**STJSL-S.J. – S.D. Nº 183/19.-**

--En la Provincia de San Luis, **a diecisiete días del mes de octubre de dos mil diecinueve**,se reúnen en Audiencia Pública los Señores Ministros Dres. CARLOS ALBERTO COBO, MARTHA RAQUEL CORVALÁN y LILIA ANA NOVILLO - Miembros del SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, para dictar sentencia en los autos*:* ***“ARIAS JOSÉ ALFREDO c/ SONNE S.R.L. s/ COBRO DE PESOS - LABORAL - RECURSO DE CASACIÓN”* -** IURIX EXP Nº 221151/11.

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. MARTHA RAQUEL CORVALÁN, LILIA ANA NOVILLO 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 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. MARTHA RAQUEL CORVALÁN, dijo:** 1) Que de conformidad con constancias del sistema IURIX, la actora en fecha 04/02/2019 interpuso recurso de casación (ESCEXT N° 10839934) contra sentencia definitiva Nº 87/2018, de fecha 27/12/2018 (Actuación Nº 10757422), dictada por la Cámara de Apelaciones, Sala Civil, Comercial, Minas y Laboral de la Tercera Circunscripción Judicial que, en lo esencial, hizo lugar al recurso de apelación de la demandada y, en consecuencia, revocó en todas sus partes la sentencia de primera instancia, la que a su tiempo había hecho lugar a la demanda.

Que el trabajador despedido reclama una correcta categorización de su actividad, con encuadre de la misma bajo la órbita del CCT N° 40/89, con base en lo cual pide se le abonen diferencias salariales y reajuste de la liquidación final, puesto que se le han abonado sus haberes desde agosto de 2008 y practicado liquidación final según categoría del CCT N° 130/75.

En primera instancia se hizo lugar a la demanda, por considerar que a las tareas desempeñadas por el actor les corresponde la aplicación del CCT 40/89, y se condenó a la demandada a abonar el monto que surge de la liquidación realizada de acuerdo al convenio colectivo de trabajo que se declaró aplicable.

La Cámara revocó la sentencia y rechazó la demanda. Para así decidir afirmó que el CCT 40/89 está referido a los choferes del “transporte automotor de cargas”, que por definición alude al transporte de cargas por cuenta de terceros, en tanto el actor realizaba el transporte de cargas para el propio establecimiento, cuya actividad encuadró en el CCT N° 130/75, art. 9 ap. b).

Contra la sentencia de cámara se alzó el actor, quien fundó el recurso de casación en fecha 13/02/2019 (ESCEXT N° 10919028) en la causal prevista en el art. 287 inc. a) CPCC, “…al no aplicar los principios irrenunciables establecidos en los arts. 7, 8 y 9 ss. y cc. todos ellos de la Ley 20.744 y los principios generales del trabajo consagrados y tratados en los arts. 59 y 210 de la Constitución Provincial en tanto es *obligatoria* la aplicación del derecho vigente; y 14, 14 bis y 75 de la C.N. (principios protectorios y de progresividad) plasmados en tratados internacionales con supremacía constitucional y consagrados en los arts. 7, 9, 14, 23, 63 de LCT)”.

En concreto, en primer lugar expuso que yerra la Cámara porque el CCT 40/89 no distingue la propiedad de la mercadería transportada ni el cobro del precio, sino que se afirma en las tareas realizadas por los empleados, nunca por el objeto social de la patronal.

De otra parte, calificó de parcial y antojadiza la cuadratura de las tareas del actor en el art. 9 ap. b) del CCT 130/75, por cuanto la Cámara al aludir al párrafo en cuestión dijo “No puede interpretarse de otra manera cuando el art. 9 del CCT N° 130/75, incluye como “Auxiliar Especializado” b) a los “…*choferes de larga distancia de vehículos automotores de cualquier tipo afectados al reparto, transporte y/o tareas propias del establecimiento”.* Y omitió la frase “ayudantes de” choferes de larga distancia.

