PODER JUDICIAL DE NEUQUÉN

NEUQUEN, 7 de Marzo del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **“NOGUERA MIRTA MABEL Y O. C/ PREVENIR S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES”**, (**JNQLA1 EXP** Nº **454223/2011**), venidos en apelación a esta **Sala II** integrada por los Dres. Federico **GIGENA BASOMBRIO** y Patricia **CLERICI**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **la Dra. Patricia CLERICI dijo:**

I.- La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 314/316, que hace lugar a la demanda, con costas al vencido.

A) La recurrente se agravia por considerar que ha habido un error en la remuneración tomada como base de cálculo de la liquidación final.

Dice que el a quo ha incluido en esta remuneración conceptos no contemplados por las actoras, por lo cual su parte no pudo ejercer el derecho de contradicción.

Sigue diciendo que las actoras han reclamado las diferencias salariales derivadas del pago del rubro “Caja Compensadora del Personal de Cirugía”, señalando que este adicional no se tuvo en cuenta para la liquidación de las indemnizaciones de los arts. 245 y 231 de la LCT, en tanto que la pericia contable detectó el correcto pago de lo reclamado por las demandantes.

Señala que se encuentra acreditado que la demandada abonó correctamente los haberes de las actoras, incluyendo el adicional por neonatología del 20% y los aumentos otorgados en los años 2008, 2009 y 2010, como así también que abonó correctamente el adicional al personal de

quirófano, el que no correspondía fuera pagado a las demandantes.

Afirma que el a quo advirtió estos extremos pero, pese a ello, hace lugar a la demanda. Entiende que ello demuestra la incongruencia del fallo recurrido.

Se queja también de lo que califica como infundada imposición de costas.

Sin perjuicio de lo desarrollado como fundamento del primer agravio, manifiesta que la demanda prosperó en un 20% del monto inicial, y por conceptos no reclamados, por lo que la condena en costas a su parte resulta arbitraria e infundada.

Sostiene que las costas debieron ser impuestas por su orden.

Hace reserva del caso federal.

B) La parte actora contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 325/327.

Denuncia que el memorial de su contraria no reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC.

Entiende que la demandada no ha leído detenidamente el informe pericial contable y que el reclamo en concepto de diferencias en la liquidación fue uno de los puntos del reclamo de las actoras. Agrega que el juez tiene facultades para suplir alguna omisión, aunque insiste que en autos ella no existe.

Considera que se encuentra precluida la etapa para impugnar y observar el informe pericial contable.

Sostiene que el juez de grado, en materia de costas, no ha hecho más que aplicar el principio objetivo de la derrota.

II.- En primer lugar, entiendo que el memorial de la parte demandada reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC, en tanto constituye una crítica razonada y concreta de la sentencia de primera instancia, por lo que corresponde abordar su tratamiento.

III.- La cuestión traída a conocimiento de la Alzada radica en determinar si la sentencia de primera instancia ha incurrido o no en violación del principio de congruencia, al hacer lugar a la demanda por diferencias salariales derivadas del erróneo cómputo de la remuneración tomada como base para el cálculo de la liquidación final.

De acuerdo con la demanda de autos, las actoras reclamaron diferencias salariales mensuales, consecuencia de una errónea categorización de las demandantes, y las diferencias en el pago de las indemnizaciones de los arts. 245 y 231 de la LCT, basadas, a su vez, en el pago en menos de los haberes (fs. 86 vta./88).

Tal como lo señala el a quo en su sentencia, y llega firme a esta instancia, no existieron estas diferencias salariales, dado que la prueba pericial contable determinó que se abonó correctamente a las actoras los salarios, incluidos los adicionales reclamados.

No obstante ello, el juez de grado hace lugar a la demanda por diferencias en la liquidación final detectadas por la perito contadora, conforme planilla de fs. 295.

