



NEUQUEN, 15 de agosto del año 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**DE LA VEGA SANDRA C/ POLICLINICO NEUQUEN S.A. S/DESPIDO INDIRECTO POR FALTA PAGO HABERES**", (JNQLA1 EXP N° 505714/2015), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dr. José I. NOACCO dijo:**

I.- Contra la sentencia definitiva dictada el día 9 de Abril de 2018 (fs. 217/222), haciendo lugar a la demanda interpuesta por la Sra. Sandra De la Vega en contra del Policlínico Neuquén S.A. apela la demandada a fs. 226/239, contestando la actora el traslado de la expresión de agravios a fs. 243/244.

Se agravia, en primer lugar, por considerar que la condena se realizó por sumas que no fueron liquidadas en la demanda.

Entiende que el a-quo no se ajustó al principio de congruencia al no existir una real correspondencia entre lo planteado por las partes y lo resuelto en la sentencia.

Afirma que no surge del escrito de demanda que se reclame la indemnización por antigüedad, ni preaviso, ni integración del mes ni liquidación final ni las diferencias salariales.

Refiere a que ante el hecho de la incontestación de demanda se resolvió teniendo por cierto todos los hechos alegados en la demanda, salvo que la actora tenía título universitario, sin ponderar que no hubo



intimación previa y que la actora desistió toda la prueba salvo la pericial contable a fin de dimensionar los conceptos no reclamados, agregando que la incontestación no libera al demandante de acreditarlos. Dice que del intercambio epistolar surge que la demandante en la primera reclama el pago de sumas que no liquida, se considera despedida e intima el pago de indemnizaciones.

Opina que considerar que el despido indirecto ha sido conforme a derecho es una conclusión que pasa por alto las constancias de autos, premiando la voluntad rescisoria de la actora por sobre el principio de continuidad laboral en tanto no se analiza el ofrecimiento de retractación de despido, ni se observa que la comunicación extemporánea es del 22/09/14 y no la del 03/10/14 y no se fija en lo genérico de las diferencias reclamadas.

Se queja por no haberse aplicado el art. 277 de la LCT, en tanto las costas fueron impuestas a la demandada y manifiesta que no se regularon honorarios a sus letrados por la participación en estos autos.

Hace reserva del caso federal y peticiona se revoque la sentencia.

II.- Al contestar agravios la parte actora manifiesta que el agravio de incongruencia debe ser desestimado en tanto en el punto "objeto" de demanda está claramente expresado que es por despido indirecto.

Expresa que así también en el escrito inicial se hizo un claro relato de los hechos y del reclamo, detallando los meses que se reclama diferencias e incluso se detalla en el pedido de pruebas, los puntos de pericia, haciéndose hincapié en las diferencias y se solicita al



perito se calcule el valor indemnizatorio por despido indirecto.

Solicita, además, que se regulen honorarios respecto del recurso de apelación sobre providencia de fecha 29/12/2015.

III.- Ingresando al tratamiento del recurso y, en primer lugar, a la queja en relación a que el a-quo ha violado el principio de congruencia, luego de analizada la demanda y documentación acompañada, advierto que asiste razón al recurrente cuando considera que en autos no hubo una petición concreta y clara por la actora sobre los rubros reclamados.

La "cosa demandada" es aquello que se solicita mediante una solicitud genérica y sobre lo que debe versar el pronunciamiento del juez, sin embargo la "petición" consiste en el reclamo específico al que debe hacer lugar (o no) el juez.

En el acápite "objeto" del escrito inicial, la accionante manifiesta que inicia acción por despido indirecto y cobro de pesos, pero no expresa cuáles son los rubros ni los montos en los que basa su reclamo, señalando asimismo que los importes surgirán de la liquidación que practica en su demanda. Empero, no practica ninguna liquidación ni indica los montos de su pretensión.

Es más, luego de describir el intercambio epistolar, limita su reclamo a las multas art. 10 y 5 ley 24.013, entrega de recibos oficiales, certificados de trabajo y aportes provisionales, todo acorde a la remuneración que reclama que considera inferior a la que le corresponde por derecho y actividad desarrollada.



