



NEUQUÉN, 17 de febrero del año 2021.

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: "**ARAYA ANDRES EUGENIO C/ SUPERMERCADOS MAYORISTAS YAGUAR SOCIEDAD ANONIMA S/ DESPIDO**", (JNQLA2 EXP N° 514862/2019), venidos a esta Sala II integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y de acuerdo al orden de votación sorteado **el Dr. José Ignacio NOACCO dijo:**

I. Contra la sentencia definitiva dictada el día 15 de julio de 2020 (fs. 184/188 vta.) que rechaza la demanda interpuesta, apela el actor a fs. 191/203 con agravios contestados por la contraria a fs. 205/206 vta.

En el primer agravio, critica que la sentencia omitió valorar los testimonios de Rivera, Gyore y Eloez ofrecidos por su parte a pesar de reconocer que sus versiones eran contrapuestas con las de la contraria.

Afirma que los citados no tenían ya vinculación con la demandada, que sus declaraciones fueron concordantes entre si y que no existió incongruencia interna o externa ni motivo para declarar en forma interesada, circunstancias que no fueron consideradas.

Critica la afirmación del a-quo en el sentido que eran insuficientes para dudar de lo sucedido por no encontrarse sustentados por otros medios probatorios, siendo que los testimonios referidos constituían la prueba esencial para la resolución del litigio.

Sostiene que la prueba testimonial versa sobre hechos y no sobre indicios y no necesita ninguna otra prueba de soporte debiendo apreciarse por su calidad y no su cantidad.



Entiende que la sentencia erróneamente partió de suponer que la injuria alegada por una de las partes era cierta y correspondía a la otra desvirtuar su existencia.

En segundo lugar, critica la valoración de la prueba testimonial ofrecida por la demandada.

Describe el interés que poseía cada declarante ya sea por trabajar para la demandada o por la necesidad de resguardar su propia responsabilidad civil o penal.

Afirma que los testimonios fueron discordantes con la versión de los hechos que la propia demandada dio en el telegrama de despido y entiende que ello, sumado a la contradicción con los dichos de los testigos del actor, constituyen un grave indicio de falsedad.

Concluye que la valoración de la prueba fue absurda en tanto no se consideraron los graves, numerosos y concordantes indicios que ponen en duda la hipótesis de la demandada.

Por otra parte, hace hincapié en la existencia de versiones incompatibles, que se anulaban mutuamente, sin ningún otro elemento dirimente como podría ser una video filmación o una declaración determinante, como la que podría haber dado el Sr. Paolo.

Argumenta que el juez debió advertir un estado de duda insuperable que correspondía ser decidida a favor del trabajador conforme el principio in dubio pro operario.

Agrega que el a-quo no consideró que la patronal fue quien dispuso el despido y tenía la carga de acreditar sin lugar a dudas que la injuria alegada se cometió y tampoco analizó la presencia de un contrato de trabajo de larga duración.



Reitera que tampoco se analizó que los testigos de la demandada o poseen una vinculación actual o debían salvaguardar su responsabilidad y menos aún que lo que el juez considero acreditado en juicio no coincide plenamente con el distracto del modo que se redactó.

Por último y en relación al punto anterior, arguye que la sentencia violó el principio de invariabilidad y precisión de la causa de despido.

Que si bien el hecho alegado en la misiva de despido y el que tuvo por acreditado el juez fue el mismo: intento de sustracción de botellas de fernet, existen discordancias sobre cómo se configuró el mismo: si el actor fue detenido por el guardia de seguridad o por el Sr. Paolo López, lo que coloca al actor en un estado de indefensión.

Considera que esta situación, que resulta imprevisible y genera un cambio drástico de las circunstancias es fundamento suficiente para eximirlo del pago de las costas de conformidad con el art. 68 del CPCyC.

Solicita se deje sin efecto la sentencia apelada haciéndose lugar a la demanda o, en subsidio, se establezcan las costas por su orden.

II. A su turno, la contraria contesta el traslado y advierte que la expresión de agravios trata su disconformidad con lo resuelto sin ningún fundamento técnico que lo respalde.

Refiere que ha existido una minuciosa y razonada relación en la sentencia acerca de los hechos debatidos, la configuración de la injuria y el material probatorio sin haberse omitido análisis alguno.

Entiende que la coartada esgrimida por el actor no fue confirmada por lo que debe rechazarse el recurso con



costas a su cargo dado que no se encuentra configurado ningún extremo que permita apartarse de su atribución conforme el criterio objetivo de la derrota.

Peticiona se confirme la sentencia con costas al actor.

