



NEUQUEN, 11 de diciembre de 2018.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"ADRIAZOLA EDGARDO JULIAN C/ SOCIEDAD ANONIMA IMPORTADORA Y EXPORTADORA DE LA PATAGONIA S/ DESPIDO"**, (JNQLA5 EXP N° 509488/2017), venidos en apelación a esta **Sala III** integrada por los Dres. Marcelo Juan **MEDORI** y Fernando Marcelo **GHISINI** con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina **TORREZ** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dr. Ghisini, dijo:**

I.- Vienen estos autos a consideración de la Alzada para el tratamiento del recurso de apelación interpuesto por el demandado (fs. 119/128 vta.) contra la sentencia del 06/09/2018 (fs. 110/114 vta.), que prospera en su totalidad, por la suma de \$ 980.931,00 y que hace lugar a las indemnizaciones derivadas del despido que se lo consideró como injustificado y la multa del art. 2 Ley 25.323.

Expresa como primer agravio, que la sentencia es auto contradictoria sobre el hecho fundamental, en tanto no se ha pronunciado categóricamente sobre la existencia o inexistencia de la falta invocada, sino que discurre entre posiciones discordantes, sin resolver el conflicto concreto, teniendo por reconocidos los hechos imputados y por otro lado, considera que no se han acreditado.

Como segunda queja plantea que se ha valorado absurdamente la prueba testifical de Mera y Chalking, que coinciden entre sí y con el resto de la documental aportada, basándose en un único testimonio, de Riquelme, cuya declaración es contradictoria con lo relatado por los demás testigos y con el propio reconocimiento del actor.

Reproduce para ello las testimoniales a las que alude, asegurando que la interpretación efectuada por el a quo, no se ajusta a las reglas de la sana critica, en tanto se limita a realizar un análisis parcial de los testimonios, sin



integrarlos ni armonizarlos con el conjunto, con menoscabo de la verdad material.

Su tercer agravio lo centra en el propio reconocimiento que efectúa el actor y las declaraciones de ambos testigos, donde queda fuera de discusión que los empleados no pueden apartar mercadería salvo situaciones excepcionales y de previa autorización del gerente. Para así afirmarlo, vuelve a repasar la declaración testifical de las dos empleadas, que según entiende, no fueron valoradas correctamente.

Puntualiza en su cuarto agravio que el demandante intentó ocultar la maniobra en todo momento, hasta que - descubierta la mercadería debajo de las cajas de milanesas- no le quedó otra alternativa que confesar. A tal fin, aprecia las testimoniales brindadas, tratando de demostrar que el haber guardado la mercadería no era una práctica habitual y permitida, ya que, según entiende, si estuviera permitido, no tenía sentido haber ocultado la mercadería debajo de las cajas de milanesas.

Manifiesta en su quinta queja, que se soslaya en la sentencia el ocultamiento de mercadería, en tanto lo hizo por un prolongado tiempo y procuró no ser descubierto. En base a ello entiende que tratándose de un incumplimiento en el manejo de bienes a cargo, la pérdida de confianza es esencial, e impide el desarrollo de la relación.

Cita jurisprudencia de esta Cámara que avala su postura.

Indica en su sexto agravio que por el principio de subsidiariedad procesal, debe impugnar también que la sentencia aplique automáticamente la multa de la ley 25.323, sin considerar el elemento subjetivo.

Se explaya sobre su naturaleza sancionatoria, la necesidad de evaluar la motivación del empleador y la falta de consideración de las circunstancias fácticas acreditadas,



concluyendo en que nos encontramos ante una situación controvertida, por lo que la actitud de la empresa de no pagar y defenderse judicialmente, no merece ningún reproche sancionatorio de la ley citada.

Formula reserva del caso federal y peticiona en consecuencia.

Sustanciada la queja del demandado a fs. 129, el actor responde a fs. 130/132.

Contesta los agravios en forma general, expresando que los mismos son solo una expresión de enojo por el resultado del proceso.

Razona que la primera queja, es un error de interpretación de la lectura de la sentencia y que no existe contradicción alguna, sino que al intentar tomar citas parciales del decisorio, las hace pasar como contradictorias, cuando en realidad los dichos son totalmente coherentes, lo que demuestra una falta de agravio concreto con el fallo que se recurre.

Bajo estas consideraciones, analiza las declaraciones de la causa, valorando las que tuvo en cuenta la A-quo, afirmando que la empleadora solo utilizó una situación normal para excusar un despido y evitar asumir responsabilidades ante la voluntad disruptiva.

Que siendo así, los demás agravios caen por su falta de consistencia, ya que omite el hecho capital, cual fue, "que era tan normal la situación en la sucursal, que la propia empleadora, luego de notada la supuesta falta, vendió al actor la mercadería apartada".

Que en la falta que se le imputa, no existía ninguna maniobra defraudadora u oculta a los encargados de la sucursal, sino que era una operatoria normal, habitual y admitida por los representantes de la empresa, ante los trabajadores.



Que teniendo en cuenta los dieciocho años en la empresa sin ningún llamado de atención y aunque existiera alguna falta imputable su parte, aparece como excesivo aplicar la máxima sanción del derecho laboral.

Concluye expresando, que no existe una crítica concreta y con asidero legal respecto a los argumentos de la sentencia de primera instancia, sino tan solo una muestra de descontento, sobre un resultado adverso a los intereses del apelante.

Peticiona.

II.- Abordando el estudio de la cuestión, se observa que la sentencia en crisis considera que no se acreditó la injuria invocada (CD fs. 12) y que la decisión rupturista se apartó de los elementales principios laborales de buena fe y continuidad laboral (art. 10 y 63 de la LCT) y en virtud de ello, condena a la demandada, al pago de las indemnizaciones de ley.

Para así decidir, tuvo en cuenta que el propio actor reconoce la separación de mercadería, para luego llevársela para su consumo personal y abonarla posteriormente como lo hacían el resto de los compañeros, incluso jerárquicos, cuestión que corrobora con la testimonial de Riquelme.

Por ello, el hecho injuriante de pérdida de confianza, por haberse encontrado en el fondo del freezer y debajo de unas cajas del sector carnicería donde se desempeñaba, seis bollos de matambre, que el mismo actor reconoció haber preparado y guardado (Acta Administrativa de fs. 43) y que finalmente abona, la sentencia de grado, lo determina improbadamente como tal.

El artículo 242 de la Ley de Contrato de Trabajo prevé expresamente: ***"Una de las partes podrá hacer denuncia del contrato de trabajo en caso de inobservancia por parte de la otra de las obligaciones resultantes del mismo que***



configuren injurias y que, por su gravedad, no consienta la prosecución de la relación. La valoración deberá ser hecha prudencialmente por los jueces, teniendo en consideración el carácter de las relaciones que resulta de un contrato de trabajo, según lo dispuesto en la presente ley, y las modalidades y circunstancias personales en cada caso". (cfme. arts. 14 bis de la Const. Nac.; 38 inc. j de la Const. Prov.; 10, 62, 63 y 243 de la L.C.T.; y 377 y 386 del C.P.C.C.).

"La injuria es todo acto u omisión de una de las partes del contrato que afecta intereses legítimos de la otra y la valoración de su importancia y de su aptitud para disolver el vínculo debe ser hecha prudencialmente por los jueces teniendo en consideración las modalidades de la relación y las circunstancias personales que se dan en cada caso. Al respecto pueden sentarse ciertos principios de interés para el caso en estudio: la gama de intereses legítimos que pueden ser afectados es amplísima y pueden ser tanto de orden material como moral; la injuria debe ser relacionada con situaciones concretas, pues el ambiente de trabajo y la naturaleza de las relaciones que allí se traban, han de dar la exacta medida de la gravedad de un hecho; la falta debe ser proporcionada a la sanción, debe ser grave al efecto y debe ser impeditiva de la prosecución de la relación laboral; los antecedentes desfavorables de un operario pueden servir de apoyo a un despido si existe un último hecho que pueda ser utilizado como causa inmediata y directa de la resolución; y quien invoca la existencia de injuria capaz de justificar la denuncia del contrato de trabajo debe aportar suficientes elementos de prueba para acreditar la misma" (citado en la causa: "Rivera Astroza Leonor Beatriz c/ 8 Dragons Neuquén S.A. s/ despido directo por otras causales", Expte. n° 356012/7 - Sala III - 12/05/2011).