Puede observarse que en el escrito de demanda no se ha establecido a cuánto asciende lo peticionado, ni siquiera en forma estimada o aproximada, pese a que contaba con elementos suficientes para precisar el monto pretendido.

Si bien puede eximirse a la actora de estimar la cuantía del reclamo en los casos en que esa determinación resultara imposible o de una complejidad extrema y -así lo hubiera señalado-, no es éste el caso, ya que contaba con elementos suficientes para precisar, la cuantía de su pretensión, o por lo menos indicar claramente cuáles eran los rubros objeto de reclamo.

Sin advertir la falta de descripción precisa de lo que se demanda y la petición, en términos claros y positivos (art. 20, inc. c y g de la ley 921), el juez de grado condena al pago de los rubros que surgen de la prueba pericial contable efectuada sobre puntos de pericia propuestos por la accionante yendo más allá en cuanto a los alcances de la pretensión de la parte actora.

Se ha dicho que: "Resulta improcedente la condena por diferencias salariales, si el actor ha omitido incluir en la demanda una pretensión al respecto, no supliendo dicha omisión el reclamo de tales diferencias contenido en una intimación, pues tal proceder resulta contrario a lo previsto en el art. 65 inc. 3° de la ley 18.345 y al principio de congruencia (del voto del Dr. Guibourg) (CNAT, Sala III, 21-3-2005, D.J. 2005-3-10)." (...) (CNAT, Sala X, 20-9-2006, "Nivea de Pacheco, Ana Estela del Valle p/si y en ep. d/s. h. men. N., N., L., C. P., S. c/ Empresa Talleres Gráficos Confortguias SA y otro") (conf. FALCON, Enrique M., "TRATADO DE DERECHO



PROCESAL LABORAL”, Rubinzal-Culzoni Editores, Tomo I, pág. 617-618).

También que: “No creo que pueda recogerse en el proceso laboral la facultad de fallar extra petita –como lo sugiere el autor citado– ya que la razón para que el juez procediera de esa forma sería la necesidad de **suplir las deficiencias de la demanda** en consideración de la situación de inferioridad del trabajador. Entiendo que en este planteo se está proyectando –a mi juicio erróneamente– ese desnivel social y económico que fundamenta la introducción de la ley con afán equilibrante, a un terreno en el que concretamente desaparecen esas diferencias toda vez que el trabajador, como cualquier litigante en los tribunales nacionales y locales, debe estar asistido por un abogado, a quien se supone se le ha brindado toda la información necesaria para plantear los reclamos posibles para encarrilarlos en las vías que la ley le otorga como a cualquier habitante en un litigio ante tribunales imparciales.”

“Estimo que la aplicación del principio protectorio no debe alcanzar a convertirse en una implementación de procedimiento inquisitorio apartándose del indispensable equilibrio jurídico entre los litigantes, más allá de los aspectos ya marcados de adopción de un impulso de oficio y otras mecánicas que facilitan la acción del demandante trabajador. **Aspirar a que sea el juez quien complete las omisiones en que incurre el demandante de derechos irrenunciables, es confundir los ámbitos de actuación.** No plantear inconstitucionalidades de normas que protegen derechos irrenunciables puede ser corregido por el tribunal que actúe aplicando el principio iura novit curia pero lo



que no puede hacer es reemplazar el planteo de los hechos que van a enmarcar el litigio. De eso se ha tratado en el caso y a esto no parece que puedan oponerse soluciones como la de que sea el juez quien complete o rectifique el planteo fáctico...” (Cfr. Rodríguez Mancini, Jorge “Congruencia e irrenunciabilidad”, Publicado en: DT 2014 (agosto), 2059 LA LEY 19/08/2014, 1 LA LEY 2014-D, 1123 Cita Online: AR/DOC/2465/2014)

