



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

ACUERDO: En la Ciudad de San Martín de los Andes, Provincia del Neuquén, a los veintiún (21) días del mes de Octubre del año 2019, la Sala 2 de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, integrada con los señores Vocales, la Dra. Gabriela B. Calaccio y el Dr. Dardo W. Troncoso, con la intervención de la Secretaria de Cámara, Dra. Rosa Mariel Lázaro, dicta sentencia en estos autos caratulados: **"PEREZ SAAVEDRA XIMENA C/ SEBA DIEGO AGUSTIN Y OTROS S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS"**, (Expte. Nro.: 8602, Año: 2016), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia Civil, Comercial, Laboral, de Minería y Familia de Villa La Angostura, con asiento en dicha ciudad y en trámite ante la Oficina de Atención al Público y Gestión de San Martín de los Andes, dependiente de esta Cámara.

De acuerdo al orden de votos sorteado, la **Dra. Gabriela B. Calaccio**, dijo:

I.- Vienen estos autos en apelación, en orden al recurso deducido por la actora contra la sentencia de primera instancia dictada en fecha 23 de julio del 2019, obrante a fs. 282/310, mediante la cual se hace lugar a la demanda interpuesta por aquélla contra el demandado Sr. Diego Agustín Seba y la firma Finnegan Patagonia Azul S.R.L., condenando a estos al pago de la suma allí consignada, en concepto de liquidación final, indemnizaciones por despido y multas ley 25.323, con más intereses y certificados.

Asimismo, se rechaza la acción en contra de los Sres. Mariano Seba y Pablo Alejandro Santillán.

Para decidir en el sentido indicado, el magistrado como es su costumbre reseña primero los hechos que considera probados, tras el detalle que expone de la prueba producida en la causa. La fecha de ingreso denunciada por la actora 18/12/2015, de acuerdo a la declaración testimonial de Cendra, en el marco de los principios de primacía de la realidad y protectorio laboral.

La fecha de egreso, 31/7/2016, según despido verbal incausado reconocido por ambas partes, siendo improcedente el alegado periodo a prueba.

Fija la categoría de capataz o encargado, Cat. Prof. 6 CCT389/04, a partir del 15/4/2016, según la constancia de que la actora recibió a los inspectores municipales hacia mayo 2016 y la declaración del testigo citado.

Determina una jornada laboral de 8 horas, ante la falta de prueba de tiempo extraordinario, sumando que ante el requerimiento de la perito contadora sobre el esquema de distribución de horas extras, la actora no contesto en debida forma.

Establece que la trabajadora percibió \$9.000 desde el ingreso hasta el 15/4/2016 y luego la suma de \$13.000 mensuales, cobrando la liquidación final de \$24.049,48, de acuerdo a sus propios dichos del escrito de demanda.

Decreta que la transferencia comercial del local individualizado de Diego Agustín Seba a Finnegan Patagonia Azul SRL fue el 1/7/2016, conforme informe municipal, rechazando la excepción de falta de legitimación pasiva de la sociedad mencionada, y condenándola en forma solidaria, respecto los créditos pendientes de pago a la actora al momento de la transferencia, conforme arts. 225 y 228 LCT.

Admite la excepción de falta de legitimación pasiva de los Sres. Mariano Seba y Pablo Santillán, teniendo en cuenta la documental laboral e informes de Afip y de la

Municipalidad de Villa La Angostura, siendo descontextualizadas temporalmente las declaraciones testimoniales según analiza y no habiendo la actora intimado a estos perseguidos.

Liquida los rubros de procedencia en base a un salario de \$15.094,50, declarando abstracto el tratamiento del planteo de inconstitucionalidad del art. 245 de la LCT y descontando el pago a cuenta admitido: indemnización por despido, indemnización por preaviso, aguinaldo proporcional, vacaciones no gozadas, diferencias salariales, e incremento indemnizatorio arts. 1 y 2 ley 25.323.

Rechaza la multa del art. 80 LCT por falta de intimación legal y la indemnización de daño moral ante la falta de prueba del perjuicio alegado, sumando que ni siquiera ha podido acreditar que haya notificado fehacientemente a su empleador el estado de gravidez vigente el contrato de trabajo.

II.- Este pronunciamiento es recurrido por la parte actora quien expresa agravios a fs. 317/322, los cuales merecen respuesta de la contraria a fs. 326/329.

III.- 1. Agravios de la parte actora.

La recurrente sintetiza los hechos denunciados por su parte y los acogidos por el juez de grado, planteando agravios en cuanto a la indemnización del art. 178 de la LCT y al rechazo de la acción en contra de los codemandados.

a) Argumenta que se demandó y acreditó el estado de gravidez de la actora, debiéndose aplicar el artículo mencionado conforme liquidación de la pericia contable firme y consentida por las partes.

Transcribe la resolución judicial y afirma que el análisis del a quo no supera la sana crítica racional, asegurando que no existe duda alguna de que la reclamante

estaba embarazada al momento del despido, conforme certificación medica agregada.

Reseña que la doctrina y jurisprudencia es conteste en cuanto a que ante una situación de despido de una mujer embarazada o en el periodo de maternidad, resulta de aplicación la norma citada, prescribiendo tres requisitos: notificación fehaciente al empleador del estado de embarazo o el hecho del nacimiento, acreditación del mismo, y producción del despido dentro del plazo de siete meses y medio anteriores o posteriores al nacimiento.

Asegura que el perseguido no ha producido prueba que desvirtúe el reclamo formulado, por el contrario su parte ha probado con el testigo Cendra y la documental su embarazo al 22/7/2016 y que así lo comunicó al empleador, surgiendo con contundencia del intercambio telegráfico reconocido.

Refiere que la patronal intentó la elusión mediante el planteo de la existencia del periodo de prueba, lo que fue desvirtuado.

Solicita se incremente el monto de condena con tal indemnización pretendida.

b) Aduce que surge de las únicas testimoniales rendidas en autos que la accionante se desempeñó en el local comercial de nombre Finnegan, que conforme informe municipal lleva titularidad de Diego Seba y con posterioridad de Finnegan Patagonia Azul SRL, manteniendo el mismo local, actividad y denominación.

Dice que se ha probado que más de siete meses de la relación se desarrolló en negro, desde el 18/12/15 hasta el 1/7/16, reproduciendo el testimonio de Cendra, y considerando que se patentiza que los dueños eran todos los demandados, quienes integran luego la sociedad constituida.

Asevera que esta declaración coincide con la de Pessoa Bauer, que también transcribe.

Arguye que los tres demandados eran los dueños de Finnegan Resto Pub y que tuvieron en negro a la actora hasta que luego de la inspección de la Delegación de Trabajo la dieron de alta a cargo de Diego Seba el 1/7/2016, pero luego, anoticiados del embarazo, la despidieron el 1/8/2016.

Denuncia contradicción del juzgador atento lo resuelto en autos "Aguayo Cecilia Trinidad c. Aiello Raúl Oscar y otro s. despido indirecto por falta de registración o consignación errónea de datos en recibo de haberes", expte. n°80.201/14.

Copia los arts. 225, 227 y 228 de la LCT y jurisprudencia que considera aplicable.

Solicita se revoque el fallo recurrido, condenando solidariamente a Mariano Seba y Pablo Santillán.

2. Contestación de la parte demandada.

Preliminarmente, denuncia incumplimiento de los recaudos exigidos por el art. 265 del CPCC.

a) Luego, manifiesta que la demandante no reclamó la indemnización del art. 178 de la LCT, que ahora pretende hacer pasar por rechazada, recordando los defectos del libelo inicial que fueran denunciados a través de la excepción de defecto legal.

Precisa que el principio de congruencia impone una necesaria correlatividad entre lo pretendido y lo resuelto en la causa, delimitando las facultades resolutorias del órgano jurisdiccional, no pudiendo el juez expedirse en más o en menos de lo requerido u otorgar o negar algo distinto de lo reclamado.

Insiste en que el magistrado no se ha expedido sobre la indemnización agravada debido a que no estaba obligado, dado que no había sido solicitada por la actora en su acción.

Reproduce textualmente el reclamo formulado en la demanda y la decisión de la sentencia, destacando que es llamativo que la demandante pretenda agravarse por el no reconocimiento de un rubro que no reclamó.

Destaca que conforme la jurisprudencia citada de esta Alzada, el tribunal no puede suplir la deficiente técnica del apelante, teorizando sobre aquello que no dijo, encuadrando lo que no planteó o deduciendo lo que quiso expresar.

b) Da cuenta de la defensa planteada y acogida, afirmando que los codemandados no pudieron tener relación laboral con la actora teniendo en cuenta que ambos residen en extraña jurisdicción, si bien forman parte de la sociedad demandada.

Recalca que no existe contradicción jurisdiccional entre los presentes y los autos citados por la apelante atento a que en ambos se resolvió conforme el criterio jurídico de que resultan responsables solidariamente transmitente y adquirente ante los créditos laborales.

Advierte que ni en el escrito de demanda ni en los presentes agravios se funda responsabilidad de los socios, habiendo emplazado en forma personal a los codemandados.

Resalta que la quejosa no se ha agraviado de la imposición de los gastos.

Solicita la deserción del recurso con expresa imposición de las costas.

IV.- Análisis de los agravios vertidos. Admisibilidad del recurso.

a) En principio, corresponde evaluar los requisitos de admisibilidad en los términos del art. 265 del CPCC, teniendo en cuenta lo denunciado por la parte demandada. En tal sentido se puede observar que resulta de difícil comprensión el escrito de agravios por lo cual se analizará

este tópico en cada uno de los agravios vertidos. Ello con un criterio amplio y flexible en procura de la apertura de la revisión perseguida, conciliando las prescripciones legales con el derecho de defensa en juicio, en el marco del principio de congruencia y las facultades propias de este tribunal.

Adelanto además, que como lo he sostenido reiteradamente los jueces no estamos obligados a seguir puntiliosamente todas las alegaciones de las partes, sino aquellas que guarden estrecha relación con la cuestión discutida, ni ponderar todas las medidas de prueba sino las que sean conducentes y tengan relevancia para decidir el tema sometido a juzgamiento.

b) El primer agravio es dirigido a acrecentar el monto de condena, incorporando la indemnización agravada prevista en el art. 178 de la LCT (art. 182). Alega la apelante que "como se puede leer con certeza en la demanda se describió y demandó por el estado de gravidez de la actora", agregando certificaciones y liquidando la perito contadora tal haber.

El juez de grado deniega el resarcimiento moral reclamado con motivo de la pérdida del embarazo ante la falta de comprobación del perjuicio y su relación causal con el despido operado, refiriendo que ni siquiera se ha podido acreditar la notificación fehaciente al empleador.

De las constancias de autos surge que efectivamente en el escrito de demanda no se ha reclamado en ningún momento la indemnización prevista en el art. 178 de la LCT (ver fs. 29 vta. y ss., título liquidación, tampoco hay alusión alguna en el objeto o petitorio), refiriendo textualmente en párrafo aparte: "DAÑO MORAL. Dejo a criterio de SS el resarcimiento que me hubiera correspondido, por la pérdida de mi embarazo, cabe destacar que si la empresa me hubiera despedido y yo hubiera culminado mi embarazo, mi

indemnización correspondería a lo que restaba para cumplir el ciclo del embarazo más 7 sueldos y medio más. Los cuales no los he incorporado a la liquidación toda vez que ha perdido el embarazo, pero si solicito a SS haga lugar al daño que le ha producido ser despedida embarazada, en plena temporada y habiendo renunciado a su antiguo empleo" (fs. 34).

El artículo 277 del Código Procesal dispone expresamente: "Poderes del tribunal. El tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia. No obstante, deberá resolver sobre los intereses y daños y perjuicios, u otras cuestiones derivadas de hechos posteriores a la sentencia de primera instancia" (cfme. arts. 18 de la Const. Nac.; 58 de la Const. Prov.; 10 del Cód. Civil y Comercial; y 34 inc. 4 y 164 del Cód. Procesal).

Cabe concluir que la accionante no ha reclamado expresamente tal indemnización, más allá de los puntos de pericia ofrecidos, con lo cual, resulta de rigor la norma transcripta, que veda a la Alzada el tratamiento de cualquier cuestión que no haya sido debida y oportunamente sometida al conocimiento del juez de primera instancia. Llama la atención la explícita tergiversación de la acción interpuesta primigeniamente, cuando surge de sus propios dichos en el párrafo transcrito que no reclama la indemnización agravada con motivo de la pérdida del embarazo, exigiendo por otro lado el daño moral, sobre cuyo rechazo no ha planteado agravio alguno.

De esta manera, no caben dudas de que se está introduciendo extemporáneamente un reclamo concreto, lo que deja en indefensión a la contraria, violándose las más elementales garantías procesales.

La doctrina es uniforme al respecto: "Concedido un recurso ordinario de apelación, las potestades decisorias del

órgano judicial de segunda instancia se encuentran circunscriptas al conocimiento de aquellas cuestiones que hayan sido, por una parte oportunamente sometidas a la decisión del órgano inferior, y por otra parte, comprendidas en los agravios expresados por el apelante" (Palacio, Derecho Procesal Civil, t. V, p.459).

La Cámara no realiza un nuevo juicio, sino que, por el contrario, en contra de lo que generalmente se supone, se encuentra más limitada que el juez de primera instancia, pues debe limitar su labor a los agravios vertidos por el apelante, que son sometidos a su consideración, no pudiendo pronunciarse más allá de lo peticionado por las partes en sus escritos introductorios que hayan sido propuestos a la decisión del juez de primera instancia, toda vez que la inobservancia de esta regla por parte de la Cámara importara el dictado de un fallo violatorio del principio de congruencia, por ser ultra petita (más allá de lo peticionado), o extra petita (por fuera de lo pedido). (Arazi Roland- Rojas Jorge, CPCCCom., Ed. Rubinzal-Culzoni, t. I, p. 1009).

"De esta manera surge claro, puntualiza Hitters, que la Alzada, por constituir un ámbito de revisión, carece de potestad para resolver cuestiones no sometidas al a quo, ya que la función diáfana del ad quem no es la de decidir en primer grado sino la de controlar el pronunciamiento de los jueces de jerarquía inferior... El ámbito de conocimiento de la Alzada se encuentra limitado por el contenido de las cuestiones sometidas a la decisión del juez de la causa. De ahí entonces que no resulte admisible la introducción de argumentos que no fueron objeto de debate en la instancia precedente (CNCiv, Sala G, 15.8.81, ED 97-624)" (De Santo, El proceso civil, t. VIII-A, p.304/305).

En consecuencia, la expresión de agravios no es la vía pertinente para introducir nuevos planteamiento o

defensas que debieron deducirse en el correspondiente estadio procesal, según aceptada jurisprudencia. Queda así vedado a la Cámara tratar argumentos no propuestos oportunamente (CNCiv, sala E, 20/8/95, LL 1995-D-666), o planteos que no fueron sometidos a conocimiento con anterioridad al juez recurrido (CNAT, sala I, 31/5/94, DT 1995-A-752) (Carlos Eduardo Fenochietto, CPCCCom., Ed. Astrea, t. 2, p. 118).

En palabras de la Corte Suprema: "Es descalificable el fallo que, cambiando los términos del litigio adopta una solución que resulta extraña al conflicto efectivamente sometido a la jurisdicción, con mengua del debido proceso" (CSJN, 29-9-2009, "Maliziavda. de Cecchini, Norma, vs. La Buenos Aires New York Life Seguros de Vida", Fallos 332:2146). "El carácter constitucional del principio de congruencia, como expresión de la defensa en juicio y del derecho de propiedad, obedece a que el sistema de garantías constitucionales del proceso está orientado a proteger los derechos y no a perjudicarlos. El principio de congruencia se sustenta en los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional" (CSJN, 25-2-92, "Ferreyra, Andrea vs. Ulloa, Carlos", E.D. 148-463; Id., 13-10-94, "Concencioca, Juan M. vs. Municipalidad de Bs. As.", Fallos 317-1313, y L.L. 1995-B-316).

Con ello, deberá desestimarse el agravio planteado de acuerdo a lo normado en el art. 277 del CPCC.

c) El restante agravio ataca el rechazo de la acción contra los codemandados, Mariano Seba y Pablo Santillán, aduciendo que ellos también eran dueños del local comercial y remitiéndose a las declaraciones testimoniales en tal sentido.

El magistrado en este punto tiene por acreditado que la relación laboral fue con Diego Seba exclusivamente, según prueba documental e informativa, siendo los testigos imprecisos en cuanto a las fechas en que vieron a los

codemandados en el local, pudiendo ser tras la transferencia cuando formaban parte de la sociedad adquirente. Suma a ello que la accionante omitió intimar a estos, requiriendo solamente a Diego Seba sin mención siquiera de los demás traídos a juicio.

Como se puede observar, en primer lugar la quejosa insiste en su posición inicial sin hacerse cargo de los fundamentos del judicante, cuales son que las declaraciones no precisan el tiempo en que participaran los accionados y que la propia accionante no menciona a los mismos en la etapa previa a la demanda judicial. Estos hechos quedan confirmados ante la falta de crítica concreta y razonada por parte de la recurrente y son las premisas que sostienen la decisión judicial (art. 265 del CPCC).

Este artículo estipula: "Contenido de la expresión de agravios. Traslado. El escrito de expresión de agravios deberá contener la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas. No bastará remitirse a presentaciones anteriores. De dicho escrito se dará traslado por diez o cinco días al apelado, según se trate de juicio ordinario o sumario".

La doctrina ha explicado que la expresión de agravios es un acto de impugnación destinado específicamente a censurar la sentencia recurrida, con el fin de obtener su revocación o modificación por el tribunal de Alzada. En esta orientación tiene la trascendencia de una demanda destinada a abrir la segunda instancia, pues sin expresión de agravios, el tribunal se halla imposibilitado de entrar a verificar la justicia o injusticia del acto apelado.