III. Entrando a analizar las cuestiones traídas a resolver, debo señalar en primer término que corresponde abordar el recurso interpuesto por contar los agravios un mínimo de crítica.

Ingresando a continuación al tratamiento de la queja, advierto que la sentencia recurrida deberá ser revocada, de conformidad con los fundamentos que seguidamente paso a exponer.

La sentencia recurrida rechaza la demanda por despido interpuesta por el Sr. Andrés Araya contra el Supermercado Mayorista Jaguar S.A. concluyendo en que el distracto estuvo plenamente justificado siendo correcta en tiempo y proporción la sanción impuesta.

Para así decidir consideró que los testimonios aportados acreditaron suficientemente que la conducta del empleado, -consistente en la intención de salir de su lugar de trabajo en el Supermercado mayorista con una caja que contenía cinco botellas de fernet ocultas bajo hojas borrador-, contraría los deberes de buena fe y lealtad con el empleador y es pasible de justificar la pérdida de confianza alegada por la demandada.

Así también, el fallo recurrido deja asentado el análisis de las declaraciones de Rivera y Gyore, -ofrecidos por el actor-, afirmando haber sido obligados bajo amenaza de perder su trabajo a redactar el contenido de las declaraciones obrantes a fs. 89 y 93.



En el caso, el sentenciante estableció que los dichos referidos no fueron avalados por ningún otro medio probatorio y por lo tanto, no conmueven la conclusión anterior sostenida en las restantes testimoniales.

1) El recurrente al expresar agravios, considera que el sentenciante omitió valorar los testimonios de Rivera, Gyore y Eloez aun cuando reconoce que sus versiones eran contrapuestas con las de la contraria.

Hace hincapié en las circunstancias personales de los testigos, como así también en la congruencia y concordancia de los testimonios, que opina no fueron consideradas.

De igual modo critica la valoración efectuada de los testimonios ofrecidos por los testigos de la demandada, a los que tacha de falsos, parciales, interesados y discordantes con la propia versión dada por la accionada.

Al respecto, cabe señalar que la eficacia probatoria del testimonio viene dada, entre otras cosas, por la ausencia de interés personal en el litigio o en el hecho objeto de su testimonio, suficientes para descartar hasta una mínima sospecha sobre la sinceridad del testigo.

Así también que no existan circunstancias subjetivas u objetivas que alteren la fidelidad de las percepciones o de la memoria tal como podría darse ante una situación en extremo embarazosa que el juez debe considerar con entera libertad de criterio.

Tampoco, debe aparecer imposible o improbable la ocurrencia del hecho en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que el testigo expone. Pero por sobre todo, que no hayan contradicciones graves con los testimonios de otras personas, que merezcan similar o mayor credibilidad.



Señala Devis Echandia, que "... Es lo normal que la prueba testimonial provenga, en cada proceso, de diferentes personas y excepcional que exista un sólo testimonio. En el primer caso se presenta el problema de la concordancia o discordancia entre ellos. La prueba testimonial debe ser examinada en conjunto, respecto de cada hecho y sus circunstancias de tiempo, modo y lugar. Si los diversos testimonios resultan acordes, su fuerza probatoria se robustece, siempre que cada uno de ellos reúna los requisitos para su validez y eficacia, que estamos estudiando; los malos testimonios siguen siendo una mala prueba, sin que la cantidad mejore la calidad. Si los varios testimonios están en desacuerdo, es indispensable examinar la calidad subjetiva de cada testigo y los requisitos para la validez y la eficacia de cada uno, para luego hacerles una buena crítica de conjunto sin que el mayor número deba prevalecer, por esa sola razón, sobre la minoría, pues "los testigos se pesan y no se cuentan" (véase núm. 211). (...)Por el contrario, los pequeños desacuerdos y los diferentes vacíos en las narraciones, son más bien signos de espontaneidad y sinceridad en los testimonios. Pero **cuando los desacuerdos recaen sobre la existencia del hecho, sus circunstancias de tiempo, modo y lugar, o sobre aspectos importantes de él, es indispensable definir a quiénes se les otorga crédito y a quiénes no, o si es del caso el rechazarlos todos...**" (la negrita me pertenece) (Conf. DEVIS ECHANDIA, Hernando, "COMPENDIO DE LA PRUEBA JUDICIAL" anotado y concordado por ADOLFO ALVARADO VELLOSO, Tomo II, Rubinzal Culzoni Editores, pág. 45 y ss.)

Sigue diciendo el autor citado, que no toda contradicción entre dos testigos quita valor probatorio a sus declaraciones, sobre todo cuando recae sobre detalles y hechos accesorios. No obstante, cuando las contradicciones son graves



o recaen sobre el hecho principal, al juez le corresponde determinar con una crítica severa de cada uno y del conjunto.