Insistió en que la categoría de chofer sólo está prevista en el CCT 40/89; en tanto que el convenio colectivo de empleados de comercio contempla únicamente a los “ayudantes de chofer”; por lo que dado que la categoría y funciones a cargo de Arias nunca fueron discutidas, es inaplicable el CCT 130/75.

Añadió que, en caso que se considerase que ambos convenios pudiesen ser de aplicación, se debió optar por el CCT 40/89 en ejercicio del *in dubio pro operario* receptado en los arts. 7, 8 y 9 de la LCT, por cuanto dispone mejores condiciones para los trabajadores que realizan las tareas descriptas.

En segundo término, renegó acerca de que la Cámara no haya aplicado el *in dubio pro operario,* “…receptado en el art. 14 bis de la Carta Magna, cuyas repercusiones salpican los arts. 7, 8, 9, 13, 14 y 16, ss y cc de la LCT, entre otros”, según expresó. Citó doctrina y jurisprudencia.

Subsidiariamente pidió que en el caso que se decida que es de aplicación el CCT 130/75, se deberán considerar las diferencias salariales en razón de lo establecido en los arts. 35 y 36 del CCT 130/75, ya que Arias se desempeñó efectivamente como chofer.

Finalmente, si bien reconoció que la cuestión de la aplicación de los convenios involucrados genera dudas a nivel nacional, pidió que dicho obstáculo se supere y se tenga en cuenta que un chofer debe cobrar por las tareas que realiza y no como si estuviese trabajando dentro de una oficina, por lo que pidió se haga lugar al recurso, con costas.

2) Que, ordenado y corrido el traslado de ley, la demandada contestó en fecha 11/03/2019, ESCEXT N° 11100392, escrito en el cual solicitó que se rechace el recurso con costas.

Para ello, expresó que resulta manifiesta la mala fe del recurrente al realizar su crítica al fallo de la Excma. Cámara endilgándole haber suprimido el vocablo “ayudante” del texto del art. 9 del CCT 130/75, porque ello no es motivo de una errónea interpretación, sino que es absolutamente falso.

Precisó que el art. 9 del Convenio 130/75, establece dos categorías de Personal Auxiliar Especializado: Auxiliar especializado a) y Auxiliar especializado b). Que en la primera se encuentran contemplados los “ayudantes de choferes” en tanto que en la segunda los “choferes”, y como claramente lo estableció la Excma. Cámara la actividad de Chofer se encuentra comprendida en el art. 9 Auxiliar especializado b) del Convenio Colectivo de Comercio, y así estaba encuadrado el actor, según expresó.

Que si bien la actividad de chofer de larga distancia está prevista en los dos convenios, el de comercio define precisamente la actividad que desempeñaba el actor: chofer afectado a reparto, transporte y tareas propias del establecimiento.

Añadió, que la doctrina y jurisprudencia han establecido que lo que dirime la cuestión sobre la aplicación de distintos convenios es la actividad principal del empleador, y en este caso SONNE SRL tiene como actividad principal la de Industria y Comercio, y no tiene como principal ni como accesoria la actividad de Transporte. Citó jurisprudencia.

Destacó, que dentro del proceso de comercialización la demandada no desarrolla la actividad de transporte cobrando un precio por ello, sino que afecta camiones propios para el transporte de su propia mercadería, nunca de terceros, lo que ha sido reconocido por el actor en la demanda.

Afirmó, que SONNE SRL como parte de su giro comercial e industrial transporta carga propia, con vehículos de su propiedad, trasladando bienes de consumo, utilización, transformación y/o comercialización, sin mediar contrato de transporte.

También negó que el convenio colectivo de transporte sea más beneficioso que el del actor, y como prueba de lo cual remitió a la liquidación practicada en autos por el perito contador.

Sobre la reclamada aplicación del *in dubio pro operario* dijo que en autos no existe duda alguna, puesto que se ha determinado que entre los dos convenios el que se adapta a la modalidad de la tarea desarrollada y a la actividad del empleador es el convenio colectivo 130/75.

