



NEUQUEN, 14 de Junio del año 2016.

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: "**CARTE MARCELO ANDRES C/ BANCO PATAGONIA S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES**", (Expte. N° **404246/2009**), venidos en apelación del JUZGADO LABORAL Nro. 2 a esta **Sala II** integrada por los Dres. Federico **GIGENA BASOMBRIO** y Patricia **CLERICI**, con la presencia de la Secretaria actuante Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **la Dra. Patricia CLERICI dijo:**

I.- Ambas partes interpusieron recursos de apelación contra la sentencia de fs. 730/739, que hace lugar parcialmente a la demanda, imponiendo las costas procesales en un 70% a cargo de la actora y en un 30% a cargo de la demandada.

a) La demandada se agravia por la admisión del reclamo por diferencias en la liquidación del adicional zona desfavorable y del adicional especial zona sur, durante el período comprendido entre agosto de 2007 y noviembre de 2008, señalando que tal decisión es violatoria de lo dispuesto en el Acuerdo celebrado el día 21 de diciembre de 2005 entre la Asociación Bancaria y la Asociación de Bancos de la Argentina, homologado por Resolución n° 575/2005 por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación.

Dice que este acuerdo se encuentra plenamente vigente y no fue reemplazado por uno posterior, y, dada su naturaleza y el marco en el que fue celebrado, sus disposiciones son de aplicación prioritaria y excluyente respecto de lo regulado sobre la misma materia en el CCT 18/75.

Insiste en que el adicional por zona desfavorable fue liquidado y abonado al actor conforme a derecho.



Realiza consideraciones respecto de los convenios colectivos de trabajo, señalando que el acuerdo del año 2005 es un convenio colectivo de trabajo, cuyas normas quedan incorporadas a los contratos individuales de trabajo.

Formula agravio por la imposición de las costas procesales, entendiendo que se ha omitido cargar a la parte actora con las costas derivadas del rechazo de los reclamos por despido sin causa, multa de los arts. 1 y 2 de la Ley 25.323, diferencias salariales por categoría, daño moral y gratificaciones especiales.

Sigue diciendo que la imposición de costas determinada por la jueza de grado es injusta y violatoria del principio objetivo de la derrota.

Apela los honorarios regulados a los letrados de la parte actora, por altos.

Hace reserva del caso federal.

b) La parte actora se agravia por entender que los vicios de la voluntad al suscribir el acta de fecha 14 de abril de 2009 se encuentran debidamente acreditados en autos.

Dice que oportunamente se señaló que el superior jerárquico del actor le informó que debía ir a Buenos Aires a una reunión para conversar respecto de una nota que el demandante había suscripto, con relación al seguro de su vehículo particular, y que los pasajes de avión -ida y vuelta- fueron gestionados por la demandada. Agrega que el actor viajó con su jefe a Buenos Aires el día 14 de abril de 2009.

Sigue diciendo que tuvieron una reunión con el jefe de relaciones laborales de la demandada, quién lo anoticia que el banco había decidido despedirlo, pero que en reconocimiento a su gestión en la institución, le ofrecían un retiro voluntario.



Señala que se le dijo al actor que debía tomar la decisión en ese mismo momento, caso contrario lo despedirían sin indemnización alguna, agregando que con el retiro, en el supuesto que pidieran referencias laborales, éstas serían favorables.

Relata que bajo estas presiones y ante el temor de quedarse sin trabajo y sin posibilidades de reinsertarse laboralmente, siendo padre de dos hijos, accedió a suscribir el acta.

Sostiene que ha existido intimidación en los términos del art. 937 del Código Civil, por cuanto la parte demandada amenazó de manera infundada e injusta al actor, como así también se encuentra configurado el vicio de simulación, conforme al art. 955 del Código Civil, toda vez que el acuerdo extintivo encubre un despido sin causa. Entiende que también está configurada la lesión subjetiva del art. 954 del Código Civil, siendo claro que la parte demandada ha aprovechado la necesidad e inexperiencia del actor para obtener una ventaja patrimonial desproporcionada y sin justificación.

Analiza la prueba que, a su criterio, acredita lo dicho anteriormente, y cita jurisprudencia.

Luego, afirma que el acta de fecha 14 de abril de 2009 no cumple con las formalidades del art. 15 de la LCT, por tratarse de un acuerdo resolutivo oneroso.

Señala que para la instrumentación de la extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo se aplica el art. 241 de la LCT, que exige que la expresión de voluntad sea formalizada mediante escritura pública o ante la autoridad judicial o administrativa del trabajo. Pero, manifiesta el apelante, si conjuntamente con la extinción del contrato de trabajo se incluyen cláusulas en la que se disponen derechos,



por aplicación del art. 15 de la LCT será necesaria la homologación administrativa o judicial.

Pone de manifiesto que en el acta cuestionada no sólo se trata de la extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo, sino que además se incluyó una cláusula que tiene efectos liberatorios.

Cita doctrina.

Reitera que la terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo constituye un modo hábil de rescisión, pero con efectos acotados: su alcance se limita a concluir el contrato de trabajo; y si hay pago de gratificaciones, de acuerdo con el art. 131 de la LCT, las mismas sólo pueden ser imputadas a una causa.

También se queja por el rechazo de las diferencias salariales en función de la categoría.

Dice que de los recibos de haberes obrantes en autos correspondientes al período diciembre/2008-abril/2009, surge que se abonó al actor el sueldo básico correspondiente a la categoría "Jefe de Departamento de 3ra.", es decir, dos categorías por debajo de lo que le correspondía como mínimo ("Jefe de Departamento de 1ra.").

