

NEUQUEN, 20 de diciembre de 2023.

Y VISTOS:

En Acuerdo estos autos caratulados: "**BECHER MARIO OSCAR C/ ORGANIZACION COORDINADORA ARGENTINA SRL S/DESPIDO DIRECTO POR CAUSALES GENERICAS**", (JNQLA1 EXP N° 503989/2014), venidos a esta **Sala II** integrada por los vocales Patricia **CLERICI** y José **NOACCO**, con la presencia de la secretaria actuante Valeria **JEZIOR** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **la jueza Patricia CLERICI dijo:**

I.- La parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de hojas 686/700vta. -dictada el día 26 de junio de 2023-, que hace lugar parcialmente a la demanda, distribuyendo las costas procesales en un 60% cargo de la actora y en un 40% a cargo de la demandada.

Los letrados de la parte demandada apelan, por bajos, los honorarios regulados a su favor (hoja 704).

a) En su memorial de hojas 705/713vta. - presentación web n° 472824, con cargo de fecha 4 de agosto de 2023- el recurrente señala que la sentencia apelada es contradictoria en sí misma, en tanto el magistrado de grado, sin que nadie se lo pida, avanza sobre una segunda causa del despido, que no fue propuesta en el escrito contestatario.

Dice que el actor fue despedido por la única y concreta causal de "actuar en clara competencia y en conflicto de intereses para con OCA", sin que se esgrimiera ninguna otra causa.

Sigue diciendo que el mismo sentenciante de primera instancia sostiene que esta causal no fue acreditada, además de que nada impedía al demandante realizar tareas lícitas en cualquier ámbito, mientras no lesionara la competencia esgrimida, no existiendo, a contrario de lo que señala la

sentencia de grado, potencialmente peligro cierto y objetivo, configurativo de la pérdida de confianza.

Se refiere, con cita de jurisprudencia, a la pérdida de confianza y al principio de congruencia.

En segundo lugar se queja por el rechazo de la indemnización del art. 80 de la LCT.

Señala que la relación laboral concluyó el día 2 de junio de 2014, requiriéndose mediante telegrama de fecha 3 de septiembre de 2014 la entrega del certificado de trabajo y de las certificaciones de servicios y remuneraciones, entrega que no fue cumplimentada.

Como tercer agravio cuestiona la imposición de las costas procesales, sosteniendo que el actor poseía y posee fundamentos suficientes y sobrados para accionar en defensa de sus derechos. Cita jurisprudencia y doctrina.

Apela, por altos, la totalidad de los honorarios profesionales regulados en el resolutorio de primera instancia.

b) La parte demandada no contesta el traslado del memorial.

II.- Ingresando en el tratamiento del recurso de apelación de autos, advierto que la crítica de la parte actora refiere a la configuración de la causal del despido invocada por la demandada.

De acuerdo con la comunicación del despido, la conducta que se le reprocha al demandante es ser socio gerente de una sociedad de responsabilidad limitada que desarrollaba tareas análogas a la empresa demandada. Dice la comunicación del despido: *"En atención a que: 1.- A raíz de un control de rutina efectuado con fecha 27 de mayo de 2014 en el depósito del Banco de Neuquén, ubicado en Intendente Carro 140 de la ciudad de Neuquén, donde presta servicios personal OCA Sucursal Neuquén, se constató que en el mismo objetivo y cumpliendo servicios*



idénticos y/o de gran analogía a los encomendados y desempeñados por el personal de OCA, se encuentra cumpliendo servicios empleados dependientes de la firma S.I.N. - M & A S.R.L., que gira bajo el nombre de fantasía de Servicios Integrales Neuquén.

"2.- Ante tan anómala situación se procedió a investigar sobre la sociedad proveedora del personal, habiendo de este modo tomado conocimiento que la misma ha sido recientemente constituida, entre otros, por Ud. , quién ostenta el 50% de las cuotas sociales y de la que resulta ser su socio gerente.

"3.- Que no pudiendo desconocer Ud. en atención al cargo que desempeña en OCA -gerente comercial regional, teniendo la Sucursal Neuquén a su cargo-, que el Banco Provincia del Neuquén S.A. es cliente de OCA, permitió que la sociedad antes referida brinde servicios idénticos a los prestados por OCA para ese cliente, actuando en clara competencia y en conflicto de intereses para con OCA.