Finalmente, acusó extralimitación en relación al objeto y finalidad del recurso de casación en relación a las pretensiones recursivas del actor, por lo que solicitó se rechace el recurso, con costas. Citó jurisprudencia de Superior Tribunal.

3) Que en fecha 23/04/2019 (actuación Nº 11419252) se pronunció el Procurador General, quien en lo pertinente dijo: “*Que es dable reiterar que esta vía recursiva es de carácter excepcionalísima, en la que sólo se analiza la aplicación errónea y/o omisión de aplicar la norma que corresponda, ya que, no es en esta instancia donde se revise el libre arbitrio que poseen los jueces de grado para enmarcar jurídicamente, según los hechos y la prueba, el caso concreto y en base a ello fallar”.*

*“Advierto que los agravios de la parte recurrente se encuentran fundamentalmente vinculados con la valoración y merituación hecha por los Jueces de la Excma. Cámara de los hechos y pruebas producidas en la causa”.*

*“Que si bien, la actora sustenta la casación en el supuesto contemplado por el art. 287 de la ley de rito, inc. a) no es menos cierto que los fundamentos desarrollados a lo largo del escrito, se refieren a un constante planteamiento sobre aspectos procesales, circunscribe sus agravios en la falta de aplicación de normas, pero que en definitiva se refiere a materia de hecho y prueba merituados en su oportunidad por los tribunales inferiores, lo que escapa al ámbito del recurso en estudio, por expresa disposición del art. 288 del CPC y C., demostrándose entonces la ausencia de las causales del art. 287 citado, pues la fundamentación del recurso exige la efectiva demostración del error jurídico que se le atribuye a la sentencia, con una réplica completa y adecuada a las motivaciones esenciales que el pronunciamiento cuestionado contiene”.*

*(…)*

*“Que en cuanto a ello, y pese al esfuerzo desplegado por la actora, en orden a persuadir sobre la existencia de un error de derecho, debo señalar que no vislumbro configurado el mismo, sino sólo un disenso con la solución dada al caso”.*

*“Es claro que la ausencia de los motivos que habiliten la instancia casatoria (art. 287 del CPC y C.) deja al descubierto la pretensión del actor, de obtener un reexamen de cuestiones que son ajenas al limitado ámbito cognoscitivo de este recurso, como son las vinculadas con la actividad laboral que éste dice que probó”.*

*(…)*

*“En consecuencia, siendo 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 corresponde rechazar el recurso”.*

4) 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 CPCC, en atención a: 1) la fecha de notificación de la sentencia recurrida, 01/02/2019 (actuación Nº 10822149); 2) la interposición del recurso en fecha 04/02/2019 (ESCEXT N° 10839934); y 3) la fundamentación del mismo en fecha 13/02/2019 (ESCEXT N° 10919028).

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 CPCC.

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

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN, la Dra. MARTHA RAQUEL COVALÁN, 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 CPCC, 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) Que de la lectura de los fundamentos recursivos se advierte que el embate no puede prosperar, porque la exposición se resiente de excesiva laxitud al invocar normas y principios jurídicos, ya sea generales o específicos de la materia laboral, sin que se haya hecho un análisis circunstanciado, que demuestre el yerro de la Cámara en relación a cada disposición que se acusa omitida, lo que revela una excesiva generalidad en el planteo.

En efecto, decir que se han dejado de aplicar “*…los principios irrenunciables establecidos en los arts. 7, 8 y 9 ss. y cc. todos ellos de la Ley 20.744 y los principios generales del trabajo consagrados y tratados en los arts. 59 y 210 de la Constitución Provincial en tanto es obligatoria la aplicación del derecho vigente; y 14, 14 bis y 75 de la C.N. (principios protectorios y de progresividad) plasmados en tratados internacionales con supremacía constitucional y consagrados en los arts. 7, 9, 14, 23, 63 de LCT)”,* no se corresponde con una correcta técnica de fundación casatoria.

