deberá procederse, si lo que se denuncia es la falta de aplicación de una norma que correspondía, según el material fáctico determinado en las instancias ordinarias. Tal es la materia propuesta en este caso.*

*Lo que no puede hacerse, es cambiar la plataforma fáctica, sino que se debe aprehender tal como ha venido “fijada” por los tribunales de grado y alzada.”*

A la luz de lo esclarecido, no se encuentran óbices para tratar el tema propuesto acerca del régimen aplicable a los hechos incorporados al proceso, para verificar si la cuadratura dada y las consecuencias de la misma son correctas.

Sin embargo, desde ya adelanto que el recurso no puede prosperar, porque de la lectura de la sentencia de Cámara, se advierte que:

a) el primer argumento del fallo de la alzada puntualiza que el apelante (aquí recurrente en casación) no hizo una crítica razonada y concreta de lo afirmado por la jueza de grado, es decir frente a lo expresado para decidir que el régimen aplicable era el común de la ley 20.744, no se propusieron contraargumentos que lo desvirtuasen y demostrasen el error, sino que sólo se limitó a manifestar que la ley aplicable era la 22.250.

Ahora bien, en el mismo yerro técnico incurre frente a la afirmación de la Cámara que le achacó “insuficiencia de fundamentación de los agravios” y que no formuló “crítica concreta de los puntos de la sentencia que le agravia”. Porque en réplica, el demandado, sólo se limitó a decir “(q)ue incorrectamente a consideración de esta parte la Excma. Cámara expone que el argumento de la Juez de Grado no es cuestionado en concreto por la parte demandada; surge claramente de la expresión de agravios la crítica concreta y razonada sobre esta cuestión”.

Allí, se imponía precisar detalladamente cuál había sido la crítica concreta y razonada en la que se estructuró el agravio, y así poner en evidencia lo inexacto y quizá dogmático de la afirmación del tribunal. No lo hizo, sino que insistió en repetir que el régimen aplicable al caso era otro.

b) Tampoco puede prosperar el intento recursivo, porque la Cámara, además de la deficiencia técnica apuntada, se explayó sobre lo que consideró un acierto de la jueza de primera instancia en cuanto al régimen legal en el que se encuadró el caso, teniendo en cuenta las pruebas del proceso -o más precisamente la falta de ellas-. Así, reforzó lo sostenido por la jueza del juzgado de origen al considerar que “…no se puede soslayar, que no hay constancias en autos, de que se haya producido la prueba informativa ofrecida por la demandada a la UOCRA, y que estaba destinada al encuadramiento de la relación laboral”.

Es decir que es la propia Cámara quien da un argumento concreto, en el que se verifica una omisión imputable a la demandada en relación a su pretensión de obtener una cuadratura jurídica diversa.

c) Los argumentos anteriores del tribunal de alzada son reforzados por valoración probatoria, en cuanto se dijo que: “(t)ampoco surge de los recibos de sueldo presentados por el actor y demandado, alguna indicación respecto a que la relación laboral estaba encuadrada en la ley 22.250”.

En el caso, los miembros de la magistratura han aplicado el derecho -el régimen legal- que consideraron pertinente, según los hechos probados, y en atención al principio de “realidad”, al margen del invocado y pretendido por las partes.

Al respecto, jurisprudencialmente se ha dicho: “*El principio "iura novit curia" propugna que corresponde al juez la aplicación del derecho con prescindencia del invocado por las partes, constituyendo tal prerrogativa un deber para el juzgador, a quien incumbe la determinación correcta del derecho (cfr. López Carusillo, "El principio iura novit curia: límites", LL 2006, 881, pto. V); la regla indicada faculta al juzgador a discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas que la rigen con prescindencia de los fundamentos jurídicos que invoquen las partes o aún en ausencia de ellos”* (CSJN, 24.9.2001, "Correa, Teresa de Jesús c/ Sagaria de Guarracino, Angela Virginia", Fallos 324:2946; íd. 26.8.2003, "Chiappe, Américo c/ Ceprimi S.R.L. y otros.", Fallos 326:3050; íd. 18.10.2006, "Calas, Julio Eduardo c/Córdoba, Provincia de y otro s/acción de amparo", Fallos 329:4372; íd. 5.6.2007, "Venturini, Omar c/ ANSES s/prestaciones varias"; etc). Laius, Héctor Hugo vs. Citibank N.A. s. Ordinario /// CNCom Sala D; 30/03/2009; Prosecretaría de Jurisprudencia de la CNCom.; RC J 14013/09).

En consecuencia, y en atención a las consideraciones antedichas, el recurso debe rechazarse.

Por lo expuesto VOTO a esta cuestión por la negativa.

Las Señoras Ministros, Dras. MARTHA RAQUEL CORVALÁN y LILIA ANA NOVILLO, comparten lo expresado por el Sr. Ministro, Dr. CARLOS ALBERTO COBO y votan en igual sentido a esta **SEGUNDA CUESTIÓN.**

**A LA TERCERA CUESTIÓN, el Dr. CARLOS ALBERTO COBO, dijo:** Dado la forma como se ha votado la cuestión anterior, no corresponde su tratamiento. ASÍ LO VOTO.-

Las Señoras Ministros, Dras. MARTHA RAQUEL CORVALÁN y LILIA ANA NOVILLO, comparten lo expresado por el Sr. Ministro, Dr. CARLOS ALBERTO COBO y votan en igual sentido a esta **TERCERA CUESTIÓN.**

**A LA CUARTA CUESTIÓN, el Dr. CARLOS ALBERTO COBO, dijo:** Que, en consecuencia corresponde rechazar el recurso de casación. ASÍ LO VOTO.-

Las Señoras Ministros, Dras. MARTHA RAQUEL CORVALÁN y LILIA ANA NOVILLO, comparten lo expresado por el Sr. Ministro, Dr. CARLOS ALBERTO COBO y votan en igual sentido a esta **CUARTA CUESTIÓN.**

**A LA QUINTA CUESTIÓN, el Dr. CARLOS ALBERTO COBO, dijo:** Costas al recurrente vencido, arts. 68 y 69 del CPC y C. ASÍ LO VOTO.-

Las Señoras Ministros, Dras. MARTHA RAQUEL CORVALÁN y LILIA ANA NOVILLO, comparten lo expresado por el Sr. Ministro, Dr. CARLOS ALBERTO COBO 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, cuatro de febrero de dos mil diecinueve.-**

**Y VISTOS:** En mérito al resultado obtenido en la votación del Acuerdo que antecede, **SE RESUELVE:** I) Rechazar el recurso de casación interpuesto en fecha 21/12/17.-

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. 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.-*