"4.- Que su actuar ha afectado no sólo económicamente a la empresa sino en su imagen frente al cliente y especialmente ha importado una violación a los deberes de buena fe, fidelidad y no concurrencia, afectando la lealtad, probidad y confianza que se deben las partes en el contrato de trabajo, todo lo cual además causa la pérdida de confianza en Ud. depositada, máxime teniendo en consideración sus funciones, todo lo cual hace imposible continuar con el vínculo laboral que nos une" (hoja 46, documento reconocido por ambas partes).

De acuerdo con los términos de la apelación, llegan firmes a esta instancia los siguientes hechos: 1) el actor era gerente regional comercial de zona Patagonia Sur y Norte para la demandada, habiendo comenzado a trabajar el día 3 de noviembre de 1997, ocupando distintos cargos: encargado, jefe y finalmente gerente; 2) el actor era socio de la firma S.I.N. M&A S.R.L. al momento de operar el distracto; 3) no se encuentra

configurada la competencia desleal ya que el servicio prestado por esta última sociedad para el Banco Provincia del Neuquén S.A. no fue idéntico ni de gran analogía respecto del prestado por la empresa demandada. Tampoco se encuentra controvertido que la empresa de la cual el trabajador era socio, prestaba servicios para el Banco Provincia del Neuquén en forma concomitante con OCA S.R.L.

No obstante ello, el juez de grado ha entendido que se encuentra configurada la pérdida de confianza por no haber informado -el actor- a su empleadora que había constituido una empresa que tenía como cliente a un banco para el cual prestaba servicios OCA, lo que constituye una violación al principio de buena fe.

La recurrente sostiene que esta causal -pérdida de confianza por violación del principio de buena fe- no fue invocada en la comunicación del despido, por lo cual no puede ser analizada por el juez de grado.

De la lectura de la comunicación del despido surge que no asiste razón a la parte actora en este aspecto.

En efecto, la demandada imputa al accionante la violación del deber de no concurrencia (clara competencia), y que ello configura pérdida de confianza, pero también señala que la configuración de la pérdida de confianza obedece a la vulneración de los deberes de buena fe y lealtad. Lo dicho determina que el juez de grado no ha fallado extra petita al analizar el hecho base del distracto desde la perspectiva de la buena fe.

Sentado lo anterior, corresponde analizar si la causal que la sentencia de primera instancia entiende como suficiente para justificar el despido directo del trabajador, tiene la entidad como para no permitir la continuidad del vínculo laboral (art. 242, LCT).



Conforme ya lo señalé, el juez de primera instancia ha desestimado que la conducta del actor constituya una violación del deber de no concurrencia, contemplado en el art. 88 de la LCT: *"El trabajador debe abstenerse de ejecutar negociaciones por cuenta propia o ajena, que pudieran afectar los intereses del empleador, salvo autorización de éste"*.

Quedan en pide, entonces, los deberes de fidelidad y buena fe, como causales del despido.

El art. 85 de la LCT prevé el deber de fidelidad: *"El trabajador debe observar todos aquellos deberes de fidelidad que deriven de la índole de las tareas que tenga asignadas, guardando reserva o secreto de las informaciones a que tenga acceso y que exijan tal comportamiento de su parte"*.

Por su parte el art. 63 de la LCT contempla el principio de buena fe: *"Las partes están obligadas a actuar de buena fe, ajustando su conducta a los que es propio de un buen empleador y de un buen trabajador, tanto al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato o la relación de trabajo"*.

Tal como lo sostiene Juan Carlos Fernández Madrid, en el contrato de trabajo, la buena fe y la confianza entre las partes constituyen condiciones sine qua non para que las relaciones puedan desarrollarse en forma armónica, permitiendo a cada una de ellas cumplir con sus obligaciones para llevar el contrato hacia el fin previsto. *"Las partes deben actuar de acuerdo con principios impuestos por una recíproca lealtad de conducta (situación objetiva) y con la creencia de que se respetan dichos principios (situación subjetiva)"* -cfr. aut. cit., "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", Ed. La Ley, 2007, T. II, pág. 1.133/1.134-.

Y es por ello que el deber de fidelidad (lealtad) es una consecuencia de este deber de buena fe.