Al respecto, esta Sala III ha sostenido invariablemente que: *"la causal elegida -pérdida de confianza-*



constituye un incumplimiento a los deberes de fidelidad que le corresponden al dependiente en el marco del contrato de trabajo, tal elemento subjetivo debe resultar de circunstancias objetivas debidamente acreditadas y que por sus peculiaridades pueda constituir una injuria laboral suficiente en los términos del art. 242 de la ley obrera" ("Díaz José Luis contra Petrobras Energía S.A. s/ Cobro de Haberes", Expte. N° 313726/4 - Sent.: 24/08/2006 y "Carrasco Luis Andrés contra A.VI.PAR. S.A. s/ despido por otras causales" (expte. n° 472687/2012/ 05/2018).

De esta manera, "Como la noción de pérdida de confianza no constituye más que un mero sentimiento subjetivo, para que el despido resulte legítimo, hace falta que tal figura se torne operativa en base a un incumplimiento objetivo del trabajador que traduzca la imposibilidad que la relación de trabajo continúe vigente, en tanto frustre las expectativas acerca de una conducta leal y acorde con el deber de fidelidad creadas con el devenir del vínculo, lo que lleva a la convicción que el trabajador ya no es más confiable. Ese hecho objetivo que lleva la pérdida de confianza (reacción subjetiva) debe ser consignado en el despacho rescisorio, a los fines de dar posibilidad de defensa cierta al despido" (conf. Cámara de General Roca /Rio Negro, autos:" Escudero Darío Enmanuel c/ Barceló Carlos José e INC S/ reclamo" Expte N° R-RO-624-L2013- Sent.: 05/10/2015).

Bajo estos claros parámetros jurídicos y entrando al análisis de la cuestión fáctica traída a estudio, adelanto que los agravios valorados en su conjunto no tendrán acogida favorable a los fines de revocar la decisión de la instancia que se revisa.

En efecto, si bien de la prueba testimonial de Riquelme, empleada de la firma demandada, se extrae que resultaba una práctica habitual separar mercadería para luego llevárselas y que a lo sumo pueden pasar unos días antes de



retirarla, hasta que les habiliten la cuenta corriente; de las declaraciones de Mera (gerente de ventas) y Chalking (jefe zonal de calidad alimentaria), extraigo que no era algo tan habitual y que para ello, debían contar con la autorización previa del gerente de la sucursal.

Luego y en relación al hecho endilgado, Riquelme y Chalking solo saben por comentarios, aunque Mera, fue la que denunció al actor, en tanto resultó ser quien encontró los bollos de matambre en el freezer, bajo unas cajas de milanesas, las cuales pretendía pesar para un control de rutina.

Ante ello, el accionante reconoce haber guardado los matambres, que no contaba con autorización y que uno de los seis matambres, era conservado desde aproximadamente un mes y medio (conforme la etiqueta), aunque finalmente, luego del acta administrativa de reconocimiento de la falta (fs. 43) abona y retira la mercadería apartada o que estaba, "oculta", conforme se agravía la demandada.

Y es aquí, donde encuentro el hecho reprochable al actor; el de no haber avisado en forma previa al gerente de la mercadería apartada, "ocultada" y guardada para su posterior compra y que uno de los productos refrigerados tenía un vencimiento por el cual no se admitía volver a congelarlo, hecho que conlleva a posibles sanciones bromatológicas al establecimiento.

No obstante lo expresado, tal situación o falta no resultaba ser impeditiva para la prosecución de la relación laboral y aparece como desproporcionada la aplicación de la mayor sanción que prevé la LCT.

Por lo demás, era mercadería que se adquiría legalmente, no significaba un intento de defraudación o robo de la misma y además esta circunstancia era admitida habitualmente por la gerencia de la empresa, con previa autorización. No es dable suponer, que se podría haber llevado



las seis piezas de carne en forma clandestina, sin pasar por control alguno.

Lo cierto es que *"Debe recordarse que el ordenamiento jurídico laboral faculta al empleador a aplicar sanciones disciplinarias de envergadura tal como la de suspender por 30 días sin obligación de pagar salario (art. 67 LCT) por lo que al despido -máxima sanción- debe llegarse luego de agotar la escala sancionatoria o bien cuando se trata de un incumplimiento único de gravedad tal que impida por sí la prosecución de la relación (art. 242 L.C.T.)"*. (Fernández Madrid, Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, t.II, p. 1618 y 1621 -citado en la causa: "Salamanca Tapia Margarita c/ Clínica Pasteur S.A. s/cobro de haberes" / Expte. N° 342010/6-Sala III - 16/02/2010).

En este sentido insisto, que la conducta del trabajador pudo ser pasible de sanciones disciplinarias por la falta cometida, por ello juzgo que la máxima sanción dispuesta por la empleadora es excesiva y desproporcionada, atento la antigüedad del actor (18 años), sin antecedentes disciplinarios y que la actitud asumida por el mismo, no reflejaba en ningún momento una intención engañosa o fraudulenta.

Finalmente, al no haberse acreditado las circunstancias objetivas que puedan constituir una injuria laboral suficiente, en los términos del art. 242 de la LCT es que, el planteo impugnativo al despido determinado como injustificado no tendrá acogida favorable, rechazándose los agravios en tal sentido.

En cuanto a la indemnización punitiva del art. 2 de la ley 25.323, me he expedido en casos concretos, conforme la prerrogativa del segundo párrafo del art. mencionado, en cuanto consagra una excepción para aquellas cuestiones en que hubiesen existido causas que justifiquen la conducta del empleador, ante lo cual los jueces mediante resolución



fundada, podrán reducir prudencialmente el incremento indemnizatorio dispuesto por el mencionado artículo hasta la eximición de su pago. (conf. argumentos causa: "Lagos Liliana Esther c/ Barceló Carlos José Augusto s/ despido directo por otras causales" -exp n° 348751/7-02/12/2008, entre otros).

Cabe recordar que el objetivo de la Ley es compeler al empleador a abonar en tiempo y forma las liquidaciones por despido y evitar litigios y que la sanción no se vincula con la causa del despido, sino que se castiga la conducta dilatoria que genera gastos y pérdida de tiempo.

La jurisprudencia ha dicho en tal sentido que: **"Para exonerarse del pago de la multa prevista por el art. 2 de ley 25.323, el empleador está obligado a demostrar que actuó asistido de derecho al disponer el despido o bien que tuvo una razón al omitir el pago de las indemnizaciones previstas en la ley 20.744: arts. 232, 233 y 245 y ley 25.013: arts. 6 y 7"** (cfr. "Gomis Mónica Andrea c/ Telefónica comunicaciones personales S.A. s/ despido", Sala III -Exp. N° 328.199/5- sentencia 16/10/2007).

En igual sentido: **"Corresponderá la exoneración de la sanción establecida en el art. 2 de la ley 25323 o bien su reducción en los casos en que exista una controversia seria y fundada sobre la causal del despido, por ejemplo en el supuesto de que el empleador que invocó una justa causa para despedir, logre acreditar los hechos y el juzgador, atendiendo a las circunstancias del caso, hubiera concluido que la medida no resulta de gravedad como para impedir la prosecución del vínculo. Esto corrobora que la norma en examen no obstaculiza el ejercicio del derecho de despedir con causa en los términos del art. 242 de la LCT"**. (CNAT Sala III Expte N° 15.851/01 Sentencia N° 83.713 del 18/6/02 "Martínez, María c/ Kapelus SA s/ despido").

Soy de la opinión que, si el empleador no abonó la indemnización del art. 245 LCT por haber mediado motivos



fundados, al entender, que el incidente en cuestión realmente acaeció -y que si bien la valoración final del hecho injurioso es realizado por los jueces conforme las modalidades y circunstancias personales en cada caso (art. 242 LCT),- pudo haber estimado que tal circunstancia ameritaba un despido causado.

Por ello, y si bien la falta reprochada resultó insuficiente para justificar la desvinculación, en este caso concreto, eximiré del pago sancionatorio del art. 2 Ley 25.323 al empleador demandado, detrayendo el monto de \$ 323.977 de la condena impuesta en el fallo que se examina.

V.- Por las razones expuestas, la jurisprudencia invocada y por los fundamentos del fallo recurrido, propongo al Acuerdo: **1.-** Confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto dispone que el despido resultó injustificado y hace lugar a las indemnizaciones derivadas del mismo. **2.-** Acoger parcialmente la apelación del demandado en relación a la exoneración de la sanción del art. 2 Ley 25.323. **3.-** Modificar la sentencia de fs. 110/114 reduciendo el monto de condena a la suma de **\$ 653.954,00**. **4.-** Las costas de la instancia de grado y de Alzada serán impuestas en un 85% a la demandada vencida y en un 15 % al actor (art. 71 CPCyC) atento al modo en que se resuelve y teniendo en cuenta el principio morigerador que rige en materia laboral **5.-** los honorarios profesionales en esta etapa serán regulados en un porcentaje del 30% de los fijados en primera instancia (art. 15 de la L.A.).

Tal mi voto.

El Dr. Medori, dijo:

I.- Que habré de adherir a la solución dada por el vocal que me precedió en su voto respecto al distracto y sus consecuencias, y disentir con lo postulado en relación a la improcedencia de la multa establecida en el art. 2° de la



Ley 25323, en tanto considero que tal rubro debe integrar la condena tal como se incluyó en el pronunciamiento de grado.

Que la decisión en crisis concluye en injustificado el despido dispuesto por la empleadora al concluir que los hechos injuriantes no se encuentran probados en su magnitud ni resultan de tal gravedad como para desplazar el principio rector en las relaciones laborales como es el de conservación del contrato laboral (art. 10 LCT).

Y dado tal antecedente, la jueza de la instancia considera cumplidos los dos requisitos contenidos en el art. 2º de la Ley 25323 para que proceda el incremento del 50% de las indemnizaciones que reconocen los arts. 232, 233 y 245 de la LCT, esto es, que el empleador fuera fehacientemente intimado al pago por dichos rubros y no lo haya concretado.

Que atendiendo los términos del agravio introducido en forma subsidiaria, al haberse acreditado el reclamo vía telegráfica (fs. 13) considero ajustada la apreciación probatoria de cada uno de los elementos aportados para concluir en la ausencia de justificación del distracto, por no concretar la estrictez exigida por la ley laboral a los fines de decidir un despido con justa causa, y de ello, procedente de la multa.

Que entiendo procedente el incremento incluido en la condena fundado en la ausencia de cancelación de las indemnizaciones cuando no son abonadas tempestivamente y conduce a que se deban iniciar acciones, porque apuntan al correcto y oportuno cumplimiento por parte del empleador, al que se le exige una valoración previa seria y razonada de la decisión, y que a tal fin recurre al transcurso del tiempo que genera el desarrollo de un proceso, así como el daño que representa para el trabajador esta morosidad.

Que en segundo lugar considero que cuando la norma se refiere a la existencia de **"causas que justifiquen la conducta del empleador"** se debe entender que éstas no son



otras que considera la ley común para el caso de incumplimiento de cualquier obligación, es decir el impedimento debe ser externo o ajeno a la relación o al riesgo del empleador.

Que cabe interpretar que en la previsión normativa en análisis se combinan un aspecto punitivo dirigido a la conducta de incumplimiento, con una reparación especial y adicional aplicable a aquel empleador que omitió cumplir con sus obligaciones tempestivamente frente al trabajador.

II.- Que por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se planteó el recurso, propicio el rechazo de la apelación de la demandada, confirmando el fallo de grado en todo lo que fue motivo de agravio.

III.- Las costas habrán de imponerse a la demandada en su calidad de vencido (art. 17 de la Ley 921), debiéndose regular los honorarios en el 30% de los que fijen a los letrados en la primera instancia y por la misma intervención (art. 15 de la L.A. vigente).

TAL MI VOTO.

Existiendo disidencia parcial en los votos que antecede, se integra Sala con **la Dra. Patricia CLERICI**, quien manifiesta:

Adhiero al voto del Dr. Fernando Ghisini, en lo que es materia de disidencia.

Por todo ello, **la SALA III POR MAYORIA,**

RESUELVE:

1.- Modificar la sentencia dictada a fs. 110/114 y vta., reduciendo el monto de condena a la suma de \$653.954, de conformidad a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

2.- Imponer las costas de Alzada en un 85% a la demandada vencida y, en un 15% al actor (art. 71 C.P.C.C)



atento al modo en que se resuelve y teniendo en cuenta el principio morigerador que rige en materia laboral.

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo establecido en el pronunciamiento de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

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

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori - Dra. Patricia Clerici

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA