------En la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, República Argentina, a los días del mes de junio del año dos mil doce, se reúne en Acuerdo la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, bajo la presidencia del Dr. Claudio Alejandro Petris y la asistencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Günther Enrique Flass y del Sr. Juez de Cámara Subrogante Dr. Omar Higinio Magallanes, a fin de dictar sentencia definitiva en los presentes autos caratulados: ***"R., R. M. c/ F. S.R.L. s/ Sumario"*** (Expte. N° 213/11 CANO), venidos en apelación a esta Alzada.----------

------Practicado a fs. 821 el sorteo establecido por el art. 271 de la Ley XIII N° 5 del DJP, correspondió el siguiente orden para la votación: Dres. PETRIS – FLASS – MAGALLANES.----------

------Acto seguido se procedió a plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 723/736vta.? y **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

**------A la PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. PETRIS dijo:----------**

------Llegan estos autos a conocimiento del Tribunal con motivo de las apelaciones de las partes deducidas contra la sentencia definitiva dictada a fs.723/736.----------

------La sentencia hizo lugar parcialmente a la demanda laboral entablada por el actor R. M. R. y condenó a la demandada F. SRL a abonar al primero la suma de $15.765,33, intereses y costas. Reguló estipendios profesionales.----------

------La demandada apeló a fs. 741, el actor a fs. 742, los recursos fueron concedidos a fs. 747 y a fs. 749 se hizo lugar a la revocatoria intentada por el actor modificándose la forma de concesión por libremente.----------

------El actor expresó agravios mediante la pieza que luce a fs. 781/795 y dividió los mismos en siete, siendo el primero de ellos el rechazo de

las diferencias salariales derivadas del adicional por productividad contenido en la sentencia objeto de apelación, que el juez “a quo” no meritúo el testimonio de los compañeros del actor que al momento de las deposiciones continuaban siendo empleados de la demandada (R., M. y H.), que no contrastó sus declaraciones con los dichos de W. que dijo haber visto al actor hacer varias veces tareas como atención al público, repositor, etc., que la conclusión del sentenciante según la cual el actor siempre se desempeñó como vendedor tampoco se corresponde con lo afirmado por el representante legal de la demandada al absolver posiciones y reconocer que el actor y de acuerdo al certificado que indicaba tareas livianas cambió de funciones al actor realizando tareas administrativas, que el magistrado ni siquiera ha tenido en cuenta las normas protectorias que impiden la disminución del sueldo en casos de enfermedad habiendo quedado demostrado que a partir del 5 de enero del año 2005 y hasta el despido ocurrido el 31 de agosto de ese año el estado de salud de R. le impidió prestar servicios en forma normal por lo que durante ese período se le impedía a la patronal la reducción del salario, incluso de aquellos rubros variables y que no fue tenido en cuenta por el sentenciante, que surge de todo el plexo probatorio que el actor tuvo un accidente por el hecho del trabajo, así lo dictaminó las Comisiones Médicas, que quien liquidaba los haberes durante el tiempo de enfermedad era la propia patronal y no tuvo en cuenta los montos variables tal el adicional por productividad, que al contestar la demanda la empleadora alegó una enfermedad preexistente que no demostró y que aún así el rubro debía proceder de conformidad al art. 208 LCT, que R. percibió ese adicional en septiembre del año 2004, octubre y noviembre de ese año, de allí que se reclamó la suma de $672,92 mensuales desde diciembre del año 2004 hasta el distracto por ser éste el promedio de las sumas liquidadas al actor por tal concepto en el período referido.----------

------El segundo de los agravios está dado por el rechazo de las diferencias reclamadas en la liquidación final por SAC proporcional 2 semestre 2005, proporcional de vacaciones, sac sobre las mismas, preaviso y sac sobre preaviso, siendo este agravio consecuencia directa del anterior y al haber rechazado el adicional por productividad el juez "a quo" consideró correcta la base de cálculo de $1.230 debiendo recalcularse estos rubros con la incidencia de aquél ítem materia de agravio.----------

------El tercer agravio está dado por el monto determinado por el sentenciante en concepto de indemnización del art. 80 LCT, que la base de cálculo correcta, conforme constancias de autos, es $2.093,03 que fue la remuneración mensual, normal y habitual percibida durante el último año y no $1.230 que indicó la pericia contable que se contrasta con el resto de la prueba agregada al expediente, que el perito se equivocó al calcular esa suma, pues no consideró los meses de septiembre , octubre y noviembre donde se liquidaron el adicional por productividad, que dicho adicional tenía el carácter de remunerativo conforme lo estableciera el mismo magistrado a fs. 727 punto b), que tal adicional era un rubro que se liquidaba a los empleados en forma normal, mensual y habitual y que por lo tanto debe integrar la base de cálculo de la indemnización del art. 80 LCT, siendo el monto de la misma la suma de $6.279,09.----------

------El cuarto agravio lo constituye la omisión de expedirse el juez "a quo" en la sentencia sobre la entrega del certificado de trabajo y que fuera peticionado por la parte actora a fs. 6 bajo apercibimiento de astreintes fallando de esta manera citra petita, solicitando se lo condene a la patronal a la entrega del certificado de trabajo bajo apercibimiento de astreintes.----------

------El quinto agravio está dado por el rechazo de las reparaciones extrasistémicas derivadas del infortunio laboral tales como daño

emergente, gastos futuros, menoscabo a la integridad física y pérdida de la chance, deteniéndose en los fundamentos dados por el juzgador de origen para rechazarlos sostiene que el dictamen de la Comisión Médica Central no puede ser obstáculo para la presente acción al no ser vinculante para el juez, que también se equivoca cuando dice que en la demanda no se cuestionó el dictamen de la comisión sino que además se planteó la inconstitucionalidad de los arts. 8, 21, 46 y 49 de la LRT, que el juez soslayó por completo que el actor solicitó a la comisión que practicara estudios de limitación funcional de columna y de los miembros inferiores y no fue atendido, que ese informe quedó desvirtuado con la pericia médica practicada en autos donde se determinó una incapacidad parcial y permanente del 35% en estrecha relación con el accidente acontecido durante su desempeño laboral, que también se equivoca el "a quo" al reprochar que no se demandó a la ART dado que el reclamo de la demanda judicial se fundó en las disposiciones del Código Civil y la ART ninguna responsabilidad tiene en los términos de las referidas mandas legales por lo que la acción sólo debe dirigirse contra la empleadora, que dicha ART carece de responsabilidad extrasistémica y por no ser responsable del despido discriminatorio, abusivo, contrario a la moral y a las buenas costumbres que dejara al trabajador enfermo sin ingresos y sin cobertura social cuando más protección necesitaba, que el magistrado omitió considerar que era al demandado a quien le correspondía demostrar la supuesta patología preexistente y no lo hizo, que ninguna prueba existe en el expediente que acreditara esa circunstancia, que R. ingresara a trabajar con algún dolor a la altura de la cintura, nunca se practicó el examen preocupacional como así tampoco los exámenes periódicos, si se hizo al momento del distracto, que nada de eso fue tenido en cuenta por el sentenciante, ni el formulario de denuncia que la empleadora remitiera a la ART informando el accidente ocurrido

mientras cargaba mercadería a un cliente, que dicho formulario concuerda también con lo afirmado por la testigo M., que la pericia médica que no ha merecido impugnación de las partes concluyó con la determinación de una incapacidad parcial y permanente del 35% imputable al hecho acontecido, que quedó debidamente acreditado y además es de público conocimiento que en el lugar de trabajo del demandado (F.) se comercializan materiales y maquinarias de la construcción, que no puede haber dudas que los empleados manipulaban habitualmente objetos de peso y esto implicaba esfuerzo físico incluso para los vendedores que entregaban las mercaderías a los clientes tanto en el salón como en el depósito o planta alta, que resulta un exceso achacar a la actora no haber probado las características de la caja de cerámicos o de las mercaderías que comercializa la demandada en el local que prestaba servicios el actor en tanto es de público y notorio conocimiento que los materiales de construcción, entre éstos las cajas de cerámico, son mercadería de considerable peso, también se equivoca el juzgador cuando sostiene que era al actor a quien le correspondía demostrar el carácter riesgoso de la cosa pues no hay cosas riesgosas en sí mismas y puede ser atribuido el daño provocado por el desplazamiento o por levantar cosas inertes al riesgo de la cosa, que quedó demostrada la relación de causalidad con la pericia médica y documental adjuntada a la demanda, que también resulta equivocada la postura de la sentencia al sostener que no se acreditó ninguna conducta culpable o negligente imputable a la empleadora que genere responsabilidad civil al omitir considerar que el perito médico señaló que no se practicó examen preocupacional y que el mismo es de importancia vital para detectar si el sujeto es sano o posee antecedentes de patología y de ese modo se disminuye el grado de siniestralidad y se actúa preventivamente, que en cuanto al cambio de funciones el representante legal de la demandada dijo que a R. lo cambiaron de

funciones de acuerdo al certificado que presentara de tareas livianas, que cumplió tareas administrativas pese a que ninguno de los empleados refiriera dichas tareas, que la omisión de practicar el examen preocupacional y los exámenes periódicos, el hecho de hacer caso omiso a los certificados médicos y el despido del trabajador enfermo o lesionado son conductas culpables y esta última dolosa pues el empleador no podrá desconocer el grave perjuicio que estaba ocasionando a R. encuadrado en las previsiones del art. 1072 del CC. Que así como el magistrado hizo lugar al daño moral por el despido en esas condiciones tendría que haber hecho lugar también al daño emergente, gastos futuros, menoscabo a la integridad física y pérdida de la chance, pues el despido al trabajador enfermo hizo que éste dejara de percibir las ganancias que normalmente percibía y que debiera hacerse cargo de los gastos de farmacia, tratamiento, etc. que hasta ese momento estaba afrontando la obra social, es que si el sentenciante consideró como una conducta abusiva y antijurídica el hecho de haber quedado sin trabajo mientras se encontraba convaleciente de una dolencia que además le generara una incapacidad laboral parcial, no se concibe cómo pudo sostener que no acreditó en autos ninguna conducta culpable o negligente imputable a la empleadora, que también es equivocado sostener que elegida la vía civil el accionante deje de disponer de las ventajas y tutelas especiales que la concede la ley especial pues el art. 14 bis de la CN asegura la protección integral sin distinguir si el reclamo se efectúa por la vía civil o no.----------

------El sexto agravio fue la declaración de abstención de los planteos de inconstitucionalidad, que para ello se valió el juez “a quo” de dos argumentos, la comprobación de la insuficiencia de las prestaciones de la ley especial para reparar adecuadamente el daño sufrido y los presupuestos de la responsabilidad civil no acreditados, que tal postura restrictiva podrá considerarse en aquellos casos en que solamente se

planteó la inconstitucionalidad invocando la insuficiencia de las prestaciones de la LRT pero no en el caso de autos donde se cuestionaron otros aspectos tales como los arts. 8, inc. 3°, y 21 ap. 1 incs. b y c, art. 46 ap. 1, 39.1, en definitiva todas las normas de la LRT que liberan de responsabilidad de los empleadores, limitan las prestaciones, regulan el procedimiento fijando trámites administrativos previos y facultades decisorias a las Comisiones Médicas que son propias de los jueces como así también las que fijan competencia federal.----------

------El séptimo y último agravio está dado por el escaso monto otorgado por daño moral en la suma de $10.000, cuando se reclamó $20.000 o lo que en más o en menos determine V.S., que el juez otorgó esta indemnización porque consideró antijurídica la conducta del empleador que despidiera al trabajador cuando éste se hallaba convaleciente y no contaba con alta médica definitiva, que dicha suma resulta baja en el caso de autos en relación a las circunstancias del caso, las dolencias presentadas, angustias, zozobras y demás padecimientos espirituales ocasionados a raíz de este despido injusto, discriminatorio y antijurídico, deteniéndose en el análisis de la prueba pericial médica y testimonial producida en la causa, solicitando se haga lugar al agravio y se eleve la condena al doble de la concedida para este ítem.----------

------A fs. 799/801 expresó agravios la demandada F. S.R.L. siendo el primero de los mismos el descuento contenido en la sentencia por la suma de $259,40 que el empleador habría realizado en el recibo del mes de diciembre del año 2004, que quedó acreditado el origen del mismo, que ello se debió a una venta real y se demostró con el resumen de deuda acompañado, la testimonial de N. A. R., y la pericial contable, por lo que debe revocarse el fallo en este tópico.-------

------El segundo y último agravio se refiere a la indemnización por daño moral a la que fuera condenada la demandada, partiendo el

sentenciante de una afirmación de que el despido fue una conducta antijurídica del empleador al estimar que el mismo tuvo en miras la dolencia que atravesaba el trabajador, que tal apreciación no resulta adecuada, que ello es así en tanto no existía razón médica alguna que indicara o contraviniera la posibilidad de que el empleador ejerciera de una manera regular y funcional su potestad de despedir, que se puede apreciar de un análisis de las constancias del juicio que el empleador ajustó su actuar a los deberes de diligencia vinculados con las dolencias del actor, respetó sus períodos de licencia, abonó las remuneraciones pertinentes, que al momento del despido se encontraba de alta médica por lo que el despido cursado no tuvo ni puede tener relación con la dolencia transcurrida, que el juez “a quo” a los fines de ponderar como antijurídico el despido se refirió a las constancias médicas de fs. 202/213 y 214/215 mas no resulta de las mismas registración de fecha 29/08/2005 que diera cuenta que el actor se encontrase sin alta médica como inversamente sí diese cuenta la historia clínica del médico tratante y con respecto a la pericia médica aludida por el sentenciante para atribuirle ilegitimidad al despido resulta inconducente a los fines de ponderar la conducta del empleador, pues debió valorarse a partir de las constancias médicas que contaba el empleador al día 29/08/2005 con el alta médica.----------

------Solicita se revoque la sentencia en este aspecto con costas.----------

------A fs. 805/814 contesta la expresión de agravios el demandado y a fs. 816/818 hace lo mismo el actor, llamándose autos para dictar sentencia a fs. 820, providencia firme y consentida, practicado el sorteo de ley a fs. 821, desinsaculado a votar en primer término, proceso a pronunciarme en este acto.----------

------Por una cuestión de lógica, resultado al que puede arribarse y método sentencial, voy a expedirme en primer término sobre los agravios de la parte demandada F. SRL.----------

------Dando respuesta al primero de ellos, sostuvo el sentenciante de origen en la sentencia puesta en crisis que respecto a la suma de $259,40 objeto de agravio y que fuera descontada entre otras por la patronal en el mes de diciembre del año 2004, era a la demandada a quien le correspondía proveer la autenticidad de los recibos y vales acompañados a los efectos de otorgarle validez a los descuentos cuestionados, que estando negada la recepción de los adelantos y la entrega de las mercaderías y no habiéndose acreditado la autenticidad de las firmas insertadas en los recibos, el reclamo del actor de las sumas retenidas debe prosperar (fs. 727 vta. pto. c).----------

------Pasando por alto tales argumentos insiste en la pieza de agravios la accionada con la testimonial de N. R. y la pericial contable que diera cuenta en los libros de la patronal de la emisión de los tickets que de ninguna manera se compadecen con la técnica recursiva. Es que lo que se requiere como crítica concreta y razonada del fallo es el desacierto del razonamiento sentencial contenido en la sentencia que se impugna. Debe referirse concretamente a los fundamentos que movieron al juzgador a decidir en la forma que lo hizo, precisando punto por punto los errores u omisiones. Las partes del fallo que no se impugnan arriban firmes a la Alzada.----------

------A lo que se agrega que tampoco demostró la patronal para justificar el descuento que hoy recurre que haya dado cumplimiento a las previsiones del art. 134 LCT que exige el cumplimiento de determinados recaudos para poder proceder al reintegro del precio de compra de mercaderías adquiridas al empleador, tales como que el precio no sea superior al corriente en plaza; que se haya acordado una bonificación razonable; que la venta no sea ficticia; y que no haya mediado exigencia por parte del empleador para la adquisición de tales mercaderías. El agravio debe ser entonces rechazado, así lo propongo al Pleno y lo voto.----------

------El segundo de los agravios ha de seguir idéntica suerte que el anterior a mi criterio.----------

------El juez “a quo” condenó a la parte demandada a pagar la suma de $10.000 en concepto de daño moral, argumentando que el despido resultó abusivo pues, si bien contaba el empleador de acuerdo a la legislación vigente con el derecho a poder prescindir de los servicios del actor, ejerció ese derecho de modo abusivo y de manera prematura, antes que el trabajador tuviese el alta médica definitiva, que ese derecho debió ejercerse de modo regular y no abusivo, no contrariando los fines que tuvo la ley en miras al reconocerlo (art. 1071 del Código Civil). También argumentó el sentenciante que esa conducta antijurídica lo hace responsable de los daños causados al actor, en especial el daño moral (art. 1078 CC), que la patronal no debe ni puede ejercer el derecho del despido cuando el empleado se haya convaleciente de una dolencia y cuando aún no obtuvo el alta médica definitiva con relación a la misma (fs. 735).----------

------El recurrente sostuvo que de ninguna manera el despido fue excesivo o disfuncional en virtud que a la fecha en que se produjo no existía ninguna contraindicación para el empleador que tornara descalificativa o abusiva la decisión de despedir, que el médico tratante del actor le dio el alta médica el 29/08/2005 por lo que el despido cursado no tuvo ni pudo tener relación con la dolencia transcurrida y que el art. 245 LCT cubre los daños normales y ordinarios siguientes al despido pero no los extraordinarios, y que en definitiva no puede atribuirse al despido ninguna connotación antijurídica en virtud de que se efectivizó con posterioridad al alta médica (fs. 800 vta pto. VIII).

------Fuera de discusión se encuentra por no ser hechos controvertidos que R. ingresó a trabajar a las órdenes de la demandada el 14 de junio del año 2004, que en enero del año siguiente ocurrió el evento que así se ventila y que a partir de ese acontecimiento al actor se lo debió

operar por un diagnóstico lumbalgia post esfuerzo, que el 5 de abril se reincorporó con indicación médica de tareas livianas o no pesadas, que al mes debió viajar a Buenos Aires para control médico, que el 30 de mayo se reintegró a su trabajo por un mes debido a que debió nuevamente viajar a Buenos aires, que el 12 de agosto vuelve a reintegrarse y es despedido el 30 de agosto de 2005.----------

------Detallo esto que surge de los escritos constitutivos para tener en cuenta que en cuanto tuvo a su alcance un alta médica, provisoria o no, procedió directamente la patronal a despedir a R. amparado en la manda del art. 245 LCT.----------

------Se entiende por daño moral toda alteración abusiva del bienestar psicofísico de una persona por una acción atribuible a otra, importa una lesión a afecciones legítimas como la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, los afectos familiares, etc (conf.: Grisolía *"Derecho del Trabajo..."*, Lexis N° 5609/007701), y su reparación constituye un derecho constitucional derivado del derecho de intimidad, comprensivo de la integridad física como psíquica y la integridad moral de las personas (conf.: CSJN, Fallos: 306:1892; 308:1392; 310:525).----------

------Para que proceda la indemnización debe existir un acto ilícito y no requiere el daño moral prueba en particular, dado que su existencia se presume por la sola configuración de la conducta antijurídica, es decir in re ipsa, que surge inmediatamente de los hechos mismos.----------

------Luego de los sucesos descriptos de incorporaciones y licencias médicas, la patronal en ese entonces y apoyada en el alta médica del facultativo tratante de fecha 29 de agosto del año 2005 –ver fs. 222 vta. "in fine"–, despide sin causa al actor el 30/08/2005.----------

------Esto lleva al sentenciante a extremar los recaudos ante la evaluación de un despido sin causa como en la especie, es decir cuando no se alegare siguiera una motivación insuficiente o meramente

discrecional, cuando se afectara a un sujeto particularmente protegido, ni pudieran existir indicios basados en la relación temporal de los acontecimientos o en cualquier otra circunstancia que pudiera constatarse objetivamente, que lleven a vincular alguno de los aspectos contemplados en la legislación prevencionista de la discriminación con el despido dispuesto (conf.: García Vior, Andrea, *"Discriminación por motivos sindicales. Prueba. Estabilidad impropia y nulidad del despido"*, Lexis N° 0003/400478).----------

------Es que constituye una práctica común de los empleadores despedir a los trabajadores que se reintegran al trabajo con un alta médica luego de diversos reintegros, sea provisoria o con reservas debido a una disminución de sus capacidades. Esto constituye una práctica discriminatoria y abusiva.----------

------Nótese que fue despedido R. al día siguiente del alta médica, sin causa, lo que lo dejó en un desamparo total, cuando justamente venía con diversas dolencias, tratamientos, reintegros, viajes, con las consecuencias que ello se derivarían, forzosamente ante esta realidad. Fue contemporánea la comunicación del alta y el despido teniendo el actor a su favor la presunción de que el despido obedeció a una actitud discriminatoria y ello justifica la indemnización del daño moral condenado en la sentencia por ser una consecuencia extracontractual derivada del despido discriminatorio y arbitrario, una especie de condena al desempleo.----------

------Adviértase que ningún motivo posterior es decir en el juicio alegó la patronal para justiciar tal proceder al día siguiente del alta médica, solo amparándose en el art. 245 de la LCT.----------

------Cuando en ocasión de la ruptura del contrato de trabajo o fuera de ella, el empleador incurre en conductas que causan perjuicio al trabajador desde el punto de vista extracontractual, tal responsabilidad no puede verse condenada mediante el simple pago de la

indemnización tarifada del art. 245 LCT. El daño moral es una pretensión autónoma e independiente del despido, tiene su causa frente a un ilícito ajeno al contrato de trabajo que le ha servido de contexto, y que desborda los límites tarifarios y que debe ser resuelta como en el caso aduciendo a principios generales del derecho de daños. Dicha conducta está comprendida genéricamente en los arts. 1072, 1078 y 1109 del CC y conforme lo llevo dicho aún con total prescindencia del contrato de trabajo, compromete a su autor y sin perjuicio del pago de la indemnización del art. 245 LCT que corresponde al ámbito de los incumplimientos contractuales (conf.: C.N.Civ., Sala "G", "Goizueta, Héctor M. c/ Banco Itaú Buen Ayre S.A."; CNTrab., Sala VII, 27/03/2006, "Pancar Flores c/ Compañía de Comunicaciones Capital S.A. y Otros").----------

------Ante un acto de esta naturaleza que fue discriminatorio corresponde acoger el reclamo por daño moral toda vez que de conformidad a las previsiones de los arts. 14 bis y 16 CN, 81 LCT, 1º de la Ley 23.592, 1044 y 1056 y concs. del CC, produce los efectos de los actos ilícitos y debe ser sancionado con la reparación.----------

------El agravio debe ser desestimado. Así lo voto.----------

------Pasando ahora sí a dar respuesta a las quejas del actor, el primero de los agravios no tendrá acogida favorable. Es que disconforme el quejoso con la sentencia que no hizo lugar a las diferencias salariales pedidas en la demanda derivadas del adicional por productividad, que percibiera el actor durante algunos meses y otros no, argumentó el Juez *"a quo"* para rechazar el ítem que de la pericia contable llevada a cabo no se le han liquidado al actor el adicional por productividad por no haber alcanzado durante el resto de la relación laboral a partir de diciembre de 2004 por no haber llegado el accionante al monto mínimo de ventas mensuales para tener derecho a ese rubro, así como que de los diversos testimonios rendidos en la causa solo se liquidaba el

adicional cuando se superaba el piso mínimo de ventas (fs. 727 pto. b y vuelta).----------

------Ahora el actor apelante cambia el sustrato fáctico de la pretensión contenido en la demanda cuando solo se limitó a fs. 9 pto. 1 IV en pedir las diferencias de productividad desde diciembre 2004 a agosto 2005 por la suma de $672 mensuales promedio, y así juzgó el sentenciante de origen, más en la Alzada modifica el actor y dice que no puede modificarse el salario del trabajador durante los meses que duró su enfermedad en tanto las normas protectorias lo impiden y deja de lado el volumen de las ventas que le diera origen a la diferencia pedida (ver fs. 783).----------

------Es decir cambia la solicitud originaria y juzgada y pide ahora los salarios por enfermedad durante el período en cuestión que no es lo que solicitó en la demanda.----------

------Los salarios de enfermedad o sus diferencias no fueron reclamados en la demanda por lo que juega en esta instancia el valladar que establece el art. 280 del C.P:C.C. y por ende el agravio debe ser desestimado. Así lo voto.----------

------El segundo de los agravios ha de seguir idéntica suerte. Es que al no haber prosperado el ítem de diferencias salariales por el adicional por productividad o ventas, no corresponde modificar los restantes rubros también pedidos, esto es SAC proporcional 2º semestre 2005, proporcional vacaciones, SAC sobre las mismas, preaviso y SAC sobre el mismo, al no haberse modificado la base de cálculo. Así lo voto también.----------

------El tercer agravio tampoco va a prosperar, en tanto que al no haberse modificado la base de cálculo, al no haber prosperado la diferencia de salarios del adicional por ventas o productividad, deberá mantenerse el monto de la indemnización del art. 80 LCT fijada en la sentencia. Así lo voto.----------

------El cuarto agravio lo constituye la omisión incurrida en la sentencia respecto a expedirse sobre la solicitud de entrega del certificado de trabajo que da cuenta la demanda a fs. 6 pto. II.----------

------Habilitada la Alzada para expedirse en los supuestos de marras (art. 281 CPCC), verificado que efectivamente el Juez “a quo” nada dijera acerca de esta pretensión, corresponde accederse a ello, materia de agravio, más teniendo en cuenta que a fs. 106 vta. pto. 7.7.1 se acompañó el certificado de trabajo pedido, deberá en la instancia originaria arbitrarse los mecanismos para ser entregado al actor. Así lo voto.----------

------El quinto agravio está dado por el rechazo de las reparaciones extrasistémicas derivadas del infortunio laboral (fs. 784 vta.), consistentes en daño emergente, gastos futuros, menoscabo a la integridad física y pérdida de la chance.----------

------El juzgador de la instancia originaria desestimó esta pretensión por entender en apretada síntesis que no se probó culpa de la empleadora ni que el daño haya sido causado por cosas de carácter vicioso o riesgoso para la integridad del trabajador, por lo que no se encuentran acreditados los presupuestos que el art. 1113 del CC contempla para establecer la responsabilidad objetiva del dueño o guardián por el daño generado por las cosas bajo su dominio o guarda como así tampoco desde la vertiente subjetiva del art. 1109 de ese ordenamiento (fs. 734 y vta.).----------

------A esta altura de la doctrina y jurisprudencia no me voy a detener en los análisis conceptuales de las diversas posturas en torno a los accidentes de trabajo, la ley de riesgos del trabajo y la acción de derecho común, por encontrarse agotado el tema en la actualidad. Simplemente voy a decir que le asiste plena razón al apelante en lo central de este agravio.----------

------En efecto la acción extrasistemática permite al trabajador por creación jurdisprudencial reclamar por enfermedades o accidentes de trabajo no incluidas en la LRT (Laudo 156/96, art. 6 Ley 24.557).----------El decreto 1278/2000 si bien se propuso generar una apertura, no modificó en lo sustancial aquella situación.----------

------El actor sostuvo en la demanda que el día 5 de enero del año 2005 ingresó a trabajar normalmente en el establecimiento de la demandada y en perfectas condiciones de salud y en circunstancias en que se encontraba levantando cajas de cerámicos para piso que debían ser entregados a un cliente, sintió un dolor intenso a nivel lumbar que lo dejó inmovilizado (fs. 6 vta. pto III), fue atendido en la Clínica Esquel certificando el médico tratante una escoliosis antálgica izquierda importante ordenándose diversos estudios siendo el diagnóstico lumbalgia post esfuerzo, escoliosis antálgica y compresión radicular lumbar (ver historia clínica a fs. 254 en adelante y fs. 349 y ss).----------

------La propia patronal y tal como con acierto lo refiere la apelante en esta instancia informó el accidente de trabajo a la ART pertinente a fs. 252 dando cuenta en la descripción del accidente que se encontraba el actor entregando mercadería a un cliente cuando al levantar una caja sintió un fuerte dolor en la cintura quedándose inmovilizado.----------

------Esto ocurrió el mismo día sindicado como de ocurrencia del evento denunciado.----------

------R. es así como se sometió al circuito que se abre con la denuncia del infortunio laboral o de la enfermedad profesional ante la ART que culminara con la resolución de la Comisión Médica Central quien a fs. 388/389 dispuso que el trabajador R. presenta 0% de incapacidad laboral, que la naturaleza de la contingencia se corresponde con un accidente de trabajo, se rectificó el dictamen de la Comisión Médica Jurisdiccional en cuanto a la fecha del accidente por último.----------

---

------La ART Prevención rechazó el siniestro por presentar patología de carácter inculpable y persistente (fs. 361).----------

------La Comisión Médica N° 019 no otorgó incapacidad alguna (fs. 365) y precisó que el accidente produjo lumbalgia post esfuerzo la que no determinó incapacidad resultante de la misma y que fue favorecida en lo que respecta al dolor padecido en la patología persistente crónica que presentaba de acuerdo a los estudios de imágenes realizados (fs. 366).----------

------R. fue operado en cuatro oportunidades luego del accidente denunciado conforme surge de las constancias de la causa y del informe pericial médico de fs. 459/465.----------

------Ante este cuadro fáctico descripto donde si el siniestro y sus consecuencias por la cual se reclama no se encuentran incluidos en la LRT, resultan justamente aplicables las previsiones que la propia ley 24.557 prescribe en el sentido que la eximición de responsabilidad civil del empleador depende de un hecho concreto, que el trabajador reciba las prestaciones del sistema (art. 39 LRT). Por ende y a contrario sensu si no hay prestaciones de ley, no corresponde eximición de responsabilidad alguna.----------

------Ergo no corresponde el análisis de inconstitucionalidad planteado de las normas de la ley 24.557 por el actor, por no ser necesario ese análisis en este caso sometido a jurisdicción judicial.----------

------Es que mal podría declararse la inconstitucionalidad de una disposición legal que no resulta aplicable al “sub – case”.----------

------Sentado ello debe revisarse en el marco de la apelación que arriba si existió responsabilidad del demandado en el siniestro denunciado a la luz de la normativa señalada por la propia sentencia, esto es en caso de culpa o negligencia de aquél que dio origen con su conducta al evento dañoso (art. 1109 CC) o la que impone la responsabilidad en razón del riesgo creado (art. 1113 del ordenamiento mencionado).-------

------La prueba pericial médica científica resulta ser la fundamental para echar luz al asunto y formar en el juez la convicción necesaria y la única forma de establecer el nexo causal entre las tareas cumplidas por el trabajador y la enfermedad accidente que indica. (conf.: SCBA, 28/6/88, A y S 1988-II, 524).----------

------Dicha prueba llevada a cabo a fs. 459/465 y su complemento de fs. 709 ha sido terminante al indicar que “por contingencia laboral – accidente de trabajo con fecha 05/01/2005, el actor ha tenido que ser operado en cuatro oportunidades por antecedentes de hernias discales en estrecha relación con el accidente acontecido siendo su última intervención de corta data donde se realizó Artrodesis L3 a S1 en la cual se intenta solucionar Inestabilidad lumbar, mas allá de la Artrodesis realizada al paciente en la actualidad para su rehabilitación se encuentra con corsé de yeso por el término de 6 meses lo que determina limitaciones actuales para la movilidad y carga, pronóstico reservado” (fs. 461 y 462).----------

------En esa ocasión dictaminó el experto una incapacidad laboral parcial y transitoria del 45% y dijo que debía ser nuevamente evaluado el actor cuando finalizara su período de convalecencia para la observancia de la existencia de incapacidad laboral permanente (fs. 462).----------

------También sostuvo el perito médico que las dolencias detectadas están en estrecha relación con el área laboral que desempañaba en F., que las tareas desarrolladas por el actor han sido y son la causa de su incapacidad, limitaciones y/o dolencias acontecidas, que las lesiones sufridas se corresponden al accidente denunciado y que no se pudo evaluar si el actor padecía de alguna patología de columna crónica y preexistente al momento del ingreso al trabajo (junio de 2004) en virtud que no se le realizó el examen preocupacional, dejando

constancia el experto de la importancia del mismo para evitar justamente la siniestralidad laboral (fs. 463 y 464).----------

------A fs. 709 volvió a revisar al accionante y determinó el 3 de marzo del año 2011 una incapacidad parcial y permanente del 35% imputable al accidente laboral ocurrido el 5/01/2005 en F. SRL, dando cuenta de las 4 intervenciones quirúrgicas de la discoctomía en los niveles L3, L4 y L5 de su columna lumbar con posterior artrodesis posterolateral de L3 hasta el sacro por lo que su movilidad se denota notoriamente limitada como así también su capacidad laboral para tareas físicas, constató cicatriz quirúrgica y RX de columna lumbosacra donde se visualiza lo realizado en el paciente.----------

------Dichas pericias médicas ninguna observación merecieron por la parte demandada, se encuentran asentadas en los conocimientos propios de la ciencia médica y ningún elemento se advierte para que el Juez se aparte de sus conclusiones (doctrina arts. 390, 461, 481 del CPCC).----------

------Del análisis de la prueba testimonial producida en autos puedo extraer que R. se desempeñaba como vendedor de la accionada, atendía a los diversos clientes y entregaba mercaderías, que había cosas pesadas de mercadería en el depósito de la accionada y otras en el salón de ventas, que las mismas eran manipuladas por los vendedores, que saben los testigos que R. tiene un problema de salud posterior a la carga de una cosa en el depósito (ver declaraciones de fs. 482/483; 485/486; 488).----------

------Dichos testigos no lo vieron puntualmente cargar la caja de cerámica denunciada como accidente de trabajo, pero se destaca que esas personas son dependientes del demandado por lo cual sus declaraciones deben ser analizadas y valoradas cuidadosamente dado su posición ante el empleador, pues se encuentran en una relación asimétrica, que humanamente los tiene que haber condicionado y

llevado a no perder de vista las consecuencias de sus declaraciones, máxime ante el despido inmediato del actor ocurrido inmediatamente a su reintegro.----------

------No obstante ello han podido reflejar tanto las tareas de esfuerzo que realizaban los vendedores como que el accidente efectivamente existió.----------

------A ello se agrega que el empleador tiene que observar la normativa de higiene y seguridad, y en ésta se establece la obligación de cumplir con el examen preocupacional y revisaciones periódicas del trabajador, que en el particular no se cumplió, por lo que dicha omisión ha de ser tomada como una presunción en su contra, cobrando más fuerza lo dictaminado por el experto médico en torno a que las dolencias detectadas al actor están en estrecha relación con el área laboral que desempeñaba en F., al no haberse acompañado estudios que demuestren otro antecedente (ver pericia médica).----------

------Si el empleador a partir del cumplimiento de los exámenes, toma conocimiento que el trabajador posee una predisposición orgánica a contraer determinadas enfermedades y del mismo modo le otorga tareas en contravención a las recomendaciones médicas, debe responder por el daño generado, inclusive a título de culpa, y aún así la predisposición orgánica del trabajador no desplaza ni interrumpe el nexo de causalidad entre el riesgo de la cosa y el daño por tratarse de consecuencias mediatas previsibles que debe asumir el empleador (arts. 901, 902 y 904 del CC).----------

------En virtud de todo lo manifestado no tengo dudas que existió el accidente enfermedad de R. el día 5 de enero del año 2005 mientras se encontraba trabajando a las órdenes de F. S.R.L. en las circunstancias descriptas en la demanda y denuncia de la propia patronal en ese entonces, por ante la ART.----------

------Acreditadas las condiciones de labor diaria, la existencia de esfuerzos en ocasiones, teniendo en cuenta lo dictaminado por el perito médico en cuanto a que las dolencias detectadas al actor se encuentran en estrecha relación con el área laboral que desempeñaba, se ha probado el nexo causal necesario entre el daño constatado y las tareas laborales llevadas a cabo por el actor (arts. 901, 902, 904, 909 y concs. del CC).----------

------El art. 1113 del código Civil habla de “riesgo” o “vicio de la cosa”. Debe entenderse en tal sentido que “cosa” no es una determinada maquinaria o un objeto concreto susceptible de ocasionar un daño. Puede ser un establecimiento, explotación, empresa, actividad o tarea en el que se de la posibilidad de que el trabajador realice esfuerzos físicos que lleguen a ocasionarle o agravarle un accidente o enfermedad determinada (conf.: CNTrab, 30/04/2009, “M.L.V. c/ COTO CIC SA s/ accidente”).----------

------Entiendo que en el particular se encuentran reunidas ambas órbitas de responsabilidad previstas por las mandas de los arts. 1109 y 1113 del CC.----------

------En los límites de la responsabilidad establecida por el art. 1113 el CC, el daño causado por el esfuerzo desplegado por el trabajador para desplazar una cosa cierta, puede imputarse a riesgo de la cosa (conf.: Plenario 266, CNTrab, 27/12/88, en autos; “Pérez, Martín c/ Maprico SAICIF”).----------

------A su turno la omisión de los exámenes preocupacionales y normas de seguridad por el empleador devienen operativo el art. 1109 del CC (conf.: Ley 19.587, Resolución SRT 43/971, Res. M del T, Empleo y SS N° 295/2003, dec. 351/79 entre otros).----------

------Finalmente resulta importante destacar que el principio del alterum non laedere consagrado por el art. 19 CN se concreta en los arts. 1109 y 1113 y concs. del Código Civil.----------

------Solicitó la actora la reparación del daño emergente, gastos futuros, menoscabo a la integridad física y pérdida de la chance, también el daño moral que fuera otorgado por el juzgador de la primera instancia y cuyo agravio respecto al monto será tratado seguidamente.----------

------Dentro del daño emergente incluyó los gastos de farmacia, tratamiento y traslado, en gastos futuros incluyó los tratamientos de rehabilitación , y en la pérdida de la chance el hecho de encontrarse sin trabajo el actor por más de una año, y teniendo en cuenta que el accionante ha percibido diversas sumas de dinero conforme da cuenta el informe de fs. 671/675 por parte de PREVENCION ART (fs.671) y que no mereciera ningún tipo de impugnación, así como prestaciones en especie para los tratamientos en cuestión que lucen detallados a fs. 672 acorde con las lesiones denunciadas, no corresponde otorgarle en esta acción civil indemnización alguna por esos conceptos por encontrarse ya indemnizados íntegramente a criterio de este magistrado.----------

------La circunstancia de tratarse de acciones diferentes no quiere decir que el trabajador va a recibir dos veces una indemnización por un mismo daño, en tanto ello implicaría un enriquecimiento sin causa vedado por la ley, y que no es admisible la acumulación de un sistema basado en la seguridad social con uno civil, en distintos aspectos y según convenga en el caso, ello no es razonable y por ende no merece amparo jurisdiccional y así debe hacerse saber, por lo que esos rubros son desestimados en esta sede por haber sido ya suficientemente resarcidos.- ASI LO VOTO.----------

------Solo resta indemnizar el menoscabo a la integridad física y pérdida de la chance del actor. Así como existe un derecho a la vida, existe igualmente un derecho a la integridad física. Esta forma parte de los denominados derechos personalísimos que son los que tienen todos los individuos por el hecho de ser tales. Dichos daños son los padecidos

como consecuencia de las lesiones psicofísicas y funcionales, y es indemnizable. Pues debe haber protección indemnizatoria, psíquica, física y moral frente a supuestos regidos por el principio antes señalado del alterum non laedere (art. 19 y 75 inciso 22 CN), como consideración plena de la persona humana y los imperativos de la justicia de la reparación seguidos por nuestra Carta Magna (conf.: CNTrab. “M. L. V. c/ Coto CIC SA y otros s/ accidente de trabajo”, 30/04/2009). En ese sentido me detendré en la edad del actor al momento del infortunio (35 años), sueldo que percibía ($1.230), incapacidad sufrida de carácter parcial y permanente (35%), antigüedad en el trabajo (más de un año), vida útil que le restaba, y teniendo en cuenta que el juez en estos casos de acción por la vía común se encuentra facultado para determinar el monto de la condena de acuerdo con las pautas de la sana crítica y la prudencia, pero que no está en modo alguno obligado a utilizar en estos casos de incapacidad física fórmulas o cálculos matemáticos, me parece adecuada una indemnización por tal concepto de $15.000, debiéndose liquidar sobre dicha suma los intereses que percibe el Banco del Chubut S. A. en sus operaciones de descuento de documentos comerciales, tasa activa, desde la fecha de la incapacidad permanente detectada esto es 3 de marzo del año 2011 ( fs. 709), y hasta su efectivo pago (art. 167 del C.P.C.C.).----------

------Tocante a la pérdida de la chance, teniendo en cuenta que el accidente de autos, de conformidad con la pericia médica no impugnada de fs. 709, le ha provocado al actor una incapacidad laboral para tareas físicas por lo que su movilidad se denota notoriamente limitada (ver conclusiones médicas a fs. 709) lo que implica la pérdida de obtener un trabajo mejor, ello toda vez que para hacerlo se requiere una salud, tanto física como psíquica, y que los daños causados en su salud son irreversibles, provocándole una indudable dificultad cierta al momento de pretender reinsertarse en el mercado productivo,

corresponde indemnizar este item con la suma de $15.000.- ASI LO VOTO TAMBIEN.----------

------El sexto agravio tocante a la omisión de tratamiento de la inconstitucionalidad planteada de diversas normas de la ley de riesgos del trabajo 24.557 ya ha tenido respuesta al tratar el anterior agravio, no siendo necesario su tratamiento. ASI LO VOTO.----------

------El último agravio referido al escaso monto que dice le otorgara el juez “a quo” en concepto de daño moral ha de prosperar. Asì he de proponerlo al Pleno. Es que advirtiendo que el juez “a quo” justipreció el daño moral únicamente desde la óptica del despido abusivo (art. 1071 del Código Civil), conforme emerge de los argumentos sentenciales de fs. 735, y que en el libelo de demanda se solicitó la indemnización de este daño también por el accidente de trabajo o infortunio laboral y sus secuelas que han afectado la esfera emocional del actor, quien sufriera intervenciones quirúrgicas (cuatro en total), internaciones, períodos de reposo, traslados a Buenos Aires y secuelas incapacitantes que le impiden la realización de tareas físicas pesadas frustrando sus posibilidades de trabajar (ver fs. 11 apartado primero), efectivamente debe modificarse ese monto e incluirse estos padecimientos y así elevar la cuantía del rubro a la suma de $20.000.--

------Ello es así en virtud que la valuación del daño moral resulta dificultosa porque no es tarea fácil medir las alteraciones espirituales y el daño moral importa siempre una minoración en la subjetividad de la persona derivada de la lesión a un interés espiritual, es decir, una modificación de entender, querer, o sentir, derivada de una lesión o un interés diferente de aquél que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial (conf.: Pizarro, “Daño Moral. Caracterización y contenido”, pág. 26).----------

------A los fines de su cuantificación existen un cúmulo de factores a considerar tales como la gravedad del hecho dañoso, la culpa del autor,

la existencia y cuantía de los daños, las condiciones personales del autor y de la víctima, factores todos ellos que quedan librados al prudente arbitrio judicial que es quien en definitiva cuantifica.----------

------Dicho criterio o método en abstracto resulta equilibrado a fin de ponderar las variables que se deben tener en cuenta para determinar en el caso concreto su quantum.----------

------El accidente de trabajo analizado a lo largo de este voto desembocó en cuatro intervenciones quirúrgicas, incapacidades transitoria primero, permanente y parcial después, internaciones, tratamientos médicos, kinésicos, rehabilitaciones, con secuelas, yeso durante meses, que a no dudarlo han afectado los sentimientos mas profundos de la persona humana. La reparación del daño moral debe determinarse ponderando esencialmente la índole del sufrimiento y todas las circunstancias señaladas, a lo que voy a agregar también la ponderación de las Diez Reglas sobre cuantificación del daño moral enunciadas por Mosset de Iturraspe, destacando la relevancia en el particular a la gravedad del hecho y la armonización de las reparaciones en casos semejantes (reglas 6 y 8 respectivamente, conf.: L.L. del 3/4/94), así como la traumática experiencia vivida que indudablemente ha afectado el equilibrio espiritual de la actora.---------

------En atención a todas estas circunstancias es que arribo a la solución que propongo de llevar a $20.000 la cuantificación del daño moral, dado que el sentenciante de la anterior instancia no valoró la existencia del accidente y sus secuelas y sólo el despido abusivo padecido por el actor. ASI LO VOTO.----------

------Las costas de Alzada deberán ser soportadas por la demandada vencida en lo sustancial, siguiendo el criterio de la sentencia condenatoria de primera instancia, lo dispuesto por el art. 57 de la ley XIV Nº 1, antes 69, debiendo regularse los honorarios de los

profesionales actuantes en esta Instancia (art. 13 Ley XIII N° 4 DJP, Arancel).----------

**------A la MISMA CUESTIÓN, el Dr. FLASS dijo:----------**

------Habiendo expuesto el Dr. Petris con suficiente detalle los hechos y planteos esgrimidos en la causa de marras, corresponde analizar los agravios vertidos, adelantando que, por las mismas razones de lógica y técnica invocadas por el Sr. Juez que me precediera, voy a seguir idéntico orden.----------

***------1er agravio de la demandada: descuentos efectuados:---***

------El a quo ordena la restitución de las sumas descontadas en concepto de retiro de mercaderías y adelantos, pues entiende que no se logró probar la autenticidad de los mismos. Sostiene que los tickets aludidos en la pericia, no acreditan el efectivo retiro de mercadería y que el testimonio de la Sra. R. deviene insuficiente.----------

------Se queja de ello el demandado. Entiende que la causa de los descuentos quedó acabadamente probada con: el resumen de deuda adjuntado (conf. art. 132 inc. h y 134 LCT); el testimonio de la Sra. N. A. R. y la pericial contable. Aduce, además, la falta de cuestionamiento anterior por parte del empleado.----------

-----Voy a comenzar diciendo que el agravio adolece de insuficiencia recursiva. El recurrente se limita a reiterar el contenido de la prueba que el a quo considerara insuficiente, sin explicar donde radica el error de la sentencia en crisis. Su queja es una mera disidencia con lo decidido, insuficiente para fundar un agravio.----------

------Sin perjuicio de lo dicho, coincido con el a quo en cuanto a la liviandad de la prueba producida. El testimonio de N. A. R. deviene insuficiente frente a la limitación del. 1193 del Código Civil que veda la posibilidad de probar contratos con testigo. En efecto, la venta de mercaderías o la entrega de adelantos en efectivo, tienen naturaleza contractual. Traducen un acuerdo de voluntades cuyo objeto es

entregar y recibir cosas o dinero. En tanto que tales, no pueden ser probadas por testigos. Tampoco es prueba suficiente la emisión de los tickets de que da cuenta la pericial contable, pues se trata de instrumentos unilateralmente creados que no acreditan el efectivo perfeccionamiento.----------

------Se ha dicho que *"En caso de existir controversia sobre el monto de las remuneraciones, la prueba en contrario a lo reclamado en juicio corresponde al empleador demandado (CNTrab. Sala VII, noviembre 22-990 "Fortunati, Enrique J. c/ Safra S.A. DT 1991 –B, 1215; T. y SS 1991-345). "Con la salvedad de la confesión, el recibo firmado por el trabajador es en principio el único medio para rebatir los reclamos de este (CNTrab. Sala II, diciembre 30-991 "López Daniel Antonio c/Mazzarello, Armando DT, 1992-A, 438) "La pretensión de que se tenga por acreditado el pago del salario con apoyo en registros laborales y contables, que son llevados unilateralmente y de ningún modo puede suplir el recibo que exige la ley, en tanto los asientos –que están sujetos al contralor del accionante–, y su respaldo documental, no tiene reconocimiento específico, aspecto sobre el cual el experto contable no puede informar" (CNTrab. Sala II, julio 12-990 "Casas Alejo O. c/Compañía de Transporte Río de la Plata T. y SS, 1990-634; SD 66.971) "...De manera que la pretensión de que se tenga por acreditado un pago con respaldo sólo en las registraciones llevadas unilateralmente por la demandada, carece de asidero y en modo alguno puede suplir el recibo que exige la ley" (CNTrab. Sala II, julio 12-990 "Casas Alejo O. c/Compañía de Transporte Río de la Plata T. y SS, 1990-634; SD 66.971).*----------

------Voy a coincidir con el Sr. Juez que me precediera en el tratamiento de la cuestión, en el sentido de que el agravio bajo análisis debe ser rechazado. Así lo voto.----------

***------2º agravio demandada: Procedencia de indemnización por daño moral:----------***

------El a quo consideró que el despido fue abusivo. De ello se agravia el demandado aduciendo que el distracto se produjo después del alta médica y por ello resultó perfectamente regular.----------

------Analizando mas detalladamente la sentencia en crisis, encuentro que según el a quo, si el despido *"... por abusivo o contrario al orden jurídico causa agravio moral al trabajador, este tiene derecho a su resarcimiento"*. Solo puedo coincidir con tal conclusión. El derecho del empleador a resolver el contrato de trabajo mediante el pago de una indemnización tarifada y sin expresión de causa, no puede ser ejercido de manera antifuncional, pues en tal caso, generará obligación de resarcir los daños que exorbiten lo que normalmente ocurre en cualquier distracto laboral incausado.----------

------El abuso del derecho ¡A no dudarlo! constituye una conducta antijurídica que, sumada a los demás elementos del resarcimiento, generan obligación de indemnizar. Al respecto se ha dicho que *"La indemnización tarifada satisface los daños de carácter material y moral que son consecuencias normales de un despido incausado, y sólo correspondería una indemnización por el daño extracontractual causado por el ejercicio abusivo del derecho, es decir, en los supuestos en que el empleador cometiera actos distintos del propio despido injustificado, durante el transcurso de la relación laboral o al tiempo de su extinción" (CTR. Sala II 8-3-2000. "Recoaro, Luis Ángel v. YPF S.A. s/daños y perjuicios. RDL 2000-II-527 conf cit de Grisolía, Julio Armando "Derecho del Trabajo y de la seguridad social" 8ª ed. Lexis Nexis Buenos Aires 2003,pag. 618)*. También que *"El art. 1º de la ley 23.592 otorga acción al damnificado para reclamar la reparación del daño moral y material ocasionados por actos de discriminación (CNCiv. Sala C 17-12-1999 "M.M. A. v. Bagley SA y otros. DT 2001-A-*

*106 conf cit de Grisolía, Julio Armando "Derecho del Trabajo y de la seguridad social" 8ª ed. Lexis Nexis Buenos Aires 2003, pág. 618).* Queda claro que frente a un despido abusivo, el juez se encuentra facultado para condenar el pago de una indemnización de daños morales por sobre lo positivamente tarifado en la ley.----------

------Dentro del género *"despido abusivo"* una de las especies que mayor número de ilícitos causa es el llamado *"despido discriminatorio".*----------

------En nuestro país las normas supranacionales referidas al despido discriminatorio *(Convenio O.I.T. 100 y 11, Declaración Sociolaboral del MERCOSUR, art. 1; Protocolo de San Salvador)*, así como las disposiciones locales específicamente aplicables (arts. 17 y 81 LCT), han de ser analizadas forzosamente a la luz de la Ley 23.592. *"Al respecto considero indiscutible que el artículo 1º de la Ley Nº 23.592 al incluir en su temática todo acto u omisión discriminatoria determinados por motivos tales como raza, religión nacionalidad, ideología, opinión política o sexo, posición social o caracteres físicos, también incluye toda posibilidad de discriminación en todo el sistema jurídico del despido. (CNTr. SALA VI. Buenos Aires, Marzo 27-2012 "V., C. A. c/ Coto C.I.C.S.A. s/ Despido" Expte. Nº 37.416/08 Juzgado Nº 4. S.I.L. 30-5-2012).*----------

------Queda claro, en primer lugar, que la norma antidiscriminatoria (Ley 23.592) se aplica también a las relaciones de trabajo y, en segundo lugar que la enunciación de causales de discriminación no es taxativa.--

------Para que una conducta pueda ser calificada de discriminatoria, es necesario verificar tres extremos: trato desigual, resultado lesivo y fundamento prejuicioso. El último de estos elementos, dada su índole subjetiva, es el mas difícil de probar ya que generalmente obra como reserva mental del autor y muy rara vez se exterioriza. Si nos guiáramos por la tradicional distribución de cargas probatorias, la mas

de las veces, los actos de discriminación quedarían impunes, por eso tengo para mi que, cuando alguien es acusado de discriminar a otro, debe explicar el motivo del trato desigual y lesivo. Esto es una carga al propio interés que no puede ser eludida escudándose en el derecho al silencio, al menos no sin que ese silencio opere en contra de quien lo ejerce. Es el imputado de discriminar quien en mejores condiciones se encuentra para explicar y probar que no actuó motivado por un prejuicio sino por otra razón. No estoy solo en esta doctrina. Refiriéndose a la misma cuestión se ha dicho que *"como tales actitudes tienen un amplio repudio general el encubrimiento y la disimulación del acto discriminatorio es lo habitual por quienes discriminan e incluso por las víctimas de la discriminación. Frente a ello es necesario efectuar una lectura de los hechos mas allá de su expresión literal en concordancia con el principio de la primacía de la realidad comprendido dentro del derecho protectorio respecto del cual juega como un complemento a fin de que éste no pueda ser marginado en los hechos mediante la adopción de algunas figuras jurídicas que disimulan la realidad.* (*CNTr. SALA VI. Buenos Aires, Marzo 27-2012 "V., C. A. c/ Coto C.I.C.S.A. s/Despido" Expte. Nº 37.416/08 Juzgado Nº 4. S.I.L. 30-5-2012).* También que, *"Aún cuando existe una norma legal sustantiva que establece la prohibición de discriminación en forma genérica por cualquiera de las causas, la víctima de dicha acción ilegal tiene gran dificultad en hacer valer el derecho violentado si se ve obligada a presentar todos los elementos de prueba de la discriminación. Es sabido que la discriminación indirecta puede ser considerada un mecanismo para superar la dificultad de la prueba ya que esta es trasladada en gran medida al demandado en cuanto a la justificación de la acción que implicó un acto discriminatorio. En igual sentido me he pronunciado en el fallo dictado como Juez de primera Instancia a cargo del Juzgado de Trabajo Nº 55 en el Expte Nº*

*22.537/02 "GREPPI, Laura Karina c/ TELEFONICA DE ARGENTINA S.A. s/ Despido" confirmado por la sala IX según sentencia del 31 de Mayo de 2005. (CNTr. SALA VI. Buenos Aires, Marzo 27-2012 "V., C. A. c/ Coto C.I.C.S.A. s/ Despido" Expte. Nº 37.416/08 Juzgado Nº 4. S.I.L. 30-5-2012).*----------

------Veamos que ocurrió en el caso que estoy llamado a resolver: el empleador despidió al trabajador después que este sufriera un infortunio laboral que lo dejó convaleciente largo tiempo. Quien padece enfermedades o incapacidades prolongadas integra lo que se ha dado en llamar "grupo de riesgo", es decir un colectivo humano que por alguna característica común suele ser discriminado en las relaciones laborales. No cabe duda que el demandado tenía derecho a despedir sin invocación de causa, mas este derecho no es absoluto (como ningún derecho subjetivo), en consecuencias si en el escrito postulatorio se le imputó una actitud discriminatoria, es decir se sostuvo que el despido era motivado en el padecimiento físico del actor, F. tenía la carga de, al menos, invocar un motivo distinto. Nada de eso hizo y esa abstención dio pábulo, acertadamente a mi entender, para que el Juez de la anterior instancia considere abusivo el despido y declare la procedencia del daño moral por sobre la indemnización tarifada propia de la LCT.---

---

------El agravio en cuestión debe ser rechazado y así lo voto.----------

***------3° Primer agravio del actor. Diferencias salariales por adicional de productividad:----------***

------Se queja el recurrente de que no se hubieran incluido estos adicionales en el cálculo de la indemnización. Pretende que se promedien y multipliquen por todos los meses laborados.----------

------Los adicionales, en general, son accesorios de la remuneración principal que comparten con ella igual naturaleza. Dentro de este género hay distintas especies: adicionales por antigüedad, por

funciones determinadas, por tareas riesgosas, por título y los llamados premios o plus. Estos últimos tienen por finalidad estimular al trabajador y lograr así incrementar el rendimiento empresarial. La LCT no obliga al pago de estos premios y su aplicación depende de lo establecido en los convenios o en forma individual entre empleado y patronal, mas ello no significa que el empleador puede eliminarlos unilateralmente, sino que solo decae el derecho a percibirlos cuando cambian las circunstancias tenidas en cuenta al concederlos, *"su percepción depende de que se verifiquen las circunstancias que motivan su pago" (Grisolía Julio Armando "Derecho del Trabajo y de la seguridad social" 8ª ed. Lexis Nexis Buenos Aires 2003, pág. 375).*
En el caso que nos ocupa y tratándose de un adicional por productividad, es necesario que el empleado hubiera alcanzado el límite de ventas pactado, caso contrario no tendrá derecho a percibirlo.----------
------El actor reclama su pago pero no demuestra haber alcanzado el límite de ventas necesario para hacerse acreedor de él en todos los meses y es por eso que el a quo, con buen criterio, lo rechaza.----------
------Ahora bien, llegado a esta Alzada, el actor cambia la esencia de su pretensión reclamando no ya diferencias salariales por omisión de adicional, tal como lo hacía en la demanda, sino salarios caídos por enfermedad, petición sustancialmente distinta.----------
------La ley de rito laboral nos autoriza a fallar ultra petita pero lo que pretende el apelante en esta instancia no es una suma mayor a la pretendida *(ultra petita)* sino un rubro distinto al solicitado en la demanda *(extra petita)* siendo que esto último excede las facultades de esta Alzada y su concesión implicaría una notoria transgresión del derecho de defensa de la otra parte.----------

------Lo dicho me lleva a coincidir con el Sr. Juez que me precediera en el tratamiento y en consecuencia voy a votar por el rechazo del agravio en cuestión.----------

***------4° Segundo agravio del actor. Modificación porcentual por procedencia del agravio anterior:----------***

------El actor pide que, una vez declarado procedente su primer agravio, se proceda a modificar SAC proporcional 2° semestre 2005, proporcional vacaciones, SAC sobre las mismas, preaviso y SAC sobre preaviso.----------

------Es claro que el presente agravio fue incoado en subsidio del anterior y solo para el caso de que aquel tuviera recepción favorable en esta Alzada. No habiendo sido así corresponde igualmente rechazarlo. Así lo voto----------

***------5º Tercer agravio del actor. Base de cálculo para la indemnización del art. 80 LCT:----------***

------Se queja el actor de que el a quo tomara como mejor remuneración mensual normal y habitual la que surge de la pericia sin contrastarla con la prueba documental. En concreto, aduce que debió tomarse como base de cálculo, a los efectos de la indemnización del art. 80 LCT, aquellos períodos en que se liquidó el adicional por productividad.----------

------Voy a comenzar diciendo que si el actor disentía con las conclusiones del experto debió impugnar la pericia. Nada de eso hizo y su silencio obstruye la posibilidad de atacarla en esta instancia.----------

------Sin perjuicio de lo expuesto es necesario decir que la base de cálculo para la multa del art. 80 LCT, tal como su texto indica, será la *"mejor remuneración mensual, normal y habitual"*. Lo habitual es sinónimo de periodicidad. Son considerados habituales los rubros que se devengan a favor del trabajador en forma reiterada y persistente; deben ser excluidos aquellos que sólo se devengan excepcionalmente o

por única vez. En cuanto al concepto de *"normal"* dice Grisolía *"dentro de los rubros devengados habitualmente se debería excluir aquel cuya cuantía resulte groseramente anormal; por ejemplo, si habitualmente se realizan entre diez y treinta horas extras, y en un mes se trabajan cien, ese período podría ser considerado anormal"* ("*Grisolía Julio Armando "Derecho del Trabajo y de la seguridad social" 8ª ed. Lexis Nexis Buenos Aires 2003, pág. 557).*----------

------Analizando la prueba documental invocada por el recurrente con la cual pretende –tardíamente, reitero– impugnar las consideraciones del experto, surge que, entre agosto de 2004 y agosto de 2005 sólo le correspondió al trabajador el adicional por productividad en septiembre, octubre y noviembre de 2004. Mientras que en los dos primeros meses mencionados, el adicional alcanzó a $363,73 y $435,01 respectivamente, en noviembre llega a $1.220,01, es decir aproximadamente tres o cuatro veces más de lo que era "*normal*". Ahora bien, el único mes donde se supera la base de cálculo tenida en cuenta en la sentencia ($1.230) es precisamente en noviembre de 2004 cuando el mentado adicional alcanza un incremento extraordinario.----

------Si de doce meses, sólo en tres se pagó el adicional, y si en uno de esos tres, el monto se triplicó o cuadruplicó, este último salario no puede considerarse ni normal ni habitual.----------

------Lo dicho me lleva a coincidir con el Sr. Juez que me precediera en el tratamiento de la cuestión en el sentido de que el agravio bajo análisis debe ser rechazado y así lo voto.----------

***------6º. Cuarto agravio de la actora: Omisión de la sentencia a condenar la entrega de certificados de trabajo:----------***

------Tal como lo dijo el Sr. Juez que me precediera en el tratamiento de este agravio, la sentencia efectivamente omitió condenar la entrega del certificado de trabajo. Sin embargo a fs. 106 vta. el demandado declara

cumplir con su obligación y entre la documental reservada puede observarse obra tal certificado.—----------

------Como consecuencia de lo dicho, la instancia originaria deberá arbitrar los medios para que dicho certificado sea entregado al empleado. Así lo voto.----------

***------7º. Quinto agravio de la actora: reparaciones extrasistémicas:----------***

------El Sr. Juez que me precediera en el tratamiento de la cuestión detalló suficientemente los antecedentes necesarios para la decisión del presente agravio, lo que me exime de reiterarlos. Sólo aludiré a aquellas circunstancias cuya referencia sea indispensable para dotar de claridad al decisorio.----------

------En apretada síntesis debo decir que, producido el infortunio, el trabajador recibió de la ART las prestaciones inmediatas y transitorias impuestas por Ley 24.557, pero después de transcurrir el procedimiento pertinente, se le niega cobertura invocando enfermedad preexistente que lo excluye del sistema (art. 6.2.b Ley 24.557). Luego del despido, el Sr. R. inicia demanda laboral y acumula acción civil para el resarcimiento de los daños extrasistémicos, tachando a su vez de inconstitucional aquellos artículos de la Ley 24.557 que vedan tal posibilidad. El *a quo* considera innecesario expedirse sobre la inconstitucional impetrada pues entiende que igualmente la pretensión debe ser rechazada. Es que a criterio del Sr. Juez de la anterior instancia, el actor no pudo verificar uno de los presupuestos esenciales de la responsabilidad civil: el factor de atribución. Dice que no se acreditó la culpa del demandado y no puede imputársele la responsabilidad objetiva del art. 1113 Cod. Civ. De todo ello se agravia el actor y con muy buena técnica recursiva rebate todos y cada unos de los fundamentos de la sentencia.----------

------Dicho lo precedente, debo analizar primero la posibilidad de dirigir una acción de daños por accidente o enfermedad laboral contra el empleador, habida cuenta que el art. 39 Ley 24.557 sólo lo permite en supuestos de dolo delictual.----------

------Razón asiste al Dr. Petris cuando dice que el presente caso queda excluido del ámbito de vigencia de la Ley 24.557. Tal como lo expuse, al haber concluido el procedimiento previsto con el rechazo de la cobertura por tratarse, según la ART, de una enfermedad preexistente, no resulta de aplicación el sistema diseñado en dicha norma sino las disposiciones del Código Civil.----------

------Tengo por cierto que el Sr. R. sufrió un infortunio laboral el 5 de enero de 2005 cuando, en ocasiones de levantar una caja, siente un fuerte dolor en la cintura que lo deja paralizado. Todo ello fue reconocido por la demandada en su informe a la ART Prevención obrante a fs. 252. Los distintos testimonios brindados en la causa, la pericia médica, así como también el propio giro comercial de la demandada, constituyen indicios suficientes de que la caja levantada por el actor contenía mercadería pesada. En lo concreto, la pericia médica dice *"Las dolencias detectadas están en estrecha relación con el área laboral que el actor desempeñaba en F. ... Las tareas desarrolladas por el actor en F. han sido y son la causa de su incapacidad, limitaciones y/o dolencias acontecidas"* (fs 462)----------

------También surge de la pericia que el demandado no realizó examen preocupacional y que ello hubiera servido para disminuir la siniestralidad laboral (pericia fs. 463 último párrafo).----------

------Concluyo que la dolencia física padecida por el actor obedeció al esfuerzo realizado al levantar una caja de mercadería, sumado ello, quizás, a un padecimiento anterior que no se pudo detectar por la omisión de la empleadora a efectuar examen preocupacional.----------

------Ahora bien, para imputar o no responsabilidad a la demandada, es necesario determinar la órbita obligacional en la cual esta debería ser encuadrada, pues nuestro Código Civil contiene una regulación diferenciada según sea esta contractual o extracontractual.----------

------Entre las partes existía un contrato laboral en cuya virtud el actor ponía a disposición del demandado su fuerza de trabajo a cambio de una suma de dinero.----------

------Del contrato de trabajo, como de todo contrato, surge un deber de seguridad implícito que obliga a cada uno de los contratantes a tomar las prevenciones necesarias para que el otro no sufra injustificadamente perjuicio alguno. Esta creación pretoriana de la jurisprudencia francesa encuentra positivización en el art. 1198 de nuestro Código Civil en cuanto dice que *"Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender obrando con cuidado y previsión".*----------

------Aún quienes aceptan la categoría de obligaciones de medio, reconocen que el deber secundario de seguridad es de resultado (*Pizarro, Ramón D – Vallespinos, Carlos G. "Obligaciones" T. II. Hammurabi. Buenos Aires 1999 pág. 602; López Herrera Edgardo "Teoría general de la responsabilidad civil" Lexis Nexis, Buenso Aires 2006 pág. 383)*, en consecuencia a la víctima sólo le basta probar la existencia del contrato fuente de la obligación y la producción del daño.----------

------En el caso que nos ocupa no sólo se ha probado la existencia del contrato de trabajo y del daño que fuera su consecuencia, sino también la existencia de una conducta negligente por parte del empleador quien omitió realizar examen preocupacional, pues ello, previsiblemente, habría servido para detectar la enfermedad preexistente y evitar encomendar la actividad nociva. A estos efectos resultan esclarecedoras

las palabras del experto en cuanto dice que *"...así como se le realizó un examen previo al egreso corresponde legal y laboralmente haber realizado examen de ingreso, el cual precisamente determina el grado de aptitud física y psíquica del ingresante ... En el caso presente, el Sr. R., R. M. no se realizó el examen Médico Laboral pertinente de ingreso, examen de importancia vital pues con el mismo se puede detectar si el sujeto es sano o posee antecedentes de alguna patología en especial ... como Médico laboral considero tener la suficiente experiencia para asesorar empresas de diverso tipo donde lo primero que se debe realizar es el EXAMEN PREOCUPACIONAL, pues de ese modo se disminuye la siniestralidad laboral y se actúa preventivamente en el cuidado de la salud del sujeto, máximo CAPITAL, que poseemos los seres humanos que habitamos este mundo"* (fs. 463).----------

------Ya sea que la responsabilidad se derive del incumplimiento de una obligación implícita de seguridad (art. 1198 Cod. Civ.), o de un hecho culposo lesivo (art. 1109), lo cierto es que el demandado debe responder y en esto coincido con el Sr. Juez que me precediera en el tratamiento del presente agravio.----------

------Es necesario ahora analizar la procedencia de los distintos rubros reclamados por el actor. El Sr. R. pretende en su escrito de demanda, indemnización de daño moral ($20.000); daño emergente por los distintos gastos de farmacia, tratamiento y traslado ($3.000); gastos futuros que le insumirá el tratamiento ($10.000); menoscabo a la integridad física ($15.000) y pérdida de chance a conseguir un nuevo trabajo ($20.000).----------

------Respecto al rubro daño moral será analizado conjuntamente con el derivado del despido que el actor considera exiguo y que, tal como lo llevo dicho, corresponde ser indemnizado----------

------En cuanto a los demás daños invocados por el actor voy a coincidir nuevamente con el Dr. Petris en el sentido de que sólo corresponde condenar su pago cuando no han sido indemnizados previamente, pues de lo contrario se estaría propiciando un enriquecimiento sin causa a todas luces ilegítimo.----------

------Lo que el actor llama daño emergente y que en su demanda comprendería gastos de farmacia, tratamiento y traslado, ya fueron indemnizados conforme surge del informe obrante a fs. 671/672 y en consecuencia nada se adeuda bajo este rubro.----------

------Respecto a los gastos de tratamiento futuro, ninguna prueba aportó el actor que nos permita calcularlos, ni tan siquiera aproximadamente, cuando tenía la carga de hacerlo en su propio interés. Adviértase que el experto médico en su respuesta n° 11 se declara imposibilitado de efectuar tal estimación y en la pericia de fs.709 nada dice al respecto. Todo ello, sumado a que el actor ya recibió una indemnización por gastos de tratamiento superior a la que pretendía en la demanda, conduce al rechazo del agravio bajo análisis, tal como lo hiciera el Sr. Juez que me precediera en el tratamiento de la cuestión y con el cual, una vez mas, voy a coincidir.----------

------La pérdida de chance o de oportunidades es aquel daño cuya característica es ser mas que una posibilidad y menos que una certeza. Se diferencia del lucro cesante en que en este hay total certeza de que el perjuicio se producirá, mientras que en aquella no. La chance, como mera expectativa no es indemnizable. Requiere para serlo de un grado de certeza de que, conforme al curso ordinario y natural de las cosas, las previsiones tenidas en mira ofrecen probabilidades serias de concretarse.----------

------Conforme al curso natural y ordinario de las cosas quien tiene un padecimiento como el del actor ve cercenada sus posibilidades

laborales pues no podrá realizar ciertos trabajos que requieran de fuerza.----------

------Es evidente, conforme al curso natural y ordinario de las cosas que sus chances se vieron disminuidas y esta pérdida debe resarcirse.-------

------Reclama el actor por este rubro la suma de $20.000. Adelanto que me parece excesiva. Las chances laborales se vieron disminuidas mas no desaparecieron. La capacidad del trabajador mermó en un 35% pero bien puede realizar todos aquellos trabajos que no requieran de fuerza o que lo hagan en forma limitada. Por eso entiendo que $15.000 es una indemnización suficiente.----------

------Resta referirme a la indemnización por menoscabo a la integridad física cuyo resarcimiento también pretende el actor y que valúa en $15.000.----------

------La integridad física es un bien integrante del patrimonio de la persona y que, aunque de difícil cálculo, puede ser valuado económicamente.----------

------De la pericia médica (fs. 709), no impugnada por la contraparte, surge que el actor ha quedado con una incapacidad permanente del 35%.----------

------En atención a las circunstancias descriptas, teniendo en cuenta que al momento del infortunio tenía un salario de $1.230, entiendo que el daño invocado debe indemnizarse y que, en atención al grado de demérito padecido, la suma de $15.000 pretendida en la demanda, no resulta bajo ningún punto de vista excesivo. Así lo voto.----------

***------8°. Sexto agravio de la actora: Omisión al tratamiento de la inconstitucionalidad planteada.----------***

------Se queja el actor recurrente de que no se hubiera dado tratamiento en la sentencia de la anterior instancia al planeo de inconstitucionalidad por ella impetrado.----------

------Lo cierto es que conforme al sentido en que falló el Sr. Juez a quo, no devenía indispensable declarar la inconstitucionalidad del régimen derivado de la Ley 24.557, pues el rechazo de la acción no obedecía a que la citada norma vedaba la procedencia de la acción civil, sino al concepto –equivocado por cierto– de que no había culpa en el empleador.----------

------Tampoco resulta necesario declarar la pretendida inconstitucionalidad a los efectos de emitir mi voto pues, tal como lo dije, el régimen de la Ley de Riesgo de Trabajo no es aplicable al sub iudice por las razones que expusiera ut supra.----------

------La inconstitucionalidad de una norma es la última *ratio* a la que acudir cuando la justicia del decisorio no deja otras opciones. Contrariamente la constitucionalidad de las normas debe ser sostenida hasta el límite de lo posible porque ello hace a la seguridad jurídica y a la adecuada división de poderes que debe priorizar la democracia.-------

------Coincido con el Sr. Juez que me precediera en el tratamiento de la cuestión en el sentido de que declarar la inconstitucionalidad sostenida por el recurrente deviene abstracto conforme al contenido del decisorio que propugno. Así lo voto.----------

***------9°. Septimo agravio del actor. El daño moral:----------***

------El actor recurrente se agravia del cálculo del daño moral por despido al cual considera exiguo y se queja de que no se le hubiera reconocido indemnización de daño moral por el accidente de trabajo.---

------Tengo dicho que *"...es sumamente difícil traducir en moneda aquello que sólo tiene un valor inmaterial pero esta dificultad no nos exime de buscar parámetros claros y estables que se acerquen a una justa compensación y, propuesta tal finalidad, entiendo como más adecuado aquel método que procura otorgar a la víctima una satisfacción equivalente al demérito padecido" (Mi voto en CANO SD 069/2007) El principio de reparación integral que surge de*

*numerosos artículos de nuestro Código Civil ( arts. 1068, 1069, 1077 y 1109) puede ser enunciado como aquella aspiración del derecho a que la víctima quede lo mas cerca posible a una situación de indiferencia entre sufrir el daño y cobrar la indemnización. Ciertamente que esta télesis es inalcanzable en su plenitud ... sin embargo sirve como guía indiscutiblemente útil al momento de calcular el monto indemnizatorio. Parafraseando a Kelsen podríamos decir que el mencionado principio es al jurista lo que la estrella polar al navegante, pues si bien nunca llegaremos a ella nos guiará indefectiblemente en nuestro trayecto. (CANO SD 057/2007).*----------

------El a quo al valuar el daño moral padecido por el actor, solo tuvo en cuenta las consecuencias espirituales lesivas derivadas del despido abusivo y las justipreció en $10.000, suma que aparece adecuada a la naturaleza e intensidad del perjuicio, sin embargo es necesario tener en cuenta que, además de ser despedido, el actor padeció las consecuencias inmateriales de una enfermedad laboral. Como bien dijo el Sr. Juez que me precediera en el tratamiento de la cuestión, el Sr. R. padeció intensos dolores, fue intervenido quirúrgicamente cuatro veces con las respectivas internaciones, quedó con secuelas que, lo imposibilitan para desarrollar ciertas actividades. Todo ello sin duda alguna que produce una inquietud espiritual calificable de daño moral y debe ser resarcido.----------

------En cuanto a la valuación del perjuicio, ya he advertido su dificultad, pero también dije que ello no me exonera de cuantificarlo. Ahora bien en atención a los parámetros explicados y con la finalidad de alcanzar una suma que produzca a la víctima una satisfacción equivalente al demérito padecido *(Pretium doloris)*, considero que $10.000 resultan adecuados para resarcir al Sr. R. por las consecuencias espirituales derivadas de la enfermedad laboral.----------

------En concreto, la indemnización de daño moral debe establecerse en un total de $20.000 y así lo voto.----------

------Resta referirme a las costas de la presente instancia las cuales, atento al resultado alcanzado, y habiendo prosperado algunos de los agravios de la actora, deben imponerse a la demandada conforme principio objetivo de la derrota interpretado cohesivamente con el art. 57 Ley XIV n°1. Así lo voto.----------

**------A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Dr. PETRIS dijo:----------**

------Conforme a lo expresado al votar a la primera cuestión, propongo al Pleno: **I.- CONFIRMAR**, parcialmente, la sentencia definitiva n° 71/2011, de fecha 02/08/2011 y que obra a fs. 723/736 vta., **revocándola** en cuanto no hace lugar a la acción civil de daños y perjuicios por menoscabo a la integridad física y pérdida de chance, las que prosperan, cada una, por la suma de $15.000 (total $30.000), sumas sobre las que se deberán liquidar los intereses que percibe el Banco del Chubut S. A. en sus operaciones de descuento de documentos comerciales, tasa activa, desde la fecha de la incapacidad permanente detectada esto es 3 de marzo del año 2011 ( fs. 709), y hasta su efectivo pago (art. 167 del C.P.C.C.), y **modificándola** en cuanto al monto fijado en concepto de daño moral, elevando el mismo a la suma de $20.000, conforme lo expuesto en los considerandos pertinentes. **II.- DISPONER** que en la instancia originaria se le entregue al actor el certificado de trabajo del art. 80 LCT reservado con la documentación original. **III.- IMPONER** las costas de esta Instancia a la demandada vencida en lo sustancial, siguiendo el criterio de la sentencia condenatoria de primera instancia, lo dispuesto por el art. 57 de la ley XIV N° 1, antes 69. **IV.- REGULAR** los emolumentos de los Dres. A. A. y F. A., en conjunto, en un 6,60% y los del Dr. M. I. M. en un 4%, ambos porcentajes con más el IVA pertinente y a calcular sobre el monto del proceso que se determine (art. 13 Ley XIII N° 4 DJP,

Arancel). **V.- TENER PRESENTE** la reserva de recurrir en casación y de plantear el Caso Federal efectuado por la demandada.----------

**------A IDÉNTICA CUESTIÓN, el Dr. FLASS dijo:----------**

------Atento a lo expuesto al analizar la primera cuestión voy a votar por: **I.- CONFIRMAR**, parcialmente, la sentencia definitiva n° 71/2011, de fecha 02/08/2011 y que obra a fs. 723/736 vta., **revocándola** en cuanto no hace lugar a las indemnizaciones reclamadas por menoscabo a la integridad física y pérdida de chance, las que prosperan, cada una, por la suma de $15.000 (total $30.000), sumas sobre las que se deberán liquidar los intereses que percibe el Banco del Chubut S. A. en sus operaciones de descuento de documentos comerciales, tasa activa, desde la fecha de la incapacidad permanente detectada esto es 3 de marzo del año 2011 ( fs. 709), y hasta su efectivo pago (art. 167 del C.P.C.C.), y **modificándola** en cuanto al monto fijado en concepto de daño moral, elevando el mismo a la suma de $20.000, conforme lo expuesto en los considerandos pertinentes. **II.- DISPONER** que en la instancia originaria se le entregue al actor el certificado de trabajo del art. 80 LCT reservado en Caja de Seguridad. **III.- IMPONER** las costas de esta Instancia a la demandada vencida (art. 57 de la ley XIV N° 1, antes 69). **IV.- REGULAR** los emolumentos de los Dres. A. A. y F. A., en conjunto, en un 6,60% y los del Dr. M. I. M. en un 4%, ambos porcentajes con más el IVA pertinente y a calcular sobre el monto del proceso que se determine (art. 13 Ley XIII N° 4 DJP, Arancel). **V.- TENER PRESENTE** la reserva de recurrir en casación y de plantear el Caso Federal efectuado por la demandada.----

------Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictarse la siguiente:----------

----------**S E N T E N C I A**----------

------Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, ***resuelve:***----------

------**I.- CONFIRMAR**, parcialmente, la sentencia definitiva nº 71/2011, de fecha 02/08/2011 y que obra a fs. 723/736 vta., **revocándola** en cuanto no hace lugar a la acción civil de daños y perjuicios por menoscabo a la integridad física y pérdida de chance, las que prosperan, cada una, por la suma de $15.000 (total $30.000), sumas sobre las que se deberán liquidar los intereses que percibe el Banco del Chubut S. A. en sus operaciones de descuento de documentos comerciales, tasa activa, desde la fecha de la incapacidad permanente detectada esto es 3 de marzo del año 2011 ( fs. 709), y hasta su efectivo pago (art. 167 del C.P.C.C.), y **modificándola** en cuanto al monto fijado en concepto de daño moral, elevando el mismo a la suma de $20.000, conforme lo expuesto en los considerandos pertinentes.----------

------**II.- DISPONER** que en la instancia originaria se le entregue al actor el certificado de trabajo del art. 80 LCT reservado con la documentación original.----------

------**III.- IMPONER** las costas de esta Instancia a la demandada vencida en lo sustancial, siguiendo el criterio de la sentencia condenatoria de primera instancia, lo dispuesto por el art. 57 de la ley XIV Nº 1, antes 69.----------

------**IV.- REGULAR** los emolumentos de los Dres. A. A. y F. A., en conjunto, en un 6,60% y los del Dr. M. I. M. en un 4%, ambos porcentajes con más el IVA pertinente y a calcular sobre el monto del proceso que se determine (art. 13 Ley XIII Nº 4 DJP, Arancel).----------

------**V.- TENER PRESENTE** la reserva de recurrir en casación y de plantear el Caso Federal efectuado por la demandada.----------

------**VI.- REGÍSTRESE**, notifíquese y devuélvase.----------

------La presente sentencia es dictada por dos Jueces de Cámara por haberse alcanzado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17 del Digesto Jurídico de la provincia), encontrarse recusado el Dr. Jorge Luis Früchtenicht y no haber hecho uso el Dr. Omar H. Magallanes de la facultad que le asiste conforme a lo dispuesto por el art. 274, último parte, de la Ley XIII N° 5 DJP (antes Ley 2203).----------

**CLAUDIO ALEJANDRO PETRIS GÜNTHER ENRIQUE FLASS**

**REGISTRADA BAJO EL N° CANO DEL LIBRO DE SENTENCIA DEFINITIVAS DEL AÑO 2012. CONSTE.**