En lo que refiere al deber de fidelidad, Fernando Javier Caparrós dice que el contenido del art. 85 de la LCT puede ser desglosado en dos partes: *“Una primera que, como regla general, obliga al prestador de servicios a obrar todos aquellos deberes de fidelidad que deriven de la índole de las tareas que tenga asignadas. Y, una segunda parte, en la que se especifica el deber de guardar secreto o reserva de informaciones.*

“En otras palabras, el deber de fidelidad no se agota en la obligación de guardar secreto o reserva de informaciones (segunda parte), sino que esta obligación de no hacer, es sólo uno de los muchos comportamientos que debe asumir el trabajador durante el desarrollo de la relación laboral (primera parte) y que están expresados de manera amplia” (cfr. aut. cit., *“Ley de Contrato de Trabajo comentada”*, dirig. por Mario E. Ackerman, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2016, T. I, pág. 751).

Analizada la conducta tenida por el actor, conforme lo acreditado en la causa, entiendo que ella no es suficiente para considerar que ha habido un quebrantamiento al deber de fidelidad y, en consecuencia, a la regla de la buena fe, que justifique la resolución unilateral del contrato de trabajo.

En primer lugar, falta en estas actuaciones la prueba fundamental para verificar la configuración de la violación al deber de fidelidad, cual es el contrato social de la sociedad de responsabilidad limitada que integrara o integra el demandante, lo que hubiera permitido conocer el objeto social y la existencia de concretos o eventuales conflictos de intereses respecto de la empleadora.

De las constancias de la causa surge que la demandada ofreció oportunamente prueba informativa al Registro Público de Comercio para que remitiera el contrato social antedicho (hoja 207vta.), pero este medio probatorio no fue

proveído en el auto de apertura a prueba (hoja 248), no habiéndose subsanado esta omisión a lo largo del trámite.

Por ello, el análisis de la causa del despido lo he de realizar en base a los elementos de prueba aportados a estas actuaciones, fundamentalmente lo informado por el Padrón de Proveedores del Estado Provincial (hojas 324/325) y por el Banco Provincia del Neuquén S.A. (hojas 326/327).

El primero de los organismos referidos informa que la sociedad SIN M&A S.R.L. se encuentra inscripta como proveedor para los siguientes rubros: venta al por mayor de muebles no metálicos e instalaciones para oficinas; venta al por menor de máquinas y equipos para oficinas y sus componentes y repuestos; servicios de limpieza de edificios, y servicios empresariales no clasificados en otra parte.

El Banco Provincia del Neuquén informa sobre las órdenes de compra suscriptas con la sociedad Servicios Integrales Neuquén, las que refieren a limpieza, mudanza y reorganización de dependencias; provisión de contenedores y un camión; herrería, desarme y paletización para mudanza; armado de estanterías; relocalización de tanques de gas oil y grupo electrógeno; servicio de ornamentación en 56 sucursales por las fiestas navideñas y posterior desarme; provisión de artículos navideños.

Ahora bien, los servicios contratados con la empresa demandada para el mismo período, conforme información del Banco Provincia del Neuquén, fueron los siguientes: servicio de transporte de clearing y documentación comercial; administración de correspondencia; reparto de documentación (mail room); distribución de insumos dentro y fuera de la ciudad de Neuquén; recolección de cupones de tarjetas; distribución de resúmenes de tarjetas de crédito; sobre con retiro diferido, impresión y finishing de notas varias; servicios de insert/mailing y distribución de cartas documentos.

Del cotejo de las actividades de una y otra sociedad se advierte que ellas no se superponen, siendo claramente diferentes, y, es por ello, que el juez de primera instancia concluyó en que el actor no infringió el deber de no concurrencia.

No obstante ello, ¿tenía el trabajador -gerente comercial- la obligación de informar a su empleadora sobre su participación en la sociedad comercial Servicios Integrales Neuquén, y, en su caso, la omisión incurrida configura una falta grave que impide la prosecución de la relación laboral?

Tal como lo adelanté, la respuesta es negativa.