Así lo expresado la Dra. Clerici conforme cita la demandada, al decir que: “Como consecuencia del debido proceso y de la garantía de defensa en juicio incluidos en el art. 18 de la Constitución Nacional, en materia procesal se ha desarrollado el principio de congruencia, que requiere una real correspondencia entre lo planteado por las partes y lo resuelto en la sentencia. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha destacado la importancia del principio de congruencia, sosteniendo que “los jueces están facultados para calificar jurídicamente hechos y determinar las normas que los rigen con independencia de los argumentos o derechos expuestos por las partes; doctrina ésta que se resume con el aforismo *iura novit curia*”, pero esta facultad no autoriza que el juez modifique los presupuestos fácticos del litigio, ni altere la relación procesal, pues la decisión de acordar derechos no pedidos ni debatidos en el pleito vulnera el principio de congruencia y afecta, en definitiva, la garantía del debido proceso (cfr. autos “Quenón c/ Directores del Banco Popular Financiero”, Fallos 292:493; “Empresa Constructora Casa S.A.C.I.F.I. c/ Banco Hipotecario Nacional”, Fallos 307:1.487; “Aragone c/ Ema A. Checchi de Cichero Pitre”, Fallos 307:510).



Asimismo ha dicho nuestro máximo tribunal nacional que "el principio de congruencia se vincula con la garantía de defensa en juicio, ya que como regla el pronunciamiento judicial que desconoce o acuerda derechos no debatidos es incompatible con las garantías constitucionales, pues el juzgador no puede convertirse en la voluntad implícita de una de las partes, sin alterar el equilibrio procesal de los litigantes en desmedro de la parte contraria" (del dictamen del Procurador General que la Corte hace suyo en autos "Franco s/recurso de apelación Ley 24.521", Fallos 327:1.607). (Conf. "NOGUERA MIRTA MABEL Y O. C/PREVENIR S.A. S/DESPIDO POR OTRAS CAUSALES", EXP N° 454223/2011, 7/3/2017).

Consecuentemente, corresponde revocar la sentencia en relación a la totalidad de los rubros que la misma condena.

Respecto del resto de los agravios, en razón de lo expuesto y siguiendo el principio de economía procesal, deviene abstracto el tratamiento de los expresados sobre la causa y configuración del despido indirecto, la procedencia de diferencias salariales, las horas extras y la no aplicación del art. 277 de la LCT, ante la imposibilidad de aplicar una condena concreta.

Al pedido efectuado por la letrada de la parte actora de regulación de los honorarios diferidos a fs. 164, una vez regulados los correspondientes a la resolución de fs. 153, vuelvan los autos a esta Alzada a sus efectos.

IV.- Por las razones expuestas, propongo al Acuerdo se haga lugar al recurso interpuesto, se revoque la sentencia dictada en primera instancia y se rechace la



demanda interpuesta en todo lo que ha sido materia de agravios.

Costas a cargo de la actora vencida (arts. 68 del CPCyC y 17 de la ley 921).

A la regulación de honorarios solicitada por los letrados de la accionada por su participación en primera instancia, sin perjuicio de la presentación extemporánea, los letrados comparecieron a estar a derecho realizando el control de la prueba, actividad profesional que corresponde sea remunerada.

Déjense sin efecto los honorarios regulados por el juez de grado, los que corresponden se adecuen al presente pronunciamiento.

En tanto no existe base regulatoria en los términos del art. 20 de la ley 1594, corresponde regular los mínimos arancelarios y en proporción a la actuación desarrollada en la instancia de grado.

En consecuencia, regulo los honorarios de los Dres..... y, en las sumas de \$2.454 y \$6.169 como apoderado y patrocinante de la demandada respectivamente y por una etapa y los de la Dra..... por su participación en el doble carácter por la actora en la suma de \$12.096, todos de conformidad con la ley arancelaria vigente.

Asimismo, regulo los emolumentos de la perito Cra. en la suma de \$2.500, en proporción con las restantes regulaciones.

Los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada en el 35% de lo que se regulara en la instancia de grado a los letrados de la parte demandada y 25% a los letrados de la parte actora (art. 15 ley 1594).

La Dra. Patricia CLERICI dijo:



I.- He de disentir parcialmente con el voto de mi colega de Sala.

II.- Adhiero a lo dicho en el primer voto respecto de los rubros indemnización del art. 245 de la LCT, indemnización sustitutiva del preaviso, integración del mes del despido, vacaciones no gozadas y SAC proporcional, en tanto ellos no fueron reclamados en la demanda.

Haber circunscripto el objeto de la litis al "despido indirecto" y "al cobro de pesos", sin una especificación de los rubros que se pretenden percibir, resulta una imprecisión que juega en contra de la accionante, ya que a ella le correspondía la carga de describir precisamente lo que demanda y la petición, en términos claros y positivos (art. 20 incs. c y g, ley 921).

Luego, y conforme se ha resuelto en el voto del Dr. Noacco, al no haber sido peticionados expresamente, la condena contenida en la sentencia de grado al pago de los ítems señalados resulta nula, por incurrir en el vicio de fallar extra petita.

Cabe señalar que el a quo no ha abordado la procedencia de los rubros solicitados por la actora: multa de los arts. 10 y 5 de la ley 24.013, entrega de recibos de haberes y entrega de los certificados de ley acordes a la remuneración que debió percibir la trabajadora, pero dado que la sentencia no ha sido recurrida por la accionante, la Cámara se encuentra impedida de abordar esta cuestión (art. 278, CPCyC).

III.- Pero en lo que no estoy de acuerdo con la solución propuesta en el primer voto, es en lo atinente a las diferencias salariales.



Del texto de la demanda -relato de los hechos- surge, en mi opinión, el reclamo por diferencias salariales, fundado en que durante el tiempo que duró la pasantía como enfermera autorizada a la accionante, se le continuó abonando la remuneración correspondiente a la categoría de mucama.

Esta petición se encuentra explicitada y fundada, tanto en hechos como en derecho, y su procedencia se encuentra habilitada no solamente por la incontestación de la demanda de la parte demandada, que supone tener por cierto los hechos lícitos invocados en el escrito inicial, sino también por el resultado de la prueba pericial contable y los recibos de haberes de fs. 29/83.

Es cierto que la actora no cuantificó el reclamo, pero ofreció y diligenció prueba conducente a tal fin, supliendo así la falta de liquidación inicial.

En cuanto al agravio de la demandada referido a la categoría en base a la cual la perito ha liquidado las diferencias salariales, no le asiste razón a la recurrente.

En efecto, de acuerdo con el informe de fs. 181, la perito ha tomado en cuenta para cuantificar las diferencias salariales, la categoría i) del CCT n° 122/75 -personal especializado en terapia intensiva, clímax, unidad coronaria, nursery, foniatría y riñón artificial-.

Es cierto que en las aclaraciones posteriores, la perito confunde la denominación de la categoría, pero lo importante es que el sueldo básico considerado por la experta coincide con el informado para la categoría i) del CCT n° 122/75 (fs. 193/vta. y 204/vta.), por lo



que considero que las diferencias salariales han sido correctamente liquidadas.

Por otra parte, la demandada no ha cuestionado oportunamente este aspecto del informe pericial.

Igual suerte correrá el agravio referido a la incorporación de los adicionales para el cálculo de la categoría y el asentimiento prestado por la demandante en orden a percibir el sueldo de mucama.

La actora reclamó por el pago de diferencias salariales, las que se originaron en que durante la pasantía como enfermera se le continuó abonando el sueldo de mucama. Luego el cálculo realizado por la perito es correcto en cuanto a que la liquidación debe ser hecha tomando en cuenta todos los rubros remunerativos que le correspondía percibir a la trabajadora conforme convenio colectivo.

El art. 7 de la LCT establece que: *"las partes, en ningún caso, pueden pactar condiciones menos favorables para el trabajador que las dispuestas en las normas legales, convenciones colectivas de trabajo o laudo con fuerza de tales, o que resulten contrarias a las mismas. Tales actos llevan aparejada la sanción prevista en el artículo 44 de esta ley"* (la nulidad).

De ello se sigue, que si de acuerdo con el art. 9 inc. 9 del CCT de aplicación, la trabajadora de autos debía percibir la remuneración correspondiente a la categoría superior, en la cual efectivamente se desempeñaba, esa remuneración debe respetar las cláusulas convencionales, siendo, además, inoponible a la actora el acuerdo mediante el cual aceptó percibir el sueldo de mucama durante la pasantía como enfermera, por ser contrario al convenio colectivo de aplicación.



Conforme lo sostiene Juan Carlos Fernández Madrid, los contratos de trabajo celebrados en violación al principio que contiene el art. 7 de la LCT se consideran nulos por ilicitud o prohibición de su objeto (arts. 41, 42 y 44 LCT), y la cláusula nula es reemplazada por la disposición imperativa proveniente de la ley, o del convenio colectivo de trabajo (cfr. aut. cit., "Ley de Contrato de Trabajo comentada y anotada", Ed. La Ley, 2009, T. I, pág. 238).

Consecuentemente, entiendo que la demanda no debe ser rechazada íntegramente, sino que la misma prospera solamente por el rubro diferencias salariales, o sea por la suma de \$ 29.612,45.

IV.- En virtud de la modificación que debe hacerse en la distribución de las costas del proceso y en la regulación de los honorarios profesionales, conforme lo autoriza el art. 279 del CPCyC, deviene abstracto el tratamiento de los agravios de la demandada referidos a estos temas.

V.- Por lo dicho es que propongo, hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de la parte demandada, y modificar, también parcialmente, el resolutorio recurrido, disminuyendo el capital de condena, el que se fija en la suma de \$ 29.612,45.

Las costas por la actuación, en ambas instancias, teniendo en cuenta el éxito obtenido, se imponen en el orden causado (arts. 17, ley 921 y 71, CPCyC).

Se dejan sin efecto las regulaciones efectuadas en la sentencia de grado, y se fijan los honorarios profesionales por la actuación en la instancia de origen, en el 21% de la base regulatoria para la Dra....., en doble carácter por la actora; 7,5% de la



base regulatoria para el letrado patrocinante de la parte demandada, Dr.....; y 3% de la base regulatoria para el apoderado de esta última parte, Dr....., todo de conformidad con lo prescripto por los arts. 6, 7, 10, 37 y 39 de la ley 1.594.

Los honorarios de la perito contadora, teniendo en cuenta la adecuada relación que deben guardar con los emolumentos de los abogados de las partes, y la labor cumplida por la experta, se determinan en el 4% de la base regulatoria.

Los honorarios de los letrados que actuaron ante la Alzada, Dres....., y, se regulan en el 30% de la suma que se liquide para cada uno de ellos, por igual concepto y por su labor en la instancia de grado (art. 15, ley 1.594).

Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente, se integra Sala con **el Dr. Jorge PASCUARELLI, quien manifiesta:**

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto de la **Dra. Patricia CLERICI**, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala II por mayoría**

RESUELVE:

I.- Modificar parcialmente la sentencia de fs. 217/222, disminuyendo el capital de condena, el que se fija en la suma de \$ 29.612,45.

II.- Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado (arts. 17, ley 921 y 71, CPCyC).

III.- Dejar sin efecto las regulaciones efectuadas en la sentencia de grado, y fijar los honorarios profesionales por la actuación en la instancia de origen, en el 21% de la base regulatoria para la Dra.



..., en doble carácter por la actora; 7,5% de la base regulatoria para el letrado patrocinante de la parte demandada, Dr.....; y 3% de la base regulatoria para el apoderado de esta última parte, Dr.; los honorarios de la perito contadora se determinan en el 4% de la base regulatoria (arts. 6, 7, 10, 37 y 39 de la ley 1.594).

IV.- Regular los honorarios de los letrados que actuaron ante la Alzada, Dres., y, en el 30% de la suma que se liquide para cada uno de ellos, por igual concepto y por su labor en la instancia de grado (art. 15, ley 1.594).

V.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dra. Patricia Clerici - Dr. José I. Noacco - Dr. Jorge Pascuarelli

Dra. Micaela Rosales - Secretaria