Ahora bien, de acuerdo con los dichos de la experta, estas diferencias salariales surgen por que la perito *“no coincide con el importe tomado como mejor remuneración mensual, normal y habitual tal como reza el art. 245 de la LCT …”* (fs. 297).

Conforme lo sostiene la parte actora al contestar el memorial de su contraria, las accionantes cuestionaron el

pago de la liquidación final, pero el fundamento del cuestionamiento fue la supuesta errónea categorización de las demandantes, con percepción en menos de sus haberes mensuales y consecuente pago en menos de la liquidación final, y no que el salario base tomado por la demandada para el pago de las indemnizaciones de ley no fuera, de entre los percibidos por las trabajadoras, la mejor remuneración mensual, normal y habitual a que refiere el art. 245 de la LCT.

La pregunta a responder es ¿constituye una vulneración del principio de congruencia, con afectación del derecho de defensa de la demandada, que la demanda haya progresado con base en estas últimas diferencias en el pago de la liquidación final?

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).

Sin embargo, en materia procesal laboral, la ley de la materia permite que el juez falle ultra petita. Así lo dispone a nivel local el art. 40 de la ley 921.

Carlos Alberto Livellara señala que en la sentencia ultra petita, la falta de correspondencia es de índole cuantitativa, al otorgar más de lo querido. En este caso, la cuestión ha sido incorporada al proceso por las partes, y el tribunal resuelve por encima de lo solicitado, pero dentro de los conceptos y categorías introducidos por aquellas. Por el contrario, en la sentencia extra petita se incurre en una deficiencia cualitativa, cuando se concede algo distinto de lo peticionado por las partes o se introducen cuestiones no planteadas por aquellas, y por ende ajenas a la relación jurídico-procesal. Tal pronunciamiento afecta gravemente la garantía de la defensa en juicio (cfr. aut. cit., "La facultad del juez laboral de calificar la acción y de fallar ultra petita", Revista de Derecho Laboral, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2007-1, pág. 198/199).

El autor citado da como ejemplo de una sentencia extra petita, el siguiente: si en una demanda se ha reclamado únicamente el preaviso y la indemnización por despido injustificado, no se podrán incluir el aguinaldo y las

vacaciones proporcionales, por más que se pruebe que no fueron pagadas, porque la litis quedó trabada con el reclamo inicial.

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba (Sala Laboral) nulificó el decisorio de grado en cuanto consideró injustificado el despido del trabajador al no haberse acreditado el cese por incapacidad laboral temporaria que padecía, pues el dependiente, en su reclamo, cuestionó la causal del despido aseverando la existencia de tareas livianas en la empresa demandada que le permitían seguir trabajando, de modo que el pronunciamiento contempla una figura que no fue invocada por las partes como sustento de sus respectivas posturas, lo cual lesiona el derecho de defensa del demandado (autos “Toledo c/ Oscar A. Ramallo S.R.L.”, 20/4/2010, LL AR/JUR/25218/2010).

Esta Sala II también ha considerado que existía violación al principio de congruencia cuando, habiéndose demandado en el marco de la ley 24.557, se condenó solidariamente a la empleadora con fundamento en la falta de examen preocupacional como así también de los controles periódicos, por importar un incumplimiento de los deberes de seguridad e higiene previstos en el art. 75 de la LCT y en la ley 19.587, considerando que el principio iura novit curia no permite condenar a una de las partes en virtud de una acción no entablada por el accionante (autos “Pérez c/ Roque Mocciola S.A.”, expte. n° 373.906/2008, P.S. 2013-I, n° 18). También se entendió que se violaba el principio de congruencia cuando se condenaba a un rubro que no fue objeto de la pretensión del actor –en el caso, la entrega de los certificados del art. 80 de la LCT- (autos “Olivares c/ Distribuidora Olivos S.R.L.”, expte. n° 382.130/2008, P.S. 2014-I, n° 1).