El contenido de la demanda de impugnación lo constituye la crítica precisa de cuáles son los errores que contiene la resolución, sea en la apreciación de los hechos o en la aplicación del derecho. Crítica concreta y razonada, que

no se sustituye con una mera discrepancia, sino que implica el estudio de los considerandos del juzgador, demostrando a la Cámara las equivocadas deducciones, inducciones, conjeturas y omisiones sobre las distintas cuestiones resueltas.

La parte del fallo no impugnado o criticado insuficientemente, como sanción al recurrente, quedará consentida, pues reitero, la demanda de impugnación viene a determinar los agravios y capítulos que se somete a la Cámara. (Carlos Eduardo Fenochietto, ob. cit. t. 2, p. 99 y ss.).

“Para que la expresión de agravios sea procedente, el litigante debe seleccionar del discurso del magistrado aquel argumento que constituya la idea dirimente y que forme la base lógica de la decisión, y señalar cual punto del desarrollo argumental ha incurrido en un error en sus referencias fácticas o en su interpretación jurídica”. (CNCiv, sala D, 3.12.2002, ED 203-462).

“La Corte Suprema ha resuelto en reiteradas oportunidades que la jurisdicción de las cámaras está limitada por el alcance de los recursos concedidos, que determinan el ámbito de su facultad decisoria. La prescindencia de tal limitación infringe el principio de congruencia que se sustenta en los artículos 17 y 18 de la Carta Magna” (CSJN, 13/10/94, ED 162-193).

Adviértase que llega firme que se ha acreditado la transferencia del establecimiento del Sr. Diego Seba a la firma Finnegan Patagonia Azul SRL, constituida por Pablo Santillán, Mariano Seba y Diego Seba a partir del 1.7.2016 (fs. 239 y 274/276), como asimismo la presente condena en forma solidaria en contra de ambos.

Es decir, que se trata de la prueba de si los demás individualizados eran responsables antes de la transferencia en calidad de empleadores directos, ya que no se ha denunciado el supuesto de responsabilidad de los socios.

En cuanto a la argüida contradicción jurisdiccional, asiste razón a la contraria en punto a su inexistencia dado que en el caso invocado, "AGUAYO CECILIA TRINIDAD C/ AIELLO RAUL OSCAR Y OTRO S/ DESPIDO INDIRECTO POR FALTA DE REGISTRACION O CONSIGNACION ERRONEA DE DATOS EN RECIBO DE HABERES" (SENDEF, 80201/2014), Expediente N° 4537/2013, sen. 30 de Septiembre de 2014, el juez se expide condenando solidariamente a transmitente y adquirente del establecimiento comercial en los términos de los arts. 225 y 228 de la LCT, tal como en los presentes, lo que fuera confirmado por esta Alzada.

Los antecedentes judiciales citados por la quejosa tratan de supuestos de transferencia del establecimiento (art. 225 de la LCT), cuando el caso denunciado es de empleador oculto (art. 26), incurriendo en una evidente confusión al respecto.

De tal forma, corresponde denegar la procedencia de la queja formulada por cuanto omite confrontar abiertamente las razones brindadas por el a quo, realizando meras afirmaciones dogmáticas y limitándose a plantear su disconformidad carente de sustento argumental, todo lo que impide la revisión propia de esta instancia.

V.- Conclusión: Por las razones expuestas, he de proponer al Acuerdo se rechace el recurso interpuesto por la actora, confirmando el fallo recurrido, con costas a la recurrente perdidosa conforme arts. 17 de la ley 921 y 68 del CPCC, difiriéndose la regulación de honorarios de esta instancia para el momento procesal oportuno (art. 15 y 20 ley 1594, mod. por ley 2933). Tal mi voto.

A su turno, el **Dr. Dardo W. Troncoso**, dijo:

Por compartir íntegramente los fundamentos expuestos por la vocal preopinante, así como la solución propiciada, adhiero a su voto.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia citadas, y la legislación aplicable, esta Sala 2 de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Rechazar la apelación interpuesta por la parte actora contra la sentencia definitiva y, en consecuencia, confirmarla en lo que fuera motivo de agravios para la recurrente.

II.- Imponer las costas de Alzada a la apelante perdedora (Cfr. arts. 17, ley 921 y 68 del C.P.C.C.).

III.- Diferir la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno.

IV.- Protocolícese digitalmente, notifíquese electrónicamente a las partes y, oportunamente, remítanse al Juzgado de origen.

Dra. Gabriela B. Calaccio - Dr. Dardo W. Troncoso

Dra. Rosa Mariel Lázaro - Secretaria de Cámara