

STJSL-S.J. – S.D. N° 108/18.-

--En la Provincia de San Luis, a **veinticuatro días del mes de mayo 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: **“PEREZ DAVID ANÍBAL c/ ALPARGATAS S.A.I.C. s/ COBRO DE PESOS – LABORAL - RECURSO DE CASACIÓN”** - IURIX EXP N° 250452/13.

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 el fallo recurrido alguna de las causales enumeradas en el art. 287 del CPC y C de la Prov. de San Luis?
- 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 costas?

A LA PRIMERA CUESTIÓN, la Dra. LILIA ANA NOVILLO, dijo: 1) **INTERPOSICIÓN DE RECURSO:** Que en fecha 15/08/2017, mediante ESCEXT N° 7679396, la parte demandada interpuso recurso de casación en contra de la SENTENCIA R. L. LABORAL N° 49/2017 de fecha 08/08/2017, dictada por la Excma. Cámara de Apelaciones N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial conforme lo previsto en los Arts. 286 y 287 Inc. b) y cc. del CPC y C.

2) ADMISIBILIDAD: Que corresponde determinar si se ha dado cumplimiento a las exigencias establecidas por los arts. 286 y siguientes del CPC y C., a los efectos de la admisión del recurso en estudio.

Así, surge de las constancias de la causa que la sentencia RL laboral N° 49/2017 fue notificada el día 14/08/2017 (comprobante de cedula Actuación N° 7667107); que el recurso fue interpuesto el día 15.08.2017 y fundado el 30.08.2017 por lo que el mismo luce tempestivo-conf. art. 289 del CPC y C, teniendo en cuenta que el día 20 de agosto fue feriado por conmemorarse el Paso a la Inmortalidad del Gral. José de San Martín; 25 de agosto Feriado Provincial por el día de San Luis y 28 de Agosto fue Feriado Judicial por celebrarse el día del Abogado.

También, se advierte que se ataca una Sentencia Definitiva dictada por la Excma. Cámara Civil, Comercial, Minas y Laboral N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

Que, en ESCEXT N° 7679396 por archivo adjunto acompaña constancia de transferencia por el valor del depósito correspondiente a la interposición del recurso de casación.

En consecuencia, debe considerarse en éste 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 ello, 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. 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) AGRAVIOS DEL RECURRENTE. 1. a) Al interponer el recurso el demandado hace un resumen de los antecedentes de la causa; expuso en este sentido que el juez de primera instancia pese a no haber solicitud del actor en ese sentido

se limitó a manifestar que: *“En lo que refiere a la sanción conminatoria prevista por el art. 132 bis, debe prosperar por no resultar acreditado el pago de los aportes.”*; razón por la cual apeló agraviándose por cuanto no se había accionado por la sanción conminatoria y porque se hizo lugar a la misma sin que se encuentren configurados los requisitos para la procedencia de tal sanción.

Por su parte, la Excma. Cámara sin analizar en lo más mínimo el agravio mantuvo la sanción diciendo que *“si bien es cierto que en la liquidación provisoria de fs. 7 no se incluye el art. 132 bis L.C.T.; es incluido en el objeto (fs. 4) y en el desarrollo de fs. 9 vta. /10.”*

1. b) FUNDAMENTOS: sostuvo que tanto el juez de primera instancia como la Cámara al confirmar la sentencia del mismo, interpretan de manera errónea el art. 132 bis de la LCT al condenar a la demandada por la sanción conminatoria establecida en la mencionada norma legal.-

Concretamente, el único rubro de la sentencia de cámara que cuestionó por medio del recurso es la condena por la sanción conminatoria establecida en el citado art. 132 bis de la LCT.

Entendió que hay una errónea interpretación legal de esa norma en razón de que la cámara confirma la condena por tal rubro sin que estén reunidos los requisitos legales para ello. La condena en primera instancia interpreta que *“el recurso debe prosperar por no resultar acreditado el pago de los aportes”*; a su vez la cámara confirma este razonamiento rechazando el agravio de esta parte de que el rubro no estaba reclamado y de que no se encuentran configurados los requisitos para la procedencia de la sanción conminatoria del art. 132 bis.-

Citó en este sentido jurisprudencia local en cuanto a los requisitos que deben cumplimentarse para que proceda la indemnización, *“FUENTES CRISTIAN RAÚL c/ PLAST S.A. – MEDIDA CAUTELAR – RECURSO DE CASACIÓN” - IURIX N° 78976/7*; respecto a la carga del actor en demostrar que las retenciones no fueron depositadas. *“GATICA VERÓNICA ELIZABETH c/ CAPIELLO, DANIEL ERNESTO s/ COBRO DE PESOS –*

RECURSO DE CASACIÓN” – Expte. IURIX N° 170526/9 donde se establece otro requisito para procedencia de la sanción conminatoria del art. 132 bis LCT. Y es que se haya cumplido con la intimación establecida por el art. 146/2001.

