En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de abril del año 2015, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara María Inés de Villafañe y Dr. Mario Luis Vivas para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"H. J. A. c/ E.M. S.A. s/ cobro de pesos e indem. De ley" (Expte. 29 – año 2015),** venidos del Juzgado Laboral Nº 1 (Expte. Nº 155/12) de esta ciudad, en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada?; **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse conforme el sorteo practicado a fs. 167.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas dijo:

1.

La Sra. Jueza a cargo del Juzgado Laboral N° 1 de esta Circunscripción judicial dictó sentencia a fs. 147/150, haciendo lugar a la demanda entablada por J. A. H. contra E. M. S.A., condenado a ésta al pago de la suma de $ 50.574, 16, con más intereses.

La *a quo* comenzó por definir la injuria como todo acto u omisión de una de las partes que afecta intereses legítimos de la otra. Sostuvo que debe tratarse de un obra contrario a derecho o incumplimiento que asuma una magnitud suficiente como para desplazar el principio de conservación del contrato.

En lo pertinente, para arribar a dicho pronunciamiento, consideró que la demandada no ha cumplido con la carga procesal de acreditar la injuria impeditiva del vínculo, que motivara su decisión rupturista.

Analizó las declaraciones testimoniales rendidas en autos, a la luz del principio de la sana crítica, las que no lograron formar convicción respecto al descuido o negligencia que se alegó para producir el distracto.

Tuvo en cuenta que ninguno de los testigos tomó conocimiento directo de los hechos a fin de poder discernir que el actor tuvo intervención directa en los mismos.

Asignó especial importancia a la declaración de B., una de las directoras del establecimiento, quien manifestó que el día del hecho H. estaba asignado al piso del medio en el que, según sus dichos, es donde más necesidades de asistencia médica y de enfermería tienen los pacientes; es el piso más complicado y el que más personal requiere para la atención de los treinta pacientes que allí se alojan. Generalmente, afirmó, cumplen funciones en la Institución demandada dos asistentes por piso y dos enfermeras profesionales.

Consideró que dicha declaración brindó un panorama de la tarea agotadora que realizan los asistentes, en auxilio de una considerable cantidad de pacientes mayores y afectados por cuadros demenciales.

Estimó importante lo declarado por S., hija del paciente
accidentado, quien reconoció que su padre sufrió muchas caídas fruto de su enfermedad.

Concluyó que la demandada no logró acreditar la negligencia que imputó al actor, ya que en esa situación y ambiente de trabajo no toda caída de un paciente puede ser considerada fruto del descuido y la negligencia.

Indicó que si bien el actor había sido suspendido con anterioridad, la accionada no acreditó que la causa de dicha sanción tuviese el mismo motivo que la esgrimida para producir el despido.

Impuso las costas a la demandada vencida. Reguló honorarios

profesionales.

2.

A fs. 153 apela la sentencia la demandada, expresando agravios a fs. 155/158, los que son contestados por la actora a fs. 160/162.

3.

3.1.

Se agravia la demandada, sosteniendo que el decisorio ha concluido erróneamente al admitir la demanda sin haber evaluado detalladamente la prueba testimonial rendida en autos, particularmente la concerniente a las testigos Q. (fs. 121), Calvo (fs. 112/113) y B. (fs. 105/107), como tampoco ha considerado la documental aportada y los reconocimientos del

actor.

Debo traer a colación que el pronunciamiento en análisis afirmó que: 1) la gravedad del hecho injurioso que justifique el despido debe ser un obrar contrario a derecho o un incumplimiento de magnitud que permita desplazar el principio de conservación del contrato (art. 10, LCT), debidamente comprobados; 2) que la demandada no cumplió con la carga procesal de acreditar la injuria impeditiva del vínculo; 3) con relación a esto último, ninguno de los testigos tomó conocimiento directo de los hechos, implicando ello la imposibilidad de discernir la intervención directa del actor en ellos; 4) en esa misma línea de ideas, no logró acreditar la demandada la negligencia imputada al actor, pues no toda caída de un paciente puede ser considerada como descuido o negligencia del asistente.

Con referencia a este tópico, es necesario remitirnos a la causal del despido directo dispuesto por la empleadora, cuyas consideraciones lucen en la CD

de fs. 4. En ese despacho epistolar se da cuenta que: a) el 27.04.2012 descuidó al paciente S., de quien era su asistente y el que se encontraba a su cuidado, en circunstancias en que, encontrándose deambulando cayó y sufrió lesiones; b) que ese hecho reconoce otros antecedentes puntuales que le valieron la sanción disciplinaria de

suspensión: la caída de la paciente E. V., el 02.02.2012 y la del paciente J. M. A., el 11.03.2012.

Se desconocen, pues no surge de la prueba rendida en autos, cuáles eran las instrucciones impartidas al actor en orden a las tareas inherentes a la función de asistente que desempeñaba. A partir de tal guisa, es que debe colegirse que si no se saben cuáles eran sus obligaciones, mal puede determinarse cuáles fueron sus incumplimientos. Esta circunstancia debió ser alegada y acreditada por la demandada para justificar el despido que cursó. Su despacho epistolar de fs. 4 habla de "descuido", "falta de supervisión" en oportunidad en que el paciente se encontraba

"deambulando", lo que le originó las lesiones que detalla.

Tampoco puedo dejar de mencionar que en su conteste alega que el actor fue "capacitado". La testigo B. (fs. 105/107), Directora Médica de la Institución accionada, da cuenta que esa capacitación consistía en cómo rotar al paciente o cómo moverlo y en esa línea, se remarca la necesidad del afecto y cariño que debe brindarse a esas personas de elevada edad. Pero nada señala la dicente con relación a la necesidad de acompañar al paciente de modo permanente en su deambulación, y que yo sepa, S. cayó en circunstancias en que estaba caminando. También indica que los pacientes deben ser asistidos en su vida cotidiana permanentemente, esto es, higiene y alimentación, y como dijera antes, ninguna instrucción se le habría impartido con respecto a la compañía en su deambulación ni nada señala la demandada sobre la

necesidad que ello debía cumplirse en el caso de S. Lejos estoy de pensar, entonces, que dos asistentes y dos enfermeras, puedan encontrarse en condiciones de acompañar a cada

paciente a caminar por el establecimiento si en el piso de S. había treinta de ellos (ver contestación a la repregunta primera).

Por otra parte, no me deja de llamar la atención que un trabajador afectado a tareas de maestranza y/o mantenimiento (como era el caso de H.), luego de considerar la empleadora que su desempeño en ese área no era satisfactorio, fuera trasladado a cumplir tareas de asistente (ver fs. 39 y reconocimiento de la documental en la pos. 23, de fs. 98).

De lo expuesto, tengo para mí que el acompañamiento del paciente S. durante su deambulación no formaba parte -por lo menos no se probó- de las instrucciones y consecuentemente de las obligaciones

laborales del actor.

De ese modo arribo a similar conclusión que la formulada por el

pronunciamiento en cuanto a que *"…en esa situación concreta y ambiente de trabajo no toda caída de un paciente puede ser considerada fruto del descuido y negligencia del asistente.."*, aserto que, por otra parte, no ha sido objeto de agravio del recurrente.

Las declaraciones testimoniales de fs. 105/107, 112 y 121, referidas por el apelante, tampoco logran conmover el decisorio. Daré razones de ello. A más de lo señalado por la testigo de fs. 105/107, cabe consignar que esa dicente refiere a un "descuido", pero no indica qué debió haber hecho H., mas no lo hizo. También refiere a "muchísimos conflictos" habidos con el actor, "descuidos" y "actos negligentes "en los que habría incurrido, sin dar cuenta de ellos con la salvedad de otros dos hechos, a los que me referiré luego. Es saludable aclarar que B. no presenció el hecho que nos ocupa.