Argumenta que siendo el actor gerente, le correspondía, como mínimo, la categoría de "Jefe de Departamento de 1ra.". Considera que la a quo ha incurrido en un grosero error, pues no se pide un ascenso en las categorías con base en la antigüedad o en las tareas desempeñadas por el demandante, sino que el actor no estaba encuadrado en la categoría mínima que prevé el CCT.

Se queja por el rechazo del daño moral en función de la incertidumbre por el lugar de trabajo, señalando que se encuentra acreditado que el lugar de trabajo del actor fue



variado en tres oportunidades, primero fue Catriel (lugar al que se trasladaría en noviembre de 2006, lo que se frustró), luego General Roca (con traslado previsto para noviembre de 2007, también frustrado) y finalmente Allen, donde efectivamente fue trasladado en mayo de 2008, con los inconvenientes personales y familiares que esas modificaciones conllevan.

Destaca que el reclamo por daño moral también se encontró fundado en el vaciamiento de tareas que sufrió el actor durante aproximadamente ocho meses. Explica que en noviembre de 2007, cuando el accionante regresa de su licencia anual, la Gerencia de Cipolletti -donde prestaba tareas- ya estaba a cargo de su sustituto. A partir de ese momento, dice la recurrente, el actor no desempeñó más las tareas de gerente, pero tampoco se le asignaron otras.

Sostiene que después de cuatro años de desempeño como gerente debió realizar tareas administrativas significativamente menores, afrontar los interrogantes y cuestionamientos de sus dependientes y clientes, e inclusive soportar comentarios en tono burlesco o irónico.

Dice que la a quo nada analiza de esta situación.

Cita testimonios de autos.

Finalmente, cuestiona el rechazo del reclamo por pago de gratificaciones. Señala que debido a la conducta de la demandada, que dejó al actor de lado durante un año y medio, en donde no se concretó destino alguno y que, a su vez, permaneció ocho meses sin gerencia y sin asignación de tareas, es lógico suponer que perdió todo tipo de posibilidad de percibir las gratificaciones que el banco reconocía a sus empleados.



c) La demandada contesta el traslado de la expresión de agravios de su contraria a fs. 768/774, y lo mismo hace la actora a fs. 775/780.

II.- Ingresando al tratamiento de los recursos de apelación de autos, cabe señalar, en primer lugar, que el memorial de agravios de la parte actora, a contrario de lo sostenido por la demandada, reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC, constituyendo una crítica razonada y concreta al fallo de grado.

Consecuentemente no corresponde declarar la deserción del recurso de la accionante.

III.- He de comenzar el análisis de las quejas de autos por la referida a la validez del acuerdo rescisorio celebrado entre las partes.

El art. 241 de la LCT prevé la posibilidad que las partes del contrato de trabajo pongan fin a la relación que las une por mutuo acuerdo. Para ello requiere que el acuerdo en cuestión sea celebrado ante escribano público, o ante la autoridad judicial o administrativa del trabajo.

En autos, el acuerdo de partes fue celebrado por ante escribano público, entendiéndose la a quo que dicha formalidad lo torna válido, y que no se han acreditado los vicios de la voluntad que invoca el accionante.

Si bien es cierto que la manda legal requiere como formalidad la celebración por escritura pública, y tal formalidad se encuentra cumplida en el sub lite, entiendo que no por guardar la formalidad legal el acuerdo rescisorio es siempre válido.

La extinción del contrato de trabajo, que tiene vocación de continuidad y permanencia en el tiempo, es siempre una excepción, y como tal debe ser apreciada estrictamente.



Conforme lo señala Ricardo Cornaglia, la ley habilita la variante de la extinción negociada del contrato de trabajo, *"pero si bien se admite en ella que la negociación es posible, lo cierto es que la misma se lleva a cabo a partir de una diferencia negocial de las partes, que obliga a observarla estrictamente, y sin olvidar que objetivamente, en el contrato de la relación de dependencia, el principal cuenta con resortes que muy difícilmente puede equiparar el dependiente"* (aut. cit., *"La simulación del despido y el distracto"*, LL 2013-F, pág. 62).

He de recordar que una vez sancionada la Ley de Contrato de Trabajo, el precepto de su art. 241 recibió fuertes críticas, justamente porque deja abierta la posibilidad de instrumentar el acto con todos los ápices legales, en fraude a la ley, a efectos de sortear el pago de indemnizaciones por despido injustificado (cfr. Fernández Gianotti, Enrique, *"Fraudes a la ley"*, LL 148, pág. 587).

José Daniel Machado explica que la voluntad del trabajador aparece también concernida en la desvinculación concertada o contrato extintivo. Dice el autor citado, *"tradicionalmente no ha sido un instituto que diera pábulo a demasiada reflexión doctrinaria, puesto que, en realidad, era de utilización excepcional... Sin embargo, a partir de los años 90 y de la mano de los procesos públicos y privados de reestructuración, racionalización, reordenamiento o cualquier otro eufemismo reconducible a la necesidad o conveniencia de reducir los planteles, el instituto comenzó a ser utilizado para dar cuenta de verdaderos negocios jurídicos onerosos cuya característica común radica en que la liberación del puesto de trabajo viene concedida a cambio de una prestación económica satisfecha o prometida por el empleador."*

*"Frente al fenómeno, hubo y hay dos reacciones de la doctrina de autores y fallos. Una explicación -que en otros*