Analizado lo actuado por el juez de grado, a la luz de los conceptos reseñados, entiendo que el resolutorio

cuestionado ha incurrido en el vicio de incongruencia por haber fallado extra petita.

En efecto, las diferencias en la liquidación final que reclamaron las actoras reconocían su causa en el erróneo encuadramiento convencional, y en la omisión de percepción de los adicionales peticionados; y esta pretensión fue rechazada en tanto la prueba pericial contable determinó que la categoría profesional asignada a las trabajadoras como los haberes abonados por la demandada fueron los correctos –extremo que se encuentra consentido por ambas partes-. Luego, condenar a la demandada al pago de diferencias en la liquidación final como consecuencia de no considerar la perito que la base de cálculo tomada a tal fin fuera la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida por las demandantes, en los términos del art. 245 de la LCT importa tanto como alterar la base fáctica de la acción entablada en este expediente, ya que se condena por una cuestión no reclamada en la demanda y sobre la cual, lógicamente, la demandada no se ha defendido.

Consecuentemente, corresponde revocar el resolutorio apelado y disponer el rechazo de la demanda.

IV.- Dado lo resuelto en el apartado anterior, que importa la modificación de la condena en costas (art. 279, CPCyC), deviene abstracto el tratamiento de la queja de la demandada sobre este tema.

V.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación de la parte demandada y revocar el decisorio apelado, disponiendo el rechazo íntegro de la demanda de autos.

Las costas por la actuación en ambas instancias se imponen a la actora perdidosa (arts. 17, ley 921 y 68, CPCyC).

En virtud de lo dispuesto por el art. 279 del CPCyC ya citado se dejan sin efecto las regulaciones de honorarios de la primera instancia, y se fijan los emolumentos profesionales por la actuación en esa instancia en las sumas de $ 11.000,00 para el Dr. ..., en doble carácter por la demandada; y $ 7.700,00 en conjunto para los Dres. ... y ..., en doble carácter por la parte actora, de conformidad con lo prescripto por los arts. 9, 10 y 11 de la ley 1.594, considerando el valor JUS vigente a la fecha de la sentencia de primera instancia.

Los honorarios de la perito contadora ... se regulan en la suma de $ 2.200,00, teniendo en cuenta la adecuada proporción que deben guardar con la retribución de los abogados de las partes, quienes actúan a lo largo de todo el proceso, y la labor cumplida.

Los honorarios por la actuación ante la Alzada se regulan en las sumas de $ 3.850,00 para el Dr. ..., y $ 2.310,00 en conjunto para los Dres. ... y ..., de acuerdo con lo establecido por el art. 15 de la ley arancelaria.

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala II**

RESUELVE:

I.- Revocar la sentencia de fs. 314/316 y disponer el rechazo íntegro de la demanda de autos.

II.- Imponer las costas por la actuación en ambas instancias a la actora perdidosa (arts. 17, ley 921 y 68, CPCyC).

III.- Dejar sin efecto las regulaciones de honorarios de la primera instancia (art. 279 CPCyC) y fijar

los emolumentos profesionales por la actuación en esa instancia en las sumas de $ 11.000,00 para el Dr. ..., en doble carácter por la demandada; y $ 7.700,00 en conjunto para los Dres. ... y ..., en doble carácter por la parte actora, de conformidad con lo prescripto por los arts. 9, 10 y 11 de la ley 1.594, considerando el valor JUS vigente a la fecha de la sentencia de primera instancia.

IV.- Regular los honorarios de la perito contadora ... en la suma de $ 2.200,00, teniendo en cuenta la adecuada proporción que deben guardar con la retribución de los abogados de las partes, quienes actúan a lo largo de todo el proceso, y la labor cumplida.

V.- Regular los honorarios por la actuación ante la Alzada en las sumas de $ 3.850,00 para el Dr. ..., y $ 2.310,00 en conjunto para los Dres. ... y ..., de acuerdo con lo establecido por el art. 15 de la ley arancelaria.

VI.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI
Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria