



NEUQUEN, 30 de julio de 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**CHURRARIN ALBA ERNESTINA C/ INSTITUTO DE CAPACITACION Y EXTENSION ASOCIACION CIVIL (IUCE) S/ DESPIDO Y COBRO DE HABERES**", (**JNQLA1 EXP N° 506723/2015**), venidos en apelación a esta **Sala III** integrada por los Dres. Marcelo Juan **MEDORI** y Fernando Marcelo **GHISINI**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina **TORREZ** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el **Dr. Medori**, dijo:

I.-Contra la sentencia del 15/02/2019 (fs.191/199), que hace lugar a la demanda por el cobro de indemnizaciones derivadas del despido y multas de las leyes 24013 Y 25323, por la suma de \$677.167,27 desde el 16/04/2015, con más intereses y costas, las partes interponen recurso de apelación:

a) **Apelación de la demandada** (fs.204/206).-
Explicita que la resolución bajo recurso, agravia a su instituyente por cuanto toma una base salarial incorrecta a efectos de practicar la planilla de liquidación, en tanto se basa en la Resolución N° 3/2015 dictada por el Consejo Gremial de Enseñanza Privada que comenzó a regir el 01/03/2015, cuando según entiende correspondía aplicar la Resolución 03/2014, en tanto fue la que rigió durante los últimos 10 meses laborales de la actora.

Manifiesta que por imperio del art. 245 LCT en el que se abona la mejor remuneración normal y habitual del último año trabajado y tomando en cuenta la fecha de la extinción de la relación (16/04/2015), el mejor salario es el que contempla la Res. 03/2014 y no la que consideró el sentenciante, en tanto solo rigió por dos meses.

Da cuenta a su vez, que la base salarial que sostiene la sentencia es respecto a un directivo con título habilitante, cuestión que no acreditó la actora, por lo que el



salario que le hubiera correspondido es de \$12.377,25 y que por ello el total indemnizatorio más las multas liquidadas, tan solo ascendería a \$297.843,12 por todo concepto.

Rechaza la aplicación del art. 8 de la Ley 24013, por violación al principio de congruencia, en tanto el Juez de grado invocando el principio de "iuria novit curia", decide enmendar lo que entendió fue un error de tipeo, ya que en el escrito de demanda solicitaba la sanción del art. 9 de la misma ley y que toda la contestación de la acción se basó en dar respuesta a esta última multa que contempla una situación fáctica diferente.

Peticiona se revoque la sentencia, en lo que resulta materia de agravios.

b) Apelación de la actora (fs.207/209 vta.).

Cuestiona la decisión por causarle gravamen irreparable, ya que se rechazaron las diferencias salariales pretendidas por erróneo encuadramiento convencional y que aun determinando qué convenio resulta aplicable, las desigualdades remuneratorias persisten conforme lo que se le abonaba mensualmente y el monto base de cálculo que se estableció en la indemnización.

Que, por lo expuesto, razona que debe hacerse lugar a las diferencias solicitadas aplicando el principio protectorio previsto en el art. 9 de la LCT y en función de la potestad conferida al juzgador por el art. 40 de la Ley 921.-

Critica la imposición del 20% de las costas del proceso por considerar que ha salido victorioso en la acción iniciada, no solo respecto del monto reclamado sino también en todos los demás conceptos, excepto por las diferencias salariales, las que cuestiona en su recurso.

Peticiona se carguen la totalidad de los gastos causídicos al demandado.

c)A fs. 203 la perito contadora apela sus honorarios por bajos.



II.-Sustanciados los recursos (fs. 210-08/03/2019), responde la actora a fs. 211/212 y vta. requiriendo se rechace el de la accionada con costas; y esta última a fs. 213/214 y vta., solicita se desestime el agravio de la contraria con idéntica consecuencia.

