**STJSL-S.J. – S.D. Nº 021/20.-**

--En la Provincia de San Luis, **a trece días del mes de febrero de dos mil veinte**,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*:* ***“TOPA GISELE ELZABETH c/ STANG MIGUEL ERNESTO s/ COBRO DE PESOS - LABORAL DOC.6-T-12 -RECURSO DE CASACIÓN”*** –IURIX EXP Nº 234507/12.

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 interpuesto?

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

III) En caso afirmativo de 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 en fecha 31/10/18, mediante ESCEXT Nº 10356887, se presenta la parte actora e interpone Recurso de Casación contra la sentencia definitiva N° 152/18 dictada por la Excma. Cámara Civil, Comercial, Minas y Laboral N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial, el 23 de octubre de 2018 (actuación Nº 10286241).

Que en fecha 11/11/18, mediante ESCEXT Nº 10432807 acompaña los fundamentos del mismo.

Que corrido el traslado de rigor la contraria en fecha en fecha 04/12/18, mediante ESCEXT Nº 10596830, contesta el mismo y solicita el rechazo el recurso intentado.

Que en fecha 22/08/19, mediante actuación Nº 12295674, emite su dictamen el Sr. Procurador General opinando que la impugnación recursiva no puede prosperar y corresponde el rechazo del mismo.

2) Que, en primer lugar corresponde efectuar el pertinente análisis, a los fines de determinar si se ha dado cumplimiento a los requisitos establecidos por la normativa vigente, en punto a la admisibilidad del recurso en cuestión.

Que, surge de las constancias de la causa que el presente recurso ha sido interpuesto y fundado en término, que se encuentra eximida la parte actora del depósito judicial conforme lo establecido por el art. 290 del CPC y C, y que la resolución impugnada es sentencia definitiva.

Se advierte así, que se ha dado cumplimiento a las exigencias contenidas en el art. 286, 289 y 290 del CPC y C., debiendo considerarse en este estudio preliminar y en mérito a lo dispuesto por el art. 301, inc. a, del 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. Presidente, 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 en fecha 11/11/18, mediante ESCEXT Nº 10432807, acompaña los fundamentos del mismo.

Bajo el punto III.- LA DECISIÓN QUE SE RECURRE luego de realizar una síntesis de los antecedentes de la causa manifiesta que en Primera Instancia se dicta sentencia que hace lugar a la indemnización especial del art. 178 y art. 182 de la L.C.T. y art. 2 de la Ley 25323 y en Segunda Instancia se revoca tal condena haciendo una interpretación equivocada de la normativa y omitiendo deliberadamente aplicar la norma aplicable y resolviendo no solo en contra de una trabajadora, sino además embarazada, dando crédito a la postura infunda e ilegal de la demandada.

Advierte que la Sentencia de Segunda Instancia al desestimar tales rubros lo hace con fundamentos aparentes totalmente arbitrarios e ilegales, interpretando no solo equivocadamente la norma, sino que además, aún reconociendo la situación de duda, omite resolver a favor de la trabajadora conforme manda legal que así se lo impone.

Entiende que se efectuó una interpretación errónea del art. 182,178, 243 de la L.C.T., se omitieron aplicar los arts. 21, 9 de la L.C.T., 59 de la Constitución Nacional y arts. 14 bis de la Constitución de la Nación, resolviéndose en contra además del principio de irrenunciabilidad de los derechos del trabajador.

Señala que en primer lugar, el fallo en crisis y en relación estricta al primer planteo legal objeto de este recurso y a la interpretación del art. 243 de la L.C.T., se sostiene por el Magistrado preopinante que la exigencia de comunicación escrita del despido, aplica solamente para los casos de despido con causa, no cuando se distracta la relación sin invocación de causa y que si bien existe parte de la doctrina judicial que entiende que en orden a la exigencia del art. 243 el despido verbal no es válido, la mayoritaria da validez al despido verbal cuando la ruptura se concreta sin expresión de causa y en ese caso puede probarse por cualquier medio de prueba.

Que en esta equivocada línea de pensamiento en la que se enrola el Ad Quem asevera que la nota acompañada por la demandada, sería idónea para acreditar el despido verbal argumentado por la demandada cuando contestó la demanda, que la fecha cierta es un recaudo legal solo exigible a los terceros ajenos a la relación y que el estado de ánimo que da cuenta la escritura de la misma revelado en el informe caligráfico no descalifica tal prueba.

Sostiene que la comunicación del estado de embarazo cursada por la trabajadora sería posterior a su despido verbal y por ende rechaza las indemnizaciones agravadas del art. 178 y 182 de la L.C.T. por lo que considera que la interpretación del Tribunal Ad Quem de la normativa aplicable es totalmente arbitraria equivocada y no aplica al caso, y ello es así porque en este caso del texto de esa nota que el Tribunal ha decidido,- aún en contra de los derechos de una trabajadora embarazada-, darle validez, tenemos que en la misma NO se le comunica el despido ni se hace referencia a un despido verbal sin causa, como lo interpreta el fallo y tal parcial y arbitraria interpretación , no resiste compulsa alguna con lo normado por los 12, 14, 7 ,44 y concs. de la L.C.T..

Sostiene que es absurdo concluir que el despido verbal es válido y que el art. 243 de la L.C.T. no aplica al caso, toda vez que si la comunicación del preaviso prevista en el art. 235 de la L.C.T. debe serlo por escrito, lógica mediante la comunicación del despido también la debe tener. No puede ser que lo menos -el preaviso-, deba ser comunicado por escrito y el despido no.

Que de igual modo la renuncia al empleo y a cualquier derecho del trabajador, requiere la formalidad escrita conforme manda legal del art. 58 de la L.C.T..

Que además esa nota nunca pudo ser considerada como comunicación de un despido sin causa o verbal, porque no lo dice expresamente.

Expone que de su lectura tiene que lo único que se dice, es que el empleador obliga a la actora a retirarse del trabajo informándole que ha sido despedida y que “la carta documento ha sido enviada pero aún no le ha llegado a su domicilio”. Agrega que lo que le está diciendo es que se le mandó una carta documento a su domicilio, que se retire del trabajo y la espere, que no se le dijo que estaba despida sin causa, ergo no hay motivos para hacerle decir algo que no dijo y para sustraer el caso de las exigencias del art. 243 de la L.C.T. y presuponer en contra del trabajador desconociendo el art. 58 de la L.C.T.

Hace saber además que la carta documento del 1 de octubre NUNCA llegó, porque como el mismo demandado lo reconoció puso mal el domicilio, por ello envió una nueva carta documento, ahora si al domicilio correcto, pero lo hizo cuando ya había recibido la intimación de la actora a que le aclare el vínculo laboral y la comunicación formal de su estado de embarazo, el que ciertamente ya conocía por eso la quiso despedir, de lo contrario no hay explicación en tal decisión rupturista efectuada intempestivamente.

Afirma que la comunicación del distracto ha sido la carta documento fechada 4 de octubre recibida el 5 de octubre, cuando ella ya había remitido su telegrama y estando ya el demandado notificado del mismo. Y las formalidades de la comunicación del despido previstas en la ley laboral en su art. 243 aplican a este caso, es decir se debe requerir comunicación fehaciente y por escrito del despido, que en modo alguno pudieron ser suplidas, como lo dice el Ad. Quem por una nota que está haciendo referencia a que se le ha enviado una carta documento de despido que aún no ha llegado, que nunca llegó y que no se sabía el motivo del mismo.

Agrega que así como la ley laboral exige formalidades que debe cumplir la comunicación del embarazo de la trabajadora que curse tal estado invocando la aplicación del segundo párrafo del art. 177 de la L.C.T., de igual modo se le exige al empleador que cumpla a la hora de despedir con las formalidades del art. 243 de la L.C.T. Señala que decir como lo dice la sentencia en crisis que el despido cuando es incausado puede ser verbal, y que no aplica el art. 243 de la L.C.T. es equivocado, no lo dice la ley laboral, es una interpretación pretoriana que NO se compadece con las exigencias y formalidades que la misma norma establece para el preaviso, art. 235 de la L.C.T. y para la renuncia art. 58 de la L.C.T. Más aún en este caso en donde lo único que terminará reconociendo la nota firmada bajo presión por la actora, es que se le dice por su empleadora que ha sido despedida (NO SIN CAUSA NO SE SABE POR QUÉ MOTIVO) y que se le ha enviado una carta documento.

Aclara que se probó que cuando la recibe, la actora había comunicado su estado de embarazo e intimado la aclaración del vínculo.

Sostiene que de estarse a la espúrea y equivocada interpretación del Fallo, de darle valor de despido a tal nota, estaríamos estimulando a las patronales que enteradas del embarazo o del matrimonio o de una enfermedad del trabajador, sin darle tiempo a formalizar su comunicación, le dicen que se vaya a su casa, que esta despedido, y todas las comunicaciones que éste realice luego, serían inoficiosas para que opere la protección legal de su situación particular.

Alega que la sentencia deja en el camino lo establecido en el art. 58 de la L.C.T.

Expone que es evidente, que la actora no se supo despedida, de lo contrario no hubiera intimado aclaración del vínculo y la demandada tampoco consideró distractado el vínculo con ella, de lo contrario tampoco hubiera enviado la carta documento recibida el 5 de octubre, en la que además le hacía mención a su anterior carta documento y al motivo por el que nunca llegó a conocer la empleada, por el error de su patronal a la hora de consignar el domicilio.

Considera que pudo ser una maniobra para que no dejarla trabajar y luego argumentar un abandono de trabajo, o vaya a saber que otra excusa de la patronal para distractar el vínculo.

Por otro lado argumenta que, sin perjuicio que el vínculo se extinguió luego de la notificación del estado de embarazo de la actora, esta inmediatez entre la comunicación del embarazo y el despido hace presumir que la rescisión incausada se encuentra motivada por el embarazo de la accionante, máxime que el certificado médico que da cuenta del estado de embarazo depositado por ante el Programa de Relaciones Laborales es de fecha anterior, a todo esto, es del 26 de septiembre.

Que no se han considerado por el Ad Quem que en el caso protección de la mujer embarazada entran a jugar valores jurídicos supremos que ceden a cualquier argucia maliciosa desplegada por una empleadora que intentó sacarse de encima a una empleada, sin tener motivos para ello, solo su estado de gravidez, que las nuevas tendencias de doctrina sostienen que la protección de la trabajadora embarazada trasciende la legislación laboral y encuentra también recepción en expresas directivas establecidas en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 10), en la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículo 11, inciso 2°, apartado b), que revisten jerarquía constitucional

(Cfr. Art.75, inc. 22 Constitución Nacional) y en el artículo 1° de la ley 23.592, lo que pido sea también valorado por V.E.

Y agrega que se ha omitido también por la Alzada aplicar el principio laboral de primacía de la realidad y los derechos protectorios del trabajado consagrados en el art. 9 de la L.C.T. y 59 de la Constitución Provincial, SIN PERJUICIO, que entendemos que se ha probado acabadamente la procedencia del reclamo de su parte fundando en los art. 178, 182 de la L.C.T., lógicamente recta justa y adecuada valoración del proceso, que no ha sido lo que ha inspirado al Tribunal Ad Quem, por lo menos en estas demandas y por ello ansia que tal yerro e injustica sean subsanadas.

2) Que ordenado el traslado de rigor, en fecha 04/12/18, mediante ESCEXT Nº 10596830 la contraria contesta el mismo.

Señala que la actora bajo la apariencia de un recurso de casación lo único que pretende es que el Máximo Tribunal efectúe una nueva valoración de la prueba y una revisión de los motivos que formaron la convicción de la Excma. Cámara en el decisorio que se impugna y que ello excede la órbita del recurso de casación que solo tiene por objeto entender en la falta de justicia por error de derecho y no por situaciones fácticas del caso en cuestión.

Expone que la actora comienza fundando su recurso en cuestiones de hecho, cuyo análisis se encuentra vedado en esta instancia de casación. Que lo que pretende es una revisión de una cuestión fáctica, totalmente ajena al objeto del recurso de casación.

Bajo el punto IV) IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACIÓN refiere a jurisprudencia de este Alto Cuerpo, la que se tiene por reproducida en honor a la brevedad.

3) Que en fecha 22/08/19, mediante actuación Nº 12295674, emite su dictamen el Sr. Procurador General en donde expresa que la argumentación expuesta en el escrito recursivo, en orden a justificar la presencia de las causales que habilitan la casación, es por demás insuficiente, y, lejos de demostrar la existencia de algún motivo legal, pone de manifiesto, la disconformidad de la recurrente con el fallo que le ha resultado adverso, y el planteo de cuestiones ajenas a esta instancia de excepción.

Que en el caso concreto, se pretende ante la disconformidad con el fallo de Cámara crear una tercera instancia ordinaria, ya que se advierte que los agravios del recurrente, se encuentran vinculados principalmente con cuestiones de hecho y prueba que no encuadran dentro de las previsiones del art. 287 del CPC y C., referidos a la integridad del asunto ventilado en autos, y, 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.

Considera, que no se dan los presupuestos señalados en el art. 287 CPC y C., sino que va más allá, pretendiendo rever el criterio de selección y valoración de la prueba rendida en autos, realizada por el tribunal de Alzada, por lo que entiende corresponde desestimar el recurso articulado.

4) Para entrar al análisis de esta cuestión, debe dilucidarse si en la sentencia recurrida se dan algunas de las causales invocadas, y si el escrito de fundamentación se basta a sí mismo, caso contrario el recurso no podría prosperar. (STJSL, “Kravetz Elías Samuel c/ Edesal S.A. – D. Y P. - Recurso de Casación”, 17-05-2007;“Bustos de Molina Rosa Isabel c/ Farmacia El Condor scs y/o sus integrantes y/o P. Soria y/o José Beltran Belletini y/o quien res. resp. – Despido - C. de Pesos- Recurso de Casación”, 14/12/2010).

Que compartiendo el criterio del Sr. Procurador en su dictamen respecto al medio impugnaticio intentado, corresponde señalar 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 esta 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; “Ortega, María Eva c/ Raffaele Natalino Di Giannantonio y /u Hotel Piero - Demanda Laboral - Recurso de Casación”,10/03/2011-.

Asimismo debe recalcarse que la fundamentación del recurso por alguna de las causales establecidas en el art. 287 del CPC y C, exige la efectiva demostración del error jurídico que se le atribuye a la sentencia cuestionada. Así los argumentos de la impugnación deben dirigirse directa y concretamente en contra de los preceptos que estructuran la construcción jurídica en que se asienta la sentencia. Tiene que replicarse en forma completa o adecuada a las motivaciones esenciales que el pronunciamiento cuestionado contiene, porque, de otra forma, aquellas permanecen firmes e impiden su revisión.

5) Demarcado el objeto casatorio, se destaca que el recurso de casación en los procesos laborales, como es el presente se rige por las normas previstas en el Código Procesal y Comercial de la Provincia de conformidad con lo dispuesto por el art. 303 del mismo.

En consecuencia; sólo se habilita la casación en los supuestos previstos por el art. 287 del citado código, sin embargo no se advierte que en el caso la Cámara haya dejado de aplicar una norma legal o aplicado una que no correspondiere.

De los agravios expresados por la recurrente surge que su cuestionamiento gira en torno a la aplicación de normas procesales o adjetivas resultando los mismos ajenos al objeto casatorio.

Pues el artículo 288 del CPC y C expresamente dispone que el recurso de casación “*No podrá fundarse en violaciones a normas procesales”,* siendo este el criterio sentado por este Tribunal en innumerables ocasiones: STJSL-S.J.N° 12/12 Lucero, Jesús Adrián c/ Danone Argentina S.A. y/o Bagley S.A…– Dem. Laboral – Recurso de Casación (28/02/2012); STJSL-S.J.N° 70/08 Rivadeneira, Miguel Ángel c/ SAGEMA S.A. – DyP. - RECURSO DE CASACIÓN (31/07/2008); STJSL Nº 55/06, Adaro, Tomas F. y Otros c/ Catriel S.A. y Otros - Demanda Laboral – Recurso de Casación; STJSL Nº 75/07, Gobierno de la Pcia. de San Luis c/ Valcarcel, José – Expropiación de Urgencia – Recurso de Casación, (06/12/07); Jofré, Mercedes C. y otra c/ Darcano, Mercedes del Milagro y/u otro – Demanda Laboral - Recurso de Casación” -Expte. Nº 98683, (30/06/10).

En definitiva y como consecuencia de lo expuesto, se advierte que no se dan los presupuestos señalados en el art. 287 CPC y C que claramente refiere a errores de derecho.

Al respecto, se tiene dicho que asumir facultades de los tribunales de mérito, es crear una tercera instancia ordinaria. No puede pretenderse que por el recurso de casación se llegue a este punto con el fin de reeditar la justicia material de la sentencia de los Tribunales de grado sino *“el restablecimiento del imperio de la Ley, y lleva por consiguiente una función pública con prescindencia de los intereses de las partes”* (Cfr. STJSL, “Romero Roque Daniel – Recurso De Casación”, 29-11-05, “Baigorria Silvia Graciela c/ Saisa. – Demanda Laboral- Recurso de Casación”, 27-03-2007, entre otros).

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por el Sr. Procurador General, corresponde el rechazo del recurso deducido, por lo que VOTO a esta cuestión por la NEGATIVA.

Las Señoras Ministros, Dras. MARTHA RAQUEL CORVALÁN y LILIA ANA NOVILLO, comparten lo expresado por el Sr. Presidente, 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. Presidente, 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 articulado. ASÍ LO VOTO.

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

**A LA QUINTA CUESTIÓN, el Dr. CARLOS ALBERTO COBO, dijo:** Costas a la recurrente vencida. ASÍ LO VOTO.

Las Señoras Ministros, Dras. MARTHA RAQUEL CORVALÁN y LILIA ANA NOVILLO, comparten lo expresado por el Sr. Presidente, 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, trece de febrero de dos mil veinte.-**

**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.-*