En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de septiembre del año dos mil catorce, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Mario Luis Vivas y asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi y María Inés de Villafañe, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"G., M. B. c/ E. M. S.A. s/ Cobro de Pesos e Indem. de ley." (Expte. N° 162 Año 2014)** venidos del Juzgado Laboral N° 2 (Expte. N° 10154/2012) en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN:** ¿Es justa la sentencia dictada?; **SEGUNDA CUESTIÓN:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 204.

A LA PRIMERA CUESTION la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

1.

La sentencia de primera instancia rechazó la demanda incoada por la Sra. M. B. G. contra E. M. S.A., impuso las costas a la actora y reguló los honorarios del letrado que intervino por la parte demandada sin hacerlo a los abogados de la parte atora en mérito del pacto de cuota litis homologado a fs. 101.

Para así resolver, la magistrada de grado, con base en la prueba confesional y testimonial rendida, estimó que la configuración de comportamientos incompatibles con la relación laboral, en tanto los hechos y omisiones imputados a la actora que juzga de gravedad se acreditaron en la causa, con más la suspensión disciplinaria del 18 de mayo de 2012, justificaron el despido dispuesto por la empleadora.

La sentencia fue apelada por la actora, los agravios se agregaron a fs.187/197, sin réplica de la contraria.

2. <u>Los agravios de la actora y su tratamiento</u>.

2.1. Luego de reseñar los antecedentes de la causa y la sentencia dictada, la parte actora estructura su queja en la forma arbitraria en que se analizó la prueba rendida.

Indica cuales fueron las causales invocadas por la demandada para despedir a la actora y a partir de allí señala: a) que la jueza ponderó el contexto global del comportamiento de la dependiente sin tener certeza sobre las conductas reprochadas y notificadas al momento de despedir a la actora; b) que las declaraciones dadas por B., C. y C. no dan cuenta con precisión de las inconductas de la actora; c) que la suspensión dispuesta el 18 de mayo de 2012 fue impugnada oportunamente por la trabajadora en los términos del art. 67 LCT y ninguna de las declaraciones han dado cuenta con certeza de la aplicación de antecedentes disciplinarios; d) que no existe prueba de la existencia del hecho puntual que se endilgó a la actora para lo cual analiza las declaraciones en ese punto; e) cuestiona que se haya restado credibilidad a las testigos que tienen pleito pendiente con la demandada (Sras. C. S. y O.) que resultan corroborantes de las declaraciones de las Sras. S. y P..

Concluye su agravio señalando que la demandada no acreditó en autos las causales de despido descriptas en la comunicación rupturista, ningún testigo vio que G. no levantara al Sr. P. Á. de su cama y ninguna sanción pudo acreditarse en el expediente.

2.2 a) La cuestión a dilucidar se centra en la configuración o no de la causal de injuria con relación al comportamiento de la actora, en los términos del art. 242 de la LCT, lo cual traerá como consecuencia, una concreta definición sobre si ha existido justa causa de despido y, por ende, falta de derecho a un reclamo indemnizatorio.

El art. 242 de la LCT ha dispuesto el término injuria a efectos de caracterizar la justa causa de despido, además de establecer que esta última debe ser grave. En líneas generales, se ha dicho que la injuria que configura la justa causa de despido consiste en un "...daño, material, físico o moral, producido por la conducta de una de las partes y que afecta gravemente la esencia de la relación de trabajo que estriba en el cumplimiento leal de los deberes mutuos. Este daño debe ser tan grave que ni siquiera la continuación de la relación por el término del preaviso puede consentirse..." (Krotoschin, Ernesto, Manual de Derecho del Trabajo, Bs. As., 1993, p. 161).

Asimismo cabe establecer que la gravedad del hecho injurioso debe guardar una relación de proporcionalidad con el despido: el hecho debe ser de tal gravedad, que impida la continuación de la relación laboral y al no brindar la ley una definición legal, la valoración queda sujeta a la libre discreción del juez, quién guiado por las propias pautas de la LCT, las modalidades y circunstancias personales de cada caso, establecerá la proporcionalidad o no entre el despido y el hecho (art. 242, segundo párrafo, de la LCT).

Dicho lo anterior y en atención a los argumentos recursivos, debe recordarse que la regla del art. 243, LCT, consagra, por una parte la inalterabilidad de la motivación invocada para legitimar el despido con justa causa derivada del incumplimiento del trabajador, lo que permite juzgar dicha legitimidad con apego a la situación existente al tiempo de la denuncia, y por otra parte, la predeterminación de la materia sobre la que versará, en caso de controversia, la actividad probatoria. Todo ello en resguardo de la buena fe y del derecho de defensa del denunciado.

Por su lado debe repararse que dado que el despido con causa supone una excepción al derecho del trabajador a ser indemnizado, la valoración en

estos casos debe ser sumamente estricta, requiriendo del juez suma prudencia en la ponderación de los medios de prueba.

En el punto debo recordar que, conforme criterio reiterado de este Tribunal, el Juez de grado es libre a la hora de valorar la prueba pudiendo elegir entre aquellas que mayor convicción le produzcan siendo su decisión solo revisable cuando incurre en notoria injusticia o arbitrariedad.

En los términos de la comunicación obrante a fs. 3 E. M. S.A. por su apoderada, dispuso el despido causado de la Sra. G. por las siguientes causas: a)*"Ante las reiteradas negativas de su parte a cumplir con sus tareas y las órdenes de trabajo y específicamente el día 8 de julio de 2012, Ud. omitió brindar ayuda para que se levante el paciente P. Á., habiéndosela Ud. brindado solamente después de que lo percibió la enfermera de turno y la confrontó, a quien Usted le contestó agresivamente. Habiendo dicho paciente, por tal motivo, dejado de desayunar en la debida forma"*; b) "*Esta no es la primera inconducta grave de su parte, sino que Usted fue apercibida y luego suspendida por haberse negado a seguir las ordenes que le impartía su superior jerárquico*; c) *negándose a realizar tareas;* d) "*haber tratado con insolencia y descortesía a su personal jerárquico, siendo sus malos tratos una conducta reiterativa…";* e) que existían agravantes de la inconducta habiendo sido sancionada previamente. En la misma comunicación se señaló que se instó a la trabajadora a retomar la conducta que debe observar todo empleado con contracción y dedicación a su labor y se le comunicó que en caso contrario la firma se vería obligada a aplicar sanciones mayores y que por Carta documento del día 28 de mayo de 2012 se le recordaron sus deberes en los términos del art.84/86 LCT.

La misiva fue respondida por la actora negando todos los términos de la comunicación del despido causado (v. fs.4).

Por su lado, la suspensión disciplinaria comunicada el día 18 de mayo de 2012 fue impugnada por la empleada en los términos del art. 67 LCT y ratificada por la demandada (fs.7), por lo que reclamados los salarios

generados por la medida, forman parte de los hechos que debieron acreditarse.

Producido el despido directo, la carga de la prueba de la causa del mismo queda en cabeza del demandado y de no ser así cae la justificación de rescisión del vínculo, más allá de la existencia o no de actividad probatoria del actor (Art. 381 del CPCC).

Liminarmente memoro que los antecedentes desfavorables de la Sra. G. pueden servir de apoyo a la decisión rupturista en la medida que exista un último hecho injurioso que pueda ser utilizado como causa directa e inmediata de la decisión. *"Si no existe una falta actual, las anteriores no pueden justificar un despido, aunque puedan invocarse como antecedentes para justificar la gravedad del nuevo hecho injurioso"* (STJ Sgo. del Estero 30-6-2010 M.M.R. c/ I.T. S.A. s/ Falta de preaviso. Casación Laboral. RC J 13231/10).

De modo tal que incumbía a la parte demandada acreditar que el día 8 de julio de 2012, la Sra. G. omitió brindar ayuda para que se levante el paciente P. Á. y que lo hizo luego que la situación fue percibida por la enfermera de turno, quien la confrontó y la actora contestó agresivamente. Como consecuencia de ello el Sr. Á. habría dejado de desayunar en debida forma, generándole el malogrado inaccionar, malestar al paciente.

Voy a coincidir con el apelante que la testigo B. (fs. 136/137), en relación al hecho tenido como desencadenante del despido, es una testigo de referencia, no vio como sucedieron los hechos.

También debe descartarse la declaración de la Sra. C. (fs. 133/135) y asiste razón en su crítica al apelante. La testigo, conforme el interrogatorio preliminar, tenía una jornada laboral de lunes a viernes de 9 a 17 hs. y los sábados por la mañana de 10 a 13 hs y cumplía tareas administrativas en la clínica de la demandada. De modo tal que su testimonio pierde credibilidad por la sola circunstancia que el hecho descripto en la causal de despido (8 de julio de 2012) fue domingo y no surge de la declaración ninguna

circunstancia que me permita justificar que la empleada administrativa de la clínica debió cumplir tareas fuera de su jornada habitual de trabajo. Este dato fáctico no ha sido considerado en la sentencia.

Respecto de la testigo D. (fs. 138/139) haré la misma consideración. Si su horario de trabajo en el lavadero de la clínica, era de lunes a viernes desde las 6 hs u 8 hs. hasta las 16 hs., esto es 8 horas, de lunes a viernes y cuatro horas los días sábados, no se explica cómo puede dar cuenta en este proceso de las circunstancias que -dice-, acontecieron el día 8 de julio de 2012 cuando, como ya he señalado, conforme el calendario de ese año y que tengo a la vista, fue domingo. Tampoco fue advertido al valorarse esta declaración testimonial en la sentencia.

Resta analizar la declaración de la enfermera de turno del día 8 de julio. La Sra. Directora Médica, Dra. B. ubica, sin certeza, en ese rol a la Sra. M. C. que declaró a fs. 140/141. La testigo afirma que el día 8 de julio advierte que el Sr. Á. no se encontraba en el comedor y al ingresar a su habitación entre las 9,30 hs. y 10,30 hs, constata que el paciente estaba en la cama y por ello deduce que si está en la cama no desayunó, no se lo higienizó y que si seguía en la cama no almorzaría. Que requirió a la actora que lo hiciera y esta hizo lo que tenía que hacer, lo levantó, lo llevó a la mesa y el paciente almorzó. Agregó luego que a su pregunta sobre lo que había ocurrido contestó que no lo recordaba pero que siempre respondía que no tenía tiempo. Agregó allí que lo informó, yendo por los pasillos, a la Sra. L. C. aunque también refiere que estaban en el lugar la secretaria y la Dra. B..

Aquí recuerdo que la Dra. B. declaró que no estaba en la Clínica y fue avisada por teléfono y que la secretaria, conforme los roles que se han asumido en sendas declaraciones, no cumplía tareas los días domingo.

La otra declaración que ha sido apreciada con rigurosidad por la magistrada, por tratarse de una testigo con juicio pendiente con la demandada, es la de la Sra. O. (fs. 123/124). La misma referenció, en

soledad por cierto, que trabajó junto a G. el día 8 de julio de 2012, que la actora ese día debía higienizar entre 25 y 30 pacientes sola y que no terminó de cumplir su horario en razón que se le había comunicado -a la actora- que "estaba despedida o tiene un telegrama algo así". Esta circunstancia, la existencia de un eventual despido verbal durante la jornada de trabajo, no ha sido siquiera expuesta en la demanda, por lo que agrega un elemento más para valorar estrictamente su testimonio.

Reexaminada la prueba en los términos que dejo relacionados, voy a disentir respetuosamente con las conclusiones de la sentencia.

La declaración de la Sra. C. no me persuade que pueda tenerse por acreditado que el día 8 de julio de 2012, la Sra. G. haya omitido prestar ayuda para que se levante el Sr. P. Á., que el mismo haya dejado de desayunar y los malestares que ello generaron en el paciente.

Su declaración es ambigua y poco convictiva, al punto que hasta me genera cierta duda que fuera la enfermera de turno. Véase que en el telegrama de distracto no se individualiza y con la trascendencia que ello tenía, quien cumplía esa tarea, tampoco da certeza la Dra. B. que cree que era C.. Y por lo que ya he señalado los dichos de C. y D. no son verosímiles. Testigos todas ellas, por otro lado, en relación de dependencia con la demandada, circunstancia tampoco valorada en la sentencia.

Siguiendo con su declaración y con la salvedad que acabo de exponer, sus dichos refieren una conducta que ubicada en tiempo y espacio y en el contexto de trabajo que han dado cuenta las testigos (entre 25 y 30 personas por planta para higienizar y disponerlos para el desayuno) no me permite asumir una actitud negligente de la Sra. G. con características de gravedad para fundar el distracto.

Llego a tal conclusión luego de un pormenorizado análisis de las probanzas de autos donde la prueba estuvo más dirigida a justificar los antecedentes previos que el hecho desencadenante del distracto.

Tal como he señalado no alcanza con ponderar el contexto global del comportamiento de la dependiente, debió justificarse con prueba eficiente que las circunstancias expuestas en la comunicación del distracto existieron del modo allí indicado.

Se aludió a un acto específico cometido por la dependiente, esto es que el día 8 de julio de 2012, omitió brindar ayuda para que se levante el paciente P. Á.. Si se demoró, por la cantidad de pacientes que había en la planta (tarea para la cual señalara C. había una sola asistente y era G.), ante el requerimiento de la enfermera de guardia, lo hizo.

Por cierto ninguna prueba estuvo dirigida a probar el malestar del Sr. Á. alegado por la empleadora.

La enfermera C. no pudo referir en su declaración que le contestó Guillén al requerimiento, solo conjeturó que debería haberle dicho que no tenía tiempo. Si en los términos del distracto la contestación fue agresiva *(cfme RAE son acepciones: Dicho de una persona o de un animal: Que tiende a la violencia; Propenso a faltar al respeto, a ofender o a provocar a los demás; Que implica provocación o ataque)* y no transcurrió tanto tiempo entre el hecho descripto y la declaración, llama la atención que no logre individualizar una respuesta con las características referidas por la empleadora. Tampoco refirió la testigo que la actora la hubiera desafiado, como se indicó al tiempo de contestar la demanda.

Tampoco queda claro cuál ingesta es la que no cumplió el paciente y lo afirmo porque la misma enfermera señaló que suponía que si no estaba levantado no había desayunado, el horario en que esto ocurrió tampoco fue despejado y en definitiva son las afirmaciones de una única testigo contra los dichos de la actora. Y aquí no puedo soslayar el vínculo de dependencia que sostiene C. con la demandada.

Luego de todo lo expuesto, voy a insistir que la valoración de la conducta desfavorable de la actora y la falta disciplinaria anterior- que como se verá

no voy a validar-, aun cuando pudieran haberse estimado para establecer la gravedad del nuevo hecho supuestamente injurioso, no alcanzan para justificar un despido.

Es necesario acreditar la existencia de una conducta actual sancionable y con entidad grave que no permita la prosecución del vínculo laboral y que por otro lado haya sido manifiestamente probado por quien lo alega.

Sostengo que la empleadora no acreditó más que eventualmente una demora en asistir al paciente, hecho que a mi criterio no tiene entidad de gravedad para justificarlo como hecho desencadenante del despido.

De conformidad a las reglas que rigen el *onus probandi* en la materia, correspondía a la parte demandada demostrar el asidero de su derecho, es decir que la conducta del actor era injuriosa para sus intereses en una magnitud tal que no consentía la prosecución de la relación laboral ni aún a título provisorio, conforme lo determina el art. 242 de la L.C.T.

Al respecto cabe reiterar que la justa causa del despido debe ser probada por quien la invoca, con los medios comunes de prueba. El trabajador despedido tiene derecho a ser indemnizado, siempre que la cesantía no se funde en justa causa. Esta se presenta, pues, como una excepción que destruye o impide el nacimiento del derecho que se hace valer con la demanda y como tal, ha de ser probada por quien la alega (conf. Krotoschin "Tratado práctico de Derecho del Trabajo", vol. I, pág. 504).

En este aspecto cabe consignar que conforme al texto de la LCT, la justa causa consiste en la inobservancia por una de las partes de las obligaciones resultantes del contrato de trabajo, inobservancia que configura injuria y no consiente por su gravedad la prosecución de la relación, siendo el término aplicado más amplio que para el correspondiente delito del derecho penal y puede consistir tanto en un no hacer como en un hacer; implica daño causado a la otra parte que puede ser físico, material o moral y

quebrantamiento del espíritu de colaboración que gobierna el contrato de trabajo.

La injuria debe ser prudencialmente valorada por el Juez teniéndose en consideración precisamente el carácter de las relaciones que resultan del contrato de trabajo, más las modalidades y circunstancias personales en cada caso: por ejemplo, grado de confianza y respeto mutuos requeridos, diligencia necesaria, etc. En consecuencia la justa causa debe ser al mismo tiempo, causa grave, propicia a destruir el fundamento de la relación, que es la buena fe y la colaboración y la parte injuriante debe haberse excedido en su conducta frente a la otra, por su hacer o por su omisión, de lo que puede considerarse como tolerable desde el punto de vista de la empresa y de la modalidad la relación personal y el exceso debe haber sido tal que no consienta la continuación de la relación, ni siquiera provisoriamente, es decir, durante la duración del plazo de preaviso.

Por lo expresado, los fundamentos deben ser dados por el Juez en cada caso concreto y al respecto considero que, de las constancias de autos no surgen elementos de juicio como para ratificar el criterio sustentado por la magistrada de grado.

Las pruebas aportadas por la demandada no han logrado demostrar el asidero de su pretensión, teniéndose en cuenta para ello una serie de pautas que conforman un principio de congruencia entre el antecedente y su consecuencia, es decir entre el hecho considerado injurioso y la decisión de extinguir el vínculo laboral con justa causa, y no encuentro la suficiente relación de causa a efecto entre la conducta reprochada y el distracto, por lo que sostengo que la medida adoptada por la patronal no encuentra basamento con la injuria invocada.

Que para ello tengo en cuenta el carácter de las relaciones que resultan del contrato de trabajo y las circunstancias y modalidades personales del caso en consideración.

Véase que la ruptura justificada del contrato de trabajo debe receptar los principios de causalidad y proporcionalidad debiendo además el despido ser contemporánea al hecho injurioso. Con respecto a la proporcionalidad que equivale a decir que el hecho invocado debe guardar relación con la gravedad de la medida, es necesario para la justificación que la conducta incriminada impida continuar la relación dentro del marco de confianza, colaboración y buena fe en que debe desenvolverse.

Que en función de cuanto vengo expresando y a contrario de lo resuelto en la sentencia de grado la parte demandada no ha probado en forma fehaciente el hecho desencadenante de la decisión. Como sostiene M.: "... hay en este aspecto un cierto consenso en exigir que haya relación de causa a efecto entre la conducta del trabajador y el despido; que éste constituya una medida que guarde proporción con la injuria y que haya contemporaneidad entre el hecho injurioso y la decisión resolutoria" (conf. 'Contrato de Trabajo'. T. II, pág. 463).

Que en consecuencia, habiéndose efectuado la evaluación de las pruebas producidas en el expediente, considero -conforme lo tengo adelantado- que la eventual demora en colaborar con el Sr. Á. (levantarlo de la cama), no pudo por sí mismo haber sido justificante de la ruptura de la relación laboral.

Por su lado y para dar respuesta al apelante voy a coincidir que en este proceso la prueba testimonial cumplida se ha caracterizado por la marcada apreciación de conductas que resultan esencialmente contradictorias.

A las que ya individualicé, testigos de referencia, declaraciones de quienes según sus propios dichos no podían estar presentes en la clínica en día no laboral, le siguen aquellas que -cargadas de subjetividad- dan cuenta de datos que debieron ser evaluadas en la instancia anterior.

No me es ajeno que la circunstancia de que los testigos sean dependientes de la accionada no descalifica por sí misma su declaración si los mismos

reconocen objetividad y coherencia y mucho menos cabe prescindir de su contenido si se trata de testigos necesarios por su intervención personal en los hechos, pero ello no obsta a la estrictez para valorarlos en sus alcances. Se ha dicho en ese sentido que *"El hecho de que el testigo sea dependiente de la demandada tiñe de cierta subjetividad sus declaraciones en los términos del art. 441 inc. 5 del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación"* (Cám. Nac. de Apel. del Trabajo, sala X, 29/06/2006, in re: "Brizuela, Mónica P. c. Buhl S.A.", AR/JUR/4152/2006; LA LEY 13/02/2007, 7 - LA LEY2007-A, 571). Y en el particular caso en análisis, no puedo soslayar que los testigos han formulado apreciaciones personales, excediendo el marco de lo percibido a través de sus sentidos.

Veamos la declaración de C. de fs.133/135 vta., sus primeras respuestas aluden a dichos de terceros cuando se reintegra a la clínica en febrero- debo entender de 2012. Los cambios de conducta de la actora que reprocha y vivenciado por la testigo es la falta de saludo al ingresar o retirarse de la clínica y que en algún momento le llamó la atención por alguna cuestión de índole administrativo. Aporta datos en relación al trabajo a desgano con los pacientes, para lo que debe recordarse que era la secretaria administrativa, su sector de trabajo era la entrada, atender el teléfono, consultorio externo, legajo de personal, entre otras cosas (1era. Repgta). Considerando ello, no puede aportar ningún dato certero en relación a llamados de atención, suspensiones u otro tipo de sanción que conforme señala eran por escrito (5ta Repgta). Lo que declara lo sabe por dichos de M. H. y es esta testigo quien le comenta lo sucedido el 8 de julio porque tenía que aplicarle una sanción por lo sucedido y *"en realidad me lo viene a comentar a administración para que hable con la dirección general de los hechos"*. A poco que se recuerde que el 8 de julio era domingo y la testigo no cumplía labores en ese día, se puede advertir que las respuestas dadas son esencialmente contradictorias.

Reitero aquí, que la Sra. H. -mencionada por varias testigos-, no ha sido traída a este proceso.

La Directora Institucional, Dra. B. (fs. 136/139vta) diferencia dos períodos en el comportamiento de G.. En lo que resulta de interés en el "último tiempo" que no concreta, recibió numerosas quejas del personal de enfermería (que tampoco individualiza) en relación a la negativa de colaborar (solo refiere a la de ayudar a levantar a los pacientes). Refiere que habló varias veces con G. y luego dio intervención a D. D. que sería la Directora general y dueña de la institución que tomó la medida de apercibirla, suspenderla y finalmente el despido. Refiere que es la encargada del personal -a la que no identifica-, quien se ocupa de las sanciones, que generalmente se utilizan notas de apercibimiento y 48 horas de suspensión. Luego y repreguntada por la parte actora, dijo que no sabía con certeza cuáles modalidades de sanción se aplicaron y cuando se le pidió que individualizara las tareas con las que declaró la actora se negaba a colaborar señaló que *"…tenía entendido que…"*para luego afirmar que muchos de los hechos que describió los vio personalmente.

En realidad y aun cuando resulta una testigo idónea por la actividad desempeñada en la clínica, no puedo inferir de cuáles circunstancias, objetivamente resulta testigo y de cuáles es testigo de referencia, máxime cuando, como ya he señalado, su declaración se encuentra teñida de la propia carga de la dependencia laboral reconocida.

En cuanto a la Sra. D. (fs. 138/139) es sugestivo que cumpliendo tareas en el lavadero pueda dar respuestas sobre circunstancias ajenas en ese sector (v. a la 3era pgta); refiere que escuchó (¿tras la puerta?) a M. H. darle una orden y que no la tomó en cuenta y luego por comentarios de compañeros (que no identifica). Repaso aquí que el resto de la declaración versa sobre lo acontecido el día 8 de julio, día domingo y en el que, conforme su respuesta respecto de su jornada de trabajo, no cumplía tareas.

A estas declaraciones y en cuanto a la conducta de Guillén, previa al hecho alegado del 8 de julio, se contraponen las otras compañeras de trabajo.

Veamos. C. S. a fs. 118/ 119 despedida de la Clínica en mayo de 2012 y con juicio pendiente, da cuenta que G. cumplía órdenes y que era buena haciendo su trabajo y si bien tenían tareas diferentes compartían el mismo espacio. Narró las tareas cumplidas por la actora, que no difieren de las descriptas por la demandada, señaló cuántos pacientes (abuelos) eran atendidos por planta (coincidente con los restantes testigos). Individualiza a quienes eran jefas del servicio como Y. S. (dirigía a las asistentes) y R. R. (recursos humanos) y que a partir de enero/febrero del año 2012 cambiaron a N. P. (hacía la cartelera, nos daba todas las órdenes y los cambios que se tenían que hacer). La jerarquía de las mencionadas era informada verbalmente. Por otro lado no recuerda altercados entre G. y otros empleados.

N. P. a fs. 120/121 asistente de enfermería hasta el día 11 de julio de 2012, que recibe el telegrama de despido y fue compañera de trabajo de G.. Reconoce que iniciará acciones legales contra la demandada. Asume que en los seis meses previos al despido era la persona que ayudaba a coordinar el sector donde trabajaba con G. y que en el período anterior estuvo la Sra. S.. Da cuenta que la actora era muy buena trabajando Dice que M. H. era mucama y cree que a fines de junio de 2012 la pasaron a asistente. Señala que no eran jefas, solo trataban de organizar los turnos de tareas.

Luego declara Y. S. a fs. 122/124. Fue compañera de trabajo de G. hasta el mes de enero de 2012. Describe que el desempeño laboral de G. era bueno y que era buena persona para trabajar con los abuelos: Que mientras laboró en la clínica era quien le impartía las órdenes a G., que nunca incumplió con las directivas dadas, que no puede referir quejas de los pacientes porque los internados están con demencia, que M. H. no cumplía ninguna función en

E. M. porque trabajaba en A. C. (sic) en siquiatría como mucama. Trabajó diez años en la Clínica.

G. O. a fs. 123 era compañera de G., trabajó en la Clínica hasta el 12 de septiembre de 2012 y con juicio pendiente por despido. Declara que el trato de G. con los pacientes era muy bueno. Refiere que estuvo con G. el 8 de julio y alude al retiro de la actora en esa fecha por un despido verbal, que como he referido antes, no fue insinuado por la actora.

Reseñadas las testimoniales, no puedo dejar de preguntarme quién ha sido el personal jerárquico que impartió las órdenes que se dice fueron desobedecidas por G. y/o que hubieran merecido el trato descortés e insolente de la actora.

Nada se ha probado en autos. El personal jerárquico al que alude la comunicación no ha sido identificado ni en la comunicación del distracto ni al tiempo de contestar la demanda.

Y ello, también es trascendente para evaluar la suspensión dispuesta el día 18 de mayo de 2012, evaluado como antecedente previo para justificar el despido y cuyas consecuencias patrimoniales también son objeto de la pretensión de la actora.

Si la empleadora refiere, tanto en la comunicación rupturista como en la que comunica la sanción, que medió la negativa a cumplir órdenes de sus superiores, lo mínimo que le era exigible a la empresa de salud es identificar cuál era la organización del personal en la clínica y los niveles de responsabilidad atribuidos, del que pudiera resultar el orden jerárquico que en forma constante y genéricamente se ha señalado.

Se desconoce quiénes podían, conforme las facultades de organización de la empresa, impartir órdenes y consecuentemente su desobediencia, generar un incumplimiento reprochable a la trabajadora.

Conforme el período de trabajo, la Sra. S. se autoreconoce en ese lugar hasta enero del 2012 sin dar cuenta de mala conducta por parte de G.; P., que no

se asume como jefa sino como organizadora de turnos hasta su despido, tampoco refiere inconductas.

M. H., quién habría asumido algún rol de coordinación y a la que G. señala como su referente al ser interrogada en los términos del art. 419 del CPCC, no fue propuesta para declarar en el expediente. De ello puedo inferir que no es la Sra. H. el personal superior o jerárquico al que se alude en sendas comunicaciones, resultara sujeto pasivo de la desobediencia o trato insultante o descortés por parte de G..

Tampoco puedo afirmar que fuera superior jerárquico, la enfermera C., ningún elemento se aportó al expediente para que así pueda considerarse.

Por su lado, si los apercibimientos a los que han referido las testigos B. y la empleada administrativa C. existieron, ninguna prueba se anexó al expediente, para lo que debo recordar que ambas refirieron la forma escrita como medio de instrumentación.

Tampoco aportó la parte las pruebas que obraban en su poder y que daban cuenta de "*que en reiteradas oportunidades se ha negado a seguir las órdenes que le imparte su superior, negándose a realizar las tareas para las cuales Ud. fue contratada y capacitada, como ser higiene de pacientes, afeitado, etc., siendo sus malos tratos una conducta reiterativa*" (v. CD agregada a fs. 32) y que dieron argumento para disponer la sanción de dos días de suspensión a cumplir los días 22 y 23 de mayo de 2012 y que preanunciaba sanciones mayores como la que se dispuso el 10 de julio de 2012.

En cuanto a B. ya he valorado que su respuesta a la séptima y octava repregunta no es asertiva y consecuentemente, en mi criterio valorativo no aportan la convicción que se refleja en la sentencia de grado.

b) Luego de todo lo expuesto, voy a concluir que la parte demandada no ha logrado probar la gravedad de la conducta de la Sra. G. configurativa de injuria laboral en los términos del art. 242 del LCT y consecuentemente deberá revocarse la sentencia de grado para resolver que el despido

dispuesto por la empleadora fue sin causa, debiendo asumir las consecuencias económicas que ello genera.

Por su lado, y en tanto la sanción de suspensión fue debidamente impugnada en fecha 22 de mayo de 2012 y ratificada el 28 de mayo con la consecuencia patrimonial de descuento de haberes (v. fs.8 -días de suspensión $ 224,40-), es procedente la revisión de la misma judicialmente. La suspensión disciplinaria para ser considera válida debe fundarse en justa causa, esto es debe existir una falta atribuida al trabajador que merezca este tipo de sanción. Conforme vengo señalando, la misma no tiene sustento probatorio en este expediente, por lo que la suma descontada oportunamente, integrará el capital de condena.

c) La decisión que propongo en mi voto, requiere ingresar a los montos indemnizatorios reclamados en la demanda.

A esos fines y conforme resulta del certificado de servicios y remuneraciones con firma de la apoderada L. C. de fs. 12, depositada en la Secretaría de Trabajo de esta ciudad y retirada por la Sra. G. en fecha 26 de julio de 2012, la mejor remuneración es la percibida en el mes de febrero de 2012 de $ 5.282,02. Sobre esa base remuneratoria y en la etapa de ejecución de sentencia, las partes o el perito contador que se designe, deberá liquidar los rubros reclamados que integran la liquidación final y que no han sido impugnados por la contraria: indemnización por antigüedad (2 períodos); integración de mes de despido (julio 2012), indemnización sustitutiva de preaviso (un período) y SAC sobre preaviso con más los intereses desde que las sumas debieron hacerse efectivas (10 de julio de 2012). (arts. 128, 137, 231, 232, 233, 245, y conc. L.C.T.)

Dándose el supuesto objetivo previsto por el art. 2 de la ley 25.323, corresponde admitir el incremento indemnizatorio que prevé la norma con más sus intereses desde la fecha en que se produjo el despido.

Conforme he señalado, integran la liquidación la suma de $ 224,40 correspondiente a los salarios descontados por la suspensión injustamente aplicada el 18 de mayo de 2012. La misma llevará los intereses desde la fecha que se produjo el débito 6 de junio de 2012.

Los intereses que deberán aplicarse a los rubros que integran la liquidación son los que determina el B. del C. S.A. para la tasa activa, desde las fechas que se indican y hasta su efectivo pago.

d) En síntesis, considerando que la demandada no ha logrado probar la causal de despido imputada a la Sra. G., corresponde receptar los agravios y revocar la sentencia de primera instancia y consecuentemente con ello admitir las sumas indemnizatorias pretendidas y los salarios por suspensión reclamados, que serán liquidadas en la etapa de ejecución de sentencia por las partes o perito contador que se designe.

3. <u>Las costas</u>

a) <u>Costas de la primera instancia:</u> El resultado del recurso amerita en los términos del art. 282 del CPCC, reajustar las costas y honorarios dispuestos en la sentencia de grado.

En mérito de ello, las costas serán impuestas a la demandada conforme el principio objetivo de la derrota (art.69 del CPCC y 57 de la Ley XIV N° 1).

Los honorarios profesionales propongo se determinen sobre el monto del proceso que surja de la liquidación y teniendo en cuenta la labor realizada, apreciada por su importancia, extensión y calidad, etapas cumplidas por los profesionales actuantes y el resultado obtenido, para los Abs. F. A. y M. A. en conjunto y proporción de ley en el 18% y para el Ab. P. C. M. en el 16,5 % (arts. 5, 6, 7, 8, 9, 38 y cctes. de la ley XIII N° 4 y su mod.).El porcentaje será de aplicación siempre y cuando las sumas resultantes sean superiores a los mínimos legales, debiendo adicionarse el IVA si correspondiere.

b) Las costas en esta instancia se imponen a la demandada vencida (art. 69 del CPCC). Conforme las pautas mensurativas ya indicadas, propongo que los honorarios de los letrados F. A. y M. A., en conjunto y proporción de ley se fijen en el 35% de los que resulten determinados en la instancia de grado, sin perjuicio de los mínimos legales y con el IVA si correspondiera (art. 5 y 13 de la ley arancelaria).

Voto a la cuestión, por la **NEGATIVA**.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

1 – Antecedentes – Sentencia y Agravios

La Sra. Jueza María Inés de Villafañe ha desarrollado al comenzar su voto los antecedentes del presente proceso, los postulados y fundamentos de la sentencia en crisis y las quejas esgrimidas por la parte actora como sustento del recurso que se le concediera. Por lo tanto, encontrándose cumplimentados los recaudos de ley, corresponde me aboque directamente al tratamiento de los agravios de la apelante.

2 – Tratamiento de los agravios

Acreditación de las causales del despido

Atento el tenor de los agravios que plantea la quejosa, se debe determinar en esta instancia si la empleadora acreditó debidamente la causal del despido invocada al resolver el contrato con su dependiente. La sentencia recurrida ha dicho que sí, mientras que el recurrente esgrime la posición contraria en la fundamentación del recurso que le ha sido concedido.

La denuncia del contrato de trabajo (despido) es el acto jurídico unilateral de una de las partes que pone fin a la relación de trabajo. Esta denuncia puede ser motivada o inmotivada. Es motivada cuando se funda en algún

hecho o circunstancia que la ley determina a ciertos efectos (por lo general, indemnizatorios) y es inmotivada o arbitraria cuando no se hace valer ningún motivo legal como fundamento.

Dentro de las denuncias motivadas hay que hacer otra distinción: la motivada en lo que la norma del art. 242 LCT llama *justa causa o injuria* y la que tiene otros motivos legales (por ejemplo, fuerza mayor o disminución de trabajo, etc.).

La injuria, con los alcances del artículo 242 (LCT) está referida a una conducta humana reprochable que puede ser una acción ilícita, una falta u omisión grave, o la combinación de ambas, como es el caso de la acción por omisión. No hay injuria por un hecho no ocurrido todavía, o por un riesgo de que ocurra, y en rigor, sólo es sancionable un acto concreto y cierto. El acto puede ser sensible en sí mismo o puede ser la fuente que deriva en una pérdida. Una falta que hiere la confianza, que además de ser básica en cualquier trabajo, en algunas tareas es central.

En cualquier caso, se debe "configurar la injuria" para que puedan operar los resortes legales establecidos en el marco regulatorio. Al respecto deben destacarse la existencia de tres momentos o eventos que separados en el tiempo, generan cierta incertidumbre respecto de los actos y decisiones que se adopten.

Primer momento: Las causas de un despido por culpa o responsabilidad del dependiente se fundamentan en actos reprochables que se deben dar en determinadas condiciones de lugar, tiempo y circunstancias y allí debemos situar el primer momento;

Segundo momento: El principal debe evaluar los actos acaecidos en el pasado reciente, y en función de ello habrá que determinar si se dan las condiciones para disponer la extinción con justa causa admitida por nuestro sistema legal, y en su caso disponer de inmediato el despido, notificándole

al dependiente en forma clara las causas y la decisión de despedirlo por ellas, sin derecho a indemnización alguna;

Tercer momento: Producido el distracto rechazado u objetado por el trabajador, se produce un tercer momento, que es ya durante el trámite judicial, en donde un tercero, el juez competente, será quien deberá evaluar las pruebas y la entidad de la causa, a fin de establecer si fue lícita la desvinculación por culpa o responsabilidad de la contraparte.

Ya se ha dicho que quien no presencia los hechos debe realizar un proceso inevitable de evaluación de los mismos a fin de establecer las consecuencias alternativas posibles. Al respecto, será fundamental también evaluar las circunstancias, las razones y el devenir de los acontecimientos y el grado de participación en ellos del sujeto a fin de apreciar si es intrínsecamente satisfactorio para producir el despido. Es más, no sólo se deben evaluar los hechos sino fundamentalmente, la prueba de los mismos, a fin de respaldar las causales invocadas en el momento de producirse un eventual litigio judicial (conf. DE DIEGO, J.A., *"Tratado del despido y otras formas de extinción"*, Ed. La Ley, T. II, pág. 10 y sigs.).

La causa de la cesantía debe ser aducida en el momento en que se notifique la ruptura del contrato de trabajo, no sólo para que el trabajador pueda formular revisión en el juicio laboral, sino también por ser una exigencia del deber de buena fe (conf. CNTrab., Sala VI, 26/02/86, TySS, 1982-472). El art. 243 de la LCT, tiene como finalidad evitar que se invoquen extemporáneamente las causas del distracto, de modo que el empleado tenga pleno conocimiento del motivo de aquéllas, y si resuelve promover demanda, disponga con tiempo de los elementos de juicio para demostrar su inexactitud y no se vea obligado en un plazo perentorio a "salir a buscar" la prueba que hace a su derecho (conf. CNTrab., Sala III, 26/04/89, TySS, 1989-795). La mencionada norma persigue el propósito de que las partes conozcan, desde el inicio del proceso, y aun antes de la traba de la litis, el

contenido cierto e invariable de la causa del despido, como una forma de salvaguardar el principio constitucional de la defensa en juicio (conf. CNTrab., Sala V, 26/12/86, TySS, 1987-331).

Teniendo en cuenta lo expuesto, corresponde remitirme al instrumento de fs. 3 que fue el redactado por el empleador y remitido el 10/07/2012 para notificar al actora las causales de su despido ya que ello demarcará -según hemos visto- el campo dentro del cual las partes dirimirán el conflicto planteado en autos. En el mismo se expresa:

"…Me dirijo a Ud. en mi carácter de representante legal y apoderada de su empleador la razón social E. M. S.A. a los efectos de notificarle del despido causado en el marco de las disposiciones legales del art. 242 y cc y ss de la Ley de Contrato de Trabajo. Se funda la causal requerida en las circunstancias que ante las reiteradas negativas de su parte a cumplir con sus tareas y las órdenes de trabajo, y específicamente el día 8 de julio de 2012, Ud. omitió brindar ayuda para que se levante el paciente P.A., habiéndosela Ud. brindado solamente después de que lo percibió la enfermera de turno y la confrontó, a quien Ud. le contestó agresivamente. Habiendo dicho paciente, por tal motivo, dejado de desayunar en la debida forma. Cabe destacar que el establecimiento prestacional se trata de un Centro de Reposo para Gerontes, donde se los contiene y se adoptan todas las medidas necesarias para el mejoramiento de su calidad de vida, con todo el malestar que Ud. le ha generado al paciente por su malogrado inaccionar. Asimismo, esta no es la primer inconducta grave de su parte, sino que Ud. fue apercibida y luego suspendida por haberse negado a seguir las órdenes que le impartía su superior jerárquico, negándose a realizar las tareas, amén de haber tratado con insolencia y descortesía a su personal jerárquico, siendo sus malos tratos una conducta reiterativa y asimismo, se la instó a retomar la conducta que debe observar todo empleado con contracción y dedicación a su labor, y se le comunicó que en caso contrario la firma se vería obligada a aplicar sanciones mayores. De igual modo, mediante carta documento que le fuera enviada con fecha 28 de mayo de 2012 se le

recordó su deber de fidelidad, diligencia y colaboración y de cumplimiento de órdenes e instrucciones (arts. 84, 85 y 86 LCT). Que obvio colegir que dado la gravedad de su conducta, se configuró injuria laboral, conforme a todo lo relatado precedentemente, hecho motivador de la interrupción definitiva del vínculo laboral, que hace insostenible su continuidad, siendo incuestionable que la voluntad distractante fue unilateralmente provocada por Ud. Asimismo, existiendo agravantes de su inconducta laboral habiendo Ud. sido sancionada previamente y máxime cuando Ud. ha sido recibida por la patronal en innumerables ocasiones e incluso se le ha otorgado un adelanto que Ud. y su esposo nos solicitaran que al día de la fecha adeudan $ 6.804,44.- …".

Sabemos que quien invoca un hecho tiene a su cargo la prueba del mismo. Este principio se aplica también en el despido con justa causa. Quien invoca una justa causa de despido debe probarla (SCBA, 27/11/84, TySS, 1985-684; ídem, 08/11/94, TySS, 1996-40). Por ende, si el empleador es quien dispone el mismo, por las causas que además establecerá con claridad en la notificación, las que no podrá alterar con posterioridad, deberá demostrar la verosimilitud de dichos hechos, con pruebas que resulten eficaces para ello.

Probado el hecho del despido, incumbe a la parte patronal acreditar las causas que, de conformidad con la ley, exoneran de la obligación de indemnizar (conf. SCBA, 16/10/73, TySS, 1973/74-443). Resulta claro, que la prueba debe reunir condiciones básicas de idoneidad adecuada para lo que debe acreditarse. La injuria, como causal de rescisión del contrato de trabajo, tiene que darse a través de las probanzas aportadas a la causa con perfiles netos que la hagan aparecer como palpable y definida, sin tintes claroscuros que la delineen como cargada de subjetivismo, caracterizándola de personal. Tratándose el despido de la ruptura del vínculo contractual, que se pretende sea sin indemnización, queda claro que es a la empleadora a quien le incumbe aportar prueba fehaciente sobre el hecho o los hechos

que determinaron el distracto. Si la prueba no es fehaciente y deja en cambio en el ánimo del juzgador una actitud dubitativa, debe desecharse la medida dispuesta por la patronal y tomar al despido como injustificado, mandando a pagar las indemnizaciones de ley (conf. CTrab. San Francisco (Córdoba), 08/11/90, TySS, 1991-655 (70).

Teniendo en cuenta lo expuesto y los requisitos exigidos por la LCT sobre el particular, correspondía aquí a la empleadora probar en forma clara, terminante y fehaciente todas las afirmaciones, faltas e imputaciones que contiene el instrumento postal obrante a fs. 3 de autos.

Debe tenerse presente que la comunicación del despido tiene carácter vinculante, por lo que una vez invocada la causa de la rescisión contractual no se la podrá modificar ni ampliar por declaración unilateral ni en el juicio posterior. De allí entonces que no es posible admitir que el empleador omita expresar otras causales de despido, si es que las hubo. Las causales deben ser expuestas en forma clara y precisa en el instrumento que notifica al dependiente su despido, sin que corresponda "reservarse" el derecho de denunciar otras causales en otro momento o instancia. Por lo tanto, tengo en claro que las únicas causales del despido que deben aquí analizarse son las que se expresaron en la comunicación entregada al dependiente (fs. 3) y que la demandada debió acreditar fehacientemente en autos para que el despido pueda ser considerado con causa y sin derecho a indemnización por parte de la empleada. Ellas son:

a) Reiteradas negativas a cumplir con sus tareas y órdenes de trabajo;

b) Que el 08/07/2012 omitió brindar ayuda para que se levante el paciente P. A., habiéndosela brindado sólo después de que lo percibió la enfermera de turno;

c) Que el 08/07/2012 confrontó y contestó agresivamente a la enfermera de turno;

d) Que por lo ocurrido el 08/07/2012 el paciente P. A. dejó de desayunar en la debida forma, generando malestar en el mismo con su malogrado accionar;

e) Que no ha sido la primera inconducta grave de la dependiente sino que fue apercibida y luego suspendida por haberse negado a seguir las órdenes que le impartía su superior jerárquico, negándose a realizar las tareas;

f) Haber tratado con insolencia y descortesía a su personal jerárquico, siendo sus malos tratos una conducta reiterativa; y

g) Que existen agravantes de su inconducta laboral habiendo sido sancionada previamente.

Resulta muy claro que, ante las causales invocadas cuando notificó el despido y la posición contraria esgrimida oportunamente por la dependiente, quedó como carga de la empleadora la demostración de los hechos que justificaran el despido de la actora.

A esta altura del análisis, es esencial detenerse en los fundamentos de la sentenciante para arribar a la conclusión de que el despido de G. fue justificado.

Al respecto, ha dicho la sentencia:

"…La reiteración de inconductas por parte de G. en cuanto inobservancia de sus deberes contractuales, de los que dieron cuenta las testigos C. a fs.140 y en especial B. quien concretamente detalló a fs.136/137vta. en respuesta a la séptima repregunta y octava, justifican la reacción de la empleadora a resolver el vínculo con causa, pues no permitían dichos incumplimientos consentir la continuidad de la relación de trabajo, juzgando la reacción patronal proporcionada a las faltas imputadas a la dependiente".

"La configuración de comportamientos incompatibles con la relación laboral en tanto los hechos y omisiones imputados a la actora que juzgo de gravedad, han quedado acreditados en la causa y justifican el despido teniendo en cuenta además

la conducta precedente que motivó la suspensión disciplinaria dispuesta en fecha 18 de mayo de 2012 (fs. 5)".

"Por ello, resultando ajustado a derecho el despido dispuesto por el principal, la demanda intentada por M. B. G. será rechazada en todas sus partes…".

Conforme ha evaluado la a quo, los testimonios de las testigos C. y B. han constituido la prueba en base a la cual ha tenido por configurada la injuria que dio justificación al despido dispuesto por la demandada.

La testigo C. (fs. 140/141 vta.) cumple la función de enfermera para la demandada. Con respecto al hecho puntual invocado como sucedido con el internado P. A., dijo que vio que el mismo no estaba en el comedor y se dio cuenta que estaba en su habitación, agregando: *"…por lo que yo deduzco que si está en la cama no desayunó…"; "…entonces me dirijo a la asistente G. y le pregunto porque no había sido levantado el paciente y le digo que lo tiene que levantar porque nada impedía que sea levantado bueno fue e hizo lo que tenía que hacer, fue lo levantó, lo trajo a la mesa y el paciente almorzó pero el paciente se tenía que haber levantado a las 8 u 8:30 horas más tarde no…"* (respuesta 5ª. pregunta). En la 8va. pregunta se le requirió para que diga qué le contestó la actora cuando la testigo le manifestó lo que estaba ocurriendo con el paciente A. y respondió: *"…no recuerdo qué fue lo que me contestó…"*.

He destacado sólo lo que surge como más relevante de la declaración bajo análisis en virtud de la cuestión que estoy considerando y no advierto que de esta declaración surja una acreditación plena y convincente de todos los hechos imputados a la actora en la comunicación de su despido.

Sólo agregaré a lo dicho que uno de los hechos imputados a la reclamante fue que el 08/07/2012 *confrontó y contestó agresivamente a la enfermera de turno* (que era precisamente la testigo C.). Pues bien, nada dijo sobre ello esta testigo. Pero es relevante no sólo que no haya dicho nada, sino que declaró: *"…no recuerdo que fue lo que me contestó…"*. No tengo dudas que, de haber

existido una “confrontación” y una “contestación agresiva” por parte de G., es muy difícil que no recordara una situación de tal naturaleza.

Por otra parte y sin perjuicio de lo expuesto, he de detenerme en el contenido de la 5ª. pregunta formulada a esta testigo. La misma dice: *“…Tiene conocimiento Ud. de algún hecho ocurrido en e. m. con el paciente P. A., en el cual estuviere vinculada la actora…”*.

La misma es claramente violatoria de los requisitos que impone la norma del art. 447 del ritual con respecto a las “formas de las preguntas”. En efecto, la misma dispone que no se formularán las preguntas que estén concebidas en términos afirmativos o sugieran las respuestas. En este caso estamos ante una pregunta afirmativa y que sugiere la respuesta. A diferencia de las posiciones que se dirigen a la contraparte, que deben ser asertivas, las preguntas que se formulan a los testigos han de ser hechas como indagatorias, de manera tal que de su contenido no pueda inferirse la contestación, puesto que las así formuladas no dejan otra posición al testigo que la de contestar afirmativa o negativamente, con lo que se desvirtúa la finalidad de este medio probatorio. Son preguntas sugestivas las que casi no dejan margen al testigo en la contestación para que el juez pueda advertir si conoce los hechos o simula haberlos conocido a través de un interrogatorio cuya redacción lo conduce casi a la posibilidad de una sola respuesta coincidente con el propósito de quien lo formula, como establece el art. 447 del CPCC lo son las que sugieren la respuesta (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1976, III, pág. 142).

Aquí la pregunta dio por sentado que había ocurrido un hecho en E. M. con el paciente P. A. en el cual estuvo vinculado la actora, lo cual constituye una clarísima violación de la normativa procesal aplicable (art. 447 CPCC).

La prueba de testigos producida así sobre la base de un interrogatorio que no es tal, porque ha sido redactado como si se tratara de formular posiciones a una de las partes, muestra una situación que deviene

inoperante. Se suele incurrir así, en el vicio de proponerlas en forma afirmativa, sugiriendo las respuestas a suministrar, contrariando manifiestamente lo que dispone el art. 447 del CPCC. Lo que aparentemente pareciera una ventaja para la parte que diligencia de ese modo irregular, pues logra que el testigo responda en forma afirmativa, coincidiendo con los hechos alegados o la postura procesal asumida por la parte que lo ofreció, a la postre se convierte en un elemento de juicio neutro, que carece de eficacia para formar la convicción. Al testigo hay que interrogarlo de modo tal que en forma espontánea relate lo que a través de sus sentidos ha percibido en torno a los hechos controvertidos conducentes, mas en modo alguno tiene eficacia el preguntario que ya contiene las contestaciones a dar (conf. PALACIO, L.E., "Tratado", T. IV, págs. 600/601 y jurisp. allí citada).

Es evidente que la testigo declaró a tenor de un interrogatorio que contiene una afirmación o del cual se infiere la respuesta; es ello motivo suficiente para prescindir de estos elementos de juicio. Es que los interrogatorios sugestivos -como el que estoy analizando- restan valor probatorio a las declaraciones de los testigos, pues se está ante un interrogatorio no hábil por lo sugerente (conf. Cám.1ª.Apel.B.Blanca, DJBA, 47, pág. 198 o JA, sec. prov., III, pág. 44; Cám.2ª.,Sala II, La Plata, C. 84.680, reg. 232/57; Cám.1ª.,Apel.B.Blanca, La Ley 87-526; DJBA, 51, pág. 322; Cám.2ª.,Sala I, La Plata, DJBA, 50, pág. 94; Cám.2ª.,Apel.Mercedes, JA 1971, secc. reseñas, pág. 518, N° 125; Cám.1ª., Sala I, La Plata, JA 1972, secc. reseñas, pág. 26, Sum. 24).

Por los fundamentos vertidos el testimonio bajo análisis carece del valor probatorio necesario conducente a la demostración de la "injuria" justificativa del despido dispuesto por la demandada (art. 460 CPCC). Es por ello que no he de acompañar a la a quo en la valoración que ha hecho en su sentencia sobre el mismo.

El otro testimonio tenido en cuenta por la sentencia en crisis como esencial para la acreditación de la injuria es el de la Sra. V. L. B. (médica de la institución demandada), quien declarara a fs. 136/137 vta. Esta testigo cumplía una jornada de lunes a viernes de 8,30 a 12,30 hs. y concurría los días martes también de 14,00 a 17,00 hs, además de pasar todas las noches para ver si necesitaban algo (conf. fs. 136).

Advierto que la "Séptima" pregunta que se le formuló -como en el caso anteriormente analizado- viola la norma del art. 447 del ritual. En efecto, se le preguntó a esta testigo: *"Si tiene conocimiento de algún hecho que ocurriera en E. M. con el paciente P. A. en el que estuviera vinculada la actora"* (fs. 137). No he de reiterar aquí lo que expuse sobre la misma cuestión al analizar el testimonio de la testigo C., por lo que corresponde remitirme a ello en orden a la brevedad. Ante la improcedencia de esta pregunta, el testimonio carece de valor probatorio, tal como lo he explicado supra (art. 460 CPCC).

De todos modos y en el propósito de profundizar el análisis, advierto que esta testigo no estuvo presente en el hecho que se le imputa a la actora y que habría sucedido con el interno P. A.. La misma declaró que se lo comunicó telefónicamente la enfermera de guardia (respuesta a la 8ª. pregunta y 1ª. repregunta).

Con respecto a los "antecedentes" sobre apercibimiento y suspensión de la actora dijo que no recordaba las fechas (respuesta a la 4ª. repregunta); al preguntársele en qué consistieron las mismas (5ª. repregunta), contestó: *"…de esto se encarga la persona encargada del personal de la institución, generalmente se utilizan notas de apercibimiento y 48 hs de suspensión, esto es generalmente para todo el personal…"*; se le preguntó cuál de esas dos modalidades se le aplicaron a G. (6ª. repregunta) y contestó: *"no se tengo entendido que las dos pero no se con certeza"*. Como vemos, nada aportó este testimonio en la materia relativa a los antecedentes disciplinarios de la actora.

En la 7ª. repregunta se le preguntó para que aclare y describa las tareas que, según declaró, G. se negaba a colaborar y contestó: *"tengo entendido que se negaba alimentar pacientes postrados, se negaba a levantar pacientes de mucho peso corporal…"*. Esta respuesta no puede ser considerada en modo alguno como certera y sólida a los efectos probatorios. No es certero quien comienza diciendo: *"tengo entendido que…"*. Lo que se necesita incorporar como prueba en un proceso judicial es lo que el testigo *"sabe"* y no lo que el testigo *"tiene entendido"*. Lo relevante es lo que *"sabe"*, no lo que *"tiene entendido"*. Por lo tanto, he aquí otro elemento más que le quita relevancia a este testimonio.

Con respecto a la 8ª. repregunta que se menciona en la sentencia en crisis, no advierto que la misma arroje luz sobre la cuestión en tratamiento. Y no la arroja porque la misma está relacionada con la 7ª. repregunta en la que la testigo declaró que *"tiene entendido"* cuáles serían las tareas en las que G. se negaba a colaborar. Por lo tanto, no es clara la declaración porque es indudable que un testigo sabe o no sabe, no hay término medio.

De todos modos y aun tratando de ser flexible al analizar sus respuestas, vemos que al repreguntársele si había visto personalmente los hechos que describe (8ª. repregunta), contestó: *"si muchos de estos si, se observaba en estos últimos meses una actitud reticente, oposicionista de mucho enojo de ella, y esto era puesto en los pacientes, eran muchos hechos en estos meses que empezaron a mostrar su desgano, su falta de colaboración…"*. Esto es todo. Creo que nadie podría afirmar -sin incurrir en un gravísimo error- que estos dichos alcanzan para demostrar todos los hechos imputados a la actora en la notificación obrante a fs. 3 de autos y la cual ya he transcripto supra.

Con respecto a los dichos de V. C., testigo propuesta por la demandada y que declarara a fs. 133/135 vta., hay un elemento fundamental que conduce a no tenerla en cuenta. Me refiero a que el hecho grave imputado a la actora ocurrió el día *8 de Julio de 2012*. Ese día fue "domingo" y la testigo trabajaba para la demandada de lunes a viernes de 9,00 a 17,00 hs y los sábados de

10,00 a 13,00 hs. (conf. fs. 133). Por lo tanto, el día 08/07/2012 ella no trabajó y, obviamente, no presenció el hecho en cuestión. Es por ello que sus dichos carecen de valor probatorio (art. 460 CPCC).

De todos modos, tampoco surge nada relevante o conducente de su declaración. Advierto que con respecto a la conducta de la actora expresó: "*…me enteré que la señora G., había empezado a tener problemas con el trato persona de los abuelos… también ya había tenido algunos llamados de atención y suspensiones y sus compañeros se quejaban también de ella dado que no cumplía sus funciones como tenía que ser…*" (respuesta a la 4ª. pregunta). La testigo dijo que "*se enteró*" que la actora había empezado a tener problemas, pero aquí deben demostrarse los hechos imputados a la actora como causal de su despido. Sobre los hechos imputados a la actora no dijo nada. Inclusive, esta testigo no sabe la causa del despido de la actora; en efecto, al responder a la 5ª. pregunta dijo: "*…creo que fue uno de los motivos de despido de ella…*".

Al consultársele sobre los cambios de conducta que había apreciado en la actora (8ª. pregunta), dijo: "*…la actitud de la señora G. era que nunca saludaba ni cuando ingresaba, ni cuando se iba, y esa misma actitud, bueno había cambiado muchísimo su actitud y se le notaba y eso mismo se reflejaba en su trabajo…*". No advierto que estos dichos tengan relación con las imputaciones formuladas por la empleadora a la actora al notificarle el despido.

Se le preguntó también en qué fecha se le aplicaron "llamados de atención" a la actora y dijo no saber; lo mismo respondió al ser preguntada sobre la fecha en que se le aplicaron "suspensiones" (3ª. y 4ª. repregunta).

Lo hasta aquí analizado me conduce también, como en el caso del testimonio anterior, a quitarle todo valor probatorio a esta declaración dado que no surge de ella la acreditación de ninguna circunstancia ni de ningún hecho relevante que permita tener por configurada la una "injuria" que justificara la resolución contractual dispuesta por la empleadora.

Otra testigo de la demandada es C. V. L. D. (fs. 138/139 vta.). Debo destacar que la 8ª. pregunta que se le formuló a esta testigo dice: "*…si tiene conocimiento de algún hecho que ocurrió en E. M. con el paciente P. A., en el cual estuviera vinculada la actora*". He dicho supra que es una pregunta que viola la norma del art. 447 del CPCC y tal violación hace que el testimonio carezca de valor probatorio, según ya lo he explicado y fundamentado aquí.

De todos modos se trata de otro testimonio irrelevante y que proviene de una persona que el día del hecho imputado a la actora no trabajó en el establecimiento por ser domingo. En efecto, la testigo trabajaba de lunes a sábados (conf. fs. 138). Por lo tanto, todo lo que pueda haber expuesto como sucedido ante ella el día 8 de Julio de 2012 no puede ser tenido como prueba conducente (art. 460 CPCC).

De las declaraciones testimoniales analizadas es de una claridad meridiana que ninguna ha tenido relevancia a los fines de acreditar las inconductas (injuria) atribuidas a G. como causal de su despido.

De acuerdo con la notificación de las causales del despido, debió acreditarse de manera clara, precisa y terminante: a) que la actora se negó reiteradamente a cumplir con sus tareas y órdenes de trabajo; b) que el 08/07/2012 omitió brindar ayuda para que se levante el paciente P. A., habiéndosela brindado sólo después de que lo percibió la enfermera de turno; c) que el 08/07/2012 confrontó y contestó agresivamente a la enfermera de turno; d) que por lo ocurrido el 08/07/2012 el paciente P. A. dejó de desayunar en la debida forma, generando malestar en el mismo con su malogrado accionar; e) que no ha sido la primera inconducta grave de la actora sino que fue apercibida y luego suspendida por haberse negado a seguir las órdenes que le impartía su superior jerárquico, negándose a realizar las tareas; f) que trató con insolencia y descortesía a su personal jerárquico, siendo sus malos tratos una conducta reiterativa; y g) que

existen agravantes de su inconducta laboral habiendo sido sancionada previamente.

No surge la acreditación de todos estos hechos por parte de la demandada durante la sustanciación de este proceso. En atención a su importancia como causal de disolución del vínculo laboral, los hechos imputados no pueden ser deducidos o inferidos de otros actos sino que deben ser sólidamente acreditados.

Es por ello que no es posible acompañar a la a quo en su decisión cuando afirma que "*…La configuración de comportamientos incompatibles con la relación laboral en tanto los hechos y omisiones imputados a la actora que juzgo de gravedad, han quedado acreditados en la causa y justifican el despido teniendo en cuenta además la conducta precedente que motivó la suspensión disciplinaria dispuesta en fecha 18 de mayo de 2012…*".

Inclusive, tampoco es posible acompañarla en cuanto tiene por acreditada la causal de la "suspensión disciplinaria" cuando ninguna acreditación de ello surge de autos. La misma fue impugnada oportunamente por la dependiente y de allí que, ante la falta de prueba sobre su procedencia, corresponde su revisión y el pago a la reclamante de los días que fueron objeto de descuento por la sanción no justificada por la empleadora.

La teoría de la proporcionalidad se ha elaborado especialmente con relación al despido; y a efectos de apreciar la gravedad de la falta, la jurisprudencia ha adoptado, en general, el criterio del decreto-ley italiano de 1924, sobre el empleo privado, en el sentido de que debe tratarse de una falta *"tan grave que no consienta la prosecución, ni siquiera provisoria de la relación de trabajo*". Así, se ha resuelto que "el despido, para que sea justificado debe guardar relación con la causa que lo motiva y ser la sanción correlativa, directa e inmediata de *una falta tan grave que no consienta, ni siquiera provisoriamente, una vez conocida y comprobada, la prosecución del contrato*".