III.-A) Ingresando a analizar el pronunciamiento en crisis, resulta que en el marco de un contrato sin registración, se tuvo por comprobada la injuria laboral rupturista (art. 242 LCT), con fundamento en que la demandada omitió contestar los telegramas intimatorios, activando la presunción en favor de los dichos de la trabajadora (art. 57 LCT), referidos a la existencia del contrato de trabajo que le había sido negado.

Determina que conforme surge de las testimoniales, la actora se desempeñó como directora de la carrera terciaria de enfermería en el esquema de actividad educativa privada (ley 13.047); establece su remuneración y base de cálculo bajo los parámetros de la Resolución n° 3/2015 dictada por el Consejo Gremial de Enseñanza Privada que comenzó a regir a partir del 1 de marzo del 2015.

Practica las liquidaciones indemnizatorias legales derivadas de la disolución del vínculo en los términos de los arts. 123, 156, 231, 232 y 245 de la LCT, arts. 8 y 15 Ley 24.013 y art. 2 Ley 25.323; aunque rechaza las diferencias salariales pretendidas por considerarlas improcedentes en el marco de las disposiciones del CCT 700/14 de UTEDYC, el que finalmente no resultó de aplicación.

B) Por una cuestión metodológica examinaré en primer lugar el recurso de la demandada.

1.-Procede reseñar en forma liminar que es reiterada la jurisprudencia de esta Sala referida a la forma de interpretar el salario base indemnizatorio que prevé la norma del art. 245 LCT. cuando establece: "*...el empleador deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a un*



mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres meses tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual, devengada durante el último año o durante el tiempo de la prestación de servicios si éste fuera menor" (artículo sustituido por el art. 5° de la Ley 25877, B.O. 19/03/2004-).

En este sentido Alejandro Sudera explica: "La redacción dada al artículo 245 por la ley 25.877 ha remplazado la alusión que se hacía a la "remuneración percibida" por la de "remuneración devengada", precisando el término en relación con lo que se quiere conceptualizar, tal cual lo habían entendido invariablemente la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo y la de la Corte Suprema de Justicia de la Nación".-

Agregando: "Resulta -y resultaba antes-evidente que la remuneración a considerar debe ser la devengada, y no la percibida, porque -de lo contrario- se otorgaría al empleador una herramienta para beneficiarse con su propio incumplimiento en relación con su obligación indemnizatoria, toda vez que el no pagar (en forma total o parcial) los haberes -generando la no percepción por parte del trabajador- le permitiría reducir la base de cálculo de la tarifa". (Revista de Derecho Laboral Tomo:2011 -"Extinción del Contrato de Trabajo Cita: RCD557/2013 <http://colegioabogadosavo.org.ar/laboral/contenido/documentos/119.pdf>).

A su vez: "La remuneración que se toma para el cálculo debe ser la mejor, pero con la condición de que a la vez sea normal y habitual. No se computan por tanto los pagos no mensuales (gratificaciones, sueldo anual complementario) o que no son habituales pues dependen de hechos contingentes que no se repiten regularmente (premios extraord.)....Por normal se entienden aquellas situaciones que sirven de norma o regla, o desde otro punto de vista, las cosas que se hallen en estado



natural. Habitual, por su parte es sinónimo de periodicidad o continuidad, según la definición de la mayoría en el Plenario Piñol, Cristóbal Antonio c. Genovesi S.A.”.(p.610 y 611, Fernández Madrid, Práctica Laboral - citado in re “Provoste Medina Edith Erika c/ Martin y Cia. S.A. s/ Despido”- Sala III Exp n° 298743/3 Sentencia del 25/03/2008).

Obtenidas las remuneraciones mensuales, normales y habituales devengadas durante el último año aniversario (o período menor, si fuere el caso), corresponde tomar -de entre ellas- “la mejor”, esto es, la correspondiente al mes de mayor cuantía dineraria una vez sumados horizontalmente todos los rubros no excluidos.

