

Universidad Empresarial Siglo 21
Trabajo Final de Grado de Abogacía
2013

**“PROCEDENCIA, VALORACIÓN Y CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL
VINCULADO AL DESPIDO INCAUSADO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA
PROVINCIA DE CÓRDOBA”**

María Agustina Antonino

RESUMEN

El presente Trabajo Final de Grado analiza, mediante el relevamiento de pronunciamientos de las Salas de la Cámara del Trabajo y de la Sala Laboral del Tribunal Superior, cómo merita la jurisprudencia de la Provincia de Córdoba la *procedencia* de la *reparación adicional del daño moral* en los casos que se demanda vinculada a una *indemnización por despido sin causa*, y cuáles son los criterios de *valoración y cuantificación* a los que recurren los jueces laborales para fijar su monto indemnizatorio. Siguiendo un tipo de estudio exploratorio/descriptivo, y utilizando un método cuali-cuantitativo, se delimita la *estabilidad laboral*, clasificándola según el grado de protección jurídica que otorga al trabajador, en *estabilidad propia absoluta y relativa*, y *estabilidad impropia*; y se revisa su recepción normativa nacional e internacional en el ámbito del empleo público y en el ámbito empleo privado. Dentro de este último, se analiza el *despido sin expresión de causa* y la *indemnización* correspondiente del artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, como recepción legislativa del mandato constitucional del artículo 14 bis relativo a la *protección contra el despido arbitrario*. Para determinar la procedencia de la *reparación extratarifaria del daño moral* en los supuestos de indemnización por *despido injustificado*, se delimita el sentido y alcance del agravio, y se recorren las posturas que han adoptado la doctrina y jurisprudencia nacionales en torno a la admisibilidad de su *resarcimiento*, desde aquellas que lo niegan, atravesando las que lo consienten excepcionalmente por responsabilidad extracontracutal del empleador, hasta las que lo reconocen también por incumplimiento de los deberes emergentes del contrato de trabajo a su cargo, concluyendo con el relevamiento de los parámetros doctrinarios y jurisprudenciales para valorar y cuantificar los *mayores daños*. Las conclusiones que se extraen sobre el comportamiento de la jurisprudencia cordobesa en relación a los criterios sustentados en materia de *procedencia, valoración y cuantificación* del

daño moral vinculado a la *indemnización* por *despido sin causa*, evidencian una suerte de dispersión caótica que permiten elaborar una propuesta superadora sobre cuál de ellos se considera más adecuado para brindar una efectiva e integral protección al trabajador en situación de despido.

ABSTRACT

The present Grade's Final Work analyses, by the study of the Labor Chamber Divisions and the High Court Labor Division's pronouncements, how the Province of Córdoba's jurisprudence evaluates the admissibility of the moral damage's additional reparation in the cases that it is demanded in connection with an unjustified dismissal indemnity, and which are the valuation and assessment's criterions that the labor judges use to assign its indemnity amount. Following an exploratory/descriptive study's type, and using a quali-quantitative method, the labor stability is delimited, classifying it by the legal protection's degree that provides to the worker, in absolute and relative appropriate stability, and inappropriate stability; and revises its national and international normative reception at the public and private employment's spheres. In side this last one, it analyzes the unjustified dismissal and the indemnity corresponding to the article 245 of the Labor Contract Law, as legislative reception of the constitutional mandate of the article 14 bis related to the protection against the arbitrary dismissal. To determinate the untariff reparation of the moral damage's admittance in the assumptions of unjustified dismissal indemnity, it delimits the grievance's meaning and significance, and goes through the postures that national doctrine and jurisprudence have adopted around the admittance of its compensation, from those that deny it, across the ones that exceptionally consent it for employee's extracontractual liability, to the ones that recognize it for non-observance of the labor contract's duties too, concluding with the exam of the doctrinaire and jurisprudence's parameters to valuate and assess moral damage. The conclusions that it extracts about cordovan jurisprudence's behavior related to the criterions supported in matter of moral damage's admissibility, valuation and assessment entailed to unjustified dismissal indemnity, evidence a sort of chaotic dispersion that allow to

elaborate an overcoming proposal about which of them is considered more appropriate to provide an effective and integral protection to the worker in dismissal situation.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	10
OBJETIVO GENERAL Y OBJETIVOS ESPECÍFICOS	18
1.EL DERECHO AL TRABAJO Y LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO	21
1.1.CONCEPTO DE ESTABILIDAD	21
1.1.1.FUNDAMENTO	22
1.2.CLASIFICACIÓN DE ESTABILIDAD.....	23
1.2.1.ESTABILIDAD PROPIA	23
A.ESTABILIDAD PROPIA ABSOLUTA.....	24
B.ESTABILIDAD PROPIA RELATIVA.....	24
1.2.2.ESTABILIDAD IMPROPIA	24
1.3.LA ESTABILIDAD EN ARGENTINA.....	26
1.3.1.LA ESTABILIDAD DEL EMPLEADO PÚBLICO	26
1.3.2.LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO DEL TRABAJADOR PRIVADO.....	32
1.3.3.LA ESTABILIDAD DEL REPRESENTANTE GREMIAL.....	39
1.4.LA ESTABILIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO.....	41
1.4.1.ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: CONVENIO 158 Y RECOMENDACIÓN 166.....	42
1.4.2.ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, POLÍTICOS Y CULTURALES Y OBSERVACIÓN N° 18.....	48
1.4.3.ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS: PROTOCOLO DE SAN SALVADOR	50
2.EL DESPIDO Y LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO	53
2.1.EL DESPIDO.....	53
2.1.1.PRECISIONES TERMINOLÓGICAS Y NATURALEZA JURÍDICA	53
2.1.2.CONCEPTO	57
2.2.EL DESPIDO SIN EXPRESIÓN DE JUSTA CAUSA	58
2.2.1.CONCEPTO	58
2.2.2.DESPIDO ARBITRARIO Y DESPIDO DISCRIMINATORIO.....	63
2.3.LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA	72

2.3.1.ORIGEN HISTÓRICO-JURÍDICO	72
2.3.2.CONCEPTO	77
2.3.3.NATURALEZA JURÍDICA Y FINALIDAD	79
2.3.4.DAÑOS QUE INTEGRAN LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA	86
2.3.5.CÁLCULO DE LA INDEMNIZACIÓN DEL ARTÍCULO 245 DE LA LCT	88
A.ANTIGÜEDAD.....	89
B.BASE SALARIAL COMPUTABLE	91
a.MEJOR	92
b.REMUNERACIÓN.....	92
c.MENSUAL	95
d.NORMAL.....	96
e.HABITUAL.....	97
C.TOPE DE LA BASE DEL CÁLCULO.....	100
D.PISO DE LA INDEMNIZACIÓN	103
2.3.6.INDEMNIZACIONES AGRAVADAS.....	110
A.DESPIDO POR CAUSA DE EMBARAZO O MATERNIDAD.....	110
B.DESPIDO POR CAUSA DE MATRIMONIO.....	111
C.DESPIDO DURANTE LA LICENCIA POR ENFERMEDAD	112
D.DESPIDO DEL TRABAJADOR CON TUTELA GREMIAL	113
E.DESPIDO DEL TRABAJADOR REQUIRENTE DE LA REGISTRACIÓN DE SU RELACIÓN LABORAL	114
F.DESPIDO DEL TRABAJADOR CON REGISTRO TOTAL O PARCIALMENTE “EN NEGRO” SIN QUE HAYA INTIMADO PARA SU REGISTRO	116
G.AGRAVAMIENTO INDEMNIZATORIO POR FALTA DE PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN DE LA LEY 25.323	117
H.DESPIDO EN ÉPOCA DE CRISIS ECONÓMICA Y SOCIAL.....	118
2.3.7.INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA EN LOS ESTATUTOS ESPECIALES.....	120
3.EL DAÑO MORAL Y LAS RELACIONES DE TRABAJO	123
3.1.EL DAÑO MORAL.....	123

3.1.1.CONCEPTO	123
3.1.2.DENOMINACIÓN.....	126
3.1.3.FUNDAMENTO DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL.....	130
3.1.4.FORMAS DE HACER EFECTIVA LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL	131
3.2.LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA Y EL DAÑO MORAL	133
3.2.1.EN LA DOCTRINA	134
A.DOCTRINA QUE NIEGA LA REPARACIÓN EXTRATARIFARIA DEL DAÑO MORAL	134
B.DOCTRINAS QUE ADMITEN LA REPARACIÓN EXTRATARIFARIA DEL DAÑO MORAL.....	135
3.2.2.EN LAS V JORNADAS ARGENTINAS DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL.....	140
3.2.3.EN LAS II JORNADAS SANJUANINAS DE DERECHO CIVIL	143
3.2.4.EN LA JURISPRUDENCIA	144
A.CASOS EN QUE SE DESESTIMÓ EL RECLAMO EXTRATARIFARIO DEL DAÑO MORAL	146
B.CASOS EN QUE SE HIZO LUGAR AL RECLAMO EXTRATARIFARIO DEL DAÑO MORAL	147
a.POR RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL EMPLEADOR	147
b.POR RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL EMPLEADOR	152
C.DISTINTOS SUPUESTOS EJEMPLIFICATIVOS.....	153
3.3.VALORACIÓN Y CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL VINCULADO AL DESPIDO SIN EXPRESIÓN DE JUSTA CAUSA.....	155
3.3.1.SEGÚN EL CRITERIO SUBJETIVO DEL EMPLEADOR.....	156
3.3.2.SEGÚN LA GRAVEDAD DE LA FALTA O SUBJETIVIDAD DEL AGENTE RESPONSABLE DEL DAÑO.....	157
3.3.3.SEGÚN LA GRAVEDAD OBJETIVA DEL DAÑO.....	159
3.3.4.SEGÚN UN PORCENTAJE DE LAS INDEMNIZACIONES DE LA LCT	160
3.3.5.SEGÚN LAS INDEMNIZACIONES AGRAVADAS PREVISTAS EN LA LCT PARA SITUACIONES ESPECIALMENTE PROTEGIDAS	161
3.3.6.SEGÚN UN MONTO IGUAL A LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA O TOMANDO SUS PARÁMETROS DE CÁLCULO	163
4.EL DAÑO MORAL EN LAS RELACIONES DE TRABAJO SEGÚN LA	

JURISPRUDENCIA CORDOBESA	163
4.1.CASOS EN QUE SE HIZO LUGAR AL RECLAMO EXTRATARIFARIO DEL DAÑO MORAL	167
4.1.1.POR RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL DEL EMPLEADOR	167
CASO 1	167
CASO 2	176
4.1.2.POR RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL EMPLEADOR	182
CASO 3	182
CASO 4	191
4.2.CASOS EN QUE SE DESESTIMÓ EL RECLAMO EXTRATARIFARIO DEL DAÑO MORAL	202
CASO 5	202
CASO 6	206
CASO 7	213
CASO 8	215
CASO 9	220
CASO 10	225
4.3.SUPUESTOS PARTICULARES ANALIZADOS.....	230
CASO 11.....	230
CASO 12	237
CASO 13	243
CASO 14	248
CASO 15	253
CONCLUSIÓN	257
LISTADO DE REFERENCIAS	274
1.LEGISLACIÓN.....	274
2.DOCTRINA	276
3.JURISPRUDENCIA.....	280

INTRODUCCIÓN

El trabajo dignifica al hombre y, en las sociedades modernas, determina su inclusión en el sistema social. A través del mismo, el individuo alcanza su desarrollo personal y como miembro de la comunidad de la cual es parte.

El trabajador tiene la expectativa de conservar su empleo. Esta aspiración de perdurabilidad y continuidad en el trabajo le permite organizar su vida familiar y de relación, planificando el futuro, como las inversiones en alimentación y bienes básicos, en educación y salud de los hijos, en esparcimiento y actividades recreativas, al mismo tiempo que se intensifica el sentido de inserción social que implica el trabajo como función social.

La estabilidad laboral es el instituto del Derecho del Trabajo, reconocido constitucionalmente (artículo 14 bis Constitución Nacional) que garantiza al trabajador la conservación de su fuente de empleo.

El despido, y particularmente el despido sin expresión de justa causa, viola este derecho, lesionando la expectativa del dependiente a la continuidad en el trabajo, afectando también otros bienes patrimoniales y personales, porque impide la regularidad de la percepción del salario, discontinúa el acceso a la cobertura de la obra social para él y su grupo familiar, provocando un perjuicio en su proyecto de vida personal, familiar, social y cultural, atentando contra su dignidad.

El artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo consagra una fórmula indemnizatoria destinada a reparar las consecuencias derivadas de la resolución injustificada del vínculo laboral por iniciativa del empleador. Esta norma positiviza la cláusula programática *protección contra el despido arbitrario* contenida en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, antes referido.

Por aplicación de este artículo de la ley laboral, la pérdida del trabajo sin causa legal

que lo motive, se resarce con una suma de dinero, paliativo económico, sustituto momentáneo de los ingresos que el trabajador deja de percibir. Una indemnización tarifada, limitada y ponderada a valores constantes, como son el tiempo de servicio del trabajador en el empleo y su salario. Esta fórmula legal es producto de una disciplina, como el Derecho del Trabajo, que se integra con normas de contenido transaccional, por medio de las cuales se tarifican los daños con carácter de presunción *iuris et de iure*, a cambio de ciertos beneficios como son: la certeza, por no tener que ser probados por el trabajador, la inmediatez, porque el solo cumplimiento de la condición hace que se devengue el crédito a su favor, y la previsibilidad, en la medida que el empleador conoce el *costo* de prescindir de los servicios de su dependiente.

Cabe preguntarse si esta indemnización, entendida como respuesta jurídica, económica y social propiciada por la legislación laboral tendiente a reparar las consecuencias inmediatas que sufre el trabajador a raíz de la ruptura incausada del contrato de trabajo, alcanza a dar efectivo cumplimiento al mandato constitucional de *protección contra el despido arbitrario*.

Este interrogante se presenta con mayor intensidad si se atiende a la realidad económica, social y cultural actual del país, y al advenimiento de nuevos derechos fundamentales del Trabajo en el ámbito internacional, receptados por normas nacionales de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 Constitución Nacional). En este contexto, la indemnización tarifada del artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo por despido sin justa causa puede resultar exigua o insuficiente, y tanto la doctrina como la jurisprudencia han intentado resolver esta situación abriendo la puerta a la reparación del daño moral de forma adicional y conforme los principios del Derecho Común.

No obstante, en ausencia de una regulación legal expresa que contemple la

procedencia de su reclamo y reparación extratarifaria en estos supuestos particulares, y en virtud del carácter forfatorio de la indemnización por despido, ni la doctrina ni la jurisprudencia nacionales han sido contestes al respecto y las soluciones propiciadas han sido diversas y hasta antagónicas.

Es así como es posible identificar tendencias en la doctrina que oscilan entre proscribir toda reparación por daño moral vinculado al despido injustificado y admitirla con fundamento en las repercusiones espirituales de toda resolución incausada del contrato de trabajo, sin excepción, atravesando posiciones intermedias, que con diversos matices, admiten sus procedencia ya sea en relación a la responsabilidad contractual o extracontractual del empleador, o ambas a la vez.

La evolución de la jurisprudencia laboral en la materia no se presenta homogénea tampoco. Originariamente consideró improcedente la reparación del daño moral en forma adicional a la indemnización por despido sin justa causa por considerar que ésta es omnicomprendiva de todos los daños que pudiera sufrir el trabajador como consecuencia de la extinción de su contrato de empleo. Sin embargo, este criterio fue modificado a partir del fallo plenario N° 168 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en autos “Katez de Echazarreta, Catalina c/ Empresa Nacional de Telecomunicaciones” del 18 de octubre de 1971. En el mismo el Tribunal estableció que resultaba admisible la pretensión de un ex empleado de la empresa, despedido injustificadamente y cuyo despido fue publicado en el boletín de la empresa, de que se haga constar en su legajo personal y se publique en el mencionado boletín que el despido fue injustificado, a modo de reparación del agravio moral sufrido por el trabajador.

A partir de ese momento, el criterio dominante en la jurisprudencia laboral actual, no obstante haber adquirido un sesgo menos restrictivo, en general se inclina por considerar que

la reparación de todos los perjuicios, incluido el moral, que puede padecer el trabajador como consecuencia de su desvinculación sin justa causa del puesto de empleo, está contemplada en el sistema tarifado establecido por la Ley de Contrato de Trabajo. Sólo admite la procedencia de su resarcimiento adicional en la medida que la decisión unilateral del empleador de extinguir el contrato esté precedida por actitudes que trasciendan la mera decisión resolutoria, en ejercicio de su facultad discrecional, y comporten actitudes que causen perjuicios morales mayores a los que normal y comúnmente afectan a cualquier empleado despedido, comprometiendo su responsabilidad extracontractual, y que resultarían indemnizables con prescindencia de la existencia de la relación laboral. En este contexto, son escasos los pronunciamientos judiciales que admiten que la reparación en cuestión también procede en los supuestos en que el empleador incurre en incumplimiento de las obligaciones contractuales a su cargo emergentes del vínculo laboral.

Admitido el reclamo y resarcimiento adicional del daño moral por despido sin justa causa, los criterios seguidos para su valoración y cuantificación a los fines de fijar su monto indemnizatorio, no son uniformes. Los antecedentes jurisprudenciales sobre este particular manifiestan que existe una suerte de dispersión caótica que apareja la consagración de desigualdades donde supuestos similares son juzgados de manera diametralmente opuesta.

Entendiendo que el hombre que trabaja, cuando pierde su fuente laboral, no sólo pierde bienes materiales, sino también otros bienes, cuya carencia afectan su honor y dignidad, se considera conveniente contar con parámetros claros para que éste, cuando ha sido desvinculado de la relación laboral injustificadamente, tenga conocimiento de cuáles son los derechos que lo asisten, entre ellos, cuál es el sentido y alcance de la indemnización y si ésta contempla o no el agravio espiritual ocasionado. Asimismo, es imprescindible que el abogado que lo asesore en su reclamo, cuente con elementos que le permitan formularlo

acabadamente, y más aún, que el juez que entienda en el caso concreto pueda determinar con precisión la procedencia o improcedencia del reclamo por daño moral vinculado al despido incausado en el supuesto particular, y que la valoración y cuantificación que efectúe del mismo se asiente sobre pautas sólidas.

Actualmente, tanto el desempleo como el subempleo constituyen una pandemia social, cuyos efectos son devastadores, tanto para el hombre considerado en su individualidad como para la sociedad de la cual es parte. En este contexto, el análisis sobre la procedencia, valoración y cuantificación del daño moral de forma adicional a la indemnización por despido sin expresión de justa causa reviste un interés social particular, acentuado por los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ha suscrito la doctrina judicial que considera que *el trabajador es un sujeto de especial tutela para el Derecho del Trabajo*.

El presente Trabajo Final de Grado tiene por objeto analizar cuál ha sido el criterio imperante, a partir de la década del setenta, tomando como punto de corte el fallo plenario 168 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo antes mencionado, en relación a la materia de referencia, en la jurisprudencia de las Salas de la Cámara del Trabajo y del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba. Esto es, analizar si ha entendido procedente la reparación adicional del daño moral en el sistema de indemnización tarifado del artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, y en caso afirmativo, verificar cuáles han sido los distintos criterios de valoración y cuantificación con que los jueces laborales han meritado el menoscabo espiritual ocasionado al trabajador desvinculado de la relación laboral injustificadamente.

Atendiendo al objetivo propuesto, como paso inicial, se delimitará el concepto de estabilidad laboral propiciado por la doctrina nacional, y su vinculación con el derecho al trabajo como derecho humano fundamental constitucionalmente reconocido. Se analizará la

clasificación de este instituto del Derecho del Trabajo que realizan los autores en función del grado de protección jurídica que otorga al trabajador en su puesto de empleo, en estabilidad propia absoluta y relativa, y estabilidad impropia. Luego se realizará una revisión de la recepción normativa que ha tenido la estabilidad laboral tanto en el ámbito del empleo público como en el del empleo privado, prestando especial atención a la particular situación de representante gremial, analizando qué nivel de tutela del trabajo se acuerda en cada caso. Se finalizará el estudio del instituto con la consideración de su regulación en los instrumentos internacionales del trabajo de mayor relevancia en la materia, como el Convenio 158 y la Recomendación 166 de la Organización Internacional del Trabajo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su Observación N° 18 en el marco de la Organización de las Naciones Unidas, y el Protocolo de San Salvador en el contexto de la Organización de los Estados Americanos.

En un segundo momento, ya dentro de la órbita de las relaciones laborales privadas, se analizará el despido sin expresión de justa causa y la indemnización correspondiente del artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, como recepción legislativa del mandato constitucional del artículo 14 bis relativo a la protección contra el despido arbitrario, dentro del sistema de estabilidad laboral impropia que rige estas relaciones. A tal efecto, se partirá de precisar el concepto y naturaleza jurídica del despido en general, para lo cual se recurrirá a la teoría general de los contratos, sin desatender las particularidades que revisten los contratos de trabajo. Luego se ubicará dentro de este marco conceptual al despido sin expresión de justa causa, y se reseñarán las caracterizaciones que realizan las distintas posturas doctrinarias en torno a su licitud e ilicitud, y a su eficacia como acto resolutorio de la relación laboral. Posteriormente, se desarrollará el estudio de la indemnización por despido sin justa causa como respuesta del ordenamiento jurídico laboral a la situación del trabajador que

padece la desvinculación de su empleo de manera inmotivada por iniciativa del empleador. Se partirá reseñando brevemente su origen histórico-jurídico, para arribar a una delimitación de su concepto, de su naturaleza jurídica y de su finalidad, tratando de dilucidar los daños que integran y resarce esta reparación, según las posiciones que adoptan las diferentes teorías construidas en torno a estas cuestiones en cada caso, contrastando todo ello con nuestra normativa laboral nacional e intentando desentrañar la intención del legislador en el caso particular del artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo. Para completar este cometido se analizará pormenorizadamente el método legal de su cálculo, detallando cada uno de sus parámetros (tiempo de servicio en el empleo y remuneración del trabajador) y se mencionarán los nuevos lineamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en relación a la constitucionalidad de los topes indemnizatorios.

En tercer lugar, para determinar la procedencia de la reparación extratarifaria del daño moral en los supuestos de indemnización por despido sin expresión de causa, y en su caso, su valoración y cuantificación por la jurisprudencia cordobesa, objeto particular del presente Trabajo Final de Grado, resulta imprescindible, como paso previo, realizar algunas precisiones en torno a este perjuicio. A tal fin, se delimitará el concepto de daño moral, se efectuarán consideraciones terminológicas en cuanto a la pertinencia de su denominación, se analizará el fundamento de su reparación desde la perspectiva de la teoría de la sanción o pena ejemplar y de la que propugna la teoría del resarcimiento del daño, y se evaluará la procedencia de su reparación en especie o a través de equivalente pecuniario y no pecuniario. Una vez delineado el sentido y alcance del agravio moral, se recorrerá las diferentes posturas que han adoptado la doctrina y jurisprudencia nacionales en torno a la procedencia de su resarcimiento extratarifario vinculado al despido sin justa causa, desde aquellas que lo niegan en todo caso, atravesando las que lo admiten excepcionalmente en los supuestos en que se

configura la responsabilidad extracontracutal del empleador, hasta las lo reconocen también por incumplimiento de los deberes emergentes del contrato de trabajo a su cargo. En este contexto se tendrán presente las conclusiones vertidas en las V Jornadas Argentinas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y en las II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil. Se concluirá con el relevamiento de los diferentes criterios doctrinarios y jurisprudenciales existentes para valorar y cuantificar el daño moral, en aquellos casos en que se admite la procedencia de su reclamo y reparación adicional a la indemnización tarifada del artículo 245 de la LCT.

Con todo este instrumental teórico, se procederá, como paso final, al relevamiento de diferentes pronunciamientos judiciales de las diferentes Salas de la Cámara del Trabajo y de la Sala Laboral del Tribunal Superior de la Provincia de Córdoba, con el objetivo de analizar como meritan la procedencia de la reparación adicional del daño moral en los casos que se ha demandado de manera vinculada a una indemnización por despido sin justa causa, y en dichos supuestos, cuáles han sido los criterios de valoración y cuantificación a los han recurrido los jueces laborales para fijar su monto indemnizatorio en el caso concreto presentado a su conocimiento.

Como se evidencia de lo expuesto, este Trabajo Final de Grado sigue un tipo de estudio exploratorio/descriptivo, y utiliza un método cuali-cuantitativo. Su valor teórico reside en las conclusiones que se podrán extraer del comportamiento de la jurisprudencia cordobesa en relación a la procedencia, valoración y cuantificación del daño moral vinculado a la indemnización por despido sin justa causa, permitirán elaborar una propuesta crítica en base a cuál de los criterios se considera más adecuado para brindar una efectiva e integral protección al trabajador en situación de despido.

OBJETIVO GENERAL

- Analizar la procedencia de la reparación adicional del daño moral en el sistema de indemnización tarifado del artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, y verificar los distintos criterios de valoración y cuantificación con que las diferentes Salas de la Cámara del Trabajo y la Sala Laboral del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba han meritado el menoscabo espiritual ocasionado al trabajador desvinculado de la relación laboral injustificadamente.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Definir el concepto de estabilidad laboral.
- Vincular la estabilidad laboral el derecho al trabajo como derecho humano fundamental constitucionalmente reconocido.
- Clasificar la estabilidad laboral en función del grado de protección jurídica que otorga al trabajador en su puesto de empleo, en estabilidad propia absoluta y relativa, y estabilidad impropia.
- Revisar la recepción normativa nacional que ha tenido la estabilidad laboral en el ámbito del empleo público y en el ámbito empleo privado, prestando especial atención a la particular situación de representante gremial.
- Analizar qué nivel de tutela del trabajo se acuerda en cada uno de los caso señalados anteriormente.
- Considerar la regulación de la estabilidad laboral en los instrumentos internacionales del trabajo de mayor relevancia en la materia, como el Convenio 158 y la

Recomendación 166 de la Organización Internacional del Trabajo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su Observación N° 18 en el marco de la Organización de las Naciones Unidas, y el Protocolo de San Salvador en el contexto de la Organización de los Estados Americanos.

- Definir el concepto de despido, precisando su contenido y alcance en función de la teoría general de los contratos.
- Identificar la naturaleza jurídica de despido.
- Caracterizar el despido sin expresión de justa causa en función de su eficacia como acto resolutorio de la relación laboral, y de las distintas posturas doctrinarias en torno a su licitud e ilicitud.
- Distinguir el despido arbitrario del despido discriminatorio.
- Reseñar el origen histórico-jurídico de la indemnización por despidos sin justa causa.
- Definir el concepto de la indemnización por despido sin justa causa.
- Identificar la naturaleza jurídica y la finalidad de la indemnización por despido sin justa causa.
- Dilucidar los daños que integran y resarce la indemnización por despido sin justa causa.
- Analizar el método legal del cálculo de la indemnización por despido sin justa causa, detallando cada uno de sus parámetros.
- Reseñar los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en relación a la constitucionalidad de los topes indemnizatorios
- Consignar los supuestos de indemnizaciones agravadas e indemnizaciones por despido sin justa causa en los estatutos especiales.
- Definir el concepto de daño moral.

- Efectuar precisiones terminológicas en torno a la pertinencia de la denominación daño moral.
- Analizar el fundamento de su reparación del daño moral desde la perspectiva de la teoría de la sanción o pena ejemplar y de la la teoría del resarcimiento del daño.
- Evaluar la procedencia de la reparación del daño moral en especie o a través de equivalente pecuniario y no pecuniario.
- Reseñar las posturas que han adoptado la doctrina y jurisprudencia nacionales en torno a la procedencia del resarcimiento extratarifario del daño moral vinculado al despido sin justa causa.
- Relevar los criterios doctrinarios y jurisprudenciales existentes para valorar y cuantificar el daño moral, cuando admite la procedencia de su reclamo y reparación adicional a la indemnización tarifada del artículo 245 de la LCT
- Efectuar el relevamiento de los diferentes pronunciamientos judiciales de las diferentes Salas de la Cámara del Trabajo y de la Sala Laboral del Tribunal Superior de la Provincia de Córdoba.

1. EL DERECHO AL TRABAJO Y LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO

1.1. CONCEPTO DE ESTABILIDAD

El hombre, cuando trabaja, aspira a perdurar en su empleo, pues ello es condición para organizar su vida familiar y de comunidad. Esta expectativa de permanencia en el trabajo le permite planificar las inversiones en bienes básicos, como alimentación, vestimenta y vivienda, en educación de los hijos y salud de la familia, en esparcimiento y actividades recreativas y culturales. Asimismo, esta estabilidad laboral es un medio para consolidar la paz social, pues materializa el sentido de inserción social que implica el trabajo para el hombre (Ojeda, 2011).

El concepto de estabilidad en el empleo deriva de la palabra permanencia, en el sentido de que, como institución del Derecho del Trabajo, es la expectativa que tiene el trabajador de conservar su puesto, mediante un contrato de trabajo celebrado por tiempo indeterminado, hasta que se encuentre en condiciones de gozar de los beneficios que le asignan los regímenes de seguridad social, por límite de edad y años de servicios (arts. 90 y 91 Ley de Contrato de Trabajo – LCT –) (Unzaga Domínguez, 2004).

Sin embargo, es importante distinguir desde un punto de vista jurídico los conceptos de permanencia y estabilidad, porque si bien etimológicamente son vocablos sinónimos, la permanencia alude a una situación de hecho: la expectativa o posibilidad de conservar el puesto de trabajo; mientras que la estabilidad es el derecho que garantiza esa permanencia (Las Heras, Tosca y Draga Gigena, 2008; Ojeda, 2011).

Desde la doctrina se han ensayado distintas definiciones de la estabilidad laboral. Así, algunos autores posicionados desde la perspectiva del trabajador, le han asignado el sentido de una regla de ordenación de duración de los contratos de trabajo, en virtud de la cuál éstos deben durar lo más posible. Otros, ya desde la perspectiva del empleador, la han entendido

como la posibilidad que éste tiene de resolver el contrato de trabajo, imponiendo su voluntad unilateral a su empleado, y las consecuencias derivadas de este hecho (Las Heras et al, 2008).

A los fines del presente Trabajo Final de Grado se comprende por estabilidad en el trabajo *el derecho que garantiza jurídicamente al trabajador la conservación de su empleo* (Conterno, 2011; Las Heras et al, 2008; Ojeda, 2011; Ramírez Bosco, 1985).

1.1.1. FUNDAMENTO

“El derecho a la estabilidad del trabajador en el empleo tiene estrecha relación con el reconocimiento del derecho y deber del trabajar como un derecho humano fundamental” (Las Heras et al, 2008, pp. 22).

Ello es así porque, como se señalara, la expectativa de estabilidad en el empleo permite al trabajador organizar su futuro tanto personal y familiar como en su vida de relación en comunidad.

Se vinculan, entonces, por un lado, el plano individual y el desarrollo esencial del hombre a través del trabajo, asegurado como derecho humano fundamental tanto por nuestra Constitución Nacional (CN) en su artículo 14 y 14 bis, y los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN) que receptan este derecho¹; y por el otro, el plano social y el trabajo como función social necesaria para establecer una pauta mínima de convivencia social.

En el marco de un Estado Social de Derecho, el deber de trabajar debe interpretarse, a partir del trabajo como función social, como un deber ético-jurídico, derivado de la solidaridad social, porque la falta de trabajo no sólo afecta al individuo sino que proyecta su malestar a la convivencia en comunidad (Las Heras et al, 2008).

¹ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Artículo XIV, 1º párrafo; Declaración Universal de Derechos Humanos, Artículo 23.1; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Artículo 6; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, Artículo 5; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Artículo 11.1.

A la luz de nuestro ordenamiento jurídico integralmente considerado, el derecho-deber al trabajo se concreta en el derecho a la estabilidad en el empleo. En otras palabras, el derecho del trabajador a no ser despedido sin justa causa.

En este entendimiento, puede concluirse que el derecho a la estabilidad laboral no sólo traduce el principio protectorio del Derecho del Trabajo, sino que contribuye a la paz social, erigiéndose en derecho humano fundamental, reconocido constitucionalmente.

1.2. CLASIFICACIÓN DE ESTABILIDAD

Los diversos grados de intensidad con que el ordenamiento jurídico responde ante la violación al derecho a la estabilidad en el empleo que implica el despido sin expresión de causa da lugar a una clasificación de la estabilidad, sistematizada en distintos niveles, según sus consecuencias jurídicas.

Ojeda (2011) siguiendo una clasificación atribuida a Deveali, divide la estabilidad en: *estabilidad propia* (subdividida a su vez en *absoluta* y *relativa*), que habilita a pedir la declaración de nulidad del despido injustificado, asegurando la permanencia del trabajador en su empleo, y *estabilidad impropia*, que admite la validez del despido sin causa, pero impone al empleador la obligación de resarcir a su dependiente mediante una indemnización.

A continuación se analiza esta clasificación, que es la que se sigue en el presente Trabajo Final de Grado.

1.2.1. ESTABILIDAD PROPIA

Cuando el empleador despide sin expresión de causa al trabajador y conculca el derecho de éste a conservar su empleo, el empleado tiene la facultad de impugnar la validez del despido arbitrario y reclamar su reincorporación al puesto de trabajo.

A su vez, la estabilidad propia reconoce una subclasificación, que parte de reconocer la nulidad del despido injustificado:

A. ESTABILIDAD PROPIA ABSOLUTA

El despido sin causa carece de eficacia. El trabajador puede ser reincorporado forzosamente al empleo, incluso contra la voluntad del empleador, compulsivamente, mediante orden judicial. Constituye la máxima garantía contra el despido arbitrario y goza de rango constitucional (art. 14 bis CN).

B. ESTABILIDAD PROPIA RELATIVA

En este caso la violación a mantener al dependiente en el puesto de trabajo si bien también produce la ineficacia del despido sin expresión de causa, la misma se enfrenta a la limitación del artículo 629 del Código Civil (CC). De acuerdo a este dispositivo del Derecho Privado, una obligación de hacer no puede cumplirse compulsivamente ejerciendo violencia sobre la persona del deudor. Por lo tanto la condena judicial se resuelve mediante el pago de una indemnización a favor del trabajador, cuando el empleador se niega a conceder la reincorporación de éste a su puesto de trabajo.

Este es el sistema de estabilidad aplicable a aquellas situaciones en que el empleador es un sujeto de derecho privado, adaptando el régimen de la estabilidad propia absoluta.

1.2.2. ESTABILIDAD IMPROPIA

Producido el despido, aunque no exista justa causa, el vínculo jurídico-laboral se disuelve, no está asegurada su subsistencia.

Aquí la doctrina y la opinión de los autores no es conteste. Para algunos se trata de un régimen de validez e ilicitud, es decir, el acto jurídico de rescisión del contrato de trabajo es válido, pero por ser violatorio del derecho a la estabilidad en el empleo configura un ilícito contractual que hace nacer en cabeza del trabajador el derecho a reclamar una indemnización, teniendo ésta última carácter sancionatorio para el empleador.

Para otros autores se trata de un acto jurídico válido y lícito, un ejercicio de las

facultades de organización y dirección de la empresa por el empleador (arts. 64 y 65 LCT) y del derecho constitucional de propiedad (art. 17 CN). En este supuesto, la indemnización debida al trabajador no tiene carácter sancionatorio sino que reconoce su fundamento ya en el tiempo de servicio prestado ya en fines de asistencia social.

Por su parte, Unzaga Domínguez (2004) siguiendo a De la Fuente, adopta otra clasificación de estabilidad, utilizando como único criterio de diferenciación el hecho de que el despido sin expresión de causa sea o no sea eficaz. Distingue así entre *estabilidad absoluta* y *estabilidad relativa*, y ésta última la subdivide en *propia* e *impropia*.

Para el autor citado la verdadera estabilidad es la estabilidad absoluta, la que garantiza la reincorporación efectiva del trabajador a su empleo, mediante la declaración de ineficacia del despido injustificado, violatorio del derecho a la conservación del puesto de trabajo. En cambio, la estabilidad relativa es una protección contra el despido arbitrario, que no asegura el mantenimiento del vínculo jurídico-laboral entre empleador y trabajador, a lo sumo puede disuadir al primero de incurrir en despidos injustificados sancionándolo con el pago de una indemnización a favor del dependiente así despedido.

Esta precisión terminológica se relaciona con la concepción que excluye la posibilidad de la recolocación forzosa efectiva del trabajador, por entenderla jurídicamente inviable, en virtud del artículo 629 CC, según el cual las obligaciones personales de hacer no pueden ser objeto de cumplimiento forzado real (Ramírez Bosco, 1985), como se precisara anteriormente.

Finalmente, la subdivisión entre estabilidad relativa propia e impropia viene dada por el hecho de que a la mencionada indemnización se le agregue o no, respectivamente, otra sustitutiva de la estabilidad. Es decir, que al trabajador se le abonen los haberes dejados de

percibir por causa del despido injustificado que le hubieran correspondido hasta encontrarse en condiciones de gozar de los beneficios jubilatorios.

1.3. LA ESTABILIDAD EN LA ARGENTINA

1.3.1. LA ESTABILIDAD DEL EMPLEADO PÚBLICO

El artículo 14 bis de la CN reza “El trabajo en sus diversas formas gozará de las protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: ...estabilidad del empleado público...”.

Una primera interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) se orientó a considerar que el término estabilidad, genéricamente enunciado en el mandato constitucional, consagraba el derecho a la estabilidad impropia y consecuentemente sostuvo: “Si bien el artículo 14 nuevo de la Constitución Nacional ampara tanto a los empleados nacionales como a los provinciales, la estabilidad que la norma consagra es la impropia, esto es, que separado el agente por la autoridad administrativa, no tiene derecho a ser reincorporado, y sí, cuando se trata de una cesantía sin causa, a obtener la respectiva indemnización”².

Este criterio partía de la afirmación que en nuestro ordenamiento federal no existe ningún derecho absoluto y que los derechos y garantías reconocidos en la CN tendrán el contenido y alcance conforme las normas que reglamenten su ejercicio, concepción apoyada en la letra del artículo 14 del texto decimonónico (Duarte, 2011).

Posteriormente, la jurisprudencia actual de la Corte, a partir del fallo “Madorrán”³ ha

² CSJN, Solanillas, César c/ Gobierno de la Provincia de Corrientes, Fallos: 279:352 (1971).

³ “... la concepción de estabilidad del empleado público introducida en el texto del artículo 14 bis de la Constitución Nacional no se compadece con la interpretación conforme a la cual no se habría establecido la garantía de estabilidad en sentido propio, que excluye, por principio, la cesantía sin causa justificada y debido proceso, y cuya violación trae consigo la nulidad de ésta y la consiguiente reincorporación, posibilitando retomar el curso de la carrera por el agente separado ilegalmente, derecho a la carrera que integra el concepto de estabilidad. Y, asimismo, que no es óbice a lo anterior que el derecho a la estabilidad, como todos los demás derechos que consagra nuestra Carta Magna, no sea absoluto, pueda ser limitado por las leyes que lo reglamentan y deba compaginarse con las demás cláusulas constitucionales, entre ellas las

expuesto claramente el significado de la estabilidad propia absoluta con que la CN protege al empleado público; y ha dejado establecido que esa garantía no puede ser alterada por un convenio colectivo que encuadre la relación laboral en un régimen de estabilidad impropia (Rodríguez Mancini, 2011).

Esta nueva interpretación del Supremo Tribunal tiene asiento en una lectura armónica de los artículos 14 bis y 28 de la CN y las normas internacionales de derechos humanos receptadas en el artículo 75 inc. 22. incorporadas en el año 1994. Por un lado, la Carta Magna establece que “el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes”, consagrando la estabilidad (propia) para el empleado público, y la protección contra el despido arbitrario (estabilidad impropia) para el dependiente privado. Por el otro, limita al legislador: “Los principios, garantías y derechos reconocidos... no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”. Finalmente, los instrumentos internacionales de derechos humanos incorporan un estándar protectorio, reconociendo el derecho a trabajar en condiciones dignas, equitativas, satisfactorias, y libremente, y el derecho a la protección contra el desempleo (Duarte, 2011).

En este orden de ideas, el despido – la decisión de la ruptura de la relación de empleo por decisión unilateral de la Administración – debe fundarse en la comisión, por parte del

atribuciones del Poder Ejecutivo que establece la Constitución Nacional. Pues esas reglamentaciones, que pueden atender al origen y regularidad de las designaciones, períodos razonables de prueba, causas justificadas de cesantía y otras disposiciones que sistematicen la carrera administrativa, no pueden desnaturalizar la efectiva aplicación de la estabilidad transformando el derecho a ser reincorporado en caso de cesantía injustificada, que es de principio y posibilita retomar el curso de aquélla, en un mero derecho indemnizatorio que, por ser de carácter sustitutivo, debe estar reservado para casos excepcionales de justicia objetiva. En particular, la estabilidad del empleado público es armonizable con las facultades atribuidas por la Constitución Nacional al Poder Ejecutivo, pues entendida ella como un todo coherente y armónico, dichas facultades deben ser ejercitadas con respeto a la estabilidad, ya que si los derechos y garantías deben ser ejercidos conforme a las leyes que los reglamentan tampoco son absolutas las potestades que se consagran en el texto constitucional (considerando 4º, ministro Argibay, por su voto)”. “Que, conforme con lo expuesto, el artículo 7º, inciso c, del CCT, al consagrar la estabilidad impropia, altera en el caso concreto la sustancia del régimen de estabilidad propia antes referido y, de este modo, lo desnaturaliza. En consecuencia, debe ser confirmada la sentencia apelada en cuanto declara inconstitucional la mencionada disposición y condena a la Administración Nacional de Aduanas a reincorporar a la actora (considerando 9º, ministros Highton de Nolasco y Maqueda). CSJN, Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas s/Reincorporación, DT. 2007-A-557 (2007).

empleado público, de un hecho que la norma respectiva prevea como justa causa de desvinculación del cargo, que el hecho le sea imputable y que haya sido acreditado por medio de un sumario administrativo en el cual el agente haya tenido oportunidad de ser oído y respetada su garantía de defensa (Las Heras et al, 2008). En caso contrario, esto es, la cesantía dispuesta arbitrariamente, es nula y de ningún efecto, y el empleado tiene el derecho a ser reincorporado a su puesto y restablecido en el pleno ejercicio de sus funciones. Esto es así, porque el acto administrativo que dispone el despido incausado es un acto ilegítimo y por lo tanto nulo, y la reinstalación del agente es la consecuencia necesaria que vuelve la situación al estado anterior, producto de la anulación del acto. Si no fuese así, se produciría el contrasentido de que el Estado podría, mediante una indemnización por despido, sanear los efectos de la irregularidad de un acto viciado de arbitrariedad, en lugar de revocarlo o anularlo (Las Heras et al, 2008; Ramírez Bosco, 1985; Unzaga Domínguez, 2004).

Es importante destacar que la inclusión del empleado público – categoría especial – en la cláusula general de la parte dogmática de la CN dirigida a los trabajadores en su totalidad, tiene su razón de ser. En este sentido, la estabilidad reconocida importa una limitación al poder del Estado o de quienes lo ejercen en nombre de él, tanto para el acceso al cargo como para impedir la expulsión indiscriminada (Duarte, 2011).

Por imperio de los artículos 5 y 31 de la Carta Magna, se entiende que la manda constitucional está dirigida, contempla y se extiende tanto a los agentes de los tres poderes del Estado y de las entidades autárquicas del nivel nacional, como a los del nivel provincial y municipal, en virtud de la relación de subordinación que existe entre el orden jurídico federal y los órdenes jurídicos provinciales, sobre los que el primero tiene prelación.

No obstante lo desarrollado sobre la fuerte protección constitucional de la estabilidad del empleado público, ésta ha reconocido distintas formas de elusión a lo largo de la historia

argentina, mediante el proceder discrecional de la Administración, amparada en disposiciones legislativas de diferente índole, convalidadas por la jurisprudencia.

En primer lugar, se observan las leyes de *prescindibilidad y racionalización administrativa*, dictadas por gobiernos autoritarios, en contextos de excepción – que constituyeron la regla – y de manera transitoria – casi permanente –, que desnaturalizaron la estabilidad prevista constitucionalmente. En este marco, el Poder Ejecutivo, no sólo eludió la estabilidad por la forma de desvinculación del empleado público de su puesto de trabajo (despido mediante una indemnización), sino que también utilizó formas de contratación de personal al margen de las pautas regladas formalmente para su nombramiento y promoción, para que en el presupuesto no figurara como personal de planta permanente (Duarte, 2011; Las Heras et al, 2008)⁴.

Estas prácticas que, como se mencionara, tuvieron su origen en los gobiernos de facto, fueron continuadas por los gobiernos democráticos⁵. La última situación descrita, la de los empleados contratados por medio de distintas formas de elusión al régimen de estabilidad, fue continuada a través de diversos mecanismos: la sujeción de ciertas áreas al régimen del empleo privado mediante manifestaciones expresas sobre su sometimiento a la LCT; la contratación de trabajadores por fuera del marco legal o contrataciones *ad hoc*; la contratación personal mediante la locación de servicios conforme el CC; y la contratación de servicios personales para tareas profesionales, proyectos y emprendimientos temporarios, entre otros, autorizadas por la ley de presupuestos (Duarte, 2011).

⁴ Diversos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, estuvieron a la zaga de estas políticas, como por ejemplo, en el caso “Leroux de Emede”. CSJN, Leroux de Emede, Patricia S. c/MCBA, Fallos: 314:376 (1991).

⁵ La Ley 23.697 de Emergencia Económica de 1989, en su artículo 46 faculta al Poder Ejecutivo Nacional para que, en el ámbito de la Administración Pública Nacional centralizada o descentralizada disponga de la baja del personal vinculado a aquélla por una relación de función o de empleo público, designado sin concurso, que gozare de estabilidad y revistiere en una de las dos máximas categorías del respectivo escalafón, estatuto u ordenamiento vigente.

Cabe aclarar que no toda contratación temporaria viola la estabilidad del empleado público, porque en determinadas situaciones, excepcionales, puede convenirse tal modalidad, si una causa da motivo a tal tipo de contratación. Pero la regla general y común, es la estabilidad propia, asegurada constitucionalmente.

Esta garantía constitucional está regulada actualmente en el orden nacional por la Ley 25.164 o Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional de 1999 y su decreto reglamentario 1421/02. A este esquema debe añadirse la Ley 24.185 de Negociación Colectiva en la Administración Pública Nacional de 1992.

La primera norma mencionada, en su artículo 3 establece que se garantiza la estabilidad en el empleo al “personal que integra el Servicio Civil de la Nación. Este está constituido por las personas que habiendo sido designadas conforme lo previsto en la presente ley, presten servicios en dependencias del Poder Ejecutivo, inclusive entes jurídicamente descentralizados”. A continuación, en el mismo artículo, en diferentes incisos se enumera una serie de empleados excluidos de esta garantía⁶. Seguidamente se aclara que “Al personal que preste servicios en organismos pertenecientes a la Administración Pública Nacional, y esté regido por los preceptos de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 (t.o. 1976), y modificatorias o la que se dicte en su reemplazo, se les aplicarán las previsiones contenidas en ese régimen normativo. En los supuestos contemplados en el párrafo anterior y en el inciso f) – el personal comprendido en convenciones colectivas de trabajo aprobadas en el marco de la Ley 14.250 (t.o. Decreto 198/88) o la que se dicte en su reemplazo – , las

⁶ Ley 25.164, Artículo 3: “Quedan exceptuados de lo establecido en el párrafo anterior: a) El Jefe de Gabinete de Ministros, los Ministros, el Secretario General de la Presidencia de la Nación, los Secretarios, Subsecretarios, el Jefe de la Casa Militar, las máximas autoridades de organismos descentralizados e instituciones de la Seguridad Social, y los miembros integrantes de los cuerpos colegiados. b) Las personas que por disposición legal o reglamentaria ejerzan funciones de jerarquía equivalente a la de los cargos mencionados en el inciso precedente. c) El personal militar en actividad y el retirado que preste servicios militares. d) El personal perteneciente a las Fuerzas de Seguridad y Policiales, en actividad o retirado que preste servicios por convocatoria. e) El personal diplomático en actividad comprendido en la Ley del Servicio Exterior de la Nación. f) El personal comprendido en convenciones colectivas de trabajo aprobadas en el marco de la Ley 14.250 (t.o. Decreto 198/88) o la que se dicte en su reemplazo. g) El clero”.

partes, de común acuerdo, podrán insertarse en el régimen de empleo público, a través de la firma de convenios colectivos de trabajo, tal como regula el inciso j) de la Ley 24.185⁷ y de acuerdo a las disposiciones de dicha norma”.

Según el artículo 7 “El personal podrá revisar en el régimen de estabilidad, en el régimen de contrataciones...”; y conforme el artículo 8 “El régimen de estabilidad comprende al personal que ingrese por los mecanismos de selección que se establezcan, a cargos pertenecientes al régimen de carrera...”. Y el artículo 9 introduce la diferencia, en palabras de Rodríguez Mancini (2011), entre los que integran la planta permanente y los que pertenecen a lo que el autor a dado en llamar *planta transitoria*. Este precepto reza “El régimen de contrataciones de personal por tiempo determinado comprenderá exclusivamente la prestación de servicios de carácter transitorio o estacionales, no incluidos en las funciones propias del régimen de carrera, y que no pueden ser cubiertos por personal de planta permanente. El personal contratado en esta modalidad no podrá superar en ningún caso el porcentaje que se establezca en el convenio colectivo de trabajo, el que tendrá directa vinculación con el número de trabajadores que integren la planta permanente del organismo. Dicho personal será equiparado en los niveles y grados de la planta permanente y percibirá la remuneración de conformidad con la correspondiente al nivel y grado respectivo”.

De lo expuesto se concluye que la directiva constitucional de estabilidad del empleado público, regulada por la ley 25.164 como principio general y las normas de menor rango que reglamentan su ejercicio en los distintos ámbitos de la Administración, reconoce gran cantidad de excepciones que excluyen de la protección a un número considerable de personas, continuando una lamentable tradición histórica en la Argentina sobre la materia.

⁷ Ley 24.185, Artículo 3: “Quedan excluidos de la aplicación de la presenta normativa: ... j) Los sectores de la Administración Pública Nacional que a la fecha de la sanción de esta Ley se encuentren incorporados al régimen de las convenciones colectivas de trabajo a no ser que por acuerdo de las partes se optara por el sistema que aquí se establece”.

1.3.2. LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO DEL TRABAJADOR PRIVADO

La expresión *protección contra el despido arbitrario* contenida en el artículo 14 bis de la CN dirigida a la generalidad de los trabajadores, que comprende a los del sector privado, ha tenido distintas lecturas en la doctrina y en la jurisprudencia.

Por un lado, se ha sostenido que la estabilidad propia absoluta, tal lo entiende actualmente la CSJN, es la garantía con la cual se protege el trabajo del empleado público; quedando para el dependiente del sector privado la protección mediante la estabilidad propia relativa o la estabilidad impropia, pues de lo contrario tal derecho a la estabilidad propia absoluta tendría los caracteres de un derecho real sobre el patrimonio ajeno, afectando otros derechos reconocidos en la propia Carta Magna, como el derecho de propiedad privada, la libertad de contratar, la de ejercer la industria y el comercio. Porque mientras el poder discrecional es la excepción en la Administración Pública, es la regla en las relaciones de orden privado, no siendo posible obligar a un empleador a reincorporar en su empresa al dependiente del cual desea prescindir de sus servicios (Unzaga Domínguez, 2004).

En este sentido, la máxima protección para los trabajadores del sector privado contra el despido arbitrario estaría dada por la estabilidad propia relativa. Producida la ruptura del contrato de trabajo en forma incausada, el trabajador demanda la reincorporación por vía judicial o ante un organismo especial. Si la sentencia hace lugar a la demanda y dispone la reinstalación, deja sin efecto la cesantía, declara nulo el despido y el vínculo jurídico-laboral continúa produciendo sus efectos normales. Si el empleador se niega a otorgar la readmisión al puesto de trabajo, debe abonar al trabajador el pago de los salarios dejados de percibir hasta que éste se encuentre en condiciones de gozar de los beneficios jubilatorios. Esto es así porque desde el momento en que el despido injustificado es dejado sin efecto, el vínculo

laboral renace en forma normal, y el dependiente continúa poniendo a disposición de su empleador su fuerza de trabajo, motivo por el cual este último debe pagarle las remuneraciones, porque el hecho de que no utilice los servicios del trabajador no lo libera de su obligación. En este caso, lo que percibe el trabajador reviste el carácter de salario. La idea que respalda esta concepción es que el contrato de trabajo subsiste.

Cabe precisar que la estabilidad propia relativa no habilita al empleador a optar entre la readmisión del trabajador y el pago de las compensaciones económicas. La reincorporación es jurídicamente obligatoria, no facultativa, no obstante, no puede imponerse contra la voluntad del empleador (Unzaga Domínguez, 2004). Esto es así porque la reinstalación forzosa del trabajador encuentra una valla insalvable en el artículo 629 del CC que en materia de obligaciones de hacer prohíbe el ejercicio de la fuerza sobre la persona del deudor⁸.

En nuestro país se conoció este tipo de protección para los empleados bancarios y de compañías de seguros, reaseguro, capitalización y ahorro. La ley que reguló la actividad fue la 12.637 de 1940 para los primeros, que luego se hizo extensiva a los segundos mediante el decreto 12.366 de 1945. Pero recién en su decreto reglamentario 20.268 de 1946 se previeron las consecuencias de la violación por parte de la entidad bancaria al principio de estabilidad. Así se dispuso que el empleador que despedía injustificadamente al empleado que hubiera prestado más de 6 meses de servicios y no cumplía con la sentencia judicial de reinstalación, debía abonarle las remuneraciones dejadas de percibir hasta que lo reincorporara o hasta que el trabajador se encontrara en condiciones de jubilarse en razón de la edad. En el año 1959 se

⁸ Otros autores entienden que la obligación de reinstalación no es una obligación de hacer. Así Pla Rodríguez, citado por Unzaga Domínguez (2004) sostiene que la obligación principal que contrae el empleador al celebrar el contrato de trabajo es la de pagar la retribución convenida, que es una obligación de dar. El dependiente despedido sin justa causa que reclama el cumplimiento del contrato, ofrece cumplir su prestación – pone su fuerza de trabajo a disposición del empleador – y reclama su remuneración. Esta exigencia no hace nacer ninguna obligación nueva en cabeza del empleador, es decir, no está obligado a proporcionar trabajo, a reincorporar al trabajador en el puesto de trabajo, sólo a pagarle la remuneración convenida.

dictó un nuevo decreto que modificó de 6 meses a 5 años el tiempo de servicio para tener derecho a la estabilidad (Ramírez Bosco, 1985; Unzaga Domínguez, 2004)⁹.

Este sistema tuvo vigencia hasta 1969, año en que la CSJN dicta sentencia en el caso “De Luca”. Los actores Domingo Alberto Rinaldi y José Eduardo Luca habían sido cesanteados por participar en una huelga decretada por el gremio bancario. Solicitan su reincorporación, y siendo negada ésta por la entidad bancaria empleadora, demandan el cobro de una suma equivalente a las remuneraciones que les hubieran correspondido percibir de haber continuado trabajando hasta encontrarse en edad de jubilarse. El Superior Tribunal declaró que el mecanismo de la Ley 12.637 era contrario a la CN, sosteniendo “...que resulta a todas luces exorbitantes, carente de razonabilidad y lesivo a la garantía de propiedad, excede la razonable proporción con el perjuicio sufrido ... el pago a que se refiere el art. 6 apart. 3 del Dto. 20.268/46 al consagrar el privilegio de percibir un sueldo sin contraprestación de trabajo, viene a constituirse en una especie de renta vitalicia gratuita fundada en la sola voluntad del legislador, que asegura a sus beneficiarios una ganancia cierta sin actividad alguna de su parte...”¹⁰. Consecuentemente, el fallo de la Corte hace lugar al recurso extraordinario, revocando la sentencia del Tribunal Bancario, reconociendo a los actores sólo el derecho a las indemnizaciones correspondiente por antigüedad.

Este criterio fue repetido en fallos posteriores dando lugar a que en 1970 mediante

⁹ En el sistema vigente en ese momento, el trabajador bancario o de compañía de seguros que consideraba que no había justa causa para el despido tenía dos opciones a su elección: a) Presentarse ante el Tribunal Bancario (único competente para conocer sobre la reincorporación) solicitando la reinstalación. Si éste se pronunciaba a favor de la nulidad del despido incausado, el contrato de trabajo mantenía su vigencia, y la entidad bancaria debía restablecer la situación a su estado anterior, abonando las remuneraciones dejadas de percibir y proporcionando ocupación efectiva al empleado. Si la entidad bancaria se negaba a cumplimentar sus obligaciones, el trabajador tenía derecho a más de la indemnización por antigüedad a todas las remuneraciones que le correspondieran hasta que se agotara el término de su estabilidad, esto es, hasta encontrarse en condición de gozar de los beneficios jubilatorios en razón de la edad. b) Acudir ante la Justicia del Trabajo demandando sólo la indemnización por antigüedad. Esto es así, porque podía ocurrir que después del despido el empleado no tuviera interés en reincorporarse a su antiguo trabajo, ya sea porque hubiera encontrado otra ocupación, o por cualquier otro motivo. En este supuesto, el tribunal del trabajo era competente para conocer sobre esa demanda, y si hacía lugar a la misma considerando que el despido fue injustificado, el trabajador se hacía acreedor a la indemnización por antigüedad (Unzaga Domínguez, 2004).

¹⁰ CSJN, De Luca, José E. y otro c/ Banco Francés del Río de la Plata, Fallos: 273:87 (1969).

Ley 18.598 se modifique el régimen de los empleados bancarios y de compañías de seguro, eliminando el principio de la estabilidad propia relativa. No obstante, como señalan Las Heras et al (2008) su reemplazo por un régimen de estabilidad impropia era residual, pues el sistema permitía al trabajador que se consideraba despedido sin justa causa, peticionar su reincorporación. Si era acreditado que el despido había sido injustificado, el mismo era declarado nulo y el empleado tenía derecho a la reinstalación en su puesto de trabajo y a percibir las remuneraciones devengadas durante la tramitación del proceso. Recién en el caso en que la entidad bancaria se negara a efectivizar la reincorporación, nacía en cabeza del trabajador el derecho a percibir una indemnización¹¹. Finalmente esta normativa fue derogada en el año 1981 por la Ley 22.425 por la que resulta aplicable a este grupo de trabajadores el régimen general de la LCT.

Actualmente la Ley 20.160 que regula el estatuto de los futbolistas profesionales podría encuadrarse en un régimen de estabilidad propia relativa *atenuada*. Teniendo presente la limitación temporal establecida para los contratos – no podrán ser inferiores a un año ni mayores a cuatro años –, el despido sin justa causa da derecho al trabajador a reclamar y percibir una indemnización equivalente a las remuneraciones que le corresponderían hasta el término de espiración del contrato de trabajo (Las Heras et al, 2008).

Por su parte, la estabilidad impropia sólo acuerda al trabajador despedido arbitrariamente la indemnización establecida por la LCT en su artículo 245. La protección contra el despido arbitrario se resuelve en una indemnización, – ya sea que se la entienda por daños y perjuicios, por tiempo de servicio prestado, o con carácter de institución de seguridad

¹¹ El régimen indemnizatorio de la Ley 18.598 era muy superior al régimen general. El mismo preveía que: a) Cuando la antigüedad en el empleo sea inferior a cinco años, el importe equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio o fracción superior a tres meses. b) Cuando la antigüedad en el empleo fuera mayor de cinco años e inferior a veinticinco años, el importe equivalente a un mes y medio de sueldo por cada año de servicio. c) Cuando la antigüedad en el empleo fuera de veinticinco años o más el importe equivalente a dos meses de sueldo por cada año de servicio.

social – siendo el acto de despido válido, comprendido en las facultades de organización y dirección de la empresa del empleador (arts. 64 y 65 LCT) y en ejercicio de su libertad de ejercer la industria, el comercio, y disponer de su propiedad (arts. 14 y 17 CN). Éste es el régimen consagrado para la generalidad de los trabajadores del sector privado.

Los estatutos especiales vigentes establecen esta modalidad de estabilidad. Las Heras et al (2008) advierten la existencia de tres grupos diferenciados. Por un lado, aquellos estatutos que sólo remiten al régimen general de estabilidad impropia de la LCT en forma expresa, como el estatuto de choferes particulares (Ley 12.897), el de viajantes de comercio (Ley 14.546), el de peluqueros (Ley 23.947); o en forma tácita o por omisión como el estatuto de enfermeros (Ley 24.004), el de kinesiólogos y fisioterapeutas (Ley 24.317), o el de trabajo a domicilio (Ley 12.713). Por el otro, los estatutos que sin apartarse del régimen general de estabilidad impropia, imponen la obligación de sustanciar un sumario administrativo previo en los despidos con causa, cuya inobservancia produce las mismas consecuencias indemnizatorias que el despido sin causa. Por ejemplo, el estatuto de los profesionales del arte de curar y el de docentes particulares. Finalmente se encuentran los estatutos que reproducen el régimen general de estabilidad impropia pero introduciendo algunas modificaciones que redundan en mejoras indemnizatorias, incrementando la base del cálculo y sin limitación de tope alguno, como los estatutos de los periodistas y de los encargados de casas de renta.

Los autores citados señalan el caso particular que constituye el estatuto de los obreros de la industria de la construcción, que instaura un régimen de inestabilidad absoluta, es decir, ausencia total de protección contra el despido arbitrario. El mismo establece un mismo sistema de pago, ya sea que la ruptura del contrato de trabajo se produzca por voluntad del empleador o del trabajador, y en el primer caso, éste no debe alegar las causas de la extinción

de la relación laboral, permitiéndole prescindir de los servicios del empleado discrecionalmente. Esta excepción encuentra justificación en la índole de la actividad de la industria particular, y como tal debe ser de interpretación restrictiva. No obstante, advierten los autores que ante un despido injustificado que no respondiera a la finalización objetiva de la obra, podría sostenerse que se trata de un despido arbitrario y, consecuentemente, demandar la inconstitucionalidad del estatuto particular, por no proteger contra el despido arbitrario.

Otra interpretación entiende que el constituyente de 1957 no prohibió la estabilidad propia absoluta en el empleo privado, si ésta es establecida convencionalmente por medio de un convenio colectivo de trabajo, ya sea de actividad o de empresa, o bien por vía de un acuerdo individual previamente concertado entre el empleador y el trabajador.

Se ha sostenido, en este sentido, que la estabilidad propia absoluta concertada por vía convencional privada, más allá de su conveniencia y su posibilidad en el sistema de producción y organización empresaria actual, en tanto no violente la lógica jurídica, integra el ámbito propio de negociación en este nivel. En la medida que la representación de los empleadores en la concertación esté investida de legitimidad suficiente, un compromiso de esta índole (otorgar trabajo hasta que el empleado esté en condiciones de acceder a los beneficios jubilatorios, importante restricción a los poderes del empleador) tendrá su compensación a través del sistema de concesiones recíprocas que caracteriza este tipo de negociaciones, por ejemplo que los representantes de los trabajadores hayan cedido salarios o condiciones de trabajo.

En otro orden de ideas, comparando la estabilidad propia absoluta de fuente estatal establecida por la Ley 12.637, atacada de inconstitucional por la CSJN en el caso “De Luca”, con las cláusulas de estabilidad propia absoluta pactadas mediante acuerdos convencionales,

se ha señalado el carácter permanente de la primera, en contraposición a la transitoriedad de las segundas. En este sentido, en los convenios colectivos de trabajo, los contratantes generan normas provenientes de la autonomía de la voluntad colectiva, limitadas por el régimen aplicable de la Ley 14.250 en relación a su plazo de vigencia. En consecuencia, dicha cláusula garantiza al trabajador la conservación de su puesto de trabajo mientras mantenga su efectividad, es decir, durante el plazo de vigencia del convenio respectivo, y a su vencimiento, puede ser modificada o eliminada por un convenio posterior de igual ámbito (Las Heras et al, 2008).

Unzaga Domínguez (2004) efectúa una serie de precisiones sobre el tema. Sostiene que en el marco de las convenciones colectivas de actividad, existe una posible incompatibilidad entre un sistema de estabilidad propia absoluta y determinadas garantías constitucionales, tales como la libertad de contratar, de ejercer el comercio y la industria¹², porque por vía heterónoma se impone una modalidad que limita ese campo de decisión futura de los empleadores. En este supuesto, es preciso tener en cuenta que en función del ámbito de comprensión profesional y geográfico de este tipo de acuerdos, los representantes de las partes – en el caso de los empleadores, designados por un grupo o por la autoridad de aplicación, pero no por cada uno de los involucrados en el convenio – cuentan con facultades para resolver cuestiones atinentes a las condiciones de trabajo y salarios, pero requerirían de

¹² En este sentido se pronuncia la CSJN en el caso “Nazar, Luis Marcelo c/ Asociación Trabajadores de la Industria Lechera”. Sostiene el Máximo Tribunal que la condena a reincorporar al dependiente y pagarle salarios sin contraprestación efectiva de servicios es irrazonable en tanto suprime el poder discrecional de los empleadores en lo concerniente a la integración de su personal conculcando la garantía del artículo 14 de la CN que consagra la libertad de comercio e industria; que es lesiva de la garantía de propiedad la obligación de pagar remuneraciones que no responden a contraprestación de trabajo alguno, ni pueden considerarse que son indemnizatorias de daños por falta de trabajo; que una vez rota la relación laboral con motivo de un despido injusto, debe reconocerse el derecho del trabajador a reclamar una indemnización razonablemente proporcionada. CSJN, Nazar, Luis M. c/ Asociación Trabajadores de la Industria Lechera de la República Argentina, Fallos: 302:319 (1980). Idéntico criterio sostuvo posteriormente la Corte en el caso “Loma Negra”, revocando la sentencia de la Cámara Segunda del Trabajo de San Juan que condenaba al empleador a reincorporar a los actores y abonarles los salarios dejados de percibir mientras se mantuviera vigente la relación laboral, con sustento en el artículo 56 del Convenio Colectivo de Trabajo 40/75 de los trabajadores de la industria del cemento que establecía la estabilidad absoluta. CSJN, Figueroa, Oscar F. y otro c/ Loma Negra, C.I.A S.A., DT. 1984-B-1809 (1984).

un mandato especial para negociar materias que las excedan, dentro de las cuales se ubicaría la ruptura incausada de la relación laboral.

El autor citado señala que esta crítica no se aplicaría y resultaría factible admitir un sistema de estabilidad propia absoluta concertado por vía autónoma. Esta vía incluye, por un lado, a las convenciones de trabajo a nivel de empresa¹³, en la medida que es el propio interesado el que toma la decisión – como se ha destacado más allá de su conveniencia, prudencia o posibilidad efectiva de cumplimiento – de limitar su campo de libre decisión de contratar futuro. Mientras que no se demuestre que alguna de las partes en la negociación ha obrado con abuso del derecho, ha inducido a la otra a que actuara adoleciendo algún vicio del consentimiento o se ha violado el interés general, el acuerdo produce los efectos jurídicos que las partes han tenido en miras al concertarlo. Por otra parte, con mayor razón aún, se aplica esta solución a las relaciones laborales individuales, en las que las partes, empleador y trabajador, negocian una cláusula de estabilidad propia absoluta en forma directa y personal. En ninguno de estos dos últimos casos apuntados podría alegarse la imposición de una decisión de un tercero.

1.3.3. LA ESTABILIDAD DEL REPRESENTANTE GREMIAL

El artículo 14 bis de la CN otorga a los representantes gremiales “...las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo.”

La protección contra el despido arbitrario que representan la estabilidad propia relativa y la estabilidad impropia para el trabajador privado, encuentran una excepción en el caso del trabajador que en el ámbito de la actividad privada representa los intereses de sus

¹³ No obstante, cuando a la CSJN le tocó fallar en el caso “Pelaia” en el que se discutía la validez de una cláusula pactada en el marco de un convenio colectivo de empresa, por medio de la cual se garantizaba al trabajador la estabilidad absoluta, sostuvo que la violación de la garantía del artículo 17 de la Constitución Nacional aparecía manifiesta, manteniendo su doctrina tradicional en la materia. CSJN, Pelaia, Aurelio P. c/ Sadaic, Fallos: 315:1441 (1992).

compañeros, al cual la manda constitucional le concede estabilidad propia absoluta. Esto se desprende de que ha sido consagrada en los mismos términos tanto para el empleado público como para el dirigente sindical, con la fórmula *estabilidad en el empleo*.

Esta disposición constitucional está dirigida tanto al Estado como a los empleadores privados, ya que ambos deben asegurar la gestión sindical (Las Heras et al, 2008). Al primero, porque al estar contenida en la parte dogmática de la CN, entre las declaraciones, derechos y garantías que limitan las potestades del Estado, éste debe garantizar la libertad individual de los representantes gremiales, en este caso particular. A los segundos, porque si bien el artículo 14 bis de la CN es operativo, se afirma esta protección especial a los trabajadores agremiados mediante la sanción de una ley específica cuyas disposiciones limitan los poderes discrecionales de los empleadores en la relación laboral.

Al respecto, la Ley 23.551 de Asociaciones Sindicales (LAS) es el régimen actualmente vigente¹⁴. La misma establece que los delegados de personal, las comisiones internas y organismos similares que operen en el lugar de trabajo, la sede de la empresa o el establecimiento al cual estén afectados (art. 40), como así también los trabajadores que ocupen cargos electivos o representativos en asociaciones sindicales con personería gremial, en organismos que requieran representación gremial, o en cargos políticos en los poderes públicos (art. 48) (también los candidatos no electos), no podrán ser despedidos, suspendidos

¹⁴ Con anterioridad a su sanción, desde 1957 se promulgaron una serie de leyes que delinearón la protección de la función sindical del trabajador con criterios disímiles. En 1958, la Ley 14.455 establecía un régimen de estabilidad propia absoluta durante todo el tiempo que dure el desempeño del cargo sindical y hasta un año después, para los delegados de personal, los miembros de comisiones internas y para quienes tuvieran cargos representativos de carácter gremial similares. Posteriormente, la Ley 20.615 de 1973 creó el Fuero Sindical que disponía que con relación a estos trabajadores el empleador no podía adoptar medidas tales como despidos, suspensiones o modificaciones de las modalidades de la prestación de servicios sin que mediara previamente una resolución del Tribunal Nacional de Relaciones Profesionales que excluya de la tutela al empleado involucrado. El incumplimiento de este procedimiento o el rechazo del tribunal a la pretensión del empleador traía aparejada la nulidad de la medida, y en caso de despido, la obligación de reincorporar al trabajador y abonarle los salarios caídos. Finalmente, la Ley 22.105 dictada durante el gobierno militar de 1976 instaló un sistema de estabilidad impropia agravada, que habilitaba el despido sin justa causa del trabajador que se desempeñara como representante gremial, debiendo el empleador abonar además de las indemnizaciones previstas por la LCT los salarios pendientes hasta la finalización del mandato y hasta un año posterior a la finalización de sus funciones (Las Heras et al, 2008).

sin justa causa, ni modificadas sus condiciones de trabajo (art. 50), si no mediara resolución judicial previa que los excluya de la garantía de tutela sindical. La violación por parte del empleador de estas disposiciones dará derecho al trabajador afectado a demandar judicialmente, por vía sumarísima, la reinstalación en su puesto, con más los salarios caídos durante la tramitación judicial, o el restablecimiento de las condiciones de trabajo. Dispuesta la reincorporación, el juez puede aplicar al empleador contumaz las astreintes del artículo 666 bis del CC, durante el período de vigencia de la estabilidad. El trabajador que a su opción decida considerar extinguido el vínculo laboral en razón de la conducta del empleador, colocándose en situación de despido indirecto, tendrá derecho a percibir, a más de la indemnización por despido, una suma equivalente al importe de las remuneraciones que le hubieran correspondido por el tiempo restante del mandato y al año de estabilidad posterior (art. 52).

1.4. LA ESTABILIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO

Nuevas interpretaciones de la CN, a la luz del Derecho Internacional imperativo en el orden interno, particularmente a partir de la reforma constitucional de 1994 y la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22), a tendido una considerable repercusión en el abordaje de temas centrales del Derecho del Trabajo, entre ellos, la estabilidad laboral (Arese, 2011).

Motivo por el cual no puede obviarse el análisis de los instrumentos internacionales más relevantes en la materia, ya sea que traten la estabilidad en el empleo de forma directa o de manera indirecta, a través, por ejemplo, de la exigencia de justificación de la extinción de la relación laboral o instituyendo la obligación de reincorporar al dependiente cuando el despido ha sido declarado sin efecto.

1.4.1. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: CONVENIO 158 Y RECOMENDACIÓN 166

La estabilidad en el empleo y su violación a través de los despidos incausados estuvo presente en las temáticas abordadas por la Organización Internacional del Trabajo (OIT). En 1950, la Conferencia General de la OIT, advirtiendo la carencia de normas internacionales sobre la terminación de la relación de trabajo, encomendó a la Oficina la preparación de un informe sobre la legislación y la práctica nacionales en la materia. Resultado de este estudio fue la adopción, en 1963, de la Recomendación sobre la Terminación de la Relación de Trabajo N° 119, primer instrumento internacional del trabajo dedicado a la cuestión en tratamiento. El mismo versó sobre la necesidad de justificación de la extinción de la relación del trabajo, el preaviso, el derecho al recurso y el derecho a una adecuada indemnización, la protección de los ingresos y del empleo del trabajador (Unzaga Domínguez, 2004).

Este instrumento es el antecedente del Convenio sobre la Terminación de la Relación de Trabajo N° 158 y la Recomendación sobre la Terminación de la Relación de Trabajo N° 166, ambos de 1982, adoptados por la Conferencia General de la OIT.

Argentina, a la fecha, aún no ha ratificado¹⁵ estos instrumentos. No obstante, su análisis en el presente Trabajo Final de Grado se justifica en virtud de lo expresado por la Observación General de la Comisión de Expertos sobre el Convenio sobre la Terminación de la Relación de Trabajo N° 158, adoptada en su 79° reunión, en 2008. En la misma, la Comisión expresa que “los principios del Convenio son una fuente de derecho importante para los juzgados del trabajo y los tribunales laborales en los países que ratificaron y aún en

¹⁵ Los países que han ratificado el Convenio son Antigua y Barbuda, Australia, Bosnia y Herzegovina, Camerún, Chipre, Eslovenia, Eslovaquia, España, Etiopía, Ex República Yugoslava de Macedonia, Finlandia, Francia, Gabón, Lesotho, Letonia, Luxemburgo, Malawi, Marruecos, Montenegro, Namibia, Niger, Papua Nueva Guinea, Portugal, República Bolivariana de Venezuela, República Centroafricana, República de Moldova, República Democrática de Congo, Santa Lucía, Serbia, Suecia, Turquía, Ucrania, Uganda, Yemen, Zambia. Cabe destacar el caso de Brasil que ratificó el Convenio en 1995, pero no obstante, 23 meses después, en 1996, lo denunció por no ajustarse a su Constitución.

aquellos que no lo han ratificado” (OTI, 2009, www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/----ed-norm/----normes/documents/meetingdocument/wcms_171432.pdf). En este sentido, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en un fallo del 10 de marzo de 1999, sostuvo que “dada la globalización de los derechos humanos cabe interpretar esta causa a la luz del Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo (22-6-82) sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador porque esa norma expresa la conciencia ética media de la humanidad respecto de las facultades del empleador en este tema... Este convenio no ha sido ratificado por Argentina, pero sus consideraciones penetran el ordenamiento nacional a través de los principios generales del Derecho, por lo que fundamenta eficazmente cualquier decisión judicial”¹⁶.

De la lectura del preámbulo del Convenio 158 se desprende que los motivos que orientaron su suscripción por la Conferencia General fueron que desde la adopción de la Recomendación N° 119 de 1963 se registraron avances en la materia tanto en la legislación como en la práctica de los Estados miembros, fomentado de esta manera la estabilidad en el empleo, aspecto sustancial del derecho al trabajo, así como las graves problemas que plantean las dificultades económicas y los cambios tecnológicos, motivos por los cuales se tornaba necesario la adopción de nuevas normas internacionales relativas a la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador¹⁷.

El Convenio 158 establece el principio fundamental de la justificación de la extinción de la relación laboral, es decir, no se podrá dar término a la misma sin una justa causa, ya sea que la misma se relacione con la capacidad o conducta del trabajador¹⁸ o se base en las

¹⁶ CNAT Sala V, Cassi, Felipe c/ Policlínica Privada de Cirugía y Medicina S.A., DT. 1999-B-2271 (1999).

¹⁷ El ámbito de aplicación del Convenio es la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, no comprendiendo la terminación de la relación del trabajo por iniciativa del trabajador o mediante un acuerdo negociado libremente por ambas partes, como tampoco los casos de renuncia del trabajador o cuando éste se acoge a la jubilación por voluntad propia (OIT, 2009).

¹⁸ La incapacidad del trabajador puede revestir dos formas: por una parte, puede obedecer a una falta de

necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio¹⁹ (art. 4). Este es el artículo central del Convenio, pues instituye la estabilidad laboral, como conservación de la relación de trabajo que sólo puede ser finalizada en el medida que exista causa justificada para su terminación. Consecuentemente, el empleador pierde la facultad de disponer unilateral y discrecionalmente del vínculo laboral de duración indeterminada, mediante la notificación de un preaviso, o el pago de una indemnización.

Asimismo, el Convenio 158 enumera una serie de motivos que no constituyen causa justificada para la terminación de la relación de empleo: la afiliación a un sindicato, o la participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo; ser representante de los trabajadores, actuar o haber actuado en esa calidad; presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes; la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social; la ausencia del trabajo durante la licencia por maternidad (art. 5); y la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión (art. 6).

La Recomendación N° 166, cuyas disposiciones son complementarias del Convenio,

calificación o aptitud necesaria para ejecutar las tareas propias del puesto, es decir, una insuficiencia profesional que redunde en un desempeño insatisfactorio; por la otra, ser consecuencia de un accidente o enfermedad que lo inhabilite parcial o totalmente para desempeñar las tareas del cargo que ocupa o de cualquier otro. La conducta del trabajador a que hace referencia la norma, también se encuadra en dos categorías diferentes: por un lado, la mala ejecución de las tareas para cuya realización es empleado el dependiente, por negligencia en el trabajo, violación de los reglamentos de la empresa o desobediencia a órdenes legítimas; por el otro, es el comportamiento reprehensible, una falta profesional que deriva en un procedimiento disciplinario que de acuerdo a su gravedad culmina con la terminación de la relación laboral como falta de comportamiento, como por ejemplo indisciplina, violencia, agresión, injurias, perturbación de la tranquilidad en el lugar de trabajo, entre otras. Los supuestos relacionados con la conducta del trabajador se diferencian de aquellos vinculados a su capacidad en la medida en que en los primeros se establece un grado de culpabilidad por parte del trabajador (OIT, 2009; Unzaga Domínguez, 2004).

¹⁹ Los motivos que guardan relación con las necesidades del funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio son causas de índole económica, tecnológica, estructural o similar que pueden dar lugar a terminaciones de carácter individual o colectivo, involucrando una reducción de personal o el cierre de la empresa. Esta causal, a diferencia de la relacionada con la capacidad o conducta del trabajador, no es inherente a su persona, le es ajena (OIT, 2009).

como proposiciones que el organismo internacional efectúa a sus países miembros, añade dos causas que no podrán justificar la terminación de la relación de trabajo, a saber: la edad, sin perjuicio de la legislación y práctica nacionales respecto a la jubilación y la ausencia del trabajador debido al servicio militar obligatorio o al cumplimiento de obligaciones cívicas (párr. 5).

El artículo 7 del Convenio establece que no podrá darse por terminada la relación de trabajo de un empleado por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados en su contra, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad. Esta disposición exige que los cargos se expresen y se pongan en conocimiento del trabajador, sin ambigüedades, antes de la finalización de la relación laboral. El espíritu que informa esta norma es el derecho de defensa del trabajador, por un lado y asegurar que la decisión del empleador esté precedida de la debida reflexión, por el otro. De esta forma se integra el sistema de protección eficaz contra el despido injustificado, pues a la disposición de fondo que impone la obligación de justificar la terminación de la relación de trabajo, se le suman procedimientos que garantizan su cumplimiento, ya sea que deban seguirse antes de finalizar la relación, como la contemplada en el artículo analizado, ya en el momento de plantear el recurso contra esa decisión.

La Recomendación complementa este artículo disponiendo que todo trabajador tendrá derecho a contar con la asistencia de otra persona cuando se defiende de los cargos formulados con respecto a su conducta o su trabajo que pudiera dar lugar a despido (párr. 9). Asimismo prevé la posibilidad de que el empleador entable consultas con los representantes de los trabajadores antes de adoptar una decisión definitiva en los casos de terminación individual de la relación de trabajo (párr. 11). Con el fin de rodear de mayores garantías y

asegurar el derecho de defensa del trabajador cuyo vínculo laboral vaya a extinguirse, la Recomendación contempla que el empleador debería notificar por escrito al trabajador la decisión de dar por terminada la relación de trabajo (párr. 12), y que el trabajador despedido debería tener derecho a que su empleador le extienda una constancia por escrito en la que exponga el motivo o los motivos de su terminación (párr. 13)

Producida la extinción de la relación de trabajo, si ésta es considerada injustificada por el trabajador, el Convenio le acuerda el derecho a recurrir la decisión del empleador ante un organismo neutral, judicial o arbitral, con facultades para conocer sobre la justificación de la terminación. A fin de que el trabajador no deba asumir por sí solo la carga de la prueba, se dispone que las legislaciones nacionales, al momento de instrumentar el recurso, deberán prever, alternativa o conjuntamente, dos posibilidades: a) que la carga de la prueba de la existencia de justa causa recaiga exclusivamente sobre el empleador; b) que los organismos competentes para entender del recurso estén facultados para decidir si la causa invocada constituye justa causa atendiendo a las pruebas aportadas por las partes y de conformidad con los procedimientos establecidos por la legislación y la práctica nacionales (arts. 8 y 9).

Por su parte, la Recomendación N° 166 en su párrafo 14 prevé la posibilidad de un procedimiento de conciliación antes de imponer el recurso o durante su tramitación; y en el párrafo siguiente hace pesar sobre las autoridades públicas, los representantes de los trabajadores y las organizaciones de trabajadores la responsabilidad del esfuerzo por asegurar que los trabajadores cuenten con información suficiente acerca de sus posibilidades sobre el recurso de que disponen.

Si el organismo neutral que entiende sobre la terminación de la relación de trabajo concluye que ésta es injustificada, pero en virtud de la legislación y práctica nacionales no tuviera facultades o no fuera posible anular el despido y ordenar o proponer la readmisión del

trabajador, estará facultado para ordenar el pago de una indemnización u otra reparación adecuada (art. 10). Como se desprende del propio artículo, el Convenio da preferencia a la anulación de la terminación y a la reincorporación del trabajador en su puesto de trabajo, como medios de reparación del despido injustificado, garantizando la estabilidad en el empleo y permitiendo al trabajador recuperarlo, conservando los derechos adquiridos en concepto de años de servicio. No obstante, si no fuera posible la reinstalación, se prevé una indemnización adecuada, que se diferencia de la indemnización compensatoria por falta de preaviso y de la indemnización por fin de servicios.

Sobre el plazo de preaviso el Convenio establece que los trabajadores cuya relación laboral vaya a darse por terminada tendrán derecho a un plazo de preaviso razonable o, en su caso, a una indemnización sustitutiva, a menos que sean culpables de una falta grave de entidad tal que vuelva irrazonable pedir a sus empleadores que continúen empleándolos (art. 11). El objetivo de esta obligación es evitar que la decisión de despido inmediato sorprenda al trabajador, y paliar sus consecuencias perjudiciales. La finalidad del preaviso es que el trabajador cuente con un período para adaptarse a su nueva situación y buscar otro empleo (OIT, 2009). Al respecto, la Recomendación N° 166 es su párrafo 16 establece que el trabajador debería tener derecho a períodos de tiempo libre razonables, sin pérdida de remuneración, acordados convenientemente entre ambas partes, a fin de buscar otro empleo.

Cuando la relación de trabajo haya sido finalizada, para proteger los ingresos de los trabajadores, estos tendrán derecho a una indemnización por fin de servicios o a otras prestaciones análogas, a prestaciones del seguro de desempleo de un régimen de asistencia a los desempleados o de otras formas de seguridad social, o a una combinación de todas ellas (art. 12).

Estas tres indemnizaciones varían en función del criterio que se tenga para fijar su

monto: en el caso de la indemnización por terminación injustificada de la relación laboral prescrita en el artículo 10, esta debe ser adecuada, quedando a criterio del órgano competente su determinación; la indemnización del artículo 11 sustitutiva del preaviso debe contemplar la situación de que se privó al trabajador de su derecho a conocer con antelación la decisión del empleador en un tiempo razonable; y finalmente, la indemnización por fin de servicios prevista en el artículo 12 se calcula según los criterios fijados por las legislaciones y prácticas nacionales, generalmente en función de la antigüedad y el salario (Unzaga Domínguez, 2004).

1.4.2. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES Y OBSERVACIÓN N° 18

Dentro del sistema universal de derechos humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), se encuentra el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) (1966)²⁰ que en su artículo 6 establece: “1. Los Estados Partes del presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán las medidas adecuadas para garantizar este derecho.

2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación técnico-profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana.”

²⁰ Argentina ratificó el PIDESC el 8 de agosto de 1986. A partir de la reforma constitucional de 1994 y su expresa inclusión en el artículo 75 inciso 22 de la Carta Magna, adquiere rango constitucional.

El artículo transcrito refiere y redefine el derecho a trabajar, indicando dos garantías al respecto: a) la adopción de medidas adecuadas por el Estado; b) la plena efectividad del derecho (Arese, 2011).

La Observación General N° 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) de la ONU, aprobada el 24 de noviembre de 2005, establece sobre el derecho al trabajo amparado por el PIDESC que “...afirma la obligación de los Estados Partes de garantizar a las personas su derecho al trabajo libremente elegido o aceptado, en particular el derecho a no ser privado de trabajo en forma injusta”, imponiendo así la necesidad de justificar la terminación de la relación laboral por el empleador.

En relación a las obligaciones jurídicas de carácter general de los Estados Partes, la Observación N° 18 señala que “al igual que todos los derechos humanos, el derecho al trabajo impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: las obligaciones de respetar, proteger y aplicar”. Posteriormente indica que el Estado Parte incumple con las obligaciones de respetar y proteger el derecho al trabajo cuando “no se protege a los trabajadores frente al despido improcedente”. Dado el caso, “toda persona o grupo que sea víctima de una vulneración del derecho al trabajo debe tener acceso a adecuados recursos judiciales o de otra naturaleza en el plano nacional ... Todas las víctimas de estas violaciones tienen derecho a una reparación adecuada, que puede adoptar la forma de una restitución, una indemnización, una compensación o garantías de no repetición”.

Resulta interesante destacar que la Observación establece la protección contra el despido injustificado y que, en caso de producirse, obliga al Estado a asegurar los recursos eficaces tendientes a obtener su reparación, y en este sentido, otorga a las víctimas de la violación del artículo 6 del PIDESC – siendo titulares de la acción todos los trabajadores – el derecho a una reparación adecuada que, a elección del interesado, puede consistir en la

reincorporación al puesto de trabajo, una indemnización por daños y perjuicios, o cualquier otro medio que garantice la no repetición del agravio (Arese, 2011; Serrano Alou, 2011).

Ahora bien, atendiendo al rango constitucional que ostenta el PIDESC y entendiendo a la Observación N° 18 del CDESC como interpretación auténtica del artículo 6 de aquél, como una de las condiciones de vigencia del Pacto y exigible, cabe preguntarse si la interpretación aplicativa directa y operativa del derecho del trabajo, no obligaría a admitir el derecho a la reinstalación en el puesto de trabajo como una de las posibles soluciones cuando éste es conculcado, incluso en el ámbito laboral privado.

1.4.3. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS: PROTOCOLO DE SAN SALVADOR

En el marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA), su carta fundacional (1948 conforme última reforma por el Protocolo de Managua de 1993)²¹, establece en su artículo 45 que “...el hombre sólo puede alcanzar plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz...”, motivo por el cual los Estados Partes se comprometen a dedicar sus máximos esfuerzos a la consagración del trabajo como “...un derecho y un deber social, (que) otorga dignidad a quien lo realiza y debe presentarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar.”

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) (Pacto de San José de Costa Rica, 1969)²² en su Capítulo III sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, su artículo 26 obliga a los Estados Partes al desarrollo progresivo, esto es,

²¹ Ratificada por Argentina el 19 de enero de 1956.

²² Ratificada por Argentina el 14 de agosto de 1989.

“...adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, 1988)²³ en su artículo 6 establece una definición general del derecho: “1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida y aceptada.

2. Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de los proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo”.

En su artículo 7 sobre condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo²⁴, impone a los Estados parte la obligación de garantizar en sus legislaciones nacionales,

²³ Ratificado por Argentina el 30 de junio de 2003. En virtud del artículo 77 de la CADH “...cualquier Estado Parte y la Comisión podrán someter a la consideración de los Estados Partes reunidos con ocasión de Asamblea General, proyectos de protocolos adicionales a esta Convención, con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades”, el Protocolo es ampliación de la propia Convención y por lo tanto gozaría de igual rango constitucional para Argentina, no obstante no estar expresamente consignado en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional (Arese, 2011).

²⁴ Otras condiciones particulares del trabajo sobre las que trata el artículo en cuestión son remuneración, libre elección, promoción y ascenso, seguridad e higiene, trabajo nocturno, insalubre o peligros, limitación de jornada, descanso, vacaciones y feriados.

especialmente “...d) la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo a las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En caso de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquiera otra prestación prevista por la legislación nacional...”.

Arese (2011), realizando una lectura pormenorizada de la norma en cuestión, indica que la estabilidad en el empleo queda supeditada a las características de la fuente de trabajo, por lo cual pueden presentarse excepciones de carácter temporal o eventual que la tornen reparable, relativa y hasta inexistente. Asimismo, la estabilidad cede ante la causalidad de la extinción de la relación laboral, no obstante, ésta siempre debe obedecer a un motivo justificado, pues el despido injustificado debe ser reparado, ya sea a través de la reincorporación al puesto de trabajo, por medio de una indemnización o por cualquier otra medida que prevean los ordenamientos nacionales.

Desde una perspectiva que tiene en cuenta la complementariedad e interdependencia de las normas sobre derechos humanos y la primacía de la disposición más favorable a la persona, el autor citado entiende que la solución del artículo 7 del Protocolo ante el despido injustificado atribuye al trabajador la elección del modo de reparación, es decir, le otorga un derecho a una triple vía optativa, pudiendo reclamar la readmisión, una indemnización, u otra prestación que puede incluir daños y perjuicios o prestaciones de la seguridad social. Ante la crítica que afirma que la readmisión no está regulada en el derecho interno para los supuestos de despidos incausados ordinarios, responde que la misma puede ser demandada y que, en su caso, serán los jueces los que ponderen la posibilidad de salvar esta omisión normativa nacional.

2. EL DESPIDO Y LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO

2.1. EL DESPIDO

2.1.1. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS Y NATURALEZA JURÍDICA

El contrato de trabajo puede extinguirse por voluntad de una de las partes, de ambas, o por razones ajenas a la decisión de ellas, que tornen fáctica o jurídicamente imposible el mantenimiento de la relación laboral. Entre la causas ajenas a la voluntad de las partes, la LCT sitúa la fuerza mayor y la falta o disminución de trabajo (art. 247), la muerte del trabajador (art. 248) y, en determinados supuestos, la muerte del empleador (art. 249), la quiebra y el concurso no imputables al empleador (art. 251), el agotamiento de la vida laboral útil – trabajador en condiciones de jubilarse, si bien esta causal no opera automáticamente – (art. 252), y la incapacidad o inhabilidad del trabajador (art. 254). El vínculo laboral también puede concluir por la voluntad concurrente de ambas partes (art. 241) y por el vencimiento del plazo acordado previamente (art. 250). Finalmente, se produce la terminación del contrato de trabajo por iniciativa del trabajador, en los casos de renuncia (art. 240), abandono de trabajo (art. 244), y cuando éste hiciera denuncia del contrato fundado en justa causa (art. 246); y por decisión unilateral del empleador, mediante el despido.

El despido es uno de los institutos mas importantes del Derecho del Trabajo por los efectos jurídicos que produce. Por lo tanto resulta relevante precisar el sentido y alcance del término para no confundir su naturaleza jurídica.

Para realizar este análisis es necesario partir de la teoría general del contrato pues mediante el contrato de trabajo nace un vínculo obligacional, que si bien reviste características específicas, consecuencia de las particularidades de este tipo de contratos, nutridos por principios propios, con otros sujetos, objeto y finalidad que los diferencian de los contratos de Derecho Civil, su terminación genera consecuencias al igual que ellos (Brain,

2011; Samuel, 2007b).

De acuerdo al artículo 1137 del CC “Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos.” En ejercicio de la autonomía privada las partes otorgan un acto dispositivo de intereses que les es vinculante, del que emergen derechos y obligaciones recíprocos. El contrato de trabajo participa de éstas características, como acuerdo de voluntades, y por lo tanto reviste los caracteres de ser consensual y bilateral, con prestaciones recíprocas.

Los sujetos tienen plena libertad para contratar o para no contratar, pero la celebración del contrato implica la subordinación absoluta a esas reglas, sin que ninguno de ellos pueda, en principio, desvincularse unilateralmente. En otras palabras, los contratos nacen para ser cumplidos, ejecutados, para que cumplan los fines que las partes tuvieron en miras al contratar; del mismo modo los contratos laborales. No obstante, se diferencian de los civiles en que la prestación que de ellos emerge es de tracto sucesivo, y como lo establece el artículo 10 de la LCT, en caso de duda debe estarse a favor de la continuidad o subsistencia del contrato. Esta vocación de permanencia requiere que se establezca por ley sus causales de extinción (Brain, 2011; Samuel, 2007b).

Pero puede ocurrir que una de las partes, voluntariamente, por distintos motivos, decida poner término a la relación contractual de forma unilateral.

Tanto en la doctrina, la jurisprudencia, como en la propia legislación laboral se utilizan conceptos jurídicos diferentes para designar la extinción del contrato de trabajo: rescisión, resolución, renuncia negociada, disolución, distracto, denuncia. Al respecto, la LCT en su artículo 243 establece que “El despido por justa causa dispuesto por el empleador, como la denuncia del contrato de trabajo fundada en justa causa que hiciera el trabajador...”. En opinión de Samuel (2007b) aparentemente la norma citada emplearía las expresiones

despido y *denuncia* para referirse a la extinción del contrato de trabajo como modalidades diferentes, en función del sujeto de la relación que actúa la terminación de la relación laboral, no obstante, en cuanto a sus efectos, ambos conceptos se asimilan.

La ley laboral también utiliza el término denuncia al referirse a la extinción del contrato por justa causa en el artículo 242 “Una de las partes podrá hacer denuncia del contrato de trabajo en caso de inobservancia por parte de la otra de las obligaciones resultantes del mismo que configuren injuria...”, y en el artículo 246 “Cuando el trabajador hiciere denuncia del contrato del trabajo fundado en justa causa...” al tratar el despido indirecto. En cambio, en el artículo 245 emplea directamente el vocablo despido aludiendo a la terminación de la relación laboral sin justa causa por iniciativa del empleador.

Analizando esta cuestión, el autor citado señala que la denuncia no constituye una vicisitud extintiva en la teoría general de los contratos en el régimen del CC argentino, sino que simplemente, en nuestro ordenamiento jurídico, significa *poner en conocimiento*. En este entendimiento, y a tenor de los artículos de la LCT citados, el trabajador no denuncia el contrato de trabajo, sino la injuria que imposibilita la consecución del vínculo laboral. Más aún, luego de un examen integral de las hipótesis extintivas de la relación de empleo, concluye que el legislador sólo utiliza el concepto denuncia cuando quiere referir a la justa causa con entidad suficiente para producir su extinción.

El artículo 1200 del CC define la rescisión: “Las partes pueden por mutuo consentimiento extinguir las obligaciones creadas por los contratos, y retirar los derechos reales que se hubiesen transferido; y pueden también por mutuo consentimiento revocar los contratos, por las causas que la ley autoriza”. Sus efectos se proyectan hacia el futuro, dejando subsistentes los ya producidos. Nótese que la rescisión es una declaración de voluntad común con fines disolutorios. En este sentido, el despido, como extinción de la

relación laboral por la voluntad unilateral del empleador – con o sin causa – , y aún el despido indirecto, situación en la que el trabajador da por concluido el contrato de trabajo a raíz de la injuria sufrida, no responden a los caracteres de este instituto.

El referido artículo 1200 del CC también contempla la revocación cuyas características se desprenden de su lectura: una declaración de voluntad común extintiva y la existencia de causa legal. Los efectos del contrato cesan a partir del momento que es revocado, pero las consecuencias ya producidas quedan firmes entre las partes y con respeto a terceros; empero, la revocación es propia de los contratos unilaterales, lo que impide su identificación con el despido, puesto que no podría operar en el ámbito de los contratos de trabajo, por definición bilaterales.

De los artículos 1203 y 1204 del CC es posible extraer un concepto de resolución, como la extinción del contrato producida por el acaecimiento de un hecho jurídico previamente contemplado por las partes y/o predispuesto por la ley, cuya apreciación se deja al arbitrio del juez. La resolución se diferencia de las otras figuras analizadas por tener efectos retroactivos, es decir, volver las cosas al estado en que se encontraban antes de la celebración del contrato; sin embargo, en los contratos con prestaciones recíprocas y de duración, en curso de ejecución, quedarían a salvo los efectos ya cumplidos.

A tenor de lo desarrollado, se puede identificar la naturaleza jurídica de la resolución con

la facultad de las partes de un contrato oneroso de ejecución continuada y de prestaciones recíprocas de disolver el vínculo, dejándolo sin efecto, como consecuencia de un hecho que la ley o que las partes estipulan como apto para producir la extinción del vínculo (Samuel, 2007b, pp.54).

Siguiendo el orden de los conceptos expuestos, se puede concluir que la naturaleza

jurídica del despido responde a una *resolución contractual* (Ramírez Bosco, 1985; Samuel, 2007b).

2.1.2. CONCEPTO

“Despido es la declaración de voluntad recepticia del empleador o del trabajador que tiene como fin inmediato la extinción del contrato de trabajo” (Samuel, 2007b, pp.56).

De manera coincidente, Pinto Varela (2008) caracteriza el despido como un acto jurídico unilateral y recepticio – se perfecciona a partir del momento en que entra en la esfera de conocimiento de la otra parte a la cual va dirigido – que produce plenos efectos extintivos de la relación de trabajo hacia el futuro, ya sea por voluntad del trabajador o por voluntad del empleador. Y recuerda la explicación de Justo López que define el despido como un acto jurídico derogatorio, por medio del cual el ordenamiento jurídico le reconoce a las partes la capacidad de dejar sin efecto unilateralmente, normas jurídicas establecidas bilateralmente.

Ramírez Bosco (1985), en palabras similares, pero refiriendo específicamente a la terminación de la relación laboral por iniciativa del empleador, conceptualiza el despido como la extinción o resolución del contrato de trabajo por la voluntad unilateral de éste.

El despido es, entonces, un acto jurídico – y como tal, realizado con discernimiento, intención y libertad – que manifiesta una declaración de voluntad unilateral, de carácter recepticia – se perfecciona cuando entra en la esfera de conocimiento de la otra parte – que tiene por finalidad inmediata extinguir (resolver) el contrato de trabajo.

El despido admite ser clasificado atendiendo al sujeto de la relación laboral que lo actúa. Así, es posible distinguir entre el *despido directo* (art. 242 y 245 LCT) que es el dispuesto por el empleador, y el *despido indirecto* (art. 246 LCT), aquél que comunica el trabajador que se coloca en situación de despido a raíz de la injuria que le infiere su empleador que impide mantener el vínculo laboral. Por su parte, el despido directo reconoce

una subclasificación en virtud de que exista o no justa causa para la terminación de la relación de trabajo, es decir que se haya configurado una injuria laboral que por su gravedad no consienta su prosecución (*despido con justa causa* art. 242 LCT y *despido sin justa causa* art. 245 LCT, respectivamente).

A los fines del presente Trabajo Final de Grado interesa el análisis particular del despido dispuesto por el empleador sin expresión de causa, como acto del principal que vulnera el derecho del trabajador a conservar su empleo (estabilidad laboral) hasta que goce de los beneficios acordados por los regímenes de la seguridad social, en virtud de la edad y los años de servicio prestados.

2.2. EL DESPIDO SIN EXPRESIÓN DE JUSTA CAUSA

2.2.1. CONCEPTO

El artículo 14 bis de la CN establece la *protección contra el despido arbitrario*. El legislador constituyente no eligió el sistema de estabilidad laboral que ha de garantizar el empleo de los trabajadores privados en general – a diferencia de lo que acontece con los empleados públicos y los representantes gremiales a los que se les asegura la estabilidad propia absoluta – sino que dejó librada la elección a una cuestión de política legislativa (Pinto Varela, 2008).

En materia de contratación laboral, el principio general es la indeterminación del plazo del contrato de trabajo (art. 90 LCT: “El contrato de trabajo se entenderá celebrado por tiempo indeterminado...” y art. 91 LCT: “ El contrato por tiempo indeterminado dura hasta que el trabajador se encuentre en condiciones de gozar de los beneficios que le asignan los regímenes de seguridad social, por límites de edad y años de servicio, salvo que se configure algunas de las causales de extinción previstas en la presente ley”).

No obstante la vocación de continuidad, permanencia, subsistencia y conservación del

contrato de trabajo que surge de distintas disposiciones de la LCT, el empleo de los trabajadores privados se inscribe en un régimen de estabilidad impropia, es decir, que en el sistema general vigente el empleador puede extinguir el vínculo en cualquier momento, aún sin invocación de causa, abonando una indemnización tarifada.

Esta característica del régimen de contrato de trabajo ha llevado a Pepe y Piñeiro (2008) a afirmar, en posición contraria a la expresada, que el espíritu de la LCT es rupturista, pues la motivación del despido es relevante para el Derecho del Trabajo al momento de asignarle consecuencias jurídicas al despido, no ya para otorgarle validez como acto jurídico extintivo de la relación laboral, porque en este sentido siempre es válido.

Atendiendo a lo expuesto, el despido sin expresión de justa causa puede definirse como el *acto jurídico unilateral y recepticio que manifiesta la voluntad del empleador de resolver el contrato de trabajo que acarrea consecuencias indemnizatorias* (Pinto Varela, 2008; Samuel, 2007b).

A los fines del presente Trabajo Final de Grado se entiende al despido sin expresión de justa causa comprensivo tanto del *despido incausado* como del *despido injustificado*. El primero es aquél en el que no se invoca ninguna causa que lo justifique, mientras que en el segundo si bien se alega una motivación, ésta resulta ser falsa o no se acredita en sede judicial o el juez no la pondera como justa causa, es decir, injuria. Su asimilación se justifica porque sus efectos son análogos en relación a la reparación de daños que genera, en ambos casos nace en cabeza del empleador la obligación indemnizatoria (Ojeda, Ortiz y Hermida, 2008).

Un interrogante que ha dividido a los autores laboristas es si en nuestro ordenamiento jurídico el despido injustificado es un acto ilícito o, por el contrario, integra las facultades del empleador de disponer libremente de la relación laboral abonando, en este caso, una indemnización.

La doctrina mayoritaria se pronuncia por la validez del despido sin justa causa, pero lo considera un acto ilícito. La protección contra el despido arbitrario del mandato constitucional implica el reconocimiento del derecho del trabajador a no ser despedido arbitrariamente, es decir, a conservar su empleo hasta alcanzar los beneficios jubilatorios en razón de la edad y del tiempo de servicio, en la medida que no se configure una de las causales legítimas de despido prevista por la ley laboral (art. 91 LCT). Y este derecho se corresponde con un deber contractual del empleador de no despedir sin justa causa. Por lo tanto, la resolución incausada del contrato de trabajo por la voluntad unilateral del empleador viola ese deber y da lugar a un incumplimiento contractual, y como tal, es un acto antijurídico²⁵, ilícito. No obstante, el despido mantiene su validez como acto derogatorio de la norma individual que dio origen al vínculo jurídico-laboral y por lo tanto es eficaz para extinguir la relación, con sus correspondientes consecuencias indemnizatorias, que para algunos autores tienen carácter sancionatorio de la conducta del empleador, para otros resarcitorio de los daños ocasionados al trabajador, e incluso comprende ambas finalidades para otros (Ackerman, 2000; Álvarez Chavez, 1987; Elías, 2011; Pinto Varela, 2008; Samuel, 2007b; Unzaga Domínguez, 2004).

Desde una posición cercana a la reseñada, pero partiendo de un enfoque particular, Ramírez Bosco (1985) y Brain (2011), analizan el despido injustificado a la luz de los

²⁵ Una acción resulta antijurídica (ilícita) cuando es contraria al ordenamiento jurídico integralmente considerado. La antijuricidad debe ser considerada desde la unidad del sistema jurídico, es decir, que una conducta que viola un precepto legal será antijurídica en la medida que no encuentre una causa de justificación en otra norma. Es un concepto objetivo, la contradicción de la acción con el derecho, con independencia de la voluntad y culpabilidad del sujeto (Pizarro y Vallespinos, 1999) . Una conducta es antijurídica cuando está expresamente prohibida por el ordenamiento jurídico, a tenor de lo dispuesto por los artículos 19 de la CN y 1066 del CC. De acuerdo al primero “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella prohíbe”. Y por el segundo “Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía; y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este Código, si no hubiere una disposición de la ley que la hubiese dispuesto”.

presupuestos de la responsabilidad civil (acción antijurídica-daño-relación de causalidad-factor de atribución). Para el primero, la acción antijurídica esta dada por el despido como incumplimiento del contrato, contrario a una norma prohibitiva; el daño, al ser tarifado en el derecho laboral, es presumido en sí mismo y en su importe, para evitar las dificultades de la prueba; establece que el despido como acción antijurídica se encuentra unida a su resultado dañoso por medio de una relación de causalidad discernible; y finalmente, presume la culpabilidad – único factor de atribución que reconoce este autor – a partir de la antijuricidad del despido.

Con algunas diferencias, pero tomando como punto de partida el mismo esquema analítico, Brain (2011) concluye que: a) El despido sin justa causa, como expresión de la voluntad unilateral del empleador de resolver el contrato de trabajo, es una conducta antijurídica por ser contraria a derecho, particularmente, el artículo 91 de la LCT, que establece la indeterminación del plazo de la relación laboral hasta que el trabajador esté en condiciones de gozar de los beneficios jubilatorios. b) El despido produce un daño, entendido como todo perjuicio o menoscabo producto de una lesión a un derecho patrimonial o extrapatrimonial; en este sentido, el trabajador no sólo se ve privado de seguir percibiendo un salario, sino que pierde el acceso a la cobertura de la obra social para él y su grupo familiar, sufre un detrimento en su proyecto de vida personal, familiar, social y cultural, en general, una afrenta contra su propia dignidad. c) Establece una relación de causalidad entre el hecho – el despido como incumplimiento jurídico del deber de ocupación (art. 91 LCT) – y el daño; pero aclara que el trabajador deberá probar el daño ocasionado hacia el futuro, pues el daño por el tiempo de servicio transcurrido durante la vinculación laboral hasta el despido ya es resarcido por la indemnización tarifada del artículo 245 de la LCT, como patrimonialización del tiempo de servicio. d) Finalmente, el factor de imputación será subjetivo cuando el

despido sea dispuesto directamente por el empleador sin expresión de causa; en cambio la atribución legal de responsabilidad será objetiva cuando el empleador deba responder por la conducta de sus dependientes.

Ackerman (2000) y Pinto Varela (2008) señalan la postura de Herrera que no comparte la idea de que el despido sin justa causa constituya un acto ilícito o un incumplimiento contractual, porque entiende que las partes en ningún momento se han obligado a mantener indefinidamente la vinculación laboral y, fundamentalmente, porque en el régimen de contrato de trabajo privado actual la ley no instituye un derecho a la estabilidad propia absoluta en el empleo. Más aún, considera que el empleador, en ejercicio razonable de sus facultades de organización y dirección de la empresa (art. 64 y 65 LCT), tiene derecho a despedir sin causa al trabajador, cumplimentando dos obligaciones: a) preavisar en los plazos establecidos por la ley – obligación de hacer – para evitar que la decisión extintiva del contrato de trabajo sea intempestiva para el trabajador, y b) abonar las indemnizaciones previstas en la ley – obligación de dar –. No obstante, admite que siendo el trabajo el medio a través del cual el hombre se dignifica y procura su sustento económico y el de su familia, el despido sin causa altera el equilibrio de las relaciones sociales afectando el interés público. Por este motivo, la indemnización debida por empleador tendría una finalidad disuasiva, es decir, evitar el ejercicio abusivo de la facultad resolutoria del empleador.

Samuel (2007b) critica esta posición que ve en el sistema de estabilidad impropia una supuesta facultad empresarial definida como poder o derecho a despedir sin justa causa. Explica el autor que en este orden de ideas, ambos, trabajador y empleador, tendrían el poder de resolver el contrato de trabajo en cualquier momento sin expresión de causa. Pero en el caso del primero, atendiendo a los actuales niveles desempleo y subempleo, el trabajo es un bien escaso, y difícilmente se produzca esa opción, lo que pone de relieve la asimetría de la

vinculación laboral. Este es el motivo que justifica que se restrinja esta potestad del empleador, en su calidad de dueño de los medios de la producción, que debe poner su empresa no sólo al servicio de su utilidad personal, sino también al servicio del bien común.

Ya sea que se considere al despido sin justa causa como un acto válido pero ilícito, o simplemente discrecional, comprendido en el margen de disponibilidad del empleador, lo cierto es que la solución del artículo 245 de la LCT no garantiza la subsistencia de la relación laboral, sino que sólo resarce al trabajador por la pérdida del empleo cuando su empleador ha decidido resolver el contrato de trabajo sin que medie causa justificada. Esta es la respuesta de nuestro ordenamiento jurídico laboral a la manda constitucional de protección contra el despido arbitrario.

2.2.2. DESPIDO ARBITRARIO Y DESPIDO DISCRIMINATORIO

La legislación, doctrina, jurisprudencia y práctica de las relaciones laborales nacionales tratan como conceptos equivalentes el despido sin justa causa y el *despido arbitrario*. Sin embargo, algunos autores sostienen que no todo despido sin expresión de causa constituye un despido arbitrario, y esta tendencia ha sido reforzada a partir de la sanción de la Ley N° 23.592 de Actos Antidiscriminatorios de 1988 cuya aplicación ha habilitado a los tribunales nacionales a sancionar despidos discriminatorios. Por estos motivos resulta pertinente realizar las siguientes precisiones terminológicas.

Al respecto, recuerda Elías (2011) que Bidart Campos marcaba esta distinción, señalando que mientras en el despido sin justa causa el empleador simplemente prescinde de los servicios de su dependiente, el despido arbitrario constituye un acto agravante, injurioso, ofensivo e irrazonable, y pone por ejemplo el caso de despido de la empleada durante el embarazo; el del trabajador que participa en una huelga legal o se afilia a un sindicato; el del trabajador al que su empleador le imputa conductas graves o delictivas no probadas; el del

trabajador en períodos de enfermedad; o por motivaciones políticas, raciales, religiosas, etcétera. Y sugería que la ley debía distinguir estas situaciones y responder con mayor intensidad ante los casos de despido arbitrario, en comparación con la solución indemnizatoria tarifada por despido injustificado.

Se observa la similitud de estos supuestos con los casos que actualmente son juzgados y sancionados como despidos discriminatorios.

El artículo 1 de la Ley N° 23.592 enuncia “Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en las Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados.

A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”.

A tenor del artículo transcrito, el empleador que fundara, expresando o no la causa, la resolución del contrato de trabajo en algunos de los motivos enunciados por la norma, incurre en un despido arbitrario, pues la nota distintiva del acto discriminatorio es la *arbitrariedad* (Elías, 2011).

La norma habilita al trabajador, a su opción, a demandar la nulidad del despido y a solicitar su reincorporación en el empleo más la reparación del daño moral y material, o a resolver la relación laboral con una indemnización integral, que no sólo contemple la indemnización por despido, sino también los perjuicios morales y materiales sufridos por el acto discriminatorio.

Esto es así pues se ha sostenido que al existir un derecho fundamental²⁶⁻²⁷ a no ser discriminado lo realmente privilegiado es la prevención del acto discriminatorio, es decir, impedirlo si aparece inminente su concreción lesiva. No obstante, si se produce, por ser un acto prohibido por la ley, se configura un acto antijurídico, contrario a derecho, y el afectado no sólo está habilitado a demandar su nulidad, sino que en caso de que éste le irrogase un daño, solicitar su reparación integral (Elffman, 2000; Pepe y Piñeiro, 2008; Rubio, 2000; Samuel, 2007b). En este orden de ideas, también, se ha afirmado que es posible declarar la ineficacia del acto por su equiparación a un acto de objeto prohibido (art. 953 CC), y si

²⁶ CN, Artículo 16: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ellas fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”. CN, Artículo 14 bis: “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: ...igual remuneración por igual tarea...”.

²⁷ Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Cap. I, Artículo II: “Toda las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta Declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otro alguna”. Declaración Universal de Derechos del Hombre, Artículo 7: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”. Convención Americana de Derechos Humanos, Artículo 1: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que éste sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Artículo 2: “Los Estados Partes se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en el presente Pacto se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 2.1: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Convención Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, Artículo 1: “La expresión discriminación racial denotará toda distinción, exclusión, restricción, o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural, o en cualquier otra esfera de la vida pública”. Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Artículo 1: “A los efectos de la presente Convención, la expresión discriminación contra la mujer denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y de la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o cualquier otra esfera”. Cabe señalar también el Convenio N° 111 de la OIT, Artículo 1.a. (ratificado por Argentina en 1994): “Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.

corresponde al ejercicio de un derecho (del empleador) puede considerarse abuso del derecho en virtud del artículo 1071 del CC (Pinto Varela, 2008).

Esta tutela inhibitoria instituida por la ley puede hacerse efectiva a través de una acción de amparo, pues así lo establece expresamente la CN en su artículo 43. Son legitimados activos para intentar la acción la propia víctima (el trabajador), el defensor del pueblo, y toda asociación legitimada o con alguna formalidad asociativa (Rubio, 2000).

En el ámbito específicamente laboral, se encuentran las disposiciones de los artículos 17 y 81 de la LCT. De acuerdo al primero, “se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivos de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad”. Mientras que el segundo establece que “El empleador debe dispensar a todos los trabajadores igual trato en identidad de situaciones. Se considerará que existe trato desigual cuando se produzcan discriminaciones arbitrarias fundadas en razones de sexo, religión o raza, pero no cuando el diferente tratamiento responda a principios de bien común, como el que se sustente en la mayor eficacia, laboriosidad o contracción a sus tareas por parte del trabajador”. Pero la ley laboral no prevé una indemnización especial para el despido basado en razones discriminatorias, por lo tanto al trabajador sólo le asiste el derecho de colocarse en situación de despido indirecto por la injuria sufrida y reclamar la indemnización correspondiente, conforme los artículos 242 y 246.

En este contexto, rigió para los contratos laborales celebrados a partir del 3 de octubre de 1998, el artículo 11²⁸ de la Ley 25.013, hasta que fue derogado por el artículo 41 de la Ley 25.877 de 2004. Este dispositivo legal establecía que “Será considerado despido discriminatorio el originado por motivos de raza, sexo y religión. En este supuesto la prueba

²⁸ La primera versión del artículo en cuestión que aprobó el Parlamento incluía también, como causales de despido discriminatorio, la nacionalidad, la orientación sexual, la ideología u opinión política o gremial. Las mismas fueron suprimidas en ejercicio de las observaciones parciales o veto parcial del Poder Ejecutivo Nacional (Elías, 2000; Pepe y Piñeiro, 2008).

estará a cargo de quien invoque la causal. La indemnización prevista en el art. 7 de esta ley se incrementará en un treinta (30%) por ciento y no se aplicará el tope establecido en el segundo párrafo del mismo”.

La norma preveía una tarifación de los daños y perjuicios en caso de despido discriminatorio, en consonancia con el sistema forfatorio del régimen laboral general, e imponía, cuestionablemente, la carga de la prueba en cabeza del trabajador afectado.

Ahora bien, durante la vigencia del artículo 11 de la Ley 25.013, un trabajador despedido por motivos relacionados con su raza, sexo, o religión sólo podía aspirar a una indemnización legal de las reparaciones debidas por el ilícito – en comparación con la acción de reinstalación y reparación integral del régimen de aplicación general de la Ley 23.592 – y además se le exigía aportar la prueba del acto discriminatorio, de difícil producción. Con lo cual se generaba la paradoja de una medida que pretendía ser antidiscriminatoria, discriminaba en función de la calidad personal del afectado – trabajador – y en función de los motivos – raza, sexo y religión –, otorgando una protección sensiblemente menor a la reconocida a la universalidad de los ciudadanos. Estas características que no sólo colisionaban con la Ley Antidiscriminatoria, sino también con disposiciones constitucionales (art. 16 CN) y de tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 CN) en la materia, habilitaban su tacha de inconstitucionalidad.

Habiendo desaparecido esta regulación específica para los casos de despido discriminatorio dentro del régimen laboral, tras la derogación del artículo 11 de la Ley 25.013 por el artículo 41 de la Ley 25.877 en 2004, la Ley 23.592 emerge como norma de carácter general cuya aplicación puede dar eficaz protección al trabajador contra el despido discriminatorio. Como se evidencia, la respuesta de este dispositivo legal es más intensa que la indemnización tarifada del artículo 245 LCT por despido injustificado.

Esta distinción habilita a Elías (2011) a plantear la existencia de *despidos permitidos*, que incluirían al despido sin causa – que constituyen la regla –, mediante el cual el empleador puede resolver libremente el vínculo laboral con la obligación de pagar una contraprestación dineraria en concepto de indemnización, y *despidos prohibidos*, los de carácter discriminatorios – supuestos excepcionales –, sancionados con la nulidad o una reparación integral de los daños causados, a elección del damnificado.

Esta concepción es la que ha sido receptada y aplicada por la CSJN en el caso “Álvarez, Maximiliano y Otros c/ Cencosud S.A.”²⁹. En el mismo, la Corte sostuvo con respecto a la prohibición de la discriminación en el trabajo que “...el principio de igualdad y prohibición de toda discriminación, presente en la Constitución Nacional desde sus orígenes (art. 16), no ha hecho más que verse reafirmado y profundizado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y los instrumentos de éste que, desde 1994, tienen jerarquía constitucional (Constitución Nacional, art. 75.22, segundo párrafo) ... Cabe sumar a lo indicado, atento al contenido material del caso, lo proveniente de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), como lo es el Convenio n° 111 sobre Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación (1958, ratificado en 1968), de jerarquía supralegal dada su naturaleza ... por el cual el Estado se obligó a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y prácticas nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con el objeto de eliminar cualquier discriminación al respecto (art. 2)”. Y agrega “...cuadra poner de relieve que el principio de igualdad y prohibición de discriminación ha alcanzado, actualmente, un nivel de máxima consagración y entidad: pertenece al *jus cogens*...”.

Sobre la aplicabilidad de la Ley 23.592 en el ámbito de las relaciones laborales, el

²⁹ CSJN, Álvarez, Maximiliano y Otros c/ Cencosud S.A., La Instancia Judicial-Práctica Laboral-2011-1-Fallo A459 (2010).

Máximo Tribunal declaró “Que en ese orden de ideas conduce, sin hesitación, a descartar de plano la pretendida inaplicabilidad de la ley 23.592 al ámbito del derecho individual del trabajo por tres razones ... Primeramente, nada hay en el texto de ley ni en la finalidad que persigue que indique lo contrario. Seguidamente, la proscripción de la discriminación no admite salvedades o ámbitos de tolerancia, que funcionarían como santuarios de infracciones: se reprueba en todos los casos ... En tercer lugar, reviste una circunstancia que hace a la norma por demás apropiada y necesaria en dicho ámbito. En efecto, la relación laboral, si algo muestra a los presentes efectos, es una especificidad que la distingue de manera patente de muchos otros vínculos jurídicos, puesto que la prestación de uno de los celebrantes, el trabajador, está constituida nada menos que por la actividad humana, la cual resulta, *per se*, inseparable de la persona humana y, por lo tanto, de su dignidad ... Ello explica que dignidad y trabajo se relacionen en términos naturalmente entrañables ... tal como, con claridad, lo destaca el art. 14 bis de la Constitución Nacional...”. Y concluye que “...nada hay de objetable a la aplicación de esta causa de la ley 23.592, que reglamenta directamente un principio constitucional de la magnitud del art. 16 de la Constitución Nacional ... sobre todo cuando, por un lado, la hermenéutica del ordenamiento infraconstitucional debe ser llevado a cabo con fecundo y auténtico sentido constitucional”.

En relación a la posibilidad de reincorporación en el empleo del trabajador despedido mediante un acto discriminatorio, el Superior Tribunal consideró que “...tampoco puede verse incompatibilidad alguna entre la reinstalación del trabajador víctima de un distracto discriminatorio y el derecho a contratar y ejercer toda industria lícita del art. 14 de la Constitución Nacional...”, “...la protección del derecho a trabajar previsto en el art. 6.1 del PIDESC, al incluir el derecho del empleado a no verse privado arbitrariamente de su empleo, si bien no impone la reinstalación, tampoco la descarta ... El Comité de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales, intérprete autorizado del PIDESC en el plano universal ... ratifica esa doctrina: todas las víctimas de violaciones del derecho al trabajo, tienen derecho a una reparación adecuada, que puede adoptar la forma de una restitución...”, “...la reinstalación, por lo demás, guarda singular coherencia con los principios que rigen las instancias jurisdiccionales internacionales en la materia de derechos humanos, tendientes a la plena reparación (*restitutio in integrum*) de los daños irrogados ... El objetivo primario de las reparaciones (*remedies*) en materia de derechos humanos, es preciso destacarlo, debería ser la rectificación o restitución en lugar de la compensación; esta última sólo proporciona a la víctima algo equivalente a lo perdido, mientras que las primeras reponen precisamente lo que le fue sacado o quitado...”

Otros autores sostienen que los artículos 17 y 81 de la LCT prohíben específicamente actos discriminatorios por parte del empleador, en el marco de las relaciones laborales, pero no le asignan consecuencias diferentes a otros incumplimientos. Y destacan que si el legislador así lo hubiera querido, los hubiera sancionado expresamente, tal lo que sucede con las indemnizaciones agravadas con que se conmina el despido de la empleada embarazada, el del empleador enfermo o el de aquél que ha comunicado contraer matrimonio, por ejemplo. Consecuentemente, descartan la aplicación de la ley 23.592, de carácter general y, por lo tanto, subsidiaria, pues estas situaciones discriminatorias ya se encuentran contempladas por el régimen especial del contrato de trabajo, y la figura del despido discriminatorio es absorbida por la del despido arbitrario, sin justa causa. No obstante, señalan que si bien la tarifa legal indemnizatoria puede llegar a resultar insuficiente para la reparación del daño causado, una solución diferente (la nulidad del acto) no puede ser ensayada por vía de la interpretación judicial, sino que es necesario una reforma legislativa en ese sentido, pues de lo contrario se instauraría un régimen de estabilidad propia absoluta que no es propio de las

relaciones laborales privadas (Rodríguez Mancini, 2008).

Esta es la línea argumental seguida por la minoría que votó en disidencia en el citado caso “Álvarez”. En este sentido se señaló que “...en lo concerniente a las situaciones especiales en que se verifica un despido por motivos discriminatorios, si bien la legislación regulatoria del contrato de trabajo tutela el derecho anteriormente mencionado a no sufrir discriminaciones prohibidas, lo hace dentro de ciertos límites que tienden a armonizar los derechos de ambas partes. En tal sentido, la legislación específica contiene soluciones para el supuesto de despidos discriminatorios que implican una protección más intensa para el trabajador que otorga para el supuesto general de despido sin justa causa, pero no llega a suprimir por completo la facultad de que el empleador ponga fin a la relación laboral”. “...Los remedios elegidos consisten, para algunos casos, en elevar considerablemente el costo que debe afrontar el empleador por la decisión de despedir sin causa al trabajador ... mientras que, en otras situaciones, la respuesta prevista por la ley es la de cancelar, por tiempo determinado, la posibilidad de despido sin causa...”. Concluyendo que “...cuando el legislador ha sancionado despidos discriminatorios con la reinstalación del trabajador lo ha dispuesto de manera expresa y siempre que el despido sin causa tenga lugar dentro de un plazo cuyo inicio y culminación se encuentra determinado por la ley respectiva. Este es el modo en que se ha llegado a conciliar los derechos de una y otra parte del contrato de trabajo. Nada de esto sucede, sin embargo, con la ley 23.592 que, en razón de su carácter general y transversal a todas las ramas del derecho, requiere de una aplicación apropiada que no distorsione el equilibrio de derechos al que responde cada sector del ordenamiento jurídico, sea público o privado. Por lo tanto, las consecuencias jurídicas que debe tener la comprobación de un acto discriminatorio han de ser definidas en consideración del contexto que ofrece la relación de trabajo privada y el principio de estabilidad impropia que gobierna

el derecho laboral argentino...”.

A los fines del presente Trabajo Final de Grado, se mantiene la denominación *despido arbitrario* como sinónimo de despido sin justa causa, al que corresponde la indemnización del artículo 245 de la LCT, por su difundido uso en la legislación, doctrina y jurisprudencia laboral. Y se reserva el término *despido discriminatorio* para los casos en que la resolución del contrato de trabajo se haya originado en un supuesto de *discriminación laboral*, definida como “el trato patronal de violencia moral hacia el trabajador basado en prejuicios irracionales, hostiles o disfuncionales, no aceptados socialmente y prohibidos por la ley, que afectan de cualquier modo y entidad la dignidad del trabajador” (Samuel, 2007b, pp.67) y que dan lugar a la aplicación de las sanciones de la Ley 23.592.

2.3. LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA

2.3.1. ORIGEN HISTÓRICO-JURÍDICO

Originariamente, el contrato de trabajo, como evolución del contrato civil de locación de servicios, se rigió por los principios del Derecho Civil. En la mayoría de los códigos, como en el Código de Napoleón, se establecía que una persona no podía ser obligada a prestar sus servicios sino temporalmente y que los contratos celebrados por tiempo indeterminado podían rescindirse por voluntad de una de las partes contratantes. El fundamento de esta disposición era el temor a revivir la esclavitud, contraria a los principios revolucionarios de igualdad, fraternidad y libertad y a la filosofía liberal imperante, que se concretaba en el principio de la autonomía de la voluntad. Entonces, mientras la resolución anticipada de un contrato a plazo daba lugar a las consecuencias propias de todo incumplimiento – reparación de daños y perjuicios –, la extinción de un contrato de plazo indeterminado no acarreaba ninguna responsabilidad para ninguna de las partes, que podían concluirlo en cualquier momento, sin necesidad de invocar una causa (Las Heras et al, 2008;

Unzaga Domínguez, 2004).

Las Heras et al (2008) señalan que para paliar los perjuicios que podía producir al trabajador la resolución intempestiva de la relación laboral y la consecuente pérdida del empleo, primero la costumbre y posteriormente las leyes comerciales, impusieron la obligación para el empleador de preavisar (entre 8 y 30 días según las distintas legislaciones nacionales), como manifestación de buena fe contractual.

Después de la segunda ola de revolución industrial, en Francia, aplicando los principios civilistas de la culpa y del abuso del derecho, se sancionaron las consecuencias económicas y sociales de la disolución arbitraria e injustificada del contrato de trabajo por tiempo indeterminado, obligando al empleador a abonar una indemnización a favor del trabajador, cuando el despido le ocasionaba un daño o perjuicio. Sin embargo, el régimen hacía pesar sobre éste la carga de la prueba de la inexistencia de su culpa y la del abuso del derecho por el empleador en la ruptura unilateral del contrato. No obstante la escasa eficacia del sistema en la protección contra el despido arbitrario, el modelo fue tomado e imitado por otros países de Europa y América³⁰, con mayor notoriedad después de la Primera Guerra Mundial. Los regímenes implementados adoptaron diversas soluciones: una indemnización tarifada en función de la antigüedad y el salario, sanciones penales, una reparación de daños y perjuicios, la declaración de invalidez del despido y la obligación de reincorporación al puesto de trabajo (Las Heras et al, 2008; Unzaga Domínguez, 2004).

En nuestro país, el Código Civil no receptó ningún precepto que impidiera o limitara la extinción del vínculo jurídico por el empleador. Motivo por el cual, la inestabilidad era la regla en las relaciones laborales, únicamente morigerada por los usos y costumbre mercantiles. Precisamente, el Código de Comercio de la Provincia de Buenos Aires de

³⁰ La Constitución de Weimar de Alemania; la Ley de Jurados Mixtos de España de 1931; la Constitución de Cuba de 1940; la Consolidación de Leyes de Brasil (Unzaga Domínguez, 2004).

1862³¹, elaborado por Acevedo y Vélez, impuso la obligación del principal de preavisar a su dependiente la resolución del contrato de trabajo con un mes de anticipación, o en su defecto, pagar una indemnización sustitutiva. La justificación de esta disposición era que el trabajador contara con tiempo suficiente para encontrar una nueva ocupación (Las Heras et al, 2008; Unzaga Domínguez, 2004).

En el año 1934 la Ley 11.729 modificatoria de los artículos 157, 158 y 159 del Código de Comercio estableció que el principal que extinguiera unilateralmente el contrato de trabajo debería abonar a su empleado una indemnización en función de la antigüedad del trabajador en el empleo, fijada en medio mes de sueldo por cada año de servicio o fracción no inferior a tres meses, tomando como base de retribución el promedio de los últimos cinco años, o de todo el tiempo de servicio cuando fuera inferior a dicho plazo. También establecía una indemnización mínima de un mes de sueldo y un tope máximo en dinero por cada año de servicio. Asimismo, se preveía una indemnización sustitutiva del preaviso si este no se cumplía.

Como señala Unzaga Domínguez (2004) la indemnización por despido apareció en nuestra legislación cuando comenzó a crecer la tasa de desempleo. Hasta el dictado de la Ley 11.729 no existía ninguna limitación a la libre disposición del contrato de trabajo por el empleador, ya sea público o privado, salvo algunas pocas excepciones en el ámbito de las administraciones provinciales. La incorporación de la institución al Código de Comercio en 1934 fue una medida para mitigar los efectos de la desocupación generada por la crisis mundial de 1929/30.

En 1945, el Decreto 33.302/45 duplicó las indemnizaciones de la Ley 11.729 estableciendo un mes de sueldo por cada año de servicio o fracción superior a tres meses,

³¹ Este cuerpo normativo pasa a tener vigencia nacional al adoptarse como Código de Comercio de la Nación en 1890.

manteniendo el sistema del Código de Comercio. También duplicó el tope sobre la base del cálculo y elevó la indemnización mínima a dos meses de sueldo. Asimismo, extendió la aplicación de este sistema indemnizatorio a todos los trabajadores, ya que hasta el momento sólo regía para los de comercio e industria. Su finalidad era hacer frente y disuadir los despidos originados en la resistencia a abonar el aguinaldo que dicho decreto fijaba como obligatorio. La vigencia del decreto, prevista inicialmente por dos años, fue prorrogada permanentemente por la Ley 12.921. En 1960 nuevamente se elevó el tope de la base del cálculo y se restableció la indemnización mínima en un mes de sueldo, por Ley 15.785. Este dispositivo legal habilitaba al empleador a conformar un fondo para el pago de indemnizaciones por despido. Posteriormente, la Ley 16.881 vinculó el tope de la base del cálculo de la indemnización al salario mínimo, vital y móvil y elevó la indemnización mínima a dos meses de sueldo. Sin embargo, la Ley 17.391 de 1967, que aumentó el importe del tope en la base del cálculo, volvió a reducir la indemnización mínima a un mes (Las Heras et al, 2008).

En 1974 se sancionó la Ley 20.744 de Contrato de Trabajo. Ésta mantuvo casi sin variaciones el sistema indemnizatorio, con la única diferencia que volvía a establecer en dos meses de sueldo la indemnización mínima. A su vez, preveía aumentar en un cincuenta por ciento (50%) respecto de los sistemas indemnizatorios consagrados en regímenes particulares y estatutos profesionales aprobados por leyes o decretos leyes. Tres años después, en 1977, la Ley 21.297 incorporó los calificativos de normal y habitual en relación a la base del cálculo, y derogó la medida que preveía el aumento en los supuestos de regímenes particulares y estatutos profesionales. La Ley de Emergencia Económica 23.697 eliminó el tope en la base del cálculo. Posteriormente, la Ley de Empleo 24.013 estableció como tope sobre la base de cálculo las remuneraciones promedio del convenio colectivo de trabajo vigente en la

empresa, se encuentre el trabajador incorporado o no, y mantuvo la indemnización mínima en dos períodos sin tope alguno. Mediante la Ley 25.013 se implementó un sistema dual: las disposiciones de la Ley 24.013 se aplicaban a los trabajadores que habían comenzado a prestar sus servicios con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley (3 de octubre de 1998). Para aquellos trabajadores que ingresaran con posterioridad a esa fecha, la indemnización por despido por antigüedad en los despidos sin justa causa equivalía a una doceava (1/12) parte de la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida durante el último año o el tiempo de prestación de servicios, si fuere menor, por cada mes de servicio o fracción mayor de diez días. El tope de la indemnización continuó siendo tres veces el importe mensual de la suma que resultaba del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador al momento del despido por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad. La indemnización mínima se fijaba en dos doceavas (2/12) partes del sueldo calculadas de acuerdo a lo descrito. Finalmente, en 2004, la Ley 25.877 restableció un sistema único para la indemnización de los trabajadores, independientemente de la fecha en que hubieran comenzado a prestar servicios. Se estableció que en los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa, haya o no mediado preaviso, éste deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres meses, tomando como base del cálculo la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o el tiempo de prestación de servicios, si fuera menor. Se mantiene el tope de tres veces el importe mensual de la suma que resulte del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador y se fija la indemnización mínima en un mes de sueldo, de acuerdo al sistema de cálculo señalado (Las Heras et al, 2008).

La fórmula legal del artículo 245 de la LCT procura, por medio de la indemnización tarifada, reparar los daños ocasionados al trabajador por la resolución del contrato de trabajo sin justa causa. Esta es la recepción legislativa del mandato constitucional del artículo 14 bis protección contra el despido arbitrario, en un sistema de relaciones laborales privadas regidas por la estabilidad impropia.

2.3.2. CONCEPTO

Indemnizar es reparar todo daño causado. En la órbita de la responsabilidad contractual, es la obligación del deudor, que incumple su débito, de satisfacer por equivalente a su acreedor. En el ámbito extracontractual, es el contenido de la obligación del autor de un hecho ilícito generador de un daño.

El contrato de trabajo, como todo contrato, genera derechos y obligaciones para las partes. El trabajador tiene derecho a conservar su empleo hasta que se encuentre en condiciones de gozar de los beneficios de la seguridad social, en función de la edad y del tiempo de servicio, salvo que se configure alguna de las causales extintivas de la relación laboral fijadas por la ley (art. 91 LCT). No obstante, si el empleador resuelve el contrato de trabajo por tiempo indeterminado, sin invocación de causa, el acto de despido, en nuestro sistema de estabilidad impropia, tiene validez como acto disolutorio del vínculo jurídico-laboral. En este supuesto debe una indemnización al trabajador, que se calcula sobre la base de la antigüedad de éste en el empleo y la remuneración (art. 245 LCT).

Para algunos autores, la indemnización tiene la función jurídica de reparar el daño causado por el incumplimiento contractual, que como tal, constituye un acto antijurídico, debiendo ser resarcidos los daños y perjuicios que ocasiona. En este orden de ideas, se ha sostenido, también, que el bien jurídico protegido es el derecho del trabajador a la estabilidad en el empleo, y que el despido sin justa causa, conculca ese derecho, por lo que su

indemnización debe perseguir una finalidad social y humana, punitiva y disuasiva de la resolución contractual incausada (Brain, 2011).

El artículo 1083 del CC establece que “El resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También podrá el damnificado optar por la indemnización en dinero.” Aplicado al contrato de trabajo, de su lectura se desprende que, la reparación del daño del despido injustificado, como primera opción, consistiría en reponer las cosas a su estado anterior, lo que significa reincorporar el trabajador en su empleo. Cuando esto no fuera posible – consecuencia del sistema de estabilidad impropia que rige las relaciones laborales privadas³² – procedería la indemnización económica de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento contractual del empleador.

Siguiendo a Brain (2011, pp. 232) puede definirse la indemnización por despido sin justa causa, en el régimen del Derecho del Trabajo argentino actual, como “la respuesta jurídica, económica y social dada por la legislación laboral tendiente a reparar las consecuencias inmediatas y mediatas provocadas al trabajador frente al incumplimiento contractual del empleador por el acto unilateral del despido incausado”.

Explica el autor citado que es una respuesta jurídica porque es la solución prevista por el ordenamiento legal laboral para reparar las consecuencias que apareja la resolución unilateral del contrato de trabajo por el empleador, pero a su vez responde a la necesidad de proteger los ingresos económicos y la inserción social del trabajador afectado. Por lo tanto, la reparación debe ser justa y equitativa, equivalente al daño causado directamente por la pérdida de las remuneraciones e indirectamente por las consecuencias que de esta pérdida se derivan, que pueden resumirse en la inseguridad que afronta el trabajador desempleado para

³² Una excepción es la posibilidad de retractación prevista en el artículo 243 de la LCT, cuando exista voluntad concurrente de ambos contratantes. LCT, Artículo 243: “El despido no podrá ser retractado, salvo acuerdo de partes”.

afrontar su manutención y la de su grupo familiar.

El nombre que recibe la institución presenta diversas denominaciones, incluso en la terminología adoptada por la legislación. Así se han empleado indemnización por despido o indemnización por antigüedad como sinónimos. Como señala Unzaga Domínguez (2004), si bien el nombre jurídico no encasilla la naturaleza jurídica de la indemnización, al efecto de identificarla, en el Presente Trabajo Final de Grado se adopta el criterio legal y se la denomina *indemnización por despido sin causa*.

2.3.3. NATURALEZA JURÍDICA Y FINALIDAD

La doctrina ha realizado diversos intentos por explicar la naturaleza jurídica de la indemnización por despido sin justa causa, elaborando distintas teorías a raíz, al menos en parte, de los cambios legislativos que tuvo la institución, que ponen de manifiesto la naturaleza compleja de la misma y su difícil encasillamiento en una sola de ellas.

Una primera posición le asigna naturaleza *remuneratoria*, es decir, un salario diferido. Considera a la indemnización por despido sin justa causa como un depósito de sueldos, acumulación o parte adicional de ellos, descontados durante el transcurso de la relación laboral y que se reintegran al trabajador al momento de la resolución del contrato de trabajo sin invocación de causa, con la finalidad de remunerar sus servicios prestados en el pasado. Brain (2011) señala que esta teoría no ha tenido recepción en la legislación laboral argentina, y que aún en el caso de los empleados sujetos al Régimen de la Construcción por Ley 22.250, es el empleador el que afronta el costo de constituir un fondo de desempleo, que abona al trabajador al finalizar la relación laboral por cualquier causa. Por su parte, Ramírez Bosco (1985) y Unzaga Domínguez (2004) critican esta alternativa porque señalan que un pago remuneratorio de esas características sería debido con independencia de la causa de extinción del contrato de trabajo, y procedería también tanto en el caso de renuncia del trabajador,

como en el de despido justificado. No obstante, los defensores de esta teoría sostienen que la ley hace depender el pago de la indemnización del cumplimiento de la condición de que el trabajador se mantenga en el empleo, y que lo pierde en caso de retirarse voluntariamente, o si da a su empleador un motivo justificado para resolver el contrato de trabajo, o si alcanza los beneficios jubilatorios en razón de la edad y el tiempo de servicio prestado.

Otra postura sostiene la idea de *pago asistencial*, como una forma de previsión o asistencia social, justificado en el estado de necesidad al que queda expuesto el trabajador desempleado. En este sentido, atendiendo a los orígenes y antecedentes de la institución, se la ha entendido como un complemento de la indemnización de preaviso. Se observa que las primeras legislaciones se limitaron a imponer la obligación de preavisar la resolución del contrato de trabajo, tanto en cabeza del trabajador como en la del empleador, inicialmente más prolongado si la desvinculación laboral obedecía a la iniciativa de éste último. Pero se advirtió, dentro de este sistema, que la situación del empleado, que debía buscar una nueva ocupación, era mucho más difícil que la del empleador, que probablemente ya contara con un reemplazo del trabajador que despedía o le resultaba más fácil hallarlo y, por lo tanto, generalmente prefería abonar el período de preaviso no cumplido en servicio, sin conservar al trabajador en el empleo. La indemnización constituye, en este caso, un contrapeso para paliar el desequilibrio de condiciones en que se encuentran las partes de la relación laboral, recurriendo al método de acortar e igualar los plazos de preaviso, tanto en caso de despido como de renuncia, reconociendo al empleado el derecho a una indemnización equivalente. A tenor de lo expuesto, se presenta como una prolongación de la obligación de preavisar, para que el trabajador cuente con un plazo suplementario, con goce de sueldo pero sin la obligación de prestar servicios, para buscar un nuevo trabajo y hacer frente a las necesidades de la vida durante ese tiempo. Al mismo tiempo que se erige en un seguro contra la

desocupación, al influir en la disposición del empleador de cambiar o reducir el personal arbitrariamente (Brain, 2011; Ramírez Bosco, 1985; Unzaga Domínguez, 2004).

Los autores citados indican que esta teoría no es compatible con el derecho a la seguridad social, que tiende a respetar el principio de igualdad de satisfacción mínima de las necesidades que cubre, por la circunstancia de que la indemnización, al tomar como un parámetro de su cálculo la antigüedad, deriva en una desigualdad del pago entre los diferentes trabajadores, según el tiempo de servicio en el trabajo. A esta crítica, los autores que suscriben esta teoría responden que la indemnización por despido sin justa causa es debida en proporción a la antigüedad en el empleo porque para el empleador es más fácil sustituir un trabajador que presta servicios desde hace poco tiempo, que aquél práctico en la empresa, del mismo modo que para el primero es más sencillo que para el segundo, encontrar una nueva ocupación de las mismas características de aquella de la que fue alejado en razón del despido. Otra objeción de la que es pasible esta concepción es que si tal fuera la naturaleza de la institución, la indemnización se debería abonar mensualmente, y no en el solo acto de despido, y en la medida que el trabajador persista en situación de desempleo. Desde la teoría en análisis se ha respondido que razones de orden práctico inspiraron al legislador a inclinarse por esta opción. Por un lado, atendiendo a la inconveniencia de mantener la vinculación entre trabajador y empleador una vez concluido el contrato de trabajo y, por el otro, evitar la situación del empleado despedido que encuentra nueva ocupación antes del vencimiento del plazo suplementario correspondiente a la indemnización y que lo oculta a la empresa para seguir percibiéndola.

Otras teorías, con escasa recepción, han sido la que explica la institución como un *premio a la lealtad o fidelidad* del trabajador por el esfuerzo puesto al servicio de la empresa durante el transcurso del tiempo. Se ha señalado que esta concepción sería de aplicación en

aquellas legislaciones que reconocen el derecho a la indemnización sólo a los trabajadores con extensa antigüedad, no así en el caso de la nuestra, que ya desde la sanción de la Ley 11.729 se le reconocía este derecho a los empleados con una antigüedad breve, superior a los tres meses. También se ha propuesto que la indemnización responde al *daño a la antigüedad* que el trabajador sufre por efecto del despido, porque en el nuevo puesto de trabajo de la nueva empresa no puede invocar la antigüedad anterior para acceder a los beneficios de la legislación social que se otorgan en función de esta variable. Se le critica que si ese fuera el caso, sería fácil determinar, a los fines resarcitorios, los daños producidos – vacaciones y adicionales remunerativos como premios específicos por la actividad –, y no tarificarlos o presumirlos, como se ha hecho en nuestro sistema positivo laboral. Incluso se ha sostenido que la indemnización por despido sin justa causa responde al presunto *derecho del trabajador a participar en el mayor valor de la empresa*, como compensación del mayor crecimiento empresarial que se produce a raíz de su trabajo. Una teoría cercana, que se funda en el principio marxista del plus valor, es la que postula que obedece a principios de solidaridad y equidad que el empleador conceda una parte del activo de la empresa bajo forma de indemnización al trabajador, pues éste con su trabajo ayuda a formar, mantener y engrandecer el establecimiento, y por lo tanto adquiere un derecho de crédito en proporción con el tiempo de servicio prestado. No resultan visiones apropiadas si se tiene en consideración las características del contrato de trabajo en nuestro sistema jurídico, que responde al principio de ajenidad de los riesgos del trabajador, en consecuencia es el empleador el que asume los riesgos de la empresa, tanto su crecimiento como su pérdida de valor. Por último, se ha afirmado que la naturaleza de la institución debe buscarse en los caracteres de la *transacción de derechos* – entendida como la conciliación entre intereses opuestos – los trabajadores renuncian a una reparación integral de los daños que les irroga el despido sin justa causa, a

cambio de una indemnización tarifada que los releve del deber de soportar la carga de la prueba. Se objeta a esta teoría que la transacción en un negocio jurídico entre particulares, mientras que el contrato de trabajo se estructura legalmente, constituyendo entonces una ficción, porque la indemnización es instituida por el Estado (Brain, 2011; Raffaghelli, 2011; Unzaga Domínguez, 2004).

Finalmente, según la teoría del *resarcimiento del daño* el despido sin justa causa, como incumplimiento contractual, es un acto antijurídico culpable que presumiblemente ocasiona un daño – directo en la persona e indirecto en relación a las circunstancias de hecho – al trabajador, que apareja la obligación del empleador de reparar, como sanción del ordenamiento jurídico. En otras palabras, el despido incausado presupone el incumplimiento del contrato de trabajo por voluntad del empleador, en cuanto al término de duración pactado de las prestaciones (que el dependiente esté en condiciones de alcanzar los beneficios jubilatorios, art. 91 LCT) existiendo culpa contractual y daño causado. Motivo por el cual, se debe la indemnización en caso de despido inmotivado pero no en los supuestos de renuncia y despido justificado. Esta concepción está en armonía con los preceptos de Derecho Privado en la materia de los artículos 505 inciso 3, 506, 511, 519, 629, 1068 y 1069³³. Quienes consideran el despido como un acto jurídico regular, válido y legítimo del empleador, en su ejercicio de las facultades de organización y dirección de la empresa (arts. 64 y 65 LCT), y de

³³ CC, Artículo 505: “Los efectos de la obligaciones respecto del acreedor son: ... 3° Para obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes...”. CC, Artículo 506: “El deudor, es responsable al acreedor de los daños e intereses que a éste resultaren por dolo suyo en el cumplimiento de la obligación”. CC, Artículo 511: “El deudor de la obligación es también responsable de los daños e intereses, cuando por su culpa propia ha dejado de cumplirla”. CC, Artículo 519: “Se llama daños e intereses el valor de la pérdida que haya sufrido, y el de la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor a la obligación, por la inexecución de ésta a debido tiempo”. CC, Artículo 629: “Si el deudor no quisiere o no pudiere ejecutar el hecho, el acreedor puede exigirle la ejecución forzada, a no ser que fuese necesaria violencia contra la persona del deudor. En este último caso, el acreedor podrá pedir perjuