En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de abril del año dos mil dieciséis, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia de la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe y la asistencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"R., R. B. C/ E. M. S.A. s/ Cobro de pesos e**

indem.de ley" (Expte. N°2 Año 2016) venidos del Juzgado Laboral N° 2 (Expte. N° 10095/13), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada?; **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 292.

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

1.

La sentencia de primera instancia hizo lugar a la demanda, y condenó a E. M. S.A. a abonar a la actora Sra. R. B. R., dentro del quinto día y mediante depósito judicial la suma de noventa y ocho mil ochenta y cinco pesos con ocho centavos ($ 98.085,08), con más los intereses que determina, impuso las costas del juicio y reguló honorarios de abogados y perito que intervinieron en el proceso.

La magistrada de grado resolvió que, en tanto la empresa demandada no logró acreditar las faltas endilgadas a la Sra. R., el despido dispuesto resultó incausado, efectuó el cálculo de las indemnizaciones de ley, rechazó el agravamiento del art. 1 de la ley 25.323 y admitió el incremento del art. 2do. de la norma.

Por otro lado, desestimó el reclamo de la actora en cuanto a la fecha de ingreso, categoría y jornada laboral y la suma que no logró probar, percibía fuera de recibo.

La sentencia fue apelada por la demandada a fs. 274, los agravios se agregaron a fs. 276/280 y fueron contestados por la actora a fs.284/287.

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

La recurrente estructura su queja en base a que la sentencia admitió el reclamo indemnizatorio por el despido incausado, al considerar insuficiente la causal real y concreta esgrimida por su parte para disponer el distracto y que, en la atribución de las costas no se refleja el resultado del proceso que rechazó en gran medida la pretensión de la actora.

Por razones de método expositivo comenzaré el tratamiento de la apelación respecto de la cuestión medular de la queja (la justificación del despido), para luego abordar la cuestión de la imposición de las costas.

2.1. La apelante indica cuales fueron las causales invocadas por la demandada para despedir a la actora y a partir de allí señala los presupuestos que debe reunir el despido y la configuración de la causal de pérdida de confianza. Indica que medió una valoración parcial de las declaraciones rendidas y se ocupa de poner en evidencia los errores que justifican su posición; cuestiona que se exigiera la realización de un sumario como que R. debía conocer los informes de las profesionales y efectuar un descargo sobre los mismos.

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 de los hechos reputados injuriosos 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 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. 2 E. M. S.A. por su representante legal, dispuso el despido causado de la Sra. R. invocando las siguientes causas: *Ante gravísima e inadmisible conducta de su parte, consistente en: a) hacer faltar los alimentos con que se elaboran los menúes de los pacientes de nuestras clínicas E. M. y A., pese a la existencia abundante de los mismos; b) hacer faltar los elementos de aseo de ropa de cama y toallas de los referidos pacientes, aún cuando tales elementos siempre fueron provistos a Ud. por esta empleadora para tales fines; c) hacer faltar vajilla en buen estado de conservación, pese a que el equipamiento en tal sentido se realiza periódicamente; d) hacer faltar y negar a los profesionales requirentes instrumental médico, que oportuna y frecuentemente se adquiere para brindar mejor atención a los pacientes (hechos éstos que se evidencian de las comunicaciones efectuadas por la Psicóloga R. S.,, de fecha 18/11/2011; por la Licenciada A. G. en fechas 18/10/2011, 16/11/2011 y 07/12/2011, entre otras; por la Dra. V. B., en fechas 15/07/2011, 03/08/2011, 10/10/2011, 17/11/2011 y 05/12/2011, Dra. M. F. G., de fechas 09/11/2011, 18/11/2011 y 01/12/2011, entre otras), todo lo cual, a su vez, ha sido fehacientemente acreditado, evidenciando de tal modo de su parte una conducta negligente en las tareas, incompatible con su calidad de empleada por cuanto incumple en sus deberes de fidelidad, colaboración y de prestación, ejecutando la prestación laboral de modo contrario a la diligencia, esmero y salvaguarda de los intereses de su*

empleadora, y, teniendo presente que dicha inconducta vulnera irremediablemente el principio de buena fe y conduce a la ineludible pérdida de confianza se notifica por este medio que queda usted despedida con justa causa y por su exclusiva culpa a partir del día 23 de Enero del año en curso.- Haberes, Liquidación Final y Certificación conforme artículo 80 LCT a su disposición en calle España N°: 274 de esta ciudad de Puerto Madryn, de Lunes a Viernes en el horario de 09:00 a 12:00 horas.-- Queda Ud. debidamente notificada."

La misiva fue respondida por la actora negando todos los términos de la comunicación del despido causado (v. fs.5).

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).

En primer término debo señalar que no se atribuye a la Sra. R. un hecho puntual sino una serie de inconductas en el cumplimiento de sus tareas a las que califica de negligente, incompatible con su calidad de empleada por cuanto incumple en sus deberes de fidelidad, colaboración y de prestación, ejecutando la prestación laboral de modo contrario a la diligencia, esmero y salvaguarda de los intereses de su empleadora, y, teniendo presente que dicha inconducta vulnera irremediablemente el

principio de buena fe y conduce a la ineludible pérdida de confianza.

En los términos de la comunicación, la Dirección de la clínica tuvo conocimiento de las conductas descriptas por las notas que recepcionara entre los meses de julio y diciembre de 2011.

La recurrente achaca una valoración parcial de la prueba y para ello analizaré la cumplida en esta causa.

Llega firme a esta instancia que la actividad desempeñada por la Sra. R. era la de “cocinera”.

Sin perjuicio de ello en los términos de la desvinculación, las tareas de “cocinera” incluía la provisión de elementos de aseo de ropa de cama y toallas de los pacientes y la provisión de instrumental médico para la mejor atención de los pacientes. Tareas que por cierto no parecen vinculadas con la calificación profesional de la Sra. R. que -insistió la parte- solo era “cocinera” y por lo que han quedado fuera de toda acreditación.

La otra tarea para la que se la reputó negligente (“hacer faltar”) es que la actora debía proveer los alimentos con los que se elaboraban los menús de los pacientes de las clínicas de la empresa “E. M.” y “A. “. Destaco aquí que pese a tal afirmación, se negó al contestar
la demanda que la Sra. R. se desempeñara a la vez en el
establecimiento A..

Otra tarea cuestionada (“hacer faltar”) es la de mantener la vajilla en buen estado de conservación pese a que el equipamiento se realiza
periódicamente, actividad que tampoco pudo justificarse resulta inherente a las funciones de “cocinera”.

He leído con suma atención las declaraciones de los testigos y estimo que la parte omitió probar la delegación de las tareas que estimó incumplidas.

No resulta un dato controvertido que el CCT aplicable al vínculo laboral era el 122/75. Conforme el art. 7mo inc. 29) la cocinera de establecimiento geriátrico es el trabajador que se desempeña en los establecimientos geriátricos o en las secciones destinadas al alojamiento permanente o exclusivo de ancianos de cualquier establecimiento asistencial, cuyas tareas consisten en preparar y cocinar las comidas de los gerontes.

Admitió la actora entre otras tareas que confeccionaba las listas de pedidos de alimentos a los proveedores, los que a tenor de la CD de fs.2 no ha sido materia de queja porque existía abundancia de los mismos. La queja sería que pese a contar con los mismos, no se cumplían con los menús indicados por la nutricionista.

De modo tal que es la declaración de la testigo G. la que tenía que estar dirigida a justificar tal aserto. A fs. 167 /167 bis se agrega el acta de su declaración.

Ratifica que la Sra. R. cumplía tareas en la cocina, era la que elaboraba la comida y la servía; se encargaba de comprar y de la existencia y stock de alimentos tantos secos como frescos. Señaló que estimaba adecuado supervisar el servicio de comida a lo largo de todo el día, almuerzo meriendas y cenas y que veía a la actora cuando iba al mediodía.

Agregó que ella elaboraba una lista de pedidos en coordinación con el área de cocina y que si bien la compraba R. era aprobada por la dirección general. Indicó que los alimentos tanto frescos como secos llegaban y que lo sabe por observación de ese momento. Reconoció las notas de fs. 67 y 68 y que las redactó porque la Sra. R. no daba cumplimiento con la indicación nutricional propuesta pese a que había alimentos en cantidad adecuada. Menciona que el resto del personal de cocina al que no puede identificar, le refería que la Sra. R. no les entregaba los alimentos. Tampoco puede referir quien era la persona que cocinaba por la noche y dejó claro que no había personal en la cocina en el horario de la merienda, que ésta se dejaba preparada y la servían las asistentes.

La parte demandada agregó la nota de fs. 70 de donde surgiría que *"Si bien los internos comen bien no se cumple con lo programado requerimientos nutricionales específicos*" y al tiempo de responder por sus funciones en la

clínica especificó que era quien realizaba los controles de peso y talla en aquellos internos en los que por su patología se podía realizar.

Siendo la citada profesional quien se ocupaba de ello, ningún dato aportó respecto a la disminución del peso de las personas internadas y ninguna prueba objetiva se aportó sobre la cuestión. De allí que los dichos de la Dra. B.- Directora Médica del establecimiento- que pretende la recurrente debió valorarse, no tiene respaldo en prueba alguna.

La ausencia de proteínas y verduras en la dieta, fue argumentada tanto por B. como por G.. Hubiera sido de interés aportar a la causa la referida programación de menús que los incluyera, que los mismos fueran recibidos por R. y fundamentalmente alguna prueba directa de la compra de productos cárneos y verduras en la extensión que se ha

afirmado. Ello hubiera permitido justificar su existencia puntual en las

oportunidades que se detectó la falta que se imputa exclusivamente a R..

Si como se afirma, R. no utilizaba esos alimentos para cocinar los menús programados, debió probarse que era ella quien exclusivamente no lo hacía. Véase que a tenor de los dichos de G. había otra/o cocinera/o en el turno vespertino cuyo nombre no recuerda, aun cuando se aludió a la rotación de su jornada laboral, por lo que indudablemente eso

trae una duda razonablemente en la imputación de la exclusiva

responsabilidad que se le achaca.

De allí que las referencias de la Psicóloga S. deban receptarse con cautela. En primer lugar porque alude a las quejas de los familiares sobre la mala nutrición. No existe declaración de alguno de ellos, no se sabe qué es “mala nutrición” desde que la misma nutricionista ha señalado que los pacientes comían bien.

Tampoco se cuenta con elementos objetivos que den cuenta ni de las quejas de los familiares que se llevarían en un Libro de Actas ni las evidencias físicas en los pacientes que destacó la testigo B. (fs. 151).

Insistiré y en relación a la testigo G. que no se trajo al proceso a las personas que trabajaban en la cocina y que daban cuenta que los inconvenientes en la producción de los menús se debían a que R. no le entregaba los alimentos. Los dichos de la testigo son referenciales a terceras personas que no fueron identificadas y que no declararon en el juicio.

En cuanto a la declaración de S., sus dichos son contradictorios. Si solo se cruzaba con R. cuando entraba o salía de la clínica, no se advierte como sabía que R. anotaba y después decía lo que faltaba y lo compraba y que arreglaba todo con la nutricionista.

Voy a sostener sin duda alguna, que no se probó con prueba idónea que R. no proveía a los empleados de la cocina los alimentos adquiridos, que tampoco hay prueba de la existencia de menús balanceados e indicados por la nutricionista que fueran incumplidos por R. y mucho menos que se haya justificado peligro alguno en la salud de los pacientes psicogeriátricos por el desbalance alimenticio.

En cuanto a los informes, si bien es cierto que no es dable requerir una actuación sumarial interna para justificar la injuria, puede señalarse que las profesionales de la clínica Lic. G. y Psicología S. aluden a que comunicaron a la Sra. R. las deficiencias detectadas en la cocina respecto de los menús provistos a los pacientes. El desconocimiento de las notas no debe alcanzar a su validez en cuanto a la confección de las notas, las que evidente corresponde a las emitentes sino a su contenido.

Y en ello asiste razón a la magistrada, pues no surge del expediente que la Sra. R. haya tomado conocimiento de las advertencias que se afirma, les formularon las referidas profesionales.

Párrafo aparte merecen las notas cursadas por la Directora Médica a la Directora General C. y que se agregaron a fs.60, 62, 63, 64 y 65. Las mismas fueron reconocidas por la testigo. De ellas también surgiría que se informó a R. (véase el notorio interlineado sin salvar) las deficiencias detectadas, pero insistiré no existe ninguna constancia que R. haya sido anoticiada de la supuestas falencias.

Las notas de fs. 66, 69, 71 no han sido validadas por sus emitentes, por lo que carecen de valor probatorio en este pleito. *"Los documentos emanados de terceros tienen el solo valor de un testimonio y son computables en cuanto el emisor los reconozca ante el actuario, en calidad de testigo, pudiendo las partes interrogarlos libremente sobre su contenido"*. (D. de S., M. E. y otros vs. E. F. A.

s. Daños y perjuicios. Cám. Fed. de Apelaciones Sala II, General San Martín; 15-05-1995; Rubinzal on line; RC J 3995).

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 la existencia de las conductas de la actora que reputa injuriosas para sus intereses y de 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 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.

A falta de prueba de los antecedentes reprochados, la medida adoptada por la patronal no encuentra basamento fáctico para justificarlas, teniendo en cuenta para ello las relaciones que resultan del contrato de trabajo y las circunstancias y modalidades personales del caso en consideración.

2.2.

Se agravia la recurrente porque no se dispuso una adecuada distribución de las costas en tanto se desestimaron las pretensiones en cuanto a la fecha de ingreso, categoría profesional y percepción de remuneración por fuera de los recibos y consecuentemente se desestimó el agravamiento del art. 1 de la ley 25.323.

Asiste razón a la apelante.

La parte actora resultó perdidosa en varios aspectos de su reclamo los que fueron enunciados en el agravio.

"Cuando la demanda incluye varias pretensiones o rubros, la imposición de costas debe efectuarse en función al vencimiento de las partes en relación a cada una de ellas, debiendo entenderse por vencimiento del trabajador cuando su pretensión o rubro es rechazado íntegramente, siendo -por el contrario- vencedor cuando el mismo prospera aunque no fuere por el monto total pedido, puesto que, en principio, la plus petitio no genera imposición de costas ni siquiera en proporción al monto rechazado" (Sánchez vs. Heynen s. Cobro de pesos. Cámara Tercera

Laboral Sala 1, Paraná, Entre Ríos; 04-02-1999; Dirección de Biblioteca y Jurisprudencia del Poder Judicial de Entre Ríos; RC J 10908/09)

En orden a ello y considerando el resultado final del pleito, con vencimientos parciales y mutuos, autorizaba a distribuir las costas (art 72 CPCC).

Partiendo del principio objetivo de la derrota y considerando la proporción en que prosperó la demanda propongo al Acuerdo imponerlas en un 20% a la actora y en un 80% a la demandada. *"No obstante vale reiterar que la repartición de los gastos causídicos por el juez basado en el progreso parcial de las pretensiones contrapuestas, si bien indica una pauta a seguir, no predetermina un sistema único para el caso del vencimiento parcial y mutuo, sino que le brinda la alternativa de compensar las costas o distribuirlas entre los litigantes, y aun en ese caso, no indica que el reparto debe ser aritmético sino prudencial y de acuerdo con las peculiaridades de la causa"*(Gozaini, Osvaldo "Costas Procesales" v.1, pág 295. Ed. Ediar, Bs. As., 2007).

3. <u>Las costas.</u>

Las costas en esta instancia se imponen a la demandada vencida en lo sustancial en el recurso (art. 69 del CPCC).

Conforme el mérito y resultado obtenido propongo que los honorarios de los letrados F. A. y M. A., en conjunto y proporción de ley se fijen en el 30% y los de la letrada M. M. P. en el 28 %.

En ambos casos sobre los que resulten determinados en la instancia de grado, sin perjuicio de los mínimos legales y con el IVA si correspondiera (art. 5, 7 y 13 de la ley arancelaria).

Voto a la cuestión, por **PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA**.

<u>A LA PRIMERA CUESTIÓN</u>, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas,

dijo:

1.

Que los antecedentes de la presente causa han sido debidamente consignados por mi colega de primer voto, razón por la cual, centraré mi análisis en las quejas traídas por la parte demandada.

2.

2.1.

Por una cuestión metodológica seguiré el orden del análisis de los agravios propuesto por la Dra. de Villafañe.

Recordó la apelante en su agravio que las causales del despido fueron: hacer faltar los alimentos con los que se elaboraba el menú de los pacientes, pese a la existencia de suministros en abundancia; hacer faltar los elementos de aseo de ropa blanca; hacer faltar vajilla en buen estado de conservación, pese al reabastecimiento de equipamiento periódico; hacer faltar y negar la entrega a los profesionales de instrumental médico que estaba bajo la custodia de su área de trabajo.

En ese sentido, sostiene el agravio que el decisorio anterior no consideró suficiente injuria la acreditación de esos extremos invocados para la ruptura del vínculo, particularmente la insuficiencia de provisión de alimentos ricos en proteínas en pacientes que cursaban la etapa final de su vida, no precisamente por la falta de suministros en el establecimiento, sino de provisión a su cocineros, causada por negligencia de la actora.

Atribuye la queja a la falta de debida valoración de la testimonial, la que fue analizada parcialmente.

Considera que el pronunciamiento erró al afirmar que la ausencia de sanciones disciplinarias impedía justificar dicha ruptura, cuando en verdad

las notas de fs. 60/69 y 71 fueron desconocidas sin dar cumplimiento con el art. 360, inc. 1), del CPCC lo que implica lo contrario a lo decidido judicialmente. Aduna a ello la falta de exigencia legal acerca de que las sanciones deban ser notificadas al sancionado y que tales instrumentos fueron reconocidos por quienes los suscribieron. En esa línea de ideas,

aprecia la queja que no fueron debidamente consideradas las

notas/informes de las profesionales S., B. y G..

Expresa que no se tuvo en consideración los dichos de la testigo S. (fs. 133/135), al responder la sexta pregunta, respecto de las quejas de los familiares de los pacientes sobre la deficiente nutrición que se les brindaba y de provisión de alimentos.

También considera que el decisorio omitió analizar las afirmaciones testimoniales de B. (fs. 150/152), en el sentido que se advertía que los pacientes comenzaban a bajar su curva de pesada, a manifestar que tenían hambre, que manifestaban la necesidad de ingerir carne, y que los parientes elevaban sus quejas en tal sentido. A ello agrega lo respondido por esa

testigo en relación con la falta de provisión de carnes y proteínas, la falta de verduras y fideos en la dieta, la corruptela de la actora, quien les cobraba a los profesionales la comida, y que los profesionales de la Institución evitaron llevar las quejas que se alzaban contra la accionante por la grave situación familiar por la que atravesaba.

Entiende la queja que el pronunciamiento también omitió la consideración integral de las declaraciones de G. (fs. 167), coincidente con las anteriores en cuanto a la falta de entrega de lo necesario para elaborar los

menús que se indicaban, y no a la falta de existencia de alimentos suficientes.

No soslaya tampoco las declaraciones de Y. S. en el mismo sentido, que no han sido tenidas en consideración por el decisorio de autos.

Solicita se revoque el decisorio de autos.

2.2.

Me adelanto a señalar que la función de "jefa de personal" que invoca la actora fue desconocida en el conteste de demanda, oportunidad en que la recurrente reconoció que la actora se desempeñaba como "cocinera". De allí la primera contradicción que se formula en la comunicación del distracto, donde se le atribuye responsabilidad no sólo por el incumplimiento en las funciones inherentes a su tarea de "cocinera", sino a aquellas relacionadas con elementos de aseo de ropa blanca e instrumental médico, que según se invoca en la comunicación de fs. 2, estaba bajo la custodia de su área de trabajo.

Tal como lo sostiene la Sra. Vocal de primer voto, la actora no logró acreditar tal delegación de funciones, es más, las negó en su conteste de demanda como quedó dicho. Por tal razón, habré de limitarme a analizar los incumplimientos que se le atribuyen vinculados con su función de "cocinera", los que por otro lado, fueron los resaltados en la queja en el embate al decisorio de grado.

Ingresando en el análisis de la testimonial, que la apelante dice haber sido parcialmente valorado por el decisorio, me he de remitir a las declaraciones de González (fs. 167/168).

En ese sentido, debo remarcar que la testigo, nutricionista, encargada de elaborar las listas de menús, controlar los pesos y tallas de los pacientes y coordinar con el personal de cocina sin estar a cargo de ella, reconoció que sus actividades no tenían horario fijo, sin perjuicio de lo cual su supervisión se centraba en los horarios de almuerzo, merienda y cena. Reconoce en tal sentido que sólo veía a R. al mediodía y después no la veía más,

desconociendo qué horario cumplía la actora. Reconoció como de su puño y letra las notas de fs. 67/68 y que le reclamaba a R. que no se cumplía con los menús por ella indicados, refiriendo que también conversaba con los dos auxiliares de cocina -cuyos nombres no recuerda-, quienes atribuían responsabilidad en la provisión de alimentos a la actora. Tampoco recuerda quién era la cocinera de la noche, dada la alta rotación de personal en el área.

La testigo S. (fs. 133/135), psicóloga de la Institución, afirmó que la actora se desempeñaba en el área de cocina, y como responsable del área se ocupaba de los elementos necesarios para la cocina, es decir, compra de mercadería, utensilios, etc. Los menús eran elaborados por la nutricionista y el área de cocina los ponía en práctica y servía las porciones. Reconoce haber sido receptora de quejas de familiares, como referente de ellos, las que transmitió primero a R. y, al reiterarse, elevó a la Dirección General del establecimiento. Reconoció la autenticidad del documento de fs. 61. Con relación al horario que la dicente cumplía, reconoció que lo hacía entre 3 y 4 horas diarias, a la mañana o a la tarde, sin tener un horario fijo de entrada y salida. Respecto del horario de tareas de la actora, sostuvo que era un horario cortado y con relación a la provisión de alimentos dice haber recibido, en alguna oportunidad, al camión que traía alimentos.

La testigo B. (fs. 150/152), Directora médica de la Institución, sostuvo por su parte que R. era la encargada de cocina. En tal sentido, sostuvo que advirtió que varios pacientes bajaban de peso y referían tener hambre, que querían comer carne, por lo que ello fue comunicado a R., primero, y frente a la prolongación de la situación, a la Dirección General después. Sostuvo que las quejas de los familiares fueron plasmadas en un libro de quejas. Reconoció la autenticidad de la documental de fs. 60, 62, 63, 64 y 65. Afirmó

que, durante las horas de trabajo de la dicente, se observaba el ingreso de proveedores con distintos alimentos y artículos de limpieza, habiendo hecho ingresar en alguna oportunidad a dichos proveedores de mercaderías, reconociendo que la auditoría de la Institución se encargaba de controlar el stock de alimentos que existía en los depósitos. Aseveró que el horario del personal de cocina era cortado, y que a R. la veía por la mañana y que al retirarse al mediodía, ella, a veces se quedaba y a veces se retiraba. Reconoció también que R. nunca había sido objeto de sanciones disciplinarias, justificando ese hecho por tratarse de una persona de confianza de la Directora General y por el mal momento que atravesaba como consecuencia de la enfermedad de su hija. Atribuye incumplimiento en las obligaciones a cargo de la actora en razón de la falta de provisión de carne, verduras y fibras, al tiempo que cobraba los alimentos a los profesionales que trabajaban allí.

Finalmente, la testigo S. (fs. 165/166), asistente, del establecimiento, sostuvo que la actora era cocinera, que a veces se encargaba de comprar cosas que faltaban en la cocina. Afirmó que R. ingresaba a trabajar a las 8 hs hasta las 12 hs. y luego lo hacía de las 16 a las 18 hs. Admitió también que el mecanismo que debía efectuar R. para realizar las compras consistía en anotar e informar el faltante de mercaderías y comprarlo, en coordinación con la nutricionista. De todos modos, aclara que ella se encargaba de asistir a los pacientes, laborando en el piso de abajo, en tanto la cocina se encontraba en un piso superior y sólo veía a la actora cuando ingresaban y egresaban del establecimiento, y esporádicamente cuando iba a solicitar agua a la cocina, por lo que no puede calificarla.

Debo comenzar señalando, con relación a la prueba testimonial rendida por las testigos G. (fs. 167/168), S. (fs. 133/135) y B. (fs. 150/152) que la

circunstancia de que las testigos sean dependientes de la accionada no descalifica por sí mismo sus dichos, sin perjuicio de la estrictez para valorarlos en todos sus alcances. Ello, en tanto y en cuanto reconozcan objetividad y coherencia (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala II "Soete, Julio O. c. Empresa de Transportes Fournier S. A", 15/02/1993, DT 1993-A , 447, DJ 1993-1 , 1034, AR/JUR/707/1993).

La apreciación de la prueba testimonial es una de las tareas más delicadas que compete realizar a los jueces y corresponde efectuar desde tres puntos de vista: a) cumplimiento de los requisitos de forma necesarios para que la declaración tenga valor, b) examen del testigo, incluidas sus condiciones personales y su idoneidad, apreciando los elementos subjetivos que puedan quitar fuerza de convicción a sus dichos y c) examen de la declaración (cfr. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Presidencia Roque Saenz Peña, "Marconi, Ceferina c. Ibáñez, Manuel ", 04/12/1997, La Ley 1998-D , 893, LLLitoral 1998-1 , 787 , AR/JUR/4689/1997).

Es decir, el tribunal debe analizar los hechos alegados en base a la prueba producida en concreto, más allá de valoraciones subjetivas del testigo, que hacen sólo al concepto del deponente.

Al amparo de tales parámetros corresponde el análisis de las declaraciones, al que sumo las de S. (fs. 165/166), que al momento de su exposición se encontraba desvinculada del establecimiento de la demandada.

En tales términos, he de concluir que de los dichos de las deponentes mencionadas, surge: a) la actora cumplía horarios "cortados", siendo la encargada de la cocina hasta el mediodía, y en el mejor de los casos, de dos horas por la tarde, según las afirmaciones de S. (fs. 165/166), desconociéndose quién se encargaba de esa tarea en horarios de la cena; b) no son coincidentes las declaraciones en afirmar si la actora era la encargada

de realizar todas las compras de alimentos o sólo algunas. Por un lado se señala que llegaban camiones o proveedores con alimentos (ver declaraciones de S. y B.), sin que ello predique que su encargo respondiera a pedidos de R.; por otro lado, S. asevera que "a veces" la actora compraba "cosas" que faltaban en la cocina, pero señala que

el mecanismo de compras consistía en anotar, informar y adquirir alimentos. Claro está que S. trabajaba en un piso distinto al de R. y se veían sólo a la entrada y a la salida del trabajo, con la excepción de alguna visita esporádica de la dicente a la cocina; c) tampoco ha sido debidamente aclarado qué sucedía con la mercadería en "stock" comprada pero no destinada a la provisión de alimentos de los pacientes. Pareciera ser que si se adquiría y no se utilizaba, la auditoría del establecimiento debía haber alertado sobre esa situación, a riesgo de su

inutilización y desecho; d) jamás fue sancionada la actora disciplinariamente, sea con la excusa, justificada o no, que fuese; e) no se aportó a autos el libro de quejas al que refiere la testigo B. ni se identificó -menos declaró en autos- algún pariente de los que hubieran elevado su protesta por la deficiente alimentación de los pacientes. No debe soslayarse el rigor con el que se analizan las declaraciones de S. y B., dependientes de la accionada, que fueron quienes hicieron referencia al malestar de algunos parientes de los internados.

De tal guisa se desprende, tal como lo hace la Dra. de Villafañe en su voto, que si no se les proveía alimentos proteínicos al mediodía adecuadamente, no había razones para que ello sí se verificara en el horario de la cena, cuyo responsable se desconoce. Es decir, se coloca en cabeza de la actora una responsabilidad exclusiva, dirimente de la ruptura del vínculo laboral, cuando en verdad no era la encargada del área en los horarios nocturnos.

Tampoco se sabe a ciencia cierta en qué consistían los menús ricos en proteínas y que la actora se habría abstenido de proveer a los pacientes, pese a contar con existencia suficiente en depósito.

Con relación a la falta de sanciones, concluyo que las razones expuestas por las testigos B. y S. son apreciaciones personales que no han quedado corroboradas en autos a través de otro medio idóneo. No existe prueba, que no sean sus opiniones, ni de la relación de confianza que vinculaba a la actora con la Directora General, ni de la enfermedad de la

hija de la actora.

Tampoco se ha aportado el libro de quejas que mencionan las testigos referidas.

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 de la actora.

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, "M. P. c. U. c. D. M. S. S. 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).

Ha señalado esta Cámara en otras oportunidades, que la apreciación de la prueba efectuada por los jueces de grado constituye una decisión tomada por el juzgador en el centro o núcleo mismo de sus facultades, por lo que constituye el ámbito de mayor discrecionalidad y legítimo arbitrio que le

concede el ordenamiento, no bastando impugnarlas sobre la base de una opinión distinta sino que debe ensayarse, a su respecto, un ataque frontal, fundado en argumentos hábiles y conducentes, que demuestren el desacierto manifiesto de la resolución (cfr. "T., D. V. c/ R. C., Á. s/ Cobro de Pesos", Exp. 09/2010 CAPM SDL 01/10, 32/10,

entre otras), lo que en autos no se verifica.

No hay razón suficiente para tener por plasmada la injuria, pues no ha demostrado la demandada, conforme a las reglas del *onus probandi*, que la injuria fuera de tal gravedad, que resultaba dirimente para la ruptura del vínculo: no se ha probado en autos que fuera la única cocinera del establecimiento; tampoco se ha acreditado cuál era el menú recomendado a los pacientes, sobre cuya desobediencia en el cumplimiento atribuyen las testigos G., S. y B. a la actora; menos se ha acreditado la existencia de quejas de los pacientes o sus parientes.

Tampoco he de soslayar la falta de proporción entre la sanción que se le aplicó -el despido- y las faltas que se le atribuyen, contrario ello al principio de proporcionalidad, en el marco de la conservación del contrato y teniendo particularmente en cuenta su antigüedad en la Institución de diez años.

Considero que la decisión de rescindir el vínculo de trabajo por una falta de esa naturaleza, atendiendo los antecedentes del trabajador, resulta reñida con el principio de proporcionalidad de entidad de la injuria determinante al momento de calificarla como impeditiva de la prosecución del vínculo existente. Máxime, cuando el empleador se encuentra legalmente facultado para disponer de medidas disciplinarias previas al despido, previéndose asimismo un régimen sancionatorio de índole eminentemente conminatorio en aras de efectuar la corrección de la conducta que se reputa

indisciplinada, salvaguardando el principio de continuidad del vínculo de trabajo establecido en el art. 10 de la L.C.T (cfr. esta Cámara, "C.", SDL 43/12;

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala IX, “Tadeo, Leonardo Emmanuel c. Adidas Argentina S.A.”, 18/10/2010, AR/JUR/71598/2010).

Se podrá señalar que la decisión adoptada pueda responder a políticas empresariales y tendrá así la empleadora todo el derecho de despedir a su dependiente, pero deberá hacerse cargo de las derivaciones de ese hecho.

Corresponde, por las razones expuestas, desestimar el agravio.

2.3.

Se agravia la demandada por el modo en que se impusieron las costas en la Instancia anterior. Considera que la sentencia anterior no acogió los reclamos del actor en orden a una fecha de ingreso distinta a la registrada, que cumplió la actora una función diferente a la que constaba en sus recibos de haberes, que su dedicación era “full time”, que percibía ingresos superiores a los que figuraban en los recibos de haberes, recibiendo pagos “en negro”, conllevando todo ello a un reclamo superior y la aplicación de la multa del art. 1, ley 25.323.

Se ha sostenido que la sentencia que determinó que las costas se impondrían al empleador demandado debe ser revocada, ya que, existiendo un vencimiento parcial y mutuo, las costas deben imponerse en proporción al éxito obtenido por cada parte (cfr. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, “Centurión, Miguel del Santo c. Arce, Zulema s/ cobro de créditos laborales “, 04/12/2013, LLBA 2014 (mayo) , 407, DT 2014 (junio) , 1563, Sup. Doctrina Judicial Procesal 2014 (junio) , 38, DJ 25/06/2014 , 43, AR/JUR/82230/2012).

En el caso de autos, el decisorio reconoció el derecho de la trabajadora a ser indemnizada por haber sido despedida sin justa causa, reconociendo la

categoría de “cocinera” invocada por la demandada, pero sin haber podido verificarse una deficiente registración, por no haber podido acreditar diferente fecha de ingreso ni diferente categoría laboral, ni diferencias en el salario. Su reclamo prosperó por menos de la mitad de lo solicitado en la demanda.

Por ello, si bien resultó ser la demandada fundamentalmente vencida, habiendo formulado tales reconocimientos la actora, conforme se expresa en el decisorio (extremo que llegó firme a esta Alzada), su intento frustrado de reclamar por más del doble de lo que efectivamente se reconoció, me lleva a considerar que las costas de la Instancia anterior deben ser impuestas en un 80% a la accionada y en un 20% a la actora (art. 72, del CPCC), modificando en ese aspecto el decisorio anterior.

5.

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 de los Dres. F. A. y M. A., en su conjunto, en el 30% de lo que les correspondiere en la Instancia anterior, y los de la Dra. M. M. P. en el 28%, de lo que les correspondiera 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 **PARCIALMENTE** por la **AFIRMATIVA**

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. **CONFIRMAR PARCIALMENTE** la sentencia de fs. 264/272, **MODIFICANDOLA** exclusivamente en materia de costas las que se imponen a la actora en 20% y a la demandada en el 80% (art. 72 del CPCC) y **CONFIRMANDOLA** en todo lo demás que decide y ha sido materia de agravios.
2. **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 30 % y a la Ab. M. M. P. en el 28% 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).
3. **DE FORMA**

A LA SEGUNDA CUESTION: El Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas dijo:

Que en orden a lo expuesto precedentemente, corresponde que el pronunciamiento a dictarse sea el propuesto por mi colega de Cámara.

Así lo voto.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos jueces por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17) pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de abril de 2016.

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 PARCIALMENTE** la sentencia de fs. 264/272, **MODIFICANDOLA** exclusivamente en materia de costas las que se imponen a la actora en 20% y a la demandada en el 80% (art. 72 del CPCC) y **CONFIRMANDOLA** en todo lo demás que decide y ha sido materia de agravios.
2. **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 30 % y a la Ab. M. M. P. en el 28% 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).
3. **REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.**

REGISTRADA BAJO EL N° /16 SDL. CONSTE.