En tal sentido, se ha pronunciado el Superior Tribunal en STJSL-S.J. – S.D. Nº 100/15. “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” - IURIX Nº 105157/9, de fecha 17/11/2015, cuando dijo que: *“en relación al primer inciso, las supuestas normas dejadas de aplicar por el tribunal cuestionado, han sido mencionadas con excesiva generalidad, acusando a la sentencia puesta en crisis, de la no aplicación de normas constitucionales, tratados internacionales, normas de la Constitución Provincial y de los arts. 9 y 75 de la ley N° 20.744; sin precisar con todo detalle y especificación, en qué consistió la mentada falta de aplicación. Es decir, tenemos dos vaguedades que hacen inviable la cuadratura jurídica en este inciso. Por un lado, la remisión genérica a normas constitucionales y tratados internacionales, sin identificar de manera singular cuál o cuáles dejaron de aplicarse; y por otro, la falta de especificación de la parte de los arts. 9 y 75 de la LCT, que cree no fueron aplicados y la pertinencia –de la supuesta falta de aplicación- con lo resuelto en la sentencia que se recurre…”* (Ver también “LEANIZ, MARCELO LEONARDO c/ NIZA S.A. s/ COBRO DE PESOS – LABORAL – RECURSO DE CASACIÓN” – IURIX EXP Nº 257485/13, de fecha 06/07/2018, actuación N° 9572400).

De otra parte, en relación al pedido subsidiario de considerar las diferencias salariales, tampoco es procedente el recurso porque para el tratamiento impetrado, el Superior Tribunal debería hacer mérito no sólo de la prueba y elementos fácticos incorporados al proceso, sino también meritar la valoración que de ellos hicieron los camaristas, lo que excede en mucho los lindes del remedio de impugnación. Además, dicha proposición podría haber sido, eventualmente, materia de los tribunales ordinarios, no siendo correcta ni procedente su introducción en la instancia extraordinaria.

Ello rebasa los límites del recurso en cuestión, 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).

En relación al *indubio pro operario,* y en atención 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 en crisis (actuación N° 10757422, de fecha 27/12/2018) 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 quienes le siguieron 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, “LUCERO, CLAUDIO DAVID c/ DISAL S.A. s/ COBRO DE PESOS LABORAL – RECURSO DE CASACIÓN” – IURIX EXP. Nº 205190/11 – 23/11/2017* y más recientemente en *“SALINAS, ELVIRA MAGDALENA c/ SARMIENTO, MARÍA GRACIELA s/ DESPIDO – LABORAL – RECURSO DE CASACIÓN” – IURIX EXP Nº 160632/9 – 30/10/2018.-*

Además, la acusada “omisión parcial y antojadiza” de la palabra “ayudante” en la que habría incurrido la Cámara -según el actor- al transcribir parte del artículo 9 del CCT 130/75, no es tal, puesto que dicho artículo contempla tanto a los “ayudantes de choferes…” como a los **choferes de larga distancia de vehículos automotores de cualquier tipo afectados a reparto, transporte y/o tareas propias del establecimiento**; con lo cual también se desvanece la afirmación del recurrente referida a que la categoría de chofer sólo está prevista en el convenio colectivo 40/89.

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

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

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

**A LA CUARTA CUESTIÓN, la Dra. MARTHA RAQUEL COVALÁN, dijo:** Que, en consecuencia, corresponde rechazar el recurso de casación articulado. ASÍ LO VOTO.-

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

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

Los Señores Ministros, Dres. LILIA ANA NOVILLO y CARLOS ALBERTO COBO, comparten lo expresado por la Sra. Ministro, Dra. MARTHA RAQUEL CORVALÁN 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, diecisiete de octubre 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 articulado.

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. CARLOS ALBERTO COBO, MARTHA RAQUEL CORVALÁN y LILIA ANA NOVILLO, en el sistema de Gestión Informático del Poder Judicial de la Provincia de San Luis.-*