Sabido es que la exclusividad no constituye una nota esencial o distintiva del contrato de trabajo y, en principio, no existe prohibición alguna para que el trabajador pueda desempeñarse de manera independiente fuera de su horario laboral, incluso en forma dependiente a órdenes de un tercero (cfr. CNAT, Sala V, "Ledesma c/ Nuestra Señora de Guadalupe S.A.", 5/2/2019, DT 2019, pág. 874). Ello determina que no entiendo razonable pretender que el trabajador de autos estaba obligado a comunicar a su empleadora que integraba una sociedad comercial, cuya actividad no es siquiera parecida a la que desarrolla la empresa demandada.

Tampoco advierto que el desempeño del actor como gerente de la sociedad de responsabilidad limitada pudiera provocar eventualmente un conflicto de intereses con el ejercicio del cargo de gerente para la demandada. No se ha denunciado incompatibilidad horaria para el desempeño de ambos cargos, y como ya se señaló, llega firme a esta instancia que no existe actividad en competencia con la empleadora, además de no haber imputado, la demandada, develamiento de información y/o documentación reservada.



En todo caso, si la demandada tenía objeciones para que el actor se desempeñara como socio gerente de una sociedad comercial, dada su antigüedad en la empresa y el cargo jerárquico que ocupaba, debió conversar previamente con él para darle la oportunidad, en su caso, de no ejercer la gerencia de la sociedad de responsabilidad limitada o transferir sus cuotas sociales, pero no proceder al despido liso y llano, dado que, como se señaló, no existe riesgo de competencia entre ambas actividades, cuanto menos de acuerdo con la prueba incorporada al expediente.

Lo dicho determina que he de propiciar se haga lugar a la demanda, teniéndose por injustificado el despido comunicado al demandante.

III.- Sentado lo anterior, han de analizarse los rubros pretendidos por la parte actora.

Para liquidar las indemnizaciones y demás rubros derivados del despido incausado he de partir de la base de una remuneración mensual de \$ 45.331,47 -mejor remuneración denunciada por el actor en su demanda y que también se condice con el criterio de normalidad próxima, por ser la última percibida antes del despido-.

Para así decidir tengo en cuenta el recibo de haberes del mes de mayo de 2014 adjuntado por el demandante y que obra en la documentación reservada en Secretaría, que tengo a la vista, y lo decidido en la instancia de grado respecto a que los ítems salariales Resolución ST y asignación extraordinaria tienen carácter remunerativo, y la inclusión del canon mensual correspondiente al alquiler de la vivienda para el demandante en los rubros devengados con posterioridad al despido, lo que llega firme a esta instancia.

La actora pretende la integración del mes del despido, denunciando que recibió el telegrama mediante el cual se le comunicaba el distracto el día 2 de junio de 2014.

El Correo Argentino ha informado que la fecha de imposición del telegrama de hoja 434/435 -comunicación del despido- es el día 30 de mayo de 2014 (hoja 450), pero no informa sobre la fecha de recepción por parte de su destinatario.

No obstante ello, teniendo en cuenta la fecha de imposición, y que se despachó desde la ciudad de Buenos Aires se entiende razonable que la recepción por parte del actor haya sido posterior al día 30 de mayo de 2014, teniéndose entonces como fecha del despido el día denunciado por el demandante: 2 de junio de 2014.

Consecuentemente la integración del mes del despido progresa por la suma de \$ 42.309,37, con más su SAC proporcional que asciende a \$ 3.525,78.

La indemnización sustitutiva del preaviso es de \$ 90.662,94, con más su SAC proporcional de \$ 7.555,25.

Respecto de la indemnización por antigüedad, el actor tenía, al momento del distracto 17 años de antigüedad a los efectos del art. 245 de la LCT.

La base de cálculo para la liquidación de esta indemnización es la suma de \$ 49.109,09 (mejor remuneración + SAC proporcional, conforme criterio uniforme de esta Cámara de Apelaciones y del Tribunal Superior de Justicia).

La parte demandada invoca la aplicación del tope previsto en la última parte del art. 245 ya citado. De acuerdo con la información suministrada por el Ministerio de Trabajo de la Nación, el tope para los trabajadores alcanzados por CCT 40/89 (Federación Nacional de Trabajadores Camioneros y Obreros del Transporte Automotor de Cargas, Logística y Servicios con la

Federación Argentina de Entidades Empresarias del Autotransporte de Cargas), para el sur del Río Colorado, es de \$ 24.096,63. Si comparamos el tope con la base de liquidación que le corresponde al actor, vemos que esta última se ve disminuida en aproximadamente un 49% por aplicación del tope legal. Esta afectación de la base de cálculo de la indemnización por antigüedad -superior al 33%- resulta inconstitucional, conforme doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Vizzoti c/ AMSA S.A." (sentencia del 14/9/2004), por afectación del derecho de propiedad del actor.