Sintetizó su postura en que en autos no se encuentra configurado ninguno de los requisitos enunciados precedentemente, ya que no existió intimación legal, no está acreditada la retención de aportes, mucho menos la omisión de depositarlos, ni se ha configurado la conducta tipificada como ilícita, etc.

Por lo que avalando su posición, considero que para la procedencia de la sanción conminatoria del art. 132 bis LCT se requiere acreditación de: Que existieron retenciones por la patronal y que la sumas retenidas no fueron depositadas; que al tratarse de una sanción penal la interpretación debe ser restrictiva y es necesario para su procedencia que se demuestre la configuración de la conducta tipificada como ilícita; que la omisión debe existir al momento de la extinción de contrato y se debe cumplir con la intimación del art. 1° del Dec. 146/01 reglamentario del art. 132 bis LCT.

Concluyo que el recurso se duda en que se ha violado e interpretado de manera incorrecta el art. 132 bis de la LCT; ya que no se han configurado los requisitos legales para la procedencia de la sanción.

2) TRASLADO A LA PARTE CONTRARIA. Que mediante actuación N° 7752341(31/08/17) se dispuso correr traslado; notificando a la parte contraria el día 06/09/2017 según comprobante de envío de cedula (actuación N° 7792699). El mismo no fue contestado.

3) DICTAMEN DEL PROCURADOR. Que por actuación N° 8536786, de fecha 31/01/2018, obra dictamen del Sr. Procurador General quien opinó que el recurso procede formalmente.

Analizó el recurso y opinó que: *“Debe tenerse presente que el Recurso de Casación es de carácter excepcional, por lo que su objeto queda circunscrito a las causales que taxativamente prevé la ley. No está dada en esta instancia, la posibilidad de revisar el libre arbitrio que poseen los jueces de grado para enmarcar jurídicamente, según los hechos y la prueba, el caso*

concreto y, sobre esa base, dictar sentencia. El recurrente invoca la errónea interpretación del art. 132 bis LCT por los tribunales de grado. Sabido es que 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. Aquí, se reeditan cuestiones de hecho y prueba, ajenas a la vía intentada, siendo, la presente, una vía de excepción y extraordinaria. El STJ ha establecido que no puede perseguirse con el Recurso de casación reeditarse 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”, 27/03/07, STJSL N° 11/17, entre otros). En la resolución recurrida no advierto configurado el error de derecho necesario para habilitar la intervención del más Alto Tribunal de la Provincia mediante la instancia casatoria. No ha sido equívoco el criterio que, fundado en el derecho aplicable y derivado razonamiento de la sana crítica, ha efectuado el fallo de primera instancia y confirmado la Cámara, en resolución unánime.”; por lo que concluyo que el recurso debe rechazarse.-

4) ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN. 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 SA – DyP – Recurso de Casación” 17/05/2007).-

Este Alto Cuerpo tiene establecido jurisprudencialmente en el sentido 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 cumplimenta en autos, el recurso en estudio debe ser rechazado (Cfr. Fallo ut-supra citado).

Que respecto al medio impugnatorio intentado, cabe 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).-

Asimismo debo recalcar 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.

Demarcado así el objeto casatorio y confrontado con el recurso en estudio, se advierte que le asiste razón al recurrente, y corresponde abrir la vía casatoria, en tanto se ha interpretado erróneamente el art. 132 bis de la L.C.T.

Respecto a la sanción conminatoria del art. 132 bis LCT, la norma dispone: *“Si el empleador hubiere retenido aportes al trabajador con destino a los organismos de seguridad social... y al momento de producirse la extinción del contrato de trabajo no hubiere ingresado total o parcialmente esos*

importes a dichos organismos...deberá pagar al trabajador afectado una sanción conminatoria mensual equivalente a la remuneración...".-

Para que se procedente esta sanción el trabajador deberá previamente intimar al empleador para que, dentro de 30 días, ingrese los importes adeudados a dichos organismos (dec 146/01).