*artículos he llamado naif- deduce una ventaja comparativa para el trabajador del hecho de que, si puede desvincularse a cambio de nada por la vía de los arts. 240 y 241 de la LCT, no hay razón de orden público oponible a que lo haga recibiendo una suma de dinero, que funcionaría como una suerte de compensación o indemnización de fuente contractual... La otra versión, a la que adhiero, pone énfasis en la interdependencia de las prestaciones que caracteriza los actos propiamente onerosos. Ello significa que cada una de las concesiones recíprocas no se explica sino por la correspondencia con lo que el otro contratante promete. Hay ventajas y sacrificios correlativos. Es evidente que el trabajador acepta conformar el acto con su firma teniendo en miras, como motivación determinante, la percepción de un dinero que, a su vez, el empleador ofrece pagar sólo y en tanto obtenga la liberación del puesto de trabajo o el alejamiento de un trabajador indeseado" (cfr. aut. cit., "La extinción del contrato de trabajo y la voluntad del trabajador", Revista de Derecho Laboral, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2011-2, pág. 59/60).*

Como vemos la cuestión no es tan sencilla. No por existir la formalidad legal, se puede descartar un fraude a la ley.

La jurisprudencia, en general, ha sido estricta en la apreciación de este tipo de negocios, determinando su nulidad cuando advierte que la rescisión concertada encubre un despido sin causa.

Así la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VII, dijo que si bien las partes de un contrato laboral firmaron un convenio ante el Ministerio de Trabajo donde se estableció la disolución del vínculo por mutuo acuerdo, corresponde concluir que lo que existió fue un despido arbitrario por trastrocamiento de causa fin objetiva, toda vez que la entrega por parte del empleador de una suma de





dinero en concepto de gratificación por el cese de la relación, denota sin lugar a dudas un apartamiento de la figura del art. 241 de la LCT, para instalarse en la del art. 245 de dicho cuerpo legal (autos "Maldonado c/ Harengus S.A.", 19/2/2008, DJ 2008-II, pág. 472).

En igual sentido la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo consideró que *"el dato del pago de una gratificación extraordinaria con motivo del egreso, resulta un elemento de consideración indiciario de una conducta ilícita. Y digo ello pues, si se ha reconocido al actor el cobro de una suma en concepto de indemnización con motivo de cese, es evidente que no existió un cese por voluntad concurrente de las partes, pues, de ser así, el trabajador no sería acreedor a ninguna suma por tal concepto"* (autos "Larena c/ Coto CIC S.A.", 20/5/2013, citado y comentado por Martínez, Rodrigo Ezequiel, LL, AR/DOC/4176/2013, citándose en el artículo numerosos fallos en sentido coincidente con el anotado, al que me remito por razones de brevedad).

Analizando el acuerdo plasmado en la escritura pública de fs. 35/36 vta., tenemos que en él las partes deciden, en el contexto del plan de retiros voluntarios, poner fin al vínculo laboral que los unía por mutuo acuerdo. Por ello, la demandada abona al actor la liquidación final (días trabajados, adicionales, SAC y vacaciones proporcionales). También se deja constancia en el acuerdo que el banco demandado *"ha resuelto otorgarle al señor Marcelo Andrés Carte una gratificación especial y voluntaria, por su egreso" de \$ 47.061,18; a la vez que se le reconoce al actor y a su grupo familiar primario, el pago "de la Medicina Prepaga Swiss Medical Plan SB 62 por un período de seis (6) meses, a contar desde Mayo de 2009"*.



Se advierte, en primer lugar, que la demandada otorga una gratificación especial por cese al trabajador, como así también asume el pago de la empresa de medicina prepaga para el actor y su familia por el lapso de seis meses.

De acuerdo con la jurisprudencia citada, el hecho de que en la extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo se abone una gratificación al trabajador constituye un indicio de fraude a la ley, por encubrir un despido sin causa.

Luego, la demandada nunca ha aclarado en que consistió el plan de retiros voluntarios que habría implementado, y cuál era su objetivo; en tanto que de la prueba testimonial surge que el actor era gerente de la Sucursal Cipolletti del banco demandado, y que en un determinado momento se lo aparta de esta función y no se le vuelven a otorgar tareas similares.

El testigo Fernando Andrés Mich (acta de fs. 172/vta.) trabajó en el banco cuando el actor era gerente y declara: *"Cuando el testigo entró a trabajar, el actor era gerente de la Sucursal... La normativa del banco es que a los dos años (dos años y medio a lo sumo) a los gerentes hay que cambiarlos de sucursal. Así fue que designaron a otro gerente que vino a la Sucursal... Supuestamente al actor lo iban a trasladar a otra sucursal, no recuerdo cuál, pero estuvo seis meses más o menos u ocho meses en la sucursal Cipolletti haciendo otras cosas que no eran de gerente, mientras había otro gerente en la sucursal... No sabe el testigo que pasó después de esos seis meses, cree que se fue del banco, pero no sabe como ni por qué"*.

El testigo Mauro Battaglia (acta de fs. 173/vta.) fue compañero de trabajo del actor y dice *"...el actor estuvo como gerente en la sucursal Cipolletti y en la de Allen, pero no recuerda en cual primero... cada determinado tiempo se hace*



*una rotación de gerentes, y recuerda el testigo que el actor estuvo durante un tiempo sin que se le asignara ninguna sucursal, no recuerda por qué no se le asignó una sucursal. Mientras, el actor estuvo colaborando con el testigo que en ese momento era Gerente Zonal. No fue durante mucho tiempo... Recuerda el testigo que el actor tenía una situación particular, que tenía un hijo acá en la zona, y cuando se lo trasladó a otra sucursal, se consideró que no tuviera que mudar su domicilio particular... el proceso de trasladar gente de una sucursal, es un proceso largo, porque se trata de conciliar los objetivos del banco, pero considerando las situaciones particulares de la gente".*

*El testigo Alberto Oscar Zwenguer (acta de fs. 307/308 vta.) también trabajó con el actor y declara: "...cuando me trasladan a mi de Cinco Saltos a Cipolletti el actor era gerente, esto fue a principios del 2005, en ese estado llegó un momento en que lo trasladaban a Marcelo a Esquel, después no se fue, que es normal que los gerentes sean trasladados, no habiendo un período determinado pero son puestos rotativos, al poco tiempo le ofrecieron irse de gerente a Catriel, al poco tiempo se iba a una sucursal nueva en General Roca... y finalmente termina yéndose a Allen... hasta el último tiempo en que el gerente era José Luis Barroso, Marcelo estuvo en la sucursal junto con Barroso en el período en que generalmente están juntos el gerente entrante y el que se va. Marcelo estuvo varios meses en transición sin ser trasladado... durante ese tiempo él estuvo en la sucursal y ocupó un puesto de trabajo que estaba contiguo al de la gerencia... yo veía que colaboraba con algunas tareas de gerente zonal, y algunas tareas de gestiones con algún cliente, haciendo nexo con el gerente nuevo".*

*El testigo Gerardo Cutrin (acta de fs. 400/vta.) era gerente de la sucursal Neuquén del banco durante el*



desempeño del actor en la entidad y señala que el actor fue trasladado *"de la gerencia de Cipolletti a gerencia de Allen y de ésta al primer piso, por cambios de función"*.

El testigo Christian Roman Freile (acta de fs. 207) era el gerente zonal de la demandada para esta región. Dice en su declaración que el actor, *"en los meses que compartimos de 2008 era gerente de la sucursal Allen, a principios de 2009 se postula para cambiar de función y trabajar como oficial de negocios para el sector público"*. Preguntado sobre el desempeño laboral del demandante, contesta: *"era normal, óptimo, cuando era gerente y posteriormente cuando era oficial tenía la característica de que su nivel de reporte estaba en Viedma, y el actor tenía su oficina fuera del contacto con el cliente común, en un primer piso de la sucursal"*.

Como vemos, y más allá de la terminología utilizada por los declarantes, tenemos que el actor fue gerente de la sucursal Cipolletti, que llegado el nuevo gerente, el primero es mantenido por un período prolongado sin que se le asigne una nueva sucursal para cumplir con su función y que posteriormente se lo retrograda de gerente a oficial de negocios, aislándolo de la actividad normal bancaria. Esto demuestra que había una animosidad o disconformidad con el actor, la que no tenía como fundamento su desempeño laboral dado que, conforme su superior jerárquico (gerente zonal), el demandante era óptimo en su labor.

Otro dato que no puede ser pasado por alto es que el actor fue convocado a la ciudad de Buenos Aires, fuera de su ámbito de trabajo y residencia, para allí llegar al acuerdo rescisorio en cuestión de horas. No se advierte que existiera una negociación previa, o reuniones de las partes con el objeto de concretar la rescisión del contrato de trabajo por mutuo acuerdo. Antes bien, esta determinación aparece como una



decisión sorpresiva, tomada, por lo menos en lo que respecta al trabajador, en el momento de la reunión.

Los testigos que participaron de esta reunión declaran a fs. 289/290 - 560/561 y a fs. 287/290.

El testigo Carlos Daniel Ferreyra era jefe de relaciones laborales de la demandada. Dice en su declaración, en lo referente a la reunión mantenida con el actor: *"...el actor venía de cumplir funciones como gerente de sucursal, que luego como oficial de negocios del sector público, que a los tres meses como oficial, su gerente le comentó al dicente que no estaba cumpliendo en cien por ciento las expectativas del puesto del actor y que eso sumado a que el actor había dejado de ser gerente de sucursal, tampoco por haber cumplido las expectativas de esa otra posición, es que lo citaron a Buenos Aires... para evaluar como venía su gestión... se repasó la gestión de Marcelo Carte, primero se repasó la gestión en el sector público, que fue la parte que participó Fonseca de la reunión, luego el dicente repasó su gestión como gerente de sucursal, y llegaron a la conclusión que lo mejor era hacer un mutuo acuerdo y que se desvinculara del banco, pero no lo despidió el banco... que cuando llegaron a la conclusión que lo mejor era que no siguiera en el banco, que la manera que se acordó fue esa, lo que se instrumentó... que repasaron su gestión de los últimos años, no estaba siendo todo lo bueno que el banco esperaba, y decidieron entre las partes extinguir el vínculo, ahora cuales fueron sus razones, el dicente no lo sabe".*

El testigo Gabriel de Jesús Fonseca dice: *"el actor trabajó en el sector del cual el dicente es gerente, sector público desde enero de 2009 hasta abril de 2009... que siendo gerente el dicente le ofreció al actor la administración y gestión de la cartera comercial del sector público municipal y provincial de Río Negro en la zona del*



Alto Valle. Que el actor contactaba, asesoraba a las autoridades municipales y provinciales con el fin de cerrar negocios facilitando las tareas dentro de estos organismos a cambio de una retribución para el Banco... que el acuerdo propiamente dicho del egreso del actor estuvo a cargo de recursos humanos. Que luego de una reunión mantenida en Buenos Aires a la cual asistió el actor con el fin de evaluar la gestión de desempeño hasta ese momento, que también participó recursos humanos, el actor y el dicente como gerente... Que si sabe que sucedió en esa reunión, que se conversó sobre los objetivos fijados hasta ese momento relacionados a la venta de productos y servicios financieros a los organismos públicos que atendía el actor, los cuales no eran satisfactorios a esa fecha. Que lo sabe porque hasta ese momento sector público tiene un presupuesto que cumplir y no se veían los cambios esperados. Que luego de sucedido esto, se pasó a hablar ya con la gente de recursos humanos, y que el dicente se retiró ya de la reunión. Que parte del motivo por el cual el actor siguió hablando con recursos humanos estaba en relación a su anterior función como gerente de sucursal. Que lo sabe porque cuando el actor pasa a ser oficial de negocios del sector público hasta ese momento era gerente de sucursal. Que respecto de estos dos puestos que menciona el dicente, están al mismo nivel jerárquico y este cambio obedeció de común acuerdo con el actor para reformular su carrera dentro del Banco Patagonia. Que de hecho siguió con el mismo salario el actor, con los mismos beneficios que tenía como gerente... Que después de la reunión de recursos humanos, de común acuerdo el actor le comentó al dicente que se había desvinculado de la demandada".

Para abordar las cuestiones referidas por los testigos no era necesario hacer viajar al actor hasta Buenos Aires, sustrayéndolo a su entorno laboral y diario. Luego los dichos de los testigos pretenden hacer aparecer al demandante



como un mal trabajador, aunque no se aclara cuáles eran los objetivos y pautas que el trabajador incumplió, pero se contradicen con lo declarado por el gerente zonal de la demandada, quién -reitero- manifestó que el desempeño laboral del accionante era óptimo. Más aún, ninguno de los testigos que prestaron declaración en autos refieren inconvenientes laborales del demandante, o malos tratos o mal ambiente de trabajo, ni un déficit en el cumplimiento de las funciones encomendadas.

Finalmente, y como otro indicio de fraude, no se entiende por qué la suma otorgada en concepto de gratificación por el cese de la relación laboral es precisada hasta con centavos (\$ 47.061,18), circunstancia que hace suponer que se trata de un porcentaje de una suma mayor, y no de una liberalidad del empleador.

En definitiva, entiendo que de la prueba aportada a la causa se colige que el acuerdo rescisorio celebrado entre las partes es un negocio fraudulento, que encubre un despido sin causa, y como tal lo declaro nulo, conforme lo prescripto por el art. 14 de la LCT.

IV.- Sentado lo anterior, y previo a liquidar los rubros debidos al trabajador, he de abordar los agravios referidos a las diferencias salariales, a efectos de contar con la base de liquidación de las indemnizaciones pertinentes.

El actor reclama diferencias salariales por entender que se encontró mal encuadrado en la categoría de Jefe de Departamento de 3ra., pretensión que fue rechazada por la a quo.

Ahora bien, de acuerdo con el CCT 18/75, obrante a fs. 175/186 vta. de autos, en el apartado correspondiente a Personal Jerárquico Filiales se establece que para el cargo de Gerente la categoría mínima es Jefe de Departamento 1ª.



Encontrándose acreditado que el actor se desempeñó como gerente de sucursal, y surgiendo de los recibos de haberes acompañados a autos que la categoría asignada al trabajador fue la de Jefe de Departamento 3<sup>a</sup>, la pretensión resulta procedente ya que el actor estaba mal encuadrado en su categoría laboral conforme convenio colectivo de trabajo de la actividad.

Del informe pericial de fs. 498/201, no impugnado por las partes, surge que las diferencias salariales por erróneo encasillamiento en la categoría laboral debidas al actor ascienden a la suma total de \$ 29.717,16, monto por el que progresa el presente rubro.

V.- La demandada se agravia por la procedencia de las diferencias salariales derivadas de la errónea liquidación del adicional por zona desfavorable y por zona sur.

Sobre la cuestión -interpretación del Acuerdo de fecha 21 de diciembre de 2005 invocado por la demandada- ya he tenido oportunidad de pronunciarme en autos "Cascallares c/ Banco Provincia del Neuquén" (Sala I, P.S. 2011-V, f° 971/977), adhiriendo al criterio sustentado por la Sala II, en anterior composición in re "Lorenzo c/Banco Provincia del Neuquén" (P.S. 2010-I, f° 52/57); criterio que, además, es unánime de esta Cámara.

Señalé en aquella oportunidad, con transcripción del precedente de la Sala II que: *"Es cierto que al presentar sus alegatos la demandada señala que el supuesto es distinto pues aquel proceso se refería al acta de diciembre de 2003, sin embargo y tal como he de resaltar oportunamente los conceptos vertidos en aquella causa, resultan aplicables a la cuestión aquí ventilada de la vigencia de los convenios y la primacía del Convenio Colectivo frente a un acuerdo salarial."*





"Allí sostuvo el Dr. Silva Zambrano, en opinión que comparto, "... a efectos de abordar y resolver la cuestión litigiosa debe situarse necesariamente en el marco de la negociación colectiva y los alcances y limitaciones que tienen los acuerdos arribados en esa instancia.

"Un acta acuerdo suscripta entre el sindicato de la actividad y el centro de empleadores, por la que se pacta un incremento porcentual de remuneraciones, es un típico acuerdo colectivo (cfr. CNAT, Sala 1º, 28/9/1990, "Gómez c/ Román Marítima S.A.", Carpetas DT, 3241). Consecuentemente los acuerdos celebrados entre la Asociación Bancaria y ABAPPRA constituyen acuerdos colectivos, que se rigen por los principios generales de esa materia y las disposiciones de la Ley 14.250.

"La opinión mayoritaria de la doctrina coincide en que en las relaciones que se establecen entre ley y convenio o acuerdo colectivo prevalece la primera, excepto que de la negociación colectiva surjan condiciones más favorables para el trabajador. Ricardo Luis Lorenzetti en su obra "Convenciones Colectivas de Trabajo" (Ed. Rubinzal-Culzoni, 1988, pág. 64/68) detalla las posiciones de los autores más destacados con relación a dicho tópico: Krotoschin, Deveali, Fernández Pastorino, Cabanellas son contestes en la prioridad de la legislación sobre el acuerdo sectorial; Vázquez Vialard categoriza al acuerdo convencional como una fuente normal del derecho del trabajo, en tanto que Capón Filas señala que el derecho laboral tiene como primera y principal fuente normativa a la autonomía sectorial, expresada sobre todo en los convenios colectivos de trabajo, aunque aclara que ninguna ley sectorial podría fijar condiciones menos favorables que las señaladas estatalmente. La legislación vigente (Ley n° 14.250) ha recogido esta opinión mayoritaria, y su art. 7 dice que las disposiciones de las convenciones colectivas deberán



*ajustarse a las normas legales que rigen las instituciones del derecho del trabajo, a menos que las cláusulas de la convención relacionadas con cada una de esas instituciones resultaran más favorables a los trabajadores y siempre que no afectaran disposiciones dictadas en protección del interés general.*

*"A la luz de los principios y normas citadas aparece claro que asiste razón a la parte actora. En efecto, existe una disposición estatal que estableció un incremento salarial de carácter remunerativo y que debía incorporarse al salario básico del trabajador. La voluntad sectorial determinó la forma de incorporación de ese incremento para las remuneraciones del personal de las entidades bancarias, a la vez que estableció un plazo de espera para que el incremento sirviera como base de cálculo para el adicional por zona desfavorable dispuesto por el CCT de la actividad, a efectos de posibilitar la realización de una negociación al respecto.*

*"Agregaba en el tópico específico de la prórroga que: "... vencido el plazo de espera sin que se arribara a un acuerdo ni se prorrogara su vigencia debió cumplirse con lo estipulado en el mismo acuerdo sectorial en orden a que correspondía la liquidación del adicional en cuestión de acuerdo con los términos de la CC y el Decreto n° 392/2003. La subsistencia de las negociaciones vencido el término acordado y el nuevo acuerdo de fecha 20 de diciembre de 2005 en nada modifican esta conclusión. Primeramente porque encontrándose en juego derechos otorgados al trabajador por una norma legal, la prórroga del plazo de espera debió ser expresa, no pudiendo atribuirse tal efecto a la continuidad de las negociaciones, el que no se encuentra previsto por el derecho positivo ni fue acordado por las partes. Luego, porque el acuerdo sectorial no puede desconocer derechos otorgados por ley al trabajador, ni situarlo en condiciones menos favorables. Si por decreto el*



*Poder Ejecutivo Nacional concedió a favor del demandante un incremento salarial por una suma determinada, remunerativo e incorporado al salario básico, y la CC de aplicación establece que el adicional por zona desfavorable se liquida sobre todo rubro remunerativo, el acuerdo sectorial no puede, como lo hizo, fijar una base de cálculo de menor cuantía que la que corresponde por Decreto n° 392/2003. Ello por imperio de los principios de primacía de la ley por sobre la voluntad sectorial, y de la condición más favorable al trabajador, que no sólo rige para el ámbito de la ley formal sino también de los acuerdo colectivos (cfr. Juan Pablo Mugnolo, "Convenios Colectivos de Trabajo", Ed. Ediar, 2004, pág. 27/28, CNAT, 18/11/1992, Cocchia c/ Estado Nacional y otro", DT 1993-A, pág. 443; ídem, Sala 3°, 9/8/2004, "Costilla c/ Trenes de Buenos Aires S.A.", Lexis n° 13/9542).*

*"Del antecedente citado, cabe concluir que se refuerza la idea de la imposibilidad de pactar en desmedro de los derechos del trabajador, a lo que cabría agregar que la omisión en referirse a la cuestión de la zona desfavorable en las actas acuerdo indicadas por la actora para fundar su reclamo, no pueden ir en desmedro de sus derechos, conculcando la circunstancia que intenta paliar el rubro zona desfavorable, el cual se refiere al mayor costo de vida que suponen las sucursales donde el mismo se abona".*

Por tanto, siendo el supuesto de autos similar al que motivara el dictado del precedente citado, y además siendo ésta la posición reiterada de esta Cámara de Apelaciones, ha de confirmarse lo resuelto por la jueza de grado respecto de este tema.

V.- En lo que refiere al daño moral, la queja no puede tener acogida favorable.



He sostenido en autos "Prieto c/ Consul. Integral San Lucas" (Sala I, P.S. 2011-VI, n° 234) que la indemnización tarifada por despido injustificado repara, en principio, todos los daños derivados del despido incausado, entre los que se encuentran los padecimientos espirituales que pudo haber sufrido el trabajador, a la vez que recordé que esta Cámara de Apelaciones ha hecho lugar a la reparación autónoma del daño moral, con motivo del despido, cuando ha mediado un exceso en la conducta de la patronal, que ha provocado un daño innecesario y evitable al trabajador.

No encuentro configurado en autos tal extremo.

Los testimonios de autos son contestes en que la rotación de los gerentes era una conducta normal y habitual de la empleadora, por lo que no obstante la frustración de los primeros destinos posteriores al desempeño como gerente de la Sucursal Cipolletti, no puede entenderse que haya existido abuso por parte de la demandada al cambiar al demandante de sucursal, ni tampoco que este trámite le generara una excesiva incertidumbre, más allá de la expectativa lógica por conocer el nuevo lugar de trabajo.

Si bien es cierto que ha existido una retrogradación en la carrera laboral del demandante, ello no aparece como un daño excesivo que pueda ser reparado de modo diferente a la indemnización tarifada de la Ley de Contrato de Trabajo. El actor denuncia vaciamiento de su puesto de trabajo, pero tal extremo no aparece probado. Al demandante siempre se le asignaron tareas, en un primer momento junto al nuevo gerente para anoticiarlo de la actividad de la sucursal -conducta que, conforme dichos de los testigos, era habitual-. Luego, colaboró con tareas del gerente zonal, más adelante fue gerente de la sucursal Allen, y aquí, tres meses previos a su desvinculación laboral pasa a desempeñarse como oficial de negocios para los organismos estatales de la provincia de Río



Negro. Del resumen realizado no surge con la claridad necesaria, como para habilitar la indemnización autónoma por daño moral, que la demandada haya provocado un "vaciamiento" del puesto de trabajo del demandante, toda vez que las funciones gerenciales se le respetaron, con excepción de los tres últimos meses.

Asimismo tampoco se ha probado que el actor tuviera que soportar comentarios burlescos o hirientes por parte de sus compañeros de trabajo, conforme lo sostiene en su expresión de agravios, por lo que no corresponde reparar el daño moral por fuera de la indemnización del art. 245 de la LCT.

VI.- Con relación a los premios que se vió privado de percibir, surge de los testimonios de autos que ellos eran abonados por la demandada en función del grado de alcance de las metas establecidas a tal fin; en tanto que de los recibos de haberes acompañados a autos surge que el accionante percibió una gratificación extraordinaria con los haberes de febrero de 2007 (fs. 628), y de febrero de 2006 (fs. 642), no habiendo cobrado esta gratificación por fuera de estos períodos.

Por ende, no contándose con pautas que permitan determinar cuales eran las metas a cumplimentar, y, en consecuencia, mensurar si el demandante las alcanzó o no, como así tampoco se conoce si los demás trabajadores del banco percibieron esta gratificación quedando excluido solamente el actor, no corresponde hacer lugar a la demanda por este reclamo.

VII.- Por lo dicho, teniendo en cuenta las diferencias salariales acogidas y la pericia contable de autos, le corresponden al demandante como consecuencia del despido incausado los siguientes rubros: a) indemnización del



art. 245 de la LCT, \$ 65.955,17; b) indemnización sustitutiva del preaviso, \$ 32.813,52; c) SAC sobre preaviso, \$ 2.734,46.

Las multas previstas por la Ley 25.323 han de ser parcialmente receptadas.

Respecto de la prevista en el art. 1, la relación laboral estaba registrada al momento del despido.

Ahora bien, si lo que se pretende es que la relación laboral se encontraba defectuosamente registrada como consecuencia del erróneo encuadramiento de categoría o por la errónea liquidación de los adicionales por zona, entiendo que ellos no constituyen supuestos que queden alcanzados por el art. 1 de la Ley 25.323.

Esta Sala II tiene dicho que en supuestos dudosos, donde la defectuosa registración deriva, no del ocultamiento de la realidad del contrato de trabajo, sino de una interpretación de la naturaleza de la prestación, que solamente puede ser zanjada por decisión judicial, no resulta razonable la aplicación de este agravamiento indemnizatorio (cfr. autos "Aguilar c/ A-Evangelista S.A.", expte. n° 370.736/2008, P.S. 2015-II, n° 53). Más aún cuando, como en el sub lite, el actor no requirió la correcta registración (ver carta documento de fs. 683).

En cuanto al agravamiento indemnizatorio del art. 2, considerando que el actor demandó el cobro de las indemnizaciones derivadas del despido incausado (carta documento de fs. 683), y no obstante ello se vió obligado a litigar para satisfacer su derecho, este agravamiento resulta procedente, por la suma de \$ 50.751,58.

Pretende también la actora la operatividad de la presunción del art. 9 de la Ley 25.013.



Doctrina y jurisprudencia tienen divergencias respecto a si la multa del art. 275 de la LCT, en tanto la norma del art. 9 de la Ley 25.013 presume la existencia de conducta maliciosa y temeraria en la demandada, resulta compatible con el agravamiento indemnizatorio del art. 2 de la Ley 25.323.

Guibourg entiende que frente a la superposición parcial de tales normas, sólo si la conducta del empleador durante el proceso resulta efectivamente maliciosa (no como presunción) habría que computar el interés punitivo del art. 275 de la LCT (cfr. voto del Dr. Guibourg en autos "Saiegh c/ Consorcio H. Irigoyen 3641/49", CNAT, Sala III, 12/9/2002). Por su parte la Sala VIII de la CNAT sostuvo que un análisis detallado de cada una de las normas involucradas revela que se refieren a supuestos diferentes, con excepción del objetivo común a ambas, que consiste en desanimar la práctica de omitir el pago de las indemnizaciones previstas en el ordenamiento legal vigente, con plena conciencia de la sinrazón y sin justificación objetivamente razonable (autos "Gorostidy c/ Fashion Company S.A.", 31/3/2004, ambos fallos citados por Fernández Madrid, Juan Carlos, "Ley de Contrato de Trabajo comentada y anotada", Ed. La Ley, 2010, T. III, pág. 2.277/2.278).

Entiendo que esta última es la postura correcta ya que el art. 2 de la Ley 25.323 y el art. 275 de la LCT (operativo en virtud del art. 9 de la Ley 25.013) comparten el mismo supuesto fáctico para su aplicación: falta de pago de las indemnizaciones legales. Sin embargo, la Ley 25.323 apunta a evitar que el trabajador tenga que acudir a la vía judicial para obtener la satisfacción de su derecho, y requiere que medie una previa intimación al pago de tales indemnizaciones. En tanto que la Ley 25.013 nos sitúa en sede judicial, ya que consagra la presunción de temeridad y malicia que sanciona el



art. 275 de la LCT, y no necesita de otro hecho más que la omisión de pago de las indemnizaciones referidas.

La una sanciona, entonces, una conducta prejudicial del empleador, y la otra sanciona una conducta judicial del empleador. De ello se sigue que, en mi criterio, ambas normas no se superponen, sino que tiene en miras la conducta del empleador en etapas distintas, ante el reclamo del trabajador.

Luego, habiendo omitido el demandado el pago de las indemnizaciones de ley por despido incausado se torna operativa la presunción del art. 9 de la Ley 25.013, la que no ha sido desvirtuada por prueba alguna en contrario.

Tal como lo ha señalado la Sala VII de la CNAT, en el caso del art. 9 de la Ley 25.013 no se exigen más hechos o conductas que la mera falta de pago de las indemnizaciones por despido para que el elemento presuncional entre a jugar su rol, por lo que no habiéndose invocado ni producido ninguna prueba que exceptúe a la demandada de la aplicación del esquema preuncional referido, se justifica la condena en tal sentido (autos "Velázquez c/ Carrefour Argentina S.A.", 7/12/2007, LL AR/JUR/10522/2007).

Por lo dicho es que se ha de aplicar a la demandada la penalidad prevista en el art. 275 de la LCT, estableciendo que conjuntamente con los intereses moratorios debe abonar al actor un interés punitivo que se liquidará de acuerdo con una vez y media la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén.

Finalmente, y más allá de las opiniones divergentes sobre el tema, la misma parte actora ha imputado lo percibido en concepto de gratificación por cese como pago parcial de las indemnizaciones por despido incausado (fs. 26 vta.), por lo que debe restarse esa suma del monto que





corresponde al trabajador en concepto de indemnizaciones por despido injustificado.

VIII.- En definitiva, el capital de condena se ha de incrementar, llevándolo a la suma total de \$ 194.627,30 el que devengará los intereses moratorios establecidos en el fallo de grado desde la fecha de la mora allí determinada y los punitivos fijados en el apartado anterior desde la fecha de notificación de la demanda de autos.

IX.- Dado que el resultado de la apelación trae como consecuencia la modificación de la imposición de costas establecida en el fallo de primera instancia y de sus regulaciones de honorarios (art. 279, CPCyC), deviene abstracto el tratamiento de la queja de la demandada sobre ambas cuestiones.

X.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación de la parte demandada y hacer lugar parcialmente al de la parte actora, declarando abstracto el tratamiento de la apelación arancelaria. En consecuencia se modifica parcialmente el resolutorio apelado, declarando la nulidad del acuerdo rescisorio suscripto por las partes en fecha 14 de abril de 2009 e incrementando el capital de condena, el que se fija en la suma de \$ 194.627,30, el que devengará los intereses moratorios y punitivos establecidos en los Considerandos respectivos.

En atención al resultado de la apelación, las costas por la actuación en la primera instancia se imponen a la demandada perdidosa (arts. 279, CPCyC y 17, Ley 921); en tanto que por la actuación ante la Alzada, y considerando el éxito obtenido, las costas se imponen en un 90% a la parte demandada y en un 10% a la parte actora (art. 71, CPCyC).

Teniendo en cuenta la variación del capital de condena se dejan sin efecto las regulaciones de honorarios del



fallo de grado (art. 279, CPCyC), fijándose la retribución de los profesionales por su labor en primera instancia en el 22,04% de la base regulatoria (que incluye capital más intereses, art. 20, Ley 1.594), en conjunto, para los letrados apoderados de la parte actora Dres. ... y ...; y en el 15,43% de la base regulatoria para el Dr. ..., en doble carácter por la parte demandada, de conformidad con lo prescripto en los arts. 6, 7 10 y 11 de la Ley 1.594.

Los honorarios por la actuación en segunda instancia de los Dres. ..., ... y ... se regulan en el 30% de la suma que, por igual concepto, se determine para cada uno de ellos por su actuación en primera instancia (art. 15, Ley 1.594)

**El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:**

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

Por ello, esta **SALA II,**

**RESUELVO:**

I.- Modificar parcialmente la sentencia de fs. 730/739 y declarar la nulidad del acuerdo rescisorio suscripto por las partes en fecha 14 de abril de 2009, incrementando el capital de condena, el que se fija en la suma de \$ 194.627,30, el que devengará los intereses moratorios y punitivos establecidos en los Considerandos respectivos.

II.- Imponer las costas por la actuación en la primera instancia a la demandada perdidosa (arts. 279, CPCyC y 17, Ley 921); en tanto que por la actuación ante la Alzada, y considerando el éxito obtenido, las costas se imponen en un 90% a la parte demandada y en un 10% a la parte actora (art. 71, CPCyC).



III.- Dejar sin efecto las regulaciones de honorarios del fallo de grado (art. 279, CPCyC), fijándose la retribución de los profesionales por su labor en primera instancia en el 22,04% de la base regulatoria (que incluye capital más intereses, art. 20, Ley 1.594), en conjunto, para los letrados apoderados de la parte actora Dres. ... y ...; y en el 15,43% de la base regulatoria para el Dr. ..., en doble carácter por la parte demandada, de conformidad con lo prescripto en los arts. 6, 7 10 y 11 de la Ley 1.594.

IV.- Regular los honorarios por la actuación en segunda instancia de los Dres. ..., ... y ... en el 30% de la suma que, por igual concepto, se determine para cada uno de ellos por su actuación en primera instancia (art. 15, Ley 1.594).

V.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

**Dr. Federico Gigena Basombrío - Dra. Patricia M. Clerici**

**Dra. Micaela S. Rosales - SECRETARIA**