En el caso de autos, todas las declaraciones aparecen como espontáneas, coherentes, sin dudas ni fisuras en los relatos, aunque en sentido contrario dependiendo de la parte que los ofreció.

Tenemos los testimonios de empleados actuales de la empresa, algunos de mucha antigüedad y también de jerarquía. Así también de otros empleados que por diversas circunstancias dejaron de prestar servicios para la accionada en forma contemporánea al hecho y no sólo dan versiones completamente opuestas, sino que además, se retractan de sus declaraciones anteriores ante la empresa, aclarando que las mismas fueron otorgadas bajo presión y amenaza.

De ello se sigue, siguiendo las reglas de la experiencia y la psicología, que la credibilidad que merecen sus declaraciones y el peso que pudieran tener en la determinación de los hechos, independientemente de su número y la evaluación de su objetividad, no es posible otorgarles mayor o menor credibilidad.

Ante tan contradictorias declaraciones y la gravedad de los hechos denunciados, llama la atención que ninguna de las partes solicitara el falso testimonio ni el careo entre los testigos.

Por tanto, siendo que el conjunto de las declaraciones carecen de suficiente fuerza convictiva, se abona una duda razonable en la apreciación de la prueba, que de conformidad con el art. 9 de la LCT, debe resolverse en el sentido más favorable al trabajador.

Esta Sala en su anterior composición ha dicho que: "...de acuerdo con la nueva redacción del art. 9 de la LCT (conforme Ley 26.248), en caso de duda en la apreciación de la



prueba, los jueces se decidirán en el sentido más favorable al trabajador. "El in dubio pro operario puede tener una virtualidad importante en cuanto a los hechos, en el sentido de aceptar aquellos dudosos, no plenamente o insuficientemente probados, en orden a que resulten más favorables para el trabajador que para sus contradictores... La duda por la cual debe favorecerse al trabajador no es la que surge de la ausencia total de pruebas, al menos debe existir una prueba (de cualquiera de las partes) que lleva a presumir que las cosas ocurrieron de acuerdo con los dichos del trabajador ... la desigualdad que existe entre el trabajador y el empleador existe antes, durante y después de la relación laboral, siendo en este último momento una de las causas por las cuales el trabajador verá como muy dificultoso producir prueba evidente e irrefutable de que sus dichos son ciertos, logrando en la mayoría de los casos acercar al juez sólo una duda razonable de que sus dichos son ciertos. Por este motivo, si esta duda no es evacuada por la prueba de su empleador, al momento de inclinar su voto y evaluar cuál fue la realidad de los hechos, el juez debe inclinarse a tener por ciertos los dichos del trabajador en cuanto guarden relación con hechos posibles y reales... No se trata necesariamente de que el tribunal supla deficiencias probatorias, aunque ello puede ocurrir, sino de valorar la prueba adecuada a las circunstancias, y en aquellos casos de verdadera duda volcar el resultado de la apreciación a favor del trabajador" (Serrano Alou, Sebastián, "El principio in dubio pro operario y la apreciación de la prueba", Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social, Ed. Abeledo-Perrot, T. 2009-A, pág. 980) - autos "Retamosa c/ Comunicaciones y Medios S.A.", Expte. n° 373.478/2008, sentencia del 1/2/2011; autos "Paniagua c/ Caterino", expte. n° 379.223/2008, sentencia del 5/2/2013, entre otros-." (Conf. "Mañueco Jorge C/ Performance S.A. S/Despido Directo Por Causales Genéricas", (JNQLA3 EXP N° 500509/2013), 25/7/2019).



Por otro lado, quiero dejar asentado que, aun cuando fuera procedente dejar de lado la prueba testimonial debido a la disparidad de versiones, no podría cambiarse el resultado de lo que aquí se decide, dado que no existen otras pruebas a las cuales recurrir.

De hecho, la propia accionada aseguró que en el momento que se sucedieron los hechos no contaba con video cámaras instaladas en el local comercial, lo cual habría echado luz acerca de los acontecimientos examinados.

En relación a la carga de la prueba, señala Falcón que su reparto se regula por el principio de que la prueba del hecho debe darla aquella parte que tiene interés en afirmar su existencia, en cuanto le es favorable su efecto jurídico (conf. FALCON, Enrique M. "Tratado de derecho procesal laboral" Tomo I, Rubinzal Culzoni Editores, pág. 697 y ss)

Por lo que "A la parte actora le incumbe probar los presupuestos fácticos en que funda su pretensión, como a la parte accionada el hecho positivo esencial que invoca en su propio beneficio, no así en el supuesto que la demandada se limita simplemente a negar los hechos expuestos en el escrito inicial" (Conf. S.C.J. Bs.As. Acuerdo L-36452 sent. 18/8/1986)

Además, "... Sostiene Maza que en materia de extinción de la relación laboral es principio aceptado que quien provoca la ruptura debe acreditar la existencia de las causales invocadas en la comunicación de distracto. Por eso el empleador no puede alegar en su provecho la inactividad probatoria del trabajador si el vínculo se ha resuelto por despido directo, pues en ese caso le incumbía a aquel la acreditación de los hechos que imposibilitaban la continuación de la relación laboral ..." (Conf. Revista de Derecho Laboral, 2007-1, Procedimiento Laboral - I, Rubinzal Culzoni Editores,



“Los principios del derecho del Trabajo en el Derecho procesal laboral” pág. 27)

Por ello habiéndose el actor presentado ante estos estrados demandando el pago de la indemnización por despido, en el entendimiento de que el motivo alegado por la demandada en realidad no sucedió y, dado que no se acreditó que el actor tuviera la intención de retirar sin abonar la mercadería en cuestión, corresponde hacer lugar a la demanda por despido injustificado.

2) Toca ahora determinar los rubros y montos por los que prospera la demanda.

La demandada impugnó la liquidación practicada por el accionante sin fundamentar por qué el monto base no se corresponde con la mejor remuneración normal y habitual.

No obstante ello encuentro que el detalle efectuado se encuentra ajustado a derecho por lo que corresponde que la demanda prospere por la suma reclamada.

Por todo lo dicho, considero corresponde hacer lugar al recurso y revocar la sentencia apelada, considerando injustificado el despido del actor, y procedentes las indemnizaciones de ley solicitadas, lo cual me exime del tratamiento del resto de los agravios.

IV. Por consiguiente propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora, revocar la sentencia recurrida y recomponer el litigio haciendo lugar a la demanda interpuesta.

Intímese a la accionada a abonar al actor dentro del plazo de cinco (5) días de notificada, la suma de \$580.528 en concepto de indemnizaciones derivadas del despido y multa art. 2 ley 25.323 con más sus intereses que se calcularán conforme la tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén,



desde el día 1/12/2017 y hasta su efectivo pago, de conformidad con el precedente del Excmo. Tribunal Superior de Justicia en autos "Alocilla" bajo apercibimiento de ejecución.

Las costas de ambas instancias serán impuestas a la demandada vencida (Art. 17 de la ley 921 y 69 del CPCyC).

Dejar sin efecto los honorarios regulados en la instancia de grado que adecuados al nuevo pronunciamiento se establecen para los Dres.... e ..... ambos en el doble carácter por el actor en el 22.4% de la base regulatoria, integrada por capital de condena más intereses (art. 20, ley 1594), y los de los Dres. .... y ..... como apoderado y patrocinante de la demandada respectivamente, en el 4.48% y 11.2% aplicados sobre la base regulatoria antedicha, todo de conformidad con los arts. 6, 7, 8, 10, 20 y 39 de la ley 1594.

Los honorarios de los letrados intervinientes se regulan en el 30% de lo que se establece en la instancia de grado de conformidad con la Ley Arancelaria vigente, para los que actuaron en igual carácter.

**La Dra. Patricia CLERICI dijo:**

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

Por ello, esta **Sala II**

**RESUELVE:**

I. Revocar la sentencia dictada el día 15 de julio de 2020 (fs. 184/188 vta.), y hacer lugar a la demanda interpuesta por Andrés Eugenio Araya, condenando a Supermercados Mayoristas Jaguar S.A. a abonar al actor la suma de \$580.528 dentro de los cinco (5) días de notificada, con más los intereses dispuestos en el Considerando respectivo, bajo apercibimiento de ejecución (art. 51 ley 921).



II. Dejar sin efecto los honorarios regulados en la instancia de grado, los que se adecuan al presente pronunciamiento del modo dispuesto en el Considerando respectivo.

III. Imponer las costas de ambas instancias a cargo de la demandada vencida (art. 17 y 68 del CPCyC).

IV. Regular los honorarios de los letrados intervinientes en segunda instancia, Dres.... e ..... en el doble carácter por el actor y los de los Dres..... y ..... como apoderado y patrocinante de la demandada, respectivamente, en el 30% de lo regulado en la instancia de grado (art. 15 de la Ley Arancelaria vigente).

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

**Dra. PATRICIA CLERICI - Dr. JOSÉ I. NOACCO**

**Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria**