

NEUQUEN, 1 de noviembre de 2023.

Y VISTOS:

En Acuerdo estos autos caratulados: "**URETA DANIEL FERNANDO C/ CLINICA PASTEUR S.A. S/DESPIDO Y COBRO DE HABERES**", (JNQLA1 EXP N° 528605/2020), venidos a esta **Sala II** integrada por los vocales Patricia **CLERICI** y José **NOACCO**, con la presencia de la secretaria actuante Valeria **JEZIOR** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **la jueza Patricia CLERICI dijo:**

I.- La parte actora planteó recurso de apelación contra la sentencia de hojas 116/122vta., dictada el día 6 de junio de 2023, que rechaza la demanda, con costas al vencido.

a) En su memorial de hojas 124/131vta. - presentación web n° 444411, con cargo de fecha 9 de junio de 2023- la recurrente se agravia por el rechazo de la acción, denunciando una errónea valoración de la prueba rendida, y de interpretación de los principios generales del derecho del trabajo, concretamente el plasmado en el art. 9 de la LCT.

Transcribe parte de los Considerandos del resolutorio de primera instancia y afirma que las tareas que realizaba el actor para ambas instituciones -Clínica Pasteur y empresa Colombo- son distintas en lo que refiere al esfuerzo físico, en tanto que para la clínica demandada debía "permanecer parado y en movimiento gran parte de su jornada porque iba y venía continuamente en todos lados", debiendo, además, ayudar no sólo con la higiene de los pacientes, sino también con el área intermedia; mientras que, para la empresa Colombo, realizaba tareas de cuidado de una niña de dos años de edad que se encontraba internada en su hogar, en una habitación, a quién debía monitorear.

Entiende que mediante una sencilla comparación se puede dimensionar la diferencia que existe entre ambas tareas, en lo que refiere a la energía a desplegar.

Llama la atención sobre el valor que el juez de grado otorga a la declaración de la señora Zapata -jefa de Recursos Humanos- por sobre la del resto de los testigos, sin explicar por qué lo hace.

Vuelve sobre la manda del art. 9 de la LCT y cita jurisprudencia de esta Sala II, en anterior composición.

Concluye en que las circunstancias que el juez a quo considera no probadas se encuentran acreditadas, siendo su falta de convicción consecuencia de la omisión de aplicar los postulados de la materia laboral.

Se queja por qué considera que el juez de primera instancia ha omitido sopesar los testimonios en que sustenta su decisión, fundamentalmente porque ellos pertenecen a personas que se encuentran trabajando para la demandada.

Recuerda que las mayores dificultades de la prueba testimonial están del lado del trabajador.

Transcribe parte del acta de reanudación del juicio, de fecha 23 de marzo de 2023, para sostener que ello demuestra, otra vez, que el juez de grado ha actuado en contradicción con los postulados de la materia, ya que ha dejado de lado su obligación de búsqueda de la verdad material.

Hace reserva del caso federal.

b) La parte demandada contesta el traslado del memorial en hojas 135/136 -presentación web n° 465932, con cargo de fecha 26 de julio de 2023-.

Peticiona se declare la deserción del recurso, por no constituir una crítica razonada y concreta del fallo apelado.

Subsidiariamente rebate los agravios formulados.

Dice que el memorial reitera los argumentos de la demanda, considerando que existe una diferencia sustancial entre las tareas dadas en Clínica Pasteur y las realizadas para

Colombo Servicios Médicos S.R.L., que le permiten no trabajar para la demandada pero en forma contemporánea con su licencia paga, cumplir con la jornada laboral para su otro empleador.

Aclara que en sus funciones de supervisor, el actor debía asesorar a los enfermeros, organizar la distribución de los turnos, evaluar al personal, detectar la necesidad de material, resolver ausentismo del personal de enfermería y planificar acciones de atención a los pacientes.

Niega que las tareas del actor para la demandada le demanden un esfuerzo físico superior al realizado en el otro trabajo, y agrega que lo que puede haber realizado a título de colaboración, podía dejar de hacerlo de encontrarse físicamente impedido.

Incluso, destaca la demandada, de la información brindada por la empresa Colombo surge que el demandante debía realizar mayores esfuerzos físicos en ese trabajo, en atención que tenía a cargo la curación de ostomas, cambio de cánulas, suministro de medicación y alimentación, y en el caso de tener una urgencia y/o emergencia, debía realizar las maniobras de reanimación y/o movilización y traslado de la paciente.

Concluye en que gozar de licencia paga por enfermedad inculpable, invocando reposo laboral, y simultáneamente prestar similares funciones para su otra empleadora, constituye un incumplimiento que amerita una pérdida de confianza, que justifica la extinción de la relación laboral.

II.- Si bien el memorial de la parte actora presenta déficits de fundamentación, con un criterio facilitador de la vía recursiva, entiendo que reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC.

III.- Ingresando, entonces, en el tratamiento del recurso de apelación de autos, el actor cuestiona la sentencia

de grado en lo referente al despido, habiendo consentido el rechazo de la pretensión por diferencias salariales.

En lo que refiere al despido, éste fue justificado por la empleadora en la pérdida de confianza generada por el hecho que, mientras el trabajador no se presentaba a trabajar en la clínica demandada, alegando razones de salud, en el mismo período cumplía con las tareas correspondientes a otro empleo, por lo que se encontraba apto para trabajar.

El actor ha reconocido los hechos: haber prestado tareas para la empresa Colombo Servicios Médicos S.R.L. durante su licencia por enfermedad inculpable (lumbalgia) respecto de la prestación de servicios para la demandada.

También son contestes las partes en que el demandante cumplía para la demandada tareas de supervisor de enfermería en el sector de terapia intensiva.

El motivo dado por el trabajador para defender este doble estándar de desempeño fue que el trabajo que realizaba para Colombo Servicios Médicos no le exigía esfuerzos físicos, dado que solamente se ocupaba de las internaciones domiciliarias, por lo que su función se circunscribía a chequear los signos vitales de los pacientes y controlar la medicación. Por el contrario, sostuvo el demandante, el trabajo en la Clínica Pasteur importaban esfuerzos físicos tales como mover a los pacientes, limpiarlos y estar la mayor parte del tiempo parado y en movimiento, de una cama a otra.

La crítica de la recurrente se centra en la valoración del material probatorio.

Dada la insistencia de la apelante respecto de la aplicación del art. 9 de la LCT, esta Sala II ha sostenido: *"Mario E. Ackerman, con cita de Arazi y Rojas, recuerda que la carga de la prueba se vincula con la idea de que a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de*



presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella, cualquiera que sea su posición procesal. Y agrega: "la razón de ser de la carga de la prueba es evitar que por causa de hechos dudosos el juez se abstenga de juzgar la cuestión de derecho que rige la causa. Es por eso que frente a los hechos inciertos, dudosos o simplemente no probados por las partes resultan necesarias ciertas reglas que permitan al sentenciante llegar a una certeza oficial. A tal fin el juez debe responsabilizar a la parte que, según su posición en el caso, debió justificar sus afirmaciones pero, sin embargo, no logró formar la convicción acerca de los hechos invocados, como fundamento de su pretensión.

"En este terreno, la duda que pueda surgir de la apreciación de la prueba es consecuencia de que la parte interesada en su producción no fue eficaz, y no logró provocar en el juez la convicción de que los hechos en los que se fundó la pretensión de aquella, realmente existieron o se produjeron según ella afirmó.

"Se configura así una de las acepciones jurídicas del sustantivo duda, que consiste en la incertidumbre en que se halla sobre la verdad de un hecho.

"Y si tal duda existe es, precisamente, porque no hay prueba suficiente, lo que debe llevar al juez a rechazar la pretensión de quién tenía la carga probatoria y, simétricamente, a resolver el pleito a favor de la parte que no tenía la obligación de probar.

"No es ésta, así, una situación homologable a la que plantea la duda en la interpretación del derecho...en la interpretación de las normas laborales, la regla in dubio pro operario no está destinada a compensar la carencia, imposibilidad o insuficiencia de una acción del trabajador, sino a operar como remedio de último recurso para que el juez pueda pronunciarse y administrar justicia" (cfr. aut. cit., "El



llamado principio protectorio y la valoración de la prueba en los pleitos laborales" en Revista de Derecho Laboral, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2007-1, pág. 253/254).

Esta Sala II, en anterior composición, se ha manifestado respecto de la operatoria del art. 9 de la LCT, con relación a los hechos. Así, se ha dicho que: "...de acuerdo con la nueva redacción del art. 9 de la LCT (conforme Ley 26.248), en caso de duda en la apreciación de la prueba, los jueces se decidirán en el sentido más favorable al trabajador. "El in dubio pro operario puede tener una virtualidad importante en cuanto a los hechos, en el sentido de aceptar aquellos dudosos, no plenamente o insuficientemente probados, en orden a que resulten más favorables para el trabajador que para sus contradictores...La duda por la cual debe favorecerse al trabajador no es la que surge de la ausencia total de pruebas, al menos debe existir una prueba (de cualquiera de las partes) que lleva a presumir que las cosas ocurrieron de acuerdo con los dichos del trabajador...la desigualdad que existe entre el trabajador y el empleador existe antes, durante y después de la relación laboral, siendo en este último momento una de las causas por las cuales el trabajador verá como muy dificultoso producir prueba evidente e irrefutable de que sus dichos son ciertos, logrando en la mayoría de los casos acercar al juez sólo una duda razonable de que sus dichos son ciertos. Por este motivo, si esta duda no es evacuada por la prueba de su empleador, al momento de inclinar su voto y evaluar cuál fue la realidad de los hechos, el juez debe inclinarse a tener por ciertos los dichos del trabajador en cuanto guarden relación con hechos posibles y reales...No se trata necesariamente de que el tribunal supla deficiencias probatorias, aunque ello puede ocurrir, sino de valorar la prueba adecuada a las circunstancias, y en aquellos casos de verdadera duda volcar el resultado de la apreciación a favor del trabajador" (Serrano Alou, Sebastián, "El principio in dubio pro operario y la



apreciación de la prueba”, Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social, Ed. Abeledo-Perrot, T. 2009-A, pág. 980) – autos “Retamosa c/ Comunicaciones y Medios S.A.”, expte. n° 373.478/2008, sentencia del 1/2/2011; autos “Paniagua c/ Caterino”, expte. n° 379.223/2008, sentencia del 5/2/2013, entre otros-.

“Lo dicho pone de manifiesto que el trabajador, no obstante su condición procesal de parte más débil, no se encuentra eximido de probar los hechos en que funda su pretensión, y que la regla del art. 9 de la LCT no puede servir para cubrir la omisión probatoria del trabajador. Ello sin perjuicio de la aplicación de las presunciones legales, y de la valoración del material probatorio a la luz de las dificultades probatorias que pueda tener el trabajador” (cfr. autos “Mañueco c/ Perfomance S.A.”, expte. jnqla3 n° 500.509/2013, 25/7/2019; “Sucesores de Mansilla Rodríguez Miguel c/ Transportes Rincón S.R.L. y otro”, Expte. JNQLA2 n° 447.629/2011, 17/11/2021).

Ahora bien, en autos no hay duda sobre los hechos, éstos fueron reconocidos por ambas partes. La controversia, en realidad, se plantea respecto de la valoración de la injuria.

Juan Carlos Fernández Madrid señala que la enfermedad -para que justifique la inasistencia- debe ser impeditiva de la labor. De allí que la comprobación de que el trabajador con parte de enfermo se encuentra cumpliendo tareas para un tercero, justifique su despido, porque tal actitud implica un aprovechamiento de la situación (cfr. aut. cit., “Tratado Práctico de Derecho del Trabajo”, Ed. La Ley, 2007, T. II, pág. 1.912).

Por su parte, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala I, sostuvo que resultaba ajustado a derecho el despido dispuesto por el empleador, pues, mientras que el trabajador alegaba hallarse en uso de licencia por enfermedad y pretendía el pago de salarios por ese concepto, se hallaba



ejerciendo una actividad comercial propia en forma simultánea, y por ende, en tiempo superpuesto con su jornada laboral, lo cual resulta incompatible con el estado de salud esgrimido ante su empleador y evidencia que incurrió en una conducta reñida con los deberes de buena fe y lealtad esenciales e inherentes al contrato de trabajo (autos "Benítez Paweleski c/ Ferretería El Trébol S.H.", 31/8/2010, LL AR/JUR/51021/2010).

En igual sentido ha fallado la Cámara del Trabajo de Córdoba, Sala 10°, señalando que resulta ajustado a derecho el despido de un trabajador que prestó tareas como médico de ambulancia, decidido por el empleador al haber constatado que prestaba servicios para otra empresa mientras gozaba de una licencia psiquiátrica, pues se trata de una conducta reñida con los principios de buena fe que deben regir el contrato de trabajo, y trae aparejada una situación de grave injuria a los intereses del principal que tornan inviable la prosecución de la relación (autos "Gutiérrez c/ Ecco S.A.", 7/9/2009, TR LL AR/JUR/34768/2009).

En autos, más allá del esfuerzo físico que desarrollara el trabajador en uno y otro empleo -circunstancia que entiendo irrelevante para la resolución de la apelación-, existe una abierta violación al principio de buena fe establecido en el art. 63 de la LCT por parte del actor, en tanto para un empleador -la clínica demandada- alegaba no poder cumplir con su débito laboral en razón de encontrarse enfermo -percibiendo sus salarios en uso de licencia por enfermedad inculpable-, mientras que para el otro empleador sí prestaba servicios.

Si se está enfermo, y el médico tratante indica reposo laboral, esta imposibilidad de desarrollar las tareas laborales rige para todos los ámbitos, sin importar de qué empleador se trata, o del tipo de actividad que se cumple.

En todo caso, y dado la causal de justificación que esgrime el trabajador basada en la diferencia de esfuerzos físicos, se debió indicar adecuación de tareas en el empleo que correspondiere, y no escudarse en el reposo laboral para no cumplir con la prestación de servicios en un puesto de trabajo, y hacerlo sin inconvenientes en el otro.

Conforme lo dicho es que ha de confirmarse la sentencia de grado en lo que ha sido motivo de agravio.

IV.- No puedo pasar por alto cierta terminología utilizada por la parte recurrente en su memorial, que importa la descalificación personal del juez de grado.

Debo recordar que el art. 19 de las normas de ética profesional señala que en la crítica del fallo debe mantenerse el máximo respeto, absteniéndose de toda expresión violenta o agraviante, *"...la severidad en el trato que puedan imponer las exigencias de la defensa, no autoriza ninguna vejación inútil o violencia impropia"*.

Adviértase que la crítica formulada por la parte actora no necesitaba de alusiones al modo en el que el magistrado realiza su trabajo, ni a concepciones vulgares respecto de la función judicial, conceptos todos que no se comparten.

Por lo que se solicita a los letrados de la parte actora que, en lo sucesivo, circunscriban sus críticas a los fundamentos técnico-jurídicos de la sentencia que se apela.

V.- Por lo hasta aquí dicho, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación planteado por la parte actora, y confirmar el resolutorio recurrido.

Las costas por la actuación en la presente instancia son a cargo de la recurrente perdedora (art. 68, CPCyC).

Regulo los honorarios profesionales por la labor ante la Alzada de los letrados Augusto Barona González, María Fernanda Auzmendi y María Beatriz Peláez en el 30% de la suma que se liquide a cada uno de ellos por igual concepto, y por su actuación en la instancia de grado (art. 15, ley 1594).

El juez José NOACCO dijo:

Adhiero al voto que antecede, expidiéndome en igual sentido.

Por ello, esta **Sala II**

RESUELVE:

I.- **Confirmar** la sentencia dictada el día 6 de junio de 2023 (hojas 116/122vta.).

II.- Imponer las costas de segunda instancia a cargo de la parte actora vencida (art. 68 del CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales en el modo indicado en los Considerandos.

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

PATRICIA CLERICI
Jueza

JOSÉ NOACCO
Juez

VALERIA JEZIOR
Secretaria