Las manifestaciones de C. (fs. 112/113), dan cuenta que a H. se le caían los pacientes. Que el día del suceso de autos el paciente andaba deambulando solo sin sentido y se cayó, para concluir con una opinión personal, lejana a todo valor probatorio: para ella, H. debió haber "contenido" al paciente para evitar la caída. Permito interrogarme entonces si la dicente, como enfermera, era ajena a toda situación del paciente y permitía que deambulara "solo y sin sentido" o bien era habitual que los pacientes lo hicieran sin compañía. No obstante todo ello, la deponente tampoco estaba presente en el momento de la caída de S. Digo ello así por cuanto, si bien señala que el accidente ocurrió en su turno, en modo alguno afirma haberlo presenciado.

Finalmente, la testigo Q. (fs. 121/122), afirma haber estado en esa guardia, "a metros" del lugar de la caída, si bien no relata bajo qué circunstancias cayó el paciente, ni detalla maniobra alguna, tanto de éste

como de H. Indica confusamente que S. debía estar contenido porque no tiene estabilidad para caminar. "Cuando lo levantaron" (tengo que suponer que de la cama, pues no lo aclara) "lo dejaron caminando y el abuelo se cayó". Si vio el accidente, tal como lo afirma, debió explicar cómo se cayó si de hecho afirma que "lo dejaron caminando".

Ninguna de las tres declaraciones referidas logran convencerme, a la luz de la sana crítica, que el actor hubiera incurrido en incumplimiento a deber alguno en el cuidado de S., analizado ello objetivamente y con un relato de los hechos desencadenante de su caída ¿Qué debió hacer H.? ¿Tomar de las axilas al paciente cuando éste decidía caminar? ¿Sostenerlo en todo su recorrido? ¿Tomarlo de un brazo en el recorrido de su deambulación? Estos interrogantes no tienen respuesta, pues no se prueba cuál era el protocolo a seguir o la instrucción impartida para pacientes con necesidades de atención médica especial.

No soslayo tampoco que, tal como lo afirma el decisorio y lo refuta el agravio, ni C., ni Q. presenciaron el hecho de la caída.

De lo expuesto se colige que, contrariamente a lo sostenido por el apelante, éste no ha logrado acreditar la existencia de injuria suficiente que justificara el despido del actor. El agravio debe desestimarse.

3.2.1.

Se agravia también por considerar el yerro del pronunciamiento, al afirmar éste que si bien es cierto que el trabajador fue suspendido en su anterior categoría laboral (mantenimiento), también lo es que la demandada no ha logrado acreditar que lo haya sancionado disciplinariamente como consecuencia de la "caída" de pacientes, debido a su alegado descuido.

Sostiene que además de las sanciones disciplinarias recibidas en su tarea anterior (21 días. de suspensión en total entre julio de 2008 y julio de 2011), fue objeto de otra, en sus funciones de asistente, de dos días en el mes de febrero de 2012, casi tres meses antes del hecho que nos ocupa.

No habré de considerar las anteriores sanciones habidas entre julio de 2008 y julio de 2011, por la sencilla razón que tales antecedentes carecen del requisito de la temporaneidad. Adviértase que entre tales acontecimientos (15 de julio de 2008, 6 de agosto de 2008 y 4 de julio de 2011) y la misiva comunicando el despido por esas causales entre otras (02 de mayo de 2012) transcurrieron entre 9 y 45 meses aproximadamente.