La jurisprudencia tiene dicho en este sentido que: *“es improcedente aplicar al empleador la sanción establecida en el art. 132 de la Ley de Contrato de Trabajo, cuando del intercambio telegráfico efectuado entre las partes no surge que el trabajador lo hubiera reclamado, ni tampoco que hubiese cursado la intimación requerida por el art. 1 del decreto 146/01 del Poder Ejecutivo Nacional, que es requisito indispensable para su operatividad”* (CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO, SALA II - Pando, Rubén Omar y Otros c. Imyc S.A. y otros 22/06/2009 - Cita Online: AR/JUR/26120/2009).-

Este es el criterio adoptado en la jurisprudencia local conforme lo dispuesto en **STJSL-S.J. – S.D. N° 85/13**, autos: **“GATICA VERÓNICA ELIZABETH c/ CAPIELLO, DANIEL ERNESTO s/ COBRO DE PESOS – RECURSO DE CASACIÓN”** – Expte. N° 16-G-12 - IURIX N° 170526/9.-

No surge del intercambio telegráfico efectuado por las partes que se haya reclamado este rubro por parte del empleado; por lo que no se encuentra acreditado el requisito de la intimación previa.

Asimismo, debe indicarse que si el actor pretendía la procedencia del reclamo con fundamento en el art. 132 bis de la LCT, debió acreditar que, existieron por parte de la patronal otras retenciones y que las sumas así retenidas no fueron depositadas (art. 377 CPC y C.), *“En tal sentido no basta acreditar que la demandada no depositó los aportes –o que lo hizo parcialmente- en la medida que ello no permite ver comprobada la conducta punida por la norma, es decir, que las sumas retenidas no fueron ingresadas a la seguridad social”* (CNAT Sala II Expte. N° 17.239/07 Sent. Def. N° 96.437 del 27/0 2/2009 “Pérez, Susana Mariel c/ Servicios Horizonte SA s/ despido”

www.pjn.gov.ar. *Boletín temático de Jurisprudencia Cam. Nac. de Apelaciones del Trab*).

Para concluir, cabe señalar que: “El art. 132 bis LCT, en la medida que establece una sanción de carácter penal, debe interpretarse con carácter restrictivo y sólo puede considerarse procedente el reclamo de su aplicación en los casos en que se demuestre cabalmente la configuración de la conducta tipificada como ilícita.” (CNAT Sala II Expte N° 36.383/2010 Sent. Def. N° 100.479 del 8/5/2012 “Huanca Aricoma, Eduardo c/General Tomás Guido SA s/despido” www.pjn.gov.ar. *Boletín temático de Jurisprudencia Cam. Nac. de Apelaciones del Trab*).

Por ello, conforme a los argumentos desarrollados, configurándose la causal prevista en el art. 287 inc. b) del CPC y C., corresponde casar la sentencia venida en recurso.

Los Señores Ministros, Dres. MARTHA RAQUEL CORVALÁN y CARLOS ALBERTO COBO, 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 la forma como se ha votado la cuestión anterior, corresponde acoger el recurso, casar la sentencia de la Excma. Cámara y rechazar el rubro indemnizatorio del art. 132 bis.

Los Señores Ministros, Dres. MARTHA RAQUEL CORVALÁN y CARLOS ALBERTO COBO, 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: Hacer lugar al recurso de casación, revocar la sentencia de Segunda Instancia RL Laboral N° 49/2017 en lo que fue motivo de agravio, es decir en lo que respecta a la sanción conminatoria, art. 132 bis de la LCT.

Los Señores Ministros, Dres. MARTHA RAQUEL CORVALÁN y CARLOS ALBERTO COBO, 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: 1) Imponer las costas a la parte actora vencida. (arts. 68 C.P.C. y C., 111 C.P.L.).
2) Disponer la devolución del depósito al recurrente.

Los Señores Ministros, Dres. MARTHA RAQUEL CORVALÁN y CARLOS ALBERTO COBO, 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, veinticuatro de mayo de dos mil dieciocho.-

Y VISTOS: En mérito al resultado obtenido en la votación del Acuerdo que antecede, **SE RESUELVE:** I) Hacer lugar al recurso de casación, revocar la sentencia de Segunda Instancia RL Laboral N° 49/2017 en lo que fue motivo de agravio, es decir en lo que respecta a la sanción conminatoria, art. 132 bis de la LCT.

II) Imponer las costas a la parte actora vencida.

III) Disponer la devolución del depósito al recurrente.

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.-