También se ha hablado simplemente de una *falta gravísima*: "El despido debe fundarse en *falta gravísima*, sin que deje en el ánimo del juez la menor duda sobre la justicia de la medida y de los perjuicios que se evitan al patrón" (CNCom., La Ley, 42-882) (FERNANDEZ MADRID, J.C. y D., "Injurias, Indemnizaciones y Multas Laborales", Ed. La Ley, pág.21).

Luego del análisis realizado llego a la conclusión que las imputaciones efectuadas a la actora en modo alguno han sido demostradas durante el trámite de este proceso para poder avalar la conducta rupturista exteriorizada por la empleadora.

Es que para que se encuentre habilitada la facultad de rescindir el contrato de trabajo con causa, el agravio dirigido de una parte hacia la otra debe ser de una total gravedad que destruya los fundamentos de la relación obrero-patronales y resulte incompatible con su carácter. Se trata de un obrar contrario a derecho o incumplimientos que asuman una magnitud suficiente para desplazar el principio de conservación del contrato, regido por el art. 10 LCT. Pero para que todo ello sea procedente en favor del empleador, éste debe acreditar fehacientemente las "causales" invocadas para despedir.

De lo expuesto y analizado, surge como inevitable conclusión que la demandada no ha logrado acreditar los hechos que configuraran la injuria requerida para que fuera procedente el despido sin obligación indemnizatoria hacia el dependiente (conf. arts. 381, 390, 460 y concs. CPCC).

Es por ello que he de proponer al Acuerdo admitir el agravio en tratamiento y revocar el decisorio recurrido en cuanto ha considerado que el despido fue causado. Es mi voto.

3 – <u>Las indemnizaciones a favor de la actora</u>

En atención a lo propuesto en el punto anterior, corresponde admitir las indemnizaciones reclamadas por la parte actora en su presentación inicial. Por lo tanto, deberá la demandada abonar a la actora: a) indemnización por antigüedad (2 períodos); integración del mes del despido (Julio 2012); indemnización sustitutiva del preaviso (un período) y SAC sobre el preaviso. Todo ello, con más los intereses a la tasa activa que fija el B. del C. S.A. para el descuento de documentos comerciales desde que cada suma es debida (10 de Julio de 2012) hasta el pago efectivo (conf. arts. 137, 231, 232, 233, 245 y concs. LCT).

También corresponde admitir en favor de la reclamante el incremento indemnizatorio previsto por el Art. 2 de la Ley 25.323, con más los intereses ya fijados desde la fecha del despido, en virtud de darse todas las condiciones para su procedencia.

Concuerdo con el voto precedente de la Sra. J. de V. en que para el cálculo de las indemnizaciones a favor de la actora, deberá tomarse su mejor remuneración que fue la percibida en el mes de Febrero de 2012 por la suma de $ 5.282,02.- (Cinco mil doscientos ochenta y dos pesos con dos ctvs.). La liquidación se practicará en la etapa de ejecución de sentencia por las partes o el perito contador que se designe y deberá comprender también la suma de $ 224,40.- (Doscientos veinticuatro pesos con 40/100) que corresponden a los salarios descontados a la actora por la suspensión aplicada el 18 de Mayo de 2012 que resultó injustificada. El importe deberá liquidarse con más los intereses a la tasa activa desde el día 6 de Junio de 2012 al pago efectivo.

El plazo para el pago será dentro de los cinco días de adquirir firmeza la liquidación, mediante depósito judicial en autos.

4 – <u>Conclusión</u>

Luego del análisis y fundamentos expuestos, corresponde concluir que es procedente admitir los agravios de la parte actora, revocar la sentencia en crisis en cuanto consideró justificado el despido dispuesto por la parte demandada y condenar a esta última al pago a la actora de las indemnizaciones por despido incausado, la integración del mes de despido, los salarios descontados por la suspensión injustificada del 18 de Mayo de 2012 y el incremento indemnizatorio que establece el art. 2 de la Ley 25.323, con más los intereses precedentemente establecidos. Es mi voto.

5 – <u>Adecuación de costas y honorarios</u>

Ante la revocación de la sentencia recurrida, corresponde cumplimentar lo dispuesto por la norma del art. 282 del CPCC.

Por lo tanto, corresponde imponer las costas de la primera Instancia a la parte demandada que resulta vencida en el proceso (art. 69 CPCC y 57 Ley XIV N° 1).

Con respecto a los honorarios de los letrados intervinientes en la instancia originaria, deben ser regulados en los porcentuales propuestos precedentemente en su voto por la Dra. de Villafañe en virtud de ajustarse a las pautas que fija la Ley Arancelaria.

6 – <u>Costas de la Alzada</u>

Las costas de la Alzada deben ser impuestas a la parte demandada en su calidad de vencida (art. 69 CPCC). Con respecto a los honorarios de los letrados de la parte actora, corresponde que sean regulados en el porcentual propuesto en el voto precedente por la Dra. de Villafañe en virtud de ajustarse a las pautas aplicables de la Ley Arancelaria.

<u>A LA PRIMERA CUESTION</u>, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota por la **NEGATIVA.**

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe, dijo

De acompañar los Señores Jueces de Cámara el sentido de mi voto, el pronunciamiento que correspondería dictar es el que sigue:

1. REVOCAR la sentencia de fs.174/181vta, **HACIENDO LUGAR** a la demanda incoada por M. B. G. DNI 25.973.930 contra E. M. S.A. y, en consecuencia, condenando a ésta a abonar a la primera, previo los descuentos legales que correspondan, dentro del quinto día y mediante depósito judicial en autos, la suma de pesos que se determine en la etapa de ejecución de sentencia, comprensiva de la liquidación final por despido sin causa, el incremento indemnizatorio del art. 2 de la ley 25.323 y los salarios por suspensión, con más los intereses que desde que cada suma fue debida y hasta su efectivo pago conforme la tasa activa que determine el B. del C. S.A.

2. IMPONER las costas de la primera instancia a la demandada (art. 57 Ley XIV N°1 y 69 del CPCC). **REGULAR** los honorarios correspondientes a los Abs. F. A. y M. A., en forma conjunta, en el 18 % y al Ab. P. C. M. en el 16,5% del monto de condena (capital más intereses) que en definitiva resulte en la etapa procesal correspondiente. Los honorarios serán aplicables sin perjuicio de los mínimos legales y con más el I.V.A. en caso de corresponder. (arts. 5, 6, 6 bis, 7, 8, 38 y conc. de la ley arancelaria).

3. IMPONER las costas en la alzada a la demandada (art. 69 del CPCC). **REGULAR** los honorarios correspondientes a los Abs. F. A. y M. A., en forma conjunta, en el 35 % de los que resulten determinados para la instancia de grado, sin perjuicio de los mínimos legales y con más el I.V.A. en caso de corresponder. (arts. 5, 6, 7, 8, 9, 13 y conc. de la ley arancelaria).

4. DE FORMA

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por la Sra. Jueza María Inés de Villafañe, expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado al tratar la primera cuestión.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Mario Luis Vivas no emitió opinión por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17) pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de septiembre de 2014.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1. REVOCAR la sentencia de fs.174/181vta, **HACIENDO LUGAR** a la demanda incoada por M. B. G. DNI 25.973.930 contra E. M. S.A. y, en consecuencia, condenando a ésta a abonar a la primera, previo los descuentos legales que correspondan, dentro del quinto día y mediante depósito judicial en autos, la suma de pesos que se determine en la etapa de ejecución de sentencia, comprensiva de la liquidación final por despido sin causa, el incremento indemnizatorio del art. 2 de la ley 25.323 y los salarios por suspensión, con más los intereses que desde que cada suma fue debida y hasta su efectivo pago conforme la tasa activa que determine el B. del C. S.A.

2. IMPONER las costas de la primera instancia a la demandada (art. 57 Ley XIV N°1 y 69 del CPCC). **REGULAR** los honorarios correspondientes a los Abs. F. A. y M. A., en forma conjunta, en el 18 % y al Ab. P. C. M. en el 16,5% del monto de condena (capital más intereses) que en definitiva

resulte en la etapa procesal correspondiente. Los honorarios serán aplicables sin perjuicio de los mínimos legales y con más el I.V.A. en caso de corresponder. (arts. 5, 6, 6 bis, 7, 8, 38 y conc. de la ley arancelaria).

3. IMPONER las costas en la alzada a la demandada (art. 69 del CPCC). **REGULAR** los honorarios correspondientes a los Abs. F. A. y M. A., en forma conjunta, en el 35 % de los que resulten determinados para la instancia de grado, sin perjuicio de los mínimos legales y con más el I.V.A. en caso de corresponder. (arts. 5, 6, 7, 8, 9, 13 y conc. de la ley arancelaria).

4. REGISTRESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

REGISTRADA BAJO EL N° /14 SDL. CONSTE.