Ahora bien, de acuerdo con el precedente citado en el párrafo anterior debe aplicarse, como tope máximo, una reducción del 33% sobre la remuneración habitual del trabajador, por lo que, en autos, la base de cálculo de la indemnización por antigüedad debe ser de \$ 32903,09 (cfr. esta Sala II en autos "Tonk c/ Sociedad Anónima Importadora y Exportadora de la Patagonia",. JNQLA4 Expte n° 508.332/2016, 22/4/2020, entre otros).

Luego, la indemnización por antigüedad asciende a la suma de \$ 559.352,53.

Respecto de la multa del art. 2 de la ley 25323, habiendo intimado oportunamente, la parte actora, el pago de los rubros derivados del despido (hojas 53/54), y habiendo la demandada obligado al trabajador a litigar para obtener la satisfacción de su crédito, el agravamiento indemnizatorio resulta procedente, y asciende a la suma de \$ 346.162,42.

Finalmente, la queja respecto del rechazo de la aplicación de la multa del art. 80 de la LCT no tiene acogida favorable. Tal como lo ha señalado el juez de grado, las certificaciones fueron entregadas en tiempo oportuno; la denunciada existencia de diferencias en su confección no es óbice para tener por cumplida dicha obligación, cuando la actora no ha reclamado en autos diferencia salarial alguna.

IV.- Teniendo en cuenta el resultado de la apelación, que obliga a rever la condenación en costas y los honorarios regulados en la instancia de grado (art. 279, CPCyC), deviene abstracto el tratamiento del agravio sobre la distribución de los gastos causídicos y de las apelaciones arancelarias.

V.- Conforme lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de la parte actora, y declara abstracto el tratamiento de las apelaciones arancelarias.

En consecuencia, se modifica parcialmente el resolutorio recurrido, 1) dejando sin efecto el rechazo de la demanda respecto de las indemnizaciones por despido incausado; 2) incrementando el capital de condena, el que se fija en la suma de \$ 1.177.174,81; 3) e imponiendo las costas a la demanda vencida (art. 17, ley 921).

Las costas por la actuación en la presente instancia también son a cargo de la demandada perdidosa (art. 68, CPCyC).

Se dejan sin efecto las regulaciones de honorarios de la primera instancia, fijándose los honorarios por la actuación en la instancia de grado, sobre la base regulatoria compuesta por capital de condena con más intereses y actualización (art. 20, ley 1.594), en el 16% para el letrado patrocinante de la parte actora Sebastián Romeo Cumini; 6,4% para el apoderado de la misma parte, abogado Luis Alberto Cumini; 11,2% para el letrado patrocinante de la parte demandada Carlos Oscar de Caso; y 4,48% para el apoderado de la misma parte, abogado Francisco José Arando, todo de conformidad con lo prescripto por los arts. 6, 7 y 10 de la ley 1.594.

Los honorarios por la labor ante la Alzada de los letrados Luis Alberto Cumini y Sebastián Romeo Cumini se regulan



en el 30% de la suma que se liquide a cada uno de ellos, por igual concepto y por su intervención en la primera instancia (art. 15, ley 1594).

El juez José NOACCO dijo:

Adhiero al voto que antecede, expidiéndome en igual sentido.

Por ello, esta **Sala II**

RESUELVE:

I.- **Modificar parcialmente** la sentencia dictada el día 26 de junio de 2023 (hojas 686/700 vta.) 1) dejando sin efecto el rechazo de la demanda respecto de las indemnizaciones por despido incausado; 2) incrementando el capital de condena, el que se fija en la suma de \$ 1.177.174,81; 3) e imponiendo las costas a la demanda vencida (art. 17, ley 921).

II.- Imponer las costas de segunda instancia a cargo de la demandada perdidosa (art. 68, CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales en el modo indicado en los Considerandos.

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

PATRICIA CLERICI
Jueza

JOSÉ NOACCO
Juez

VALERIA JEZIOR
Secretaria