En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de junio del año dos mil quince, reunida en Acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular, Dra. Silvia Noemí Alonso, y asistencia de los señores jueces de cámara Dr. Fernando Nahuelanca y Dr. Julio Antonio Alexandre, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"M., C. I. c/ I. SA s/ SUMARIO (cobro de pesos e indemnizaciones de ley)", expte. nro. 104/15**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 1 (expte. nro. 699/12), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 191), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Silvia Noemí Alonso, Dr. Fernando Nahuelanca y Dr. Julio Antonio Alexandre.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 171/177? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, la Dra. Alonso dijo:

1. El fallo apelado:

La jueza de grado rechazó la demanda por resarcimiento de daño moral interpuesta por el Sr. C. I. M. en contra de I. S.A.. Impuso las costas a la parte y reguló los honorarios profesionales.

2. El recurso de apelación:

La parte actora apeló a fs. 179; el recurso fue concedido a fs. 180 y fundado a fs. 181/184 sin contestación de la contraparte.

El recurrente sostiene que le genera agravio el rechazo de la acción porque si el empleador, en el régimen de la construcción, a pesar de contar con la posibilidad de hacer cesar el vínculo sin expresión de causa ha optado por calificar al empleado debe probar los motivos pues de otra manera genera un indudable daño.

Agrega que la tesis restrictiva en la que se enrola el fallo ha quedado superada por otra más ecléctica que considera la reparación del daño moral por incumplimiento de cualquier obligación contractual. Cita doctrina e insiste que la calificación negativa que ha hecho I. SA afecta su dignidad y constituye una mancha en su historia laboral. Cita jurisprudencia.

Mediante el segundo agravio se impugna el argumento nodal del fallo que es la falta de acreditación del daño. Manifiesta que no existe método probatorio para acreditar la ofuscación y la impotencia generada por las calificaciones impartidas, realiza consideraciones respecto al dolor espiritual y concluye sosteniendo: “el daño se presume y en ningún caso como este la cuantificación o mensurabilidad del dolor es resorte pleno de la apreciación judicial”.

Finalmente hace reserva del caso federal y pide la revocación del fallo.

3. Tratamiento de los agravios:

Los argumentos esgrimidos por el recurrente no alcanzan para revisar la

GISELA CINTIA MOREJÓN
Secretaria de Cámara

solución consagrada por la jueza de grado y dotada de congruencia, cuyo eje central es la falta de acreditación del agravio moral.

Incluso la adopción de la postura doctrinal que sostiene que el daño moral no requiere ser acreditado en el proceso como elemento autónomo de la responsabilidad civil, no logra un resultado diferente. Es que no es posible presumir su existencia a partir del hecho en se pretende fundar la acción indemnizatoria.

Y justamente lo que se señala en el fallo es la falta de acreditación de un hecho objetivo que exteriorice su padecimiento.

Repárese que la jueza de grado ha efectuado una extensa reseña de la dinámica de las relaciones laborales en el específico y propio de la actividad de desempeño del trabajador como así también de la comunicación del despido y su contenido, las que no autorizan la presunción de un daño moral autónomo a partir de la verificación de la causa inmediata que ha sido alegada en el escrito de demanda.

En definitiva, los factores que rodearon la extinción del vínculo y la naturaleza de los derechos que se pregonan conculcados demuestran la falta de idoneidad del hecho que se califica como dañoso para producir daño moral.

Las razones expuestas son dirimentes para el rechazo de los agravios que propongo.

Incluso, es dable señalar que la jurisprudencia nacional ha considerado que “Aun cuando la causal del despido no haya sido acreditada luego, tal hecho no puede considerarse suficiente para imponer una indemnización distinta de la prevista en las normas que rigen el contrato de trabajo. En efecto, en el caso, la demandada se limitó a señalar que producía el despido por pérdida de confianza basada en el excesivo faltante de mercadería en el local en el cual la actora se desempeñaba como encargada” (CNAT Sala VI, sent. 60614 del 26/6/08, en autos “Sastre, Sol c/ La Saga SRL y otros s/ despido”, en Boletín temático de jurisprudencia

de la Cámara Apelaciones del Trabajo, Daños resarcibles derivados del despido, agosto de 2008).

En el mismo sentido se ha referido respecto de algunas expresiones que calificó como "poco felices" de parte de la demandada hacia la trabajadora (en el caso se instó a la trabajadora a recapacitar pues "con su accionar afecta a personas que le brindaron la posibilidad de trabajo aún a su edad…" (Sala VII, sent. 37171 del 28/11/03, en autos "R. de G., M. c/ P. de N., H. y otro s/ despido", ídem anterior.

Insisto, el claro error de la demandada al encuadrar el despido dentro de las previsiones de la LCT (repárese que se hace referencia al art. 242 LCT) expresando una causal no es suficiente para configurar agravio moral que merezca ser resarcido; por lo tanto, propongo el rechazo del recurso.

4. Costas y honorarios:

Las costas de esta instancia se imponen a la parte actora vencida por aplicación del principio objetivo de la derrota.

Los honorarios de esta instancia se regularán de conformidad con la escala específica prevista por el art. 13 del régimen arancelario vigente y por aplicación de las pautas del art. 5 del mismo ordenamiento. Por ello propongo se cuantifiquen los correspondientes al Dr. J. J. E. en el 25% de los que le correspondan en la instancia de grado.

A la segunda cuestión, la Dra. Alonso dijo:

Propongo:

GISELA CINTIA MOREJÓN Secretaria de Cámara

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y confirmar, en consecuencia, la sentencia de primera instancia.

2) Costas de esta instancia a la parte actora.

3) Regular los honorarios profesionales del modo reseñado.

4) Tener presente la reserva del caso federal efectuada a fs. 183 vta./184.

A la primera cuestión, el Dr. Nahuelanca dijo:

La sentencia se dicta a fs. 171/177, por la que se desestima la demanda interpuesta por la parte actora C. I. M. contra la parte demandada I. S.A.. Impone las costas a la parte actora y regula los honorarios de los profesionales intervinientes.

Bajo apoderamiento letrado, apela la parte actora a fs. 179 y el recurso se concede a fs. 180.

Los agravios de la parte actora –obrantes a fs. 181/184– explican que procura una reparación indemnizatoria por daño moral, ocasionado por la invocación de una causal de despido inexistente, cuando el régimen laboral de la construcción (Ley 22250) permitía al empleador la disolución contractual sin expresión de causa y sin modificación de su indemnización. Señala los hechos de los que fue acusado por desplegar conductas contrarias al débito laboral. Critica entonces el despido por tratarse de hechos inexistentes que le importaron una calificación negativa, pero la sentencia se inclina por aquella postura que recepta el daño moral en materia laboral solo para supuestos excepcionales en que la resolución contractual va más allá de los límites del ámbito contractual para configurar conductas de tipo delictual o cuasidelictual, que además no ha acreditado la

existencia y consecuencias del daño. Los agravios. Sostiene en el primer agravio que el fallo se posiciona sobre una teoría extremadamente restrictiva, que sostiene es del régimen laboral común, pero en el de la construcción tiene una lógica distinta, porque el

desprendimiento de la causal con la penalización de ley que observa el régimen de la construcción, hace que no haya una indemnización reparatoria del daño ocasionado con el despido, generando una afectación neutra con el despido (en lo que hace a la pérdida del ingreso y la expectativa de futuro empleo). Sostiene que no se puede tratar ambos casos por igual; que la cuestión no puede ceñirse únicamente al acto delictual, ni ceñirse tampoco a una mera afirmación dogmática. Que a la tesis restrictiva se opone otra ecléctica y más abierta; que para el autor que cita el daño se origina en el abuso del derecho que hace el empleador, indicando que es plenamente aplicable la doctrina construida por el derecho civil (cita obra respecto a la indemnización del daño moral por despido). Sostiene entonces que la Ley 22250 y la L.C.T., supletoriamente aplicable, no han excluido las disposiciones del Código Civil en materia de daños. Transcribe comentario del autor Pizarro. 2do. Agravio. La acreditación del daño. Contrapone a tal concepto de la sentencia que la penuria y el agravio a la dignidad están signados por los hechos invocados y citados para producir el despido. Que la aflicción surge de los hechos falsos invocados y que no existe método probatorio para acreditar la ofuscación, angustia e impotencia generadas por las calificaciones impartidas. Que en todo caso el daño se presume y ningún caso como este la cuantificación o mensurabilidad del dolor es resorte pleno de la apreciación judicial. Cita jurisprudencia y en las conclusiones las enseñanzas de Mario Ackerman en trabajo conjunto con otros autores, como que asume una opinión que la mayoría de los jueces son poco aventurados en revisar visiones arraigadas, hasta tanto un tribunal superior opta por tornar la jurisprudencia imperante, pero que debería repensarse en el marco de las normas laborales (art. 4, 68, 70 y concords., si no debe recrearse en la relación laboral una zona donde resulte razonable dudar acerca que el

trabajador debe soportar el daño moral. Vuelve entonces a confrontar que funcionalidad pudo medir el empleador en despedir bajo la imputación de una cantidad de causales, cuando el régimen le permitía desvincularlo al mismo costo sin invocación de causal alguna. Reserva el caso federal y principio de rango constitucional.

A fs. 1185 se corre traslado de los agravios a la parte demandada, quedando dicho traslado sin contestación.

Análisis de los agravios:

Atento al estado en que debe resolverse en esta alzada, por lo señalado precedentemente, debe observarse el examen de la sentencia frente a la trama litigiosa, a partir de las causales de despido comunicadas por la empleadora I. S.A., por C.D. de fecha 6/1/2012, disponiendo el distracto de la relación laboral contra C. I. M., por desplegar conductas contrarias al débito laboral y objeto del contrato en la obra "Montaje de Estación Transformadora Myburg 5", consistentes en el incumplimiento de órdenes brindadas por los Supervisores, audiencia sin aviso los días 26 y 27 de diciembre de 2011, falta de cuidado de las herramientas y elementos de trabajo a su cargo, negligencia manifiesta en el cumplimiento de las tareas los días 28 y 29 de diciembre de 2011, donde procedió a ahogar la máquina de compactación por no colocarle combustible, razones todas estas que por su reiteración justifican la finalización de la relación laboral; que la actora cuestionó el despido mediante otra C.D. de fecha 6/2/2012 y negó las causales y como consecuencia, la empleadora abonó la

GISELA CINTIA MOREJÓN
Secretaria de Cámara

liquidación final, el fondo de cese laboral, hizo entrega de los certificados y ratificó con C.D. los términos del despido.

La actora a fs. 35vta. y ss. sostuvo la causación de daño moral por daño a la imagen, imputación de causas

inexistentes que operan en perjuicio de su calificación laboral y cercenan la posibilidad de competir en igualdad de condiciones en el mercado laboral y sostuvo como fundamento, que el legislador optó por un sistema de indemnización tarifada, que tiene por objeto compensar el daño implícito en la disolución del contrato y que la doctrina coincide en que la reparación resulta integral, comprendiendo todos lo daños y perjuicios, derivados de la aplicación del sistema de responsabilidad civil al que viene a sustituir (arts. 519 y 1068 C.C.). Pero a continuación afirma que dicha reparación no alcanza a los daños ocasionados por la conducta de la parte que dispone la resolución mediante el ejercicio abusivo del derecho, con imputaciones que afectan la dignidad o sentimientos del trabajador (art. 1071 y 522 del C.C.).

La demandada al contestar la acción a fs. 47/64 desconoció los presupuestos de la demanda y en la realidad de los hechos sostuvo que se trataba de un contrato de trabajo eventual para dos obras específicas: montaje de estación transformadora “Myburg 5” en unidad económica Chubut y electrificación integral área Manantiales Behr; que dentro de las cláusulas contractuales de la industria de la construcción, se establecieron pautas laborales y en caso de incumplimientos de obligaciones el despido con causa; que si bien estaba fuera de la aplicación de la L.C.T., hacía necesario tal tipo de contrataciones por la situación particular de la industria petrolera (brindar explicaciones por el desempeño de los trabajadores y hasta tomar personal de un “listado”), deviniendo en la práctica casi imposible despedir un trabajador encuadrado en el CCT 545/10, sin que la Asociación Sindical que los nuclear efectúe reclamos de cualquier tipo y naturaleza para que esto se revierta, situaciones que son de público conocimiento.

Rechaza por ello la tesis de la accionante que resultaba innecesario invocar motivos de despido que no se condicen con la realidad. Contrapone entonces que la dirección de la empresa y la gerencia habían recibido las quejas de la problemática en el desempeño de la actora, su falta de responsabilidad, escasa contracción al trabajo y su agravación del 22 al 29 de diciembre de 2011. Luego se verá que la sentencia reconoce la eficacia de la negativa de estas causales.

Contrapone contra el daño moral reclamado la tarifación del despido que le puede generar la ruptura del vínculo laboral, que al prefijarlo le quitó la carga a la parte más débil de la relación de acreditar la existencia del *quantum*. Que así se hizo en el art. 245 L.C.T. y artículos concords. 247, 212, 233, 248, todos de la L.C.T. y también en el régimen de la industria de la construcción en su art. 15, donde establece la extinción, cualquiera sea su causa.

La sentencia hilvana en los resultandos las posiciones de las partes, pero al decantar en los considerandos las razones de la litis, deja sencillamente como base contractual sin consecuencias el régimen laboral de la industria de la construcción, cuando en tal marco la actora demanda por daño moral por abuso del derecho con base en el art. 1071 CC, en tanto la demandada justificó el contrato eventual celebrado y reconoce que si bien se encontraba fuera del ámbito de la L.C.T., resultó indispensable por problemas de la industria

GISELA CINTIA MOREJÓN
Secretaria de Cámara

petrolera, que imposibilitaba la aplicación del CCT 545/10 por interferencia de la asociación sindical.

La trama litigiosa que resulta es mucho más que lo único advertido por la sentencia, porque la demandada introdujo en la contratación notas del régimen de la Ley de Contrato de Trabajo, de neta influencia en la Ley de

la Industria de la Construcción, que en su art. 35 establece: “Las disposiciones de esta ley son de orden público y excluyen las contenidas en la Ley de Contrato de Trabajo en cuanto se refieran a aspectos de la relación laboral contempladas en la presente ley. En lo demás, aquella será de aplicación en todo lo que resulte compatible y no se oponga a la naturaleza y modalidades de este régimen jurídico específico”.

Aquí comienza a delinearse el abuso. Primero, trayendo un contrato de trabajo “eventual”, que no aparece legitimado conforme con el art. 99 L.C.T. No se desconoce la dependencia para la obtención de resultados concretos (Montaje de Estación
Transformadora y otra, Electrificación Integral Area Manantiales Behr), pero son sin prueba que se traten de trabajos extraordinarios o exigencias extraordinarias o transitorias de la empresa, no de su giro normal. Es evidente que el actor era contratado reiteradamente con tales menoscabos, lo que surge de los certificados de trabajo de fs. 8 (1/2/2011 al 4/4/2011) y fs. 7 (13/6/2011 al 9/9/2011).

Luego los propios fundamentos de la demandada en el contrato “eventual” de fs. 57/58 de fecha 13/9/2011, que si bien comprendido en el CCT 545/08, excluye al dependiente del régimen que le asiste por la Ley 22250 –no obstante ser de orden público– para despedir por la Ley de Contrato de Trabajo, sumando varias causas de inconducta laboral del empleado, pero impidiendo la defensa de la Asociación Sindical.

Es evidente que al distracto por la Ley de la Industria de la Construcción, la empleadora incorporó una conducta adicional proveniente de la Ley
20744/21297.

No se puede justificar el juego de dos regímenes con la finalidad de coartar mayores defensas del trabajador, desviando la aplicación de la Ley 22250 y perjudicando al trabajador al evitar su propia defensa

y la de terceros (art. 18 C.N. y art. 9 L.C.T, ref. Ley 26428).

El caso no trae sino a colación la anotación al fallo de la Cámara de Apelaciones del Trabajo de Santa Fe (Jurisprudencia del Trabajo – Anotada – 1979, ed. Zavalía, pág.138. Con el título "Abuso del derecho y límite de ejercicio de facultades del dador de trabajo", autor Nebli J. Imperiali, señala el autor que la Cámara utiliza criteriosamente la pauta del abuso del derecho y que el plexo de facultades de medio que otorgan los arts. 64, 65 67 y 68 LCT al empresarioempleador para el ordenamiento de la empresa, deben ejercerse con prudencia y justicia, no solo durante el desarrollo de la relación contractual de trabajo, sino también de la facultad-fin de extinguir el contrato. Esta facultad o derecho subjetivo (o potestad) debe ejercerse siguiendo su orientación teleleológica, sin desviarse de los fines de la norma. Dice el autor citando a Spota –su Tratado de Derecho Civil– no se trata del acto contra derecho, ni del acto excesivo, sino del acto abusivo o antifuncional o desviado de los fines que se hallan ínsitos en la norma primigenia; desviación de los fines sociales, económicos y éticos, cuya nota distintiva, la desviación, se pone en evidencia actuando dentro de los parámetros legales, pero se abusa alcanzando un fin o fines que no se compadecen con los perseguidos por la norma. Claro que el acto abusivo constituye un acto ilícito – incorporando el autor los conceptos al Dr. Borda– y como tal, aparecen las

consecuencias **GISELA CINTIA MOREJÓNSecretaria de Cámara** propias de tales actos, el deber de resarcir los daños y perjuicios, inclusive el moral (art. 68 L.C.T., últ. parte y arts. 1068 y 1071, 2da. parte, del Código Civil).

La introducción por el empleador en la relación de trabajo de normas con efectos para la extinción del contrato derivadas de otro ordenamiento, no previstos

en la propia Ley 22250, ha constituido evidentemente el abuso del derecho que se deja definido.

Es claro que frente a la indemnización tarifada de la Ley 22250, adiciona la demandada agravantes concomitantes con el despido, sin defensa alguna del dependiente.

Adviértanse los principios de la jurisprudencia que justifican la reparación por daño moral, de ajustada aplicación al suceso de autos: "Entre las obligaciones de conducta genéricas deben incluirse también las que emanan de los artículo 65, 66, 67, y 68 de la LCT, que disponen que el empleador, en ejercicio de sus facultades de dirección, debe preservar los derechos personales y patrimoniales del trabajador y al introducir cambios relativos a la forma y modalidades de la prestación de trabajo debe evitar todo proceder que causa perjuicio material o moral al trabajador (art. 76 y 77 LCT). Siempre debe poner especial cuidado en respetar la dignidad del trabajador, excluyendo toda forma de abuso del derecho. En consecuencia, por haberse acreditado que el acuerdo firmado por las partes se encuentra viciado y que la demandada actuó abusivamente, debe proceder un resarcimiento independiente de la relación de trabajo…" (*cf*. CNT, Sala III, 25/8/08, "Uranga c/ Editorial Sarmiento S.A. y otro", BJ 283/8, en "Ley de Contrato de Trabajo – Anotada-", de Alfredo J. Ruprecht, pág.885, ed. Zavalía, año 2014).

Más puntualmente: "Cuando la actitud patronal que provoca el distracto –sea directa o indirectamente– más allá de su eficacia para extinguir la relación, está acompañada de otros componentes que "descalifican" en sus cualidades morales a la otra parte, dejándole un estigma que puede afectar incluso futuros puestos de trabajo en el ámbito privado o público, el daño que se provoca produce un ilícito extracontractual que no se encuentra contemplado en los límites de la tarifa legal. En tales casos se configura un supuesto excepcional que

justifica la reparación del daño moral más allá del sistema tarifario previsto para la reparación de las consecuencias que normalmente derivan del despido" (*cf*. CNT, Sala II, 21/2/11, "Lucci c/ Casino Buenos Aires S.A. Compañía de Inversiones y Entretenimientos S.A. U.T.E" (ob. y autor cit., pág.886).

La sentencia que con claridad detecta que el actor fue despedido bajo los términos del art. 242 L.C.T. (fs. 176), no pudo resolver con ajenidad a la norma o conjunto de normas que rige las instituciones del derecho del trabajo (art. 9 L.C.T., ref. Ley 26428), con un "…sin perjuicio que el operario rechazara los hechos que se le endilgan y más allá del particular régimen por que se encontraron vinculadas las partes de marras, que regula la actividad de la construcción con un específico sistema de finalización de la relación…".

Respecto a la prueba del daño moral, es justa asimismo la impugnación de la recurrente, la prueba se encuentra en las propias

GISELA CINTIA MOREJÓN
Secretaria de Cámara

circunstancias del acto lesivo de directa incidencia en la personalidad del dependiente, la autoestima y dignidad. Sin necesidad de acudir a la máxima latina, es daño en si mismo.

En cuanto a la estimación del daño a cuyo respecto reiteradamente se señala no depende del daño material, se ajusta a derecho la demandada por la actora a fs. 35, la de $30.000, ni una suma ínfima ni una excesiva calificante del daño moral. Corresponde con más sus intereses a partir de la notificación de la demanda (art. 511 C.C.), a la tasa activa para las operaciones de descuento del Banco de la Nación Argentina.

De conformidad con el art. 282 Ley XIII N° 5 del Digesto Jurídico, deben readecuarse las costas y honorarios conforme la revocatoria que se propone, con lo que se imponen las costas en ambas instancias a la parte demandada. Para regular los honorarios rige la

Ley XIII N° 4 y N° 15, arts. 5, 6, 8, y concords., el mérito de los trabajos profesionales y su resultado, propongo los conjuntos de la primera, al Dr. J. J. E. y Dra. M.C. P., en el 23% y los conjuntos de los Dr. C. S. K. y C. N. G., en el 18%; confirmando en el 2% los del perito Contador Público A. L., en todos los casos del monto del juicio y con más el I.V.A. que correspondiere.

En la segunda instancia, por los fundamentos precedentes e importancia del trabajo profesional, propongo los honorarios del Dr. J. J. E., en el 35% de los que le correspondan en la primera.

Se tendrá presente la reserva del caso federal interpuesta por la actora a fs. 181/184.

A la segunda cuestión, el Dr. Nahuelanca dijo:

Voto:

1) Hacer lugar al recurso interpuesto por la parte actora C. I. M., fundado a fs. 181/184 y revocar la sentencia de fs. 171/177 en todas sus partes.

2) Hacer lugar a la demanda interpuesta a fs. 3/39 por la parte actora C. I. M. y condenar a la parte demandada I. S.A., el pago a la parte actora en el plazo de 5 días, de la suma de $30.000 por daño moral, con más sus intereses a partir de la notificación de la demanda, a la tasa activa para las operaciones de descuento del Banco de la Nación Argentina.

3) Costas en ambas instancias a la parte demandada, proponiendo las regulaciones de honorarios de conformidad con los considerandos respectivos.

4) Tener presente la reserva del caso federal de fs. 181/184.

A la primera cuestión, el Dr. Alexandre dijo:

Que quienes me han precedido en el voto no han logrado acuerdo sustentando posturas diversas en cuanto al rubro daño moral en materia contractual a la luz de los antecedentes de la causa y dentro de los límites

impuestos por el memorial de fs. 181/184 contra la resolución que lo deniega de fs. 171/177.

La reseña formulada por mis colegas en cuento a los antecedentes de la causa, fundamentos del fallo y contenido de la expresión de agravios, más la procedencia formal del recurso interpuesto evitan su mera reiteración.

Extraigo lo esencial del memorial, que es en lo que en definitiva provoca el desacuerda de mis colegas y solo opinaré respecto del punto relevante conducente a la decisión del caso (ver CS fallos 258:304; 262:222; 265:301; 272:225, entre muchos).

GISELA CINTIA MOREJÓN
Secretaria de Cámara

Conforme lo dicho, en cuanto a la procedencia del daño moral en la materia, tras un largo período de aceptación de la tesis restrictiva, las innovaciones culturales y jurídicas propias de la época en que vivimos invitan a repensar tales instituciones a la luz de nuevo Orden Jurídico que se va imponiendo. Así, se abren una serie de posturas de máxima oposición y eclécticas.

Si bien estaba enrolado en la postura tradicional, tal como se puede constatar en fallos en el que se discutía tal posibilidad, consecuente con lo dicho en el párrafo anterior, tras analizar el problema desde otras ópticas comparto plenamente lo sostenido por Pizarro en el sentido de que la diferente génesis del daño (fuente contractual o extracontractual) no debería tener incidencia en materia de prueba. Tanto en el ámbito obligacional como aquiliano, el carácter del daño moral es el mismo, si se lo valora como corresponde, atendiendo a las consecuencias perjudiciales que genera la acción dañosa en la espiritualidad del damnificado y la índole del interés lesionado. No hay razón que justifique una dualidad de criterios probatorios

(PIZARRO, R., “Daño moral”, Hammurabi, Buenos Aires, 1996, p. 561).

Y es que en nuestro sistema jurídico no existe tal diferencia respecto de la prueba del daño moral según provenga de un hecho ilícito o un incumplimiento obligacional. Cualquier diferencia que se quiera trazar resulta caprichosa y arbitraria.

Lo que es cierto es que el daño moral, en ambos regimenes de responsabilidad, debe ser probado por el damnificado. Ahora bien, sabemos que la prueba directa es casi imposible. La índole espiritual y subjetiva del menoscabe suele ser insusceptible de esa forma de acreditación.

En tal sentido señala Bustamante Alsina: "el juez debe apreciar las circunstancias del hecho y las cualidades morales de la víctima para establecer objetiva y presuntivamente el agravio moral en la órbita reservada de la intimidad del sujeto pasivo. No creemos que el agravio moral debe ser objeto de prueba directa, pues ello resulta absolutamente imposible por la índole del mismo que reside en lo más íntimo de la personalidad, aunque se manifiesta a veces por signos exteriores que pueden no ser su auténtica expresión" (BUSTAMANTE ALSINA, “Equitativa valuación del daño no mensurable”, LL 1990-A,655).

En el campo de la responsabilidad extracontractual se ha señalado: "Cuando no hubo "daños a la persona", si no se ha probado un perjuicio específico el tema se agota, en cuanto a su resarcimiento en la reparación de los daños materiales; salvo que se pruebe que las contrariedades, molestias e incomodidades ocasionadas revisten la necesaria entidad como para constituir un capítulo especial de la indemnización (ver, *v. gr.*, CApel. Civ. y Com., San Isidro, sala I, 29/08/2014 - "Fernández José c/ Dolera Damian s/ daños y perjuicios" - cita: MJ-JU-M-89751-AR - MJJ89751 - MJJ89751).

No es que no exista derecho al resarcimiento, lo que ocurre es que en un caso se admite la presunción del daño (*v. gr.,* muerto o lesión) y en otros casos requiere prueba de tal quebranto espiritual, acorde a la ofensa sufrida de conformidad a lo que suele ocurrir de ordinario en tales casos.

Estimo que, en el caso concreto, la decisión de la empleadora ha discurrido dentro del campo de sus atribuciones y la entidad de la imputación por incumplimiento no supera los límites de las atribuciones contractuales en la materia, más allá de las consecuencias tarifadas impuestas por la norma que los rige. Pero si la recurrente se agravió de tal modo que las imputaciones formuladas superaron tales límites y lo afectaron espiritualmente, al no poder hacer valer presunción alguna cargaba con el peso de la prueba que por cierto no obra en autos y de allí su denegatoria (ver en tal línea, *v. gr.*, Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VIII - "L., J. L. c. Jumbo Retail Argentina S.A. s/ despido" - 12/02/2015 - La Ley Online - AR/JUR/3525/2015).

Por todo lo expuesto concuerdo con el voto de la Dra. Alonso, tanto en cuanto con la cuestión de fondo como en las costas y honorarios provocados en la alzada. Debiéndose tener presente la reserva formulada del llamado "caso federal".

A la segunda cuestión, el Dr. Alexandre dijo:

Habiendo concordado con el voto de la Dra. Alonso, reitero su fórmula decisoria.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar, con la disidencia del Dr. Nahuelanca, la siguiente

SENTENCIA:

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y confirmar, en consecuencia, la sentencia de primera instancia de fs. 171/177.

2) Costas de esta instancia a la parte actora.

3) Regular los honorarios profesionales del Dr.

J. J. E. en el veinticinco por ciento (25%) de lo regulado a su parte por la labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

4) Tener presente la reserva del caso federal efectuada a fs. 183 vta./184.

5) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

FERNANDO NAHUELANCA
Juez de Cámara

SILVIA NOEMÍ ALONSO
Presidenta

JULIO ANTONIO ALEXANDRE
Juez de Cámara

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2015
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"

GISELA CINTIA MOREJÓN Secretaria de Cámara