En tal sentido, se ha dicho que, para justificar el despido, la empleadora debe invocar y demostrar la existencia de un hecho contemporáneo a la cesantía, con entidad injuriosa suficiente para disponer el cese (cfr. esta Cámara, SDL 68/14; Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala I, "Martínez Picos c. Ulises c. D. M. S. Sistemas S. R. L.", 31/12/1997, AR/JUR/5051/1997; Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala IV,

“Olivera, Juan José c. Compañía Fumigadora del Norte S.R.L”, 26/08/2010, AR/JUR/50218/2010; Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala IV, “Robles, Carlos G. c. Consorcio de Propietarios del Edificio Rodríguez Peña 24/34 y otro”, 30/04/2013, AR/JUR/16486/2013, entre otros).

Ello así, me permite concluir que ni los incumplimientos que se aducen en el área de mantenimiento guardan relación con el hecho de autos, ni fueron contemporáneos con la decisión rescisoria (arg. art. 67, LCT). Y me permito también realizar una última reflexión tocante a esta queja, cuya consideración mereciera un adelanto en párrafos anteriores: no se logra comprender cómo un sujeto merecedor de sanciones disciplinarias que se desempeña en tareas de mantenimiento, en virtud de ellas, es trasladado a un área cuyas funciones requieren, según los propios dichos de la demandada, extremar los recaudos de seguridad y cuidado especial sobre pacientes. Tal interrogante me conduce a la conclusión del acto propio de la demandada, no sin dejar de tener en cuenta que, a la luz de lo expresado a fs. 40, último párrafo, lo afirmado en la demanda y reafirmado en la expresión de agravios, la sanción del 4 de julio de 2011 conllevó la doble imposición de dos días de suspensión y el cambio de sector de trabajo de connotaciones sustancialmente diferentes, en clara contradicción con el art. 69, LCT.

Propondré al Acuerdo que se desestime esta porción de la queja.

3.2.2.

Finalmente, con relación a la sanción disciplinaria de suspensión de los días 5 y 6 de febrero de 2012, consentida por el actor, cabe realizar algunas reflexiones al respecto.

La testigo B. señala que el episodio con el paciente S. se repitió con tres pacientes más (la misiva que notifica el despido refiere dos hechos, el de los pacientes V. y M. A.). No soslayo que declaró en su condición de Directora médica de la Institución demandada y que no fue testigo presencial de tales hechos.

La testigo Q. reseña que otras compañeras le habían comentado que se le "habían caído otros abuelos", lo que la convierte en una testigo "de oídas" y desmerece su testimonio en este aspecto.

Finalmente, la testigo C., en situación similar a la anterior, cuenta que toma conocimiento de la caída de la paciente V. porque fue el comentario de toda la clínica, lo que me lleva a concluir que también fue un testigo "de oídas", y como tal, también descalifica su testimonio en este aspecto.

Con referencia a la caída del paciente M. A., señala C. haber estado ese día, pero al relatar los hechos se remite a los dichos de H. en esa ocasión, quien según dijo, estaba vistiendo al paciente y se le cayó. Reconoce la testigo que en esa ocasión se encontraba en el piso, a tres o cuatro metros, o quizás más lejos del incidente. Es decir, tampoco presenció el hecho.

De todos modos, también para estos sucesos relatados por la demandada, cabe aplicar la misma regla que la ya enunciada en el análisis de los vinculados con la caída de S.: se desconocen las obligaciones inherentes a las tareas de asistente del actor en orden a la compañía y asistencia que debía brindar al paciente, con la única salvedad del cariño que debía dispensarles, la atención de la vida cotidiana, la higiene y su alimentación. De ello, se sigue que, frente a la falta de acreditación del deber a su cargo, mal puede reprocharse al actor incumplimiento alguno en lo relativo a la pretendida atención personalizada de los pacientes.

De la prueba colectada no se registra que las instrucciones impartidas al actor incluyeran la asistencia física de dichos pacientes en la deambulación (aun en silla de ruedas, como en el caso de V.), o una atención personalizada tal que permita arribar a otra conclusión; máxime teniendo en cuenta el escaso personal (2 asistentes y 2 enfermeras) afectado a la atención de pacientes con similares necesidades especiales de asistencia médica y enfermería, y que por sus características resultaba ser la más agotadora de las tareas para el trabajador (ver declaración de B., 1ª repregunta).
Por tales razones, considero que esta parcela del agravio también debe ser desestimada.

4.

Con respecto a las costas de esta Instancia, y en atención al principio objetivo de la derrota (art. 69, del CPCC), las mismas han de ser soportadas
por la parte demandada. En consecuencia, corresponde regular los honorarios del Dr. P. C. M. en el 25% de lo que le
correspondiere en la Instancia anterior, y los del Dr. G. V. C., en el 30% de lo que le correspondiere en la Instancia anterior. Todo ello, con más IVA, si procediere (arts. 5,6,9,13 y cc de la ley arancelaria).

Consecuentemente, voto por la **AFIRMATIVA**

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

1 – Antededentes – Sentencia – Agravios

En el voto precedente el Dr. Mario Luis Vivas ha hecho una reseña

completa de los antecedentes del caso, de los fundamentos del fallo apelado y de los motivos de agravios expresados por la parte demandada, por lo que no resulta necesario abundar acerca de dichos aspectos. En consecuencia, abordaré directamente las cuestiones planteadas por la recurrente.

2 – Tratamiento de los agravios

2.1 – Falta de acreditación de la injuria

A) Agravia a la demandada que la sentencia recurrida haya admitido la demanda ante la ausencia probatoria de la injuria invocada como causal al despedir al actor.

Critica la recurrente la forma en el que la Magistrada a quo ha valorado las probanzas producidas en autos, lo cual constituye claramente una disconformidad con la decisión final y no una cabal acreditación de que las pruebas no hayan sido convenientemente evaluadas o que se hayan dejado de considerar pruebas realmente conducentes para la solución de la cuestión debatida.

De la valoración que ha hecho la Magistrada del inferior sobre las pruebas producidas en autos, no advierto que surja algún procedimiento absurdo o arbitrario que merezca reproche por parte de esta Alzada, al menos ello no ha sido demostrado por la quejosa en sus agravios. Su planteo muestra sí un claro y manifiesto disconformismo y discrepancia con lo resuelto en la instancia inferior pero en modo alguno consigue brindar elementos válidos que permitan a esta Alzada revocarlo conforme sus pretensiones.

He dicho ya ante planteos similares, que los jueces de mérito pueden preferir alguna de las pruebas producidas a otras y omitir toda referencia a las que estimen inconducentes; que basta expresarse en su valoración de los datos

fácticos a aquellos dirimentes para la solución del caso y que no deben seguir al pie de la letra las argumentaciones de las partes, siendo suficiente que se pronuncien sobre la cuestiones fundamentales (doct. art. 384 CPCC; conf. SCBA, Ac. 22330, 13/10/76; Ac. 33589, 02/11/84; Ac. 33693, 25/09/84; Ac. 41085, 07/07/89; Ac. 82248, 23/04/03, entre otros). Si bien el juez tiene el deber de apreciar la prueba, ello no implica la obligación de referirse en detalle a cada uno de los elementos aportados, sino de
seleccionarlos a fin de fundar el fallo en los más eficientes, tal como viene de la acción de los artículos 165 y 390 de la ley procesal.

Es que no existe imposición de merituar todas y cada una de las pruebas arrimadas pues se halla dentro de las facultades legalmente regladas -como ya lo referí- la de preferir uno sobre otros sin siquiera hacer mención de estos últimos, cuando no resulten relevantes para la dilucidación de la
cuestión litigiosa.

Respecto de la crítica en tratamiento, es del caso atribuir inoperancia al intento de probar un hecho a través de la personal interpretación de las pruebas, bajo la pretensión de que el sentenciante, que decide de acuerdo a los datos que considere dirimentes, deba explicar en cada caso, el porqué prescinde de la valoración de unas u otras, cosa que importaría sin lugar a duda una declinación del principio del artículo 390 y concs. del Cód. Procesal.

Con respecto a la prueba “Testimonial” también referida en la queja, es menester la crítica del testimonio. Y la teoría crítica del testimonio reconoce que, para la exacta valoración del dicho de los testigos, el juez debe tomar
en consideración ciertos factores de cuya concurrencia depende la

credibilidad de los mismos, tales como: idoneidad, moralidad, afectividad, verosimilitud, concordancia, exposición, razón del dicho, etc. (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1957, IV, p. 144; 1962, I, p. 532; 1964, III, p. 539; DJBA, 122, p.149). Deben así tomarse en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar del hecho sobre el que deponen los testigos, pues las mismas son fundamentales para valorar sus testimonios, ya que permiten establecer si se trata de un testigo presencial o de referencia, si su testimonio importa sólo una opinión o en realidad es la relación de un hecho percibido directamente por sus sentidos; si hay o no complacencia en su declaración, etc.

Desde luego que el juzgador puede desechar a los testigos que considere sospechosos, interesados o falaces conforme con los principios de la sana crítica, aun cuando no hayan sido objetados por la parte contraria (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1964, I, p. 666; Cám. 2ª, Sala III, La Plata, LL 107-388). Tienen así los jueces de la instancia ordinaria la facultad de seleccionar los elementos probatorios -entre ellos a los testigos que los lleve a la convicción de certeza- descartando los que estimen superfluos (conf. SCBA, D.J.B.A., 114, p. 354; ED 79-447).

La valoración del testimonio de un testigo constituye, por lo tanto, una facultad privativa del juez, el cual de acuerdo con el conjunto de principios que sustentan su criterio de evaluación, admitirá o descartará con mayor rigidez las declaraciones que a su entender no sean la excepción de la verdad que trata de iluminar (conf. Cám.Apel.C.C.Morón, J.A. 1975, 28, p. 403; LL 1975-A, p. 843, sum. 749).

Por otra parte, advierto que la crítica de la recurrente no logra destruir la valoración que se realiza sobre la declaración testimonial de los testigos B.,

G., C. S., C., Q. y C., la cual ha sido fundamentada y referida a los hechos de los que tuvieron conocimiento.

B) En su expresión de agravios insiste la apelante en que está demostrada una caída del Sr. S. el día 27/04/2012 y que ello le provocó heridas cortantes. Pero, debo destacar que el objeto de la prueba debió dirigirse en el proceso a acreditar los hechos que dieron justificación o que constituyeron la causal adecuada y razonable para despedir al actor. Concretamente: el objeto probatorio debió estar dirigido a los hechos invocados e imputados al actor en el despacho postal obrante a fs. 4 de autos. Ello hace que no sólo debió la demandada demostrar que el paciente S. sufrió una caída, porque esa única prueba no alcanza para tener por acreditada la "injuria" que justificara el despido.

C) Sin perjuicio de lo expuesto, he de detenerme en el contenido de la 4ª, 6ª., 7ª., 8ª. y 10ª. pregunta formuladas a los testigos propuestos por la parte demandada (conf. fs. 104).

Todas las preguntas señaladas son claramente violatorias 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 preguntas afirmativas y que sugieren las respuestas. A diferencia de las posiciones que se dirigen a la contraparte, que deben ser asertivas, las preguntas que se formulen 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 las preguntas dan por sentado: a) que H. había recibido cursos de capacitación; b) que el 02/02/2012 ocurrió un hecho en E. M. con la paciente E. V.; b) que el 11/03/2012 ocurrió un hecho en E. M. con el paciente J. M. A.; c) que el

27/04/2012 ocurrió un hecho en E. M. con el paciente F. S. y d) que en todos los hechos referidos anteriormente tuvo participación el actor, 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 los testigos propuestos por la demandada declararon a tenor de un interrogatorio que contienen afirmaciones o del cual se infieren las respuestas; 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).

D) De todos modos y sin perjuicio de lo hasta aquí analizado, las declaraciones testimoniales obrantes en autos no alcanzan para demostrar todos los hechos imputados al actor en la notificación obrante a fs. 4 de autos, a saber: **a)** *que el día 27 de abril de 2012 en el turno de 14:00 horas a 22:00 horas, en su carácter de asistente, descuidó al paciente F. S.*; **b)** *que el paciente S. estaba ese día bajo su cuidado*; **c)** *que dada su falta de supervisión y cuidado del paciente, incumplimiento obligaciones inherentes a su cargo, el mismo estando deambulando se cayó y resultó con lesiones de un corte en la cabeza, debiendo ser*

derivado al Hospital; **d)** *que dada la gravedad de su falta de supervisión y cuidado del paciente F. S., se configuró injuria laboral hecho motivador de la interrupción definitiva del vínculo laboral, que hace insostenible su continuidad, máxime cuando ya ha sido suspendido por el mismo hecho*; **e)** *que ha descuidado, habiéndosele caído dos pacientes previamente, la paciente E.V.el 2 de febrero de 2012 y el paciente J. M. A. el 11 de marzo de 2012*; y **f)** *existiendo agravantes de su inconducta laboral que merecieron anteriores sanciones de suspensiones: dos (2) días en julio de 2008, quince (15) días en julio de 2008; cinco (5) días en julio de 2011; y dos (2) días el 5 y 6 de febrero de 2012*.

De las declaraciones testimoniales obrantes en autos es de una claridad meridiana que ninguna ha tenido relevancia a los fines de acreditar las inconductas (injuria) atribuidas a H. como causal de su despido. Advierto que ninguno de los declarantes estuvo presente cuando se
produjo el hecho principal atribuido al actor y que habría ocurrido el 27 de Abril de 2012 en la sede de la demandada.

Remarco que no surge la acreditación de todos y cada uno de los hechos imputados por parte de la demandada en la comunicación del despido. 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, lo que aquí no ha ocurrido.

E) Es sabido que 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 *justa causa o injuria* es un motivo de denuncia consistente en el incumplimiento grave de deberes contractuales propios de la relación de trabajo (deberes de prestación o de conducta). Es un ilícito (grave) contractual (conf. LOPEZ-CENTENO-FERNANDEZ MADRID, "Ley de Contrato de Trabajo", T.II, p. 1187).

El último párrafo del artículo 242 LCT otorga a los jueces la facultad de apreciar la existencia de la *injuria*.

Ahora bien, como sanción disciplinaria el despido está sometido a la observancia de varios principios del derecho disciplinario laboral: a) el que prohíbe la doble sanción por la misma falta (*non bis in idem)*; b) el de proporcionalidad entre la falta y la sanción y c) el de la oportunidad o contemporaneidad de la falta y la sanción (conf. ACKERMAN – DE VIRGILIS, "La reacción ante la injuria", LT, XXX-777).

Debemos tener en claro que en estos casos el *onus probandi* está a cargo de quien invoca los hechos. Quien invoca un hecho tiene a su cargo la prueba del mismo. Este principio se aplica también en el despido con justa causa (conf. SCBA, 27/11/84), TySS, 1985-684). 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.

Obviamente, sobre la prueba de la que estamos hablando, importa demostrar tres componentes relacionados entre sí aun cuando sean diversos: a) el acto jurídico del despido, por medio de la notificación fehaciente; b) los

hechos que lo motivaron, por los medios de prueba disponibles que permitan demostrar la falta o incumplimientos graves del trabajador; y c) la entidad de los mismos para justificar el distracto, dado que los hechos deben ser de tal gravedad que impidan la continuidad del vínculo (conf. DE DIEGO, J.A., "Tratado del despido y otras formas de extinción", ed. La Ley., T.II, págs. 55/56).

De conformidad con lo expuesto, corresponde a esta Alzada y en base al agravio vertido, revisar la decisión de la patronal y la causal a los fines de su suficiencia a los efectos de determinar si le asistió razón a la Jueza a quo al considerar que el despido dispuesto fue incausado a la luz de las probanzas de autos o si, por el contrario, la decisión rupturista de la empleadora está justificada.

En atención al incumplimiento de la carga probatoria que estaba a cargo de la parte demandada a fin de acreditar la existencia de la "injuria" invocada al despedir, he de proponer al Acuerdo no admitir el agravio en tratamiento y confirmar el decisorio recurrido en cuanto ha considerado que el despido fue incausado.

2.2 – <u>Los antecedentes del actor</u>

Con relación a los antecedentes mencionados por la demandada, he de coincidir con el voto precedente en que las impuestas entre Julio de 2008 y Julio de 2011 son irrelevantes ante la falta de temporaneidad con la fecha en que el actor fuera despedido (02 de Mayo de 2012).

Con respecto a la suspensión por dos días que le fuera impuesta al reclamante con fecha 04/02/102, conforme el despacho postal obrante a fs. 34, cabe llegar a la misma conclusión que he expuesto precedentemente con respecto a la carencia de demostración de hechos que demostraran la causal

del despido y de allí la justificada conducta desplegada por la empleadora al resolver el vínculo con su dependiente. En efecto, nada acreditó la demandada sobre las obligaciones que pesaban sobre el dependiente, que las mismas le fueran notificadas fehacientemente al mismo y que se hubiera producido un incumplimiento tal por parte del actor que justificara la aplicación de una sanción disciplinara (suspensión, en el caso).

Por lo expuesto, el agravio vertido en este punto debe ser rechazado.

3 – <u>Conclusión</u>

Teniendo en cuenta que los agravios marcan la medida y amplitud del recurso concedido a la demandada y que los expresados en autos no logran hacer mella en la decisión recurrida, es procedente su rechazo y la confirmación de la sentencia dictada en la Instancia originaria. Así lo voto.

4 – <u>Costas de la Alzada</u>

Deben imponerse las costas de esta Instancia a la parte demandada que resulta vencida en el recurso que le fuera concedido (art. 69 CPCC). Con respecto a los honorarios de los letrados actuantes en la Alzada, es procedente que se regulen conforme lo propone en su voto el Dr. Vivas, en virtud de ajustarse ello 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 **AFIRMATIVA.**

<u>A LA SEGUNDA CUESTIÓN</u>: El Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS, dijo:

En caso de ser acompañado mi voto por mis colegas de Cámara, el pronunciamiento que correspondería dictar es el siguiente:

1. **CONFIRMAR** el pronunciamiento dictado a fs. 147/150;
2. **IMPONER** las costas de alzada a la demandada vencida (art. 69, 2ª. parte del CPCC);
3. **REGULAR** los honorarios del Dr. P. C. M. en el 25% de lo que le correspondiere en la Instancia anterior, y los del Dr. G.V. C., en el 30% de lo que le correspondiere en la Instancia anterior. Todo ello, con más IVA, si procediere (arts. 5, 6, 9,13 y cc de la ley arancelaria).
4. **REGISTRESE**, notifíquese y devuélvase.

Así lo voto.

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

El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Mario Luis Vivas, 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 la Dra. María Inés de Villafañe 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 abril de 2015.

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. **CONFIRMAR** el pronunciamiento dictado a fs. 147/150;
2. **IMPONER** las costas de alzada a la demandada vencida (art. 69, 2ª. parte del CPCC);
3. **REGULAR** los honorarios del Dr. P. C. M. en el 25% de lo que le correspondiere en la Instancia anterior, y los del Dr. G. V. C., en el 30% de lo que le correspondiere en la Instancia anterior. Todo ello, con más IVA, si procediere (arts. 5, 6, 9,13 y cc de la ley arancelaria).
4. **REGISTRESE**, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL N° /15 SDL. CONSTE.