En el ámbito de la Justicia Nacional del Trabajo la cuestión de “la mejor” ha sido resuelta por el fallo Plenario 298, dictado en la causa “Brandi, Roberto Antonio c/Lotería nacional SE”, por el cual se estableció que: “*para el cálculo de la indemnización por antigüedad no se deben promediar las remuneraciones variables, mensuales, normales y habituales*” y en esta línea, jurisprudencialmente se ha dicho: “*en cuanto la base de cálculo de la indemnización de que se trata está compuesta por la mejor remuneración percibida por el actor*”. (Del voto del Dr. Capón Filas, en mayoría en autos “López Teresa c/ Siembra AFJP SA s/despido” citado por esta Sala III en autos “Urrutia Marcelo Alejandro c/ Fravega S.A.C.I. E I. s/ Despido”- Exp. N° 317769/4- Sentencia del 13/11/2007-).

“Lo cierto es que al respecto la jurisprudencia dispuso que al tomar este módulo como punto de referencia para la determinación del resarcimiento, se puede inferir que el fin propuesto por la norma fue otorgar al trabajador una base para el cálculo indemnizatorio que fuera suficientemente representativa de su nivel de ingresos en circunstancias en que éstos sufrieran variaciones, ya sea de tipo real o nominal, su finalidad no fue otra que ponderar la base de



cálculo de la indemnización sobre pautas reales". (Grisolía Julio Armando, "Régimen Indemnizatorio en el Contrato de Trabajo", Ed. Nova Tesis Editorial Jurídica, Buenos Aires Octubre del 2001).

Por ello encuentro que la aplicación de la Resolución 3/2015 tenida en cuenta por el juez de grado y dictada por el Consejo Gremial de Enseñanza Privada que comenzó a regir el 01/03/2015 es la mejor remuneración devengada mensual, normal y habitual en forma previa a su despido con fecha 16/04/2015 y consecuentemente con ello, el salario base de cálculo que se adoptó permanecerá indemne.

Considerarlo de otra forma, llevaría a una desinterpretación normativa que conduciría a la vulneración de los derechos adquiridos por el trabajador (art.9 y 11 LCT), motivo por el cual la queja será desestimada en este aspecto.

2.-En relación al pedimento de asignársele un salario menor al cálculo indemnizatorio por la falta del título habilitante de la actora, resulta ser una cuestión introducida recién en esta instancia revisora, que impide su tratamiento.

Recuérdese que el artículo 277 del Código Procesal dispone expresamente: *"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."*(arts. 18 de la Const. Nac.; 58 de la Const. Prov.; 20 del Cód. Civil; y 34 inc. 4 y 164 del Cód. Procesal)."

"La consideración por la Cámara de nuevas cuestiones, distintas a las planteadas en la oportunidad procesal pertinente, además de afectar el derecho de defensa de la apelada (art. 18 CN; art. 9 de la Const. Pcial.), violaría el principio de congruencia al resolvérselas y no existir correspondencia entre el pronunciamiento que se emite



y las pretensiones que constituyen el objeto del proceso, las cuales se formularon ante el magistrado de primera instancia".(Sala III "Carrillo Natalia Pilar c/ Fundación Holística Morning Glory s/cobro de haberes", Exp.Nº339534/6-Sent. 04/03/2010).

"De esta manera, se concluye que la petición traída a debate en esta instancia revisora no fue oportunamente planteada ante el juez de origen, lo que impide cualquier tratamiento dado la expresa prohibición contemplada en el art. 277 del CPCC" (Sala III "Mera Mario Gustavo c/ Liberty ART S.A. s/ Recurso art. 46 ley 24557", Exp. Nº 403559/2009- Sent. 11/03/2014, entre otras).

3.-En cuanto al agravio referido a la aplicación de la multa del art. 8 de la Ley 24013 entendiendo con ello que se ha violado el principio de congruencia, el mismo tampoco tendrá andamiaje favorable.

Cabe tener presente que corresponde exclusivamente a los magistrados determinar el derecho aplicable al caso que se tiene a consideración, lo cual supone un análisis previo del ordenamiento jurídico por parte de éstos, que no puede verse limitado a la interpretación o derecho invocado por las partes pues ello, convertiría en letra muerta el famoso principio: "iura novit curia".

Los jueces no están obligados a adecuarse a las normas mencionadas por las partes en sus escritos postulatorios (demanda, contestación, etc.), pudiendo basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos y hasta interpretar de manera diferente el sentido o alcance que las propias partes pretenden efectuar sobre la ley que invocan.

No es la norma o conjunto de normas que esgrimen las partes las que individualizan la pretensión, sino los hechos que se exponen como fundamento de la acción o defensa los que delimitan el poder del juez para decidir la contienda.(Sala III "Souble Avelino Agustín c/ Jugos del Sur



S.A. s/ Despido Directo p/ otras Causales"- Exp. N° 372594/2008-Sentencia 19/04/2012).

La propia Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que *"Por aplicación del principio iura novit curia, los jueces no se encuentran vinculados por la aplicación jurídica que las partes dan a sus pretensiones y pueden suplir el derecho mal invocado, ello así en tanto no alteren las bases fácticas de lo discutido"* (Fallos: 300:1015; 313:915, L.L 2003-E-243, entre muchos otros).

Conforme a los antecedentes expuestos, y las facultades otorgadas al judicante, la incongruencia planteada resultará desestimada, confirmándose en consecuencia la decisión del juez de grado sometida a decisión.

Es que observándose que el objeto de la demanda resultaba ser el reclamo por inscripción de una relación clandestina durante más de nueve años, no cabe duda, que por aplicación del principio iura novit curia y del art. 40 de la ley 921, correspondía encuadrar la situación de hecho denunciada en la multa del art. 8 ley 24.013 por falta de registración, mas no en el art.9 que se consignó erróneamente en el escrito de demanda y que versa sobre asignar una fecha diferente de ingreso en la documentación laboral.- Se trató de un error formal que en modo alguno puede obstaculizar la procedencia de la indemnización claramente reclamada de acuerdo a los hechos invocados y telegramas intimatorios acompañados (fs.15/17), tal como se resuelve en la instancia de grado.

El recurso, pues, deberá ser rechazado.

C) Desestimados como han sido los agravios de la demandada y merituando las diferencias salariales reclamadas por la demandante, encuentro que lleva razón en su pretensión dado que al efectuarse un nuevo encuadramiento jurídico convencional bajo las disposiciones de la Ley 13047, por



subsunción al mismo, las mismas deben ser reconocidas, dado que al hacerlo, en modo alguno se está modificando el reclamo.

Resulta una nueva aplicación al caso en análisis del principio "iura novit curia" y del art. 40 de la Ley 921, que más allá de lo ya expresado supra, faculta a los magistrados a fallar ultra petita, ya que señala que el monto de la condena podrá ser mayor que el reclamado cuando así corresponda en una correcta aplicación del derecho y de los cálculos aritméticos.

Como bien se ha señalado, en opinión que se comparte, "El art. 40 de la ley n° 921, de procedimiento laboral, solamente permite al Juez apartarse del principio de congruencia, cuando los cálculos aritméticos o cuestiones de derecho le indiquen que debe fijar un monto mayor de condena" (Sala II "Lara Emiliano c/ Sucursal de Norberto Fernández SRL y otros/Despido"- Exp.N°588-CA-Sentencia del 12/09/2000-).

De lo sintéticamente reseñado, se puede observar que la base fáctica del litigio no se alteró, ya que por uno u otro convenio persistía la existencia de diferencias salariales.

Es de hacer notar a su vez, que la propia demandada en su contestación entendió que debía aplicarse la Ley 13047 y no el CCT N° 700/14 de UTEDyC invocado por la actora, aunque al considerar que la misma era administrativa y de media jornada, no halló diferencias salariales.

Luego al comprobarse en la causa que su cargo fue el de directora y con jornada completa, las diferencias salariales se pusieron en evidencia correspondiendo, por tanto, su liquidación.

En tal orden, realizando los cálculos pertinentes, y tomando para ello en consideración los meses solicitados (fs.25 y vta.) y las Resoluciones del Consejo Gremial de Enseñanza Privada CGEP N° 4/2012, 3/1014 y 3/2015



que fijan los salarios para el cargo que detentaba la accionante, se obtiene lo siguiente:

Periodo Mayo 2013/Febrero 2014 = cobró
\$41.000,00 - debió cobrar \$82.514,80 -dif. adeudada:
\$41.514,80 (salario mensual considerado \$8.251,48).

Periodo Marzo 2014/Febrero 2015= cobró
\$55.000,00 - debió cobrar \$154.380,60 -dif. adeudada:
\$99.380,60 (salario mensual considerado \$12.865,05).

Periodo Marzo 2015 = cobró \$5.000,00 - debió
cobrar \$ 17.979,52 - dif. adeudada: \$12.979,52.

SAC 2013: \$4.251,48 y SAC 2014: \$8.365,05.-

En consecuencia, totaliza lo adeudado por este concepto la suma de \$ 166.491,45.-

D) Conforme se resuelve, el agravio referido a la distribución de las costas procesales determinado en la sentencia recurrida deviene en abstracto, en tanto corresponde readecuarlas al nuevo resultado del pleito, siguiendo las pautas que surgen de los arts. 17 L.921 y 68 del CPCyC, que establecen el principio rector de costas a cargo del vencido, en este caso, en ambas instancias.

IV.- Respecto a los estipendios de la perito contadora que apela sus honorarios por bajos (fs.203), como es sabido, si bien no existen pautas objetivas aplicables a los honorarios de los peritos, conforme reiterada jurisprudencia de esta Alzada la retribución debe ser fijada atendiendo a la calidad y complejidad de sus respectivos trabajos y su incidencia en la definición de la causa, además de guardar la debida relación con los honorarios de los restantes profesionales intervinientes (Sala I, in re "Pugh David c/ Cabeza Rubén Osvaldo y otro", Exp. N° 385961/9-Sent.06/09/2012-).

De conformidad con las pautas mencionadas se observa que el porcentaje de la regulación justipreciada en la instancia de grado resulta ajustado a los porcentajes que



habitualmente utiliza esta Cámara para casos análogos, imponiéndose, por tanto, su confirmación.

V.-Por las razones de mérito expresadas, propiciaré al Acuerdo el rechazo del recurso interpuesto por la demandada, y acogiendo parcialmente la apelación de la accionante en relación al reclamo por diferencias salariales adeudadas, modificar el monto de condena el que se determina en la suma de \$843.658,72, con más los intereses establecidos en la instancia de grado y modificar la imposición de costas, que al igual que las devengadas ante este Tribunal, se cargaran íntegramente a la demandada vencida (arts. 17 Ley 921 y 68 CPCyC), al igual que los porcentajes fijados por honorarios profesionales a calcularse sobre la nueva base regulatoria (art.20 L.A.).

VI.-Rechazar el recurso de la perito contadora, confirmando el porcentaje de honorarios fijado en la sentencia apelada.

VII.-Regular los honorarios de los letrados intervinientes en el recurso en la proporción del 30% de los emolumentos que se fijen por la actuación en primera instancia (art. 15 de la L.A.).

El Dr. Ghisini, dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala III**

RESUELVE:

1.- Modificar la sentencia dictada a fs.191/199, determinando el monto de condena en la suma de \$843.658,72, con más los intereses establecidos en la instancia de grado, de conformidad a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

2.- Confirmar los honorarios regulados a la perito contadora-



3.- Imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida (arts. 17 ley 921 y 68 C.P.C.C.).

4.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo que oportunamente se fije en la instancia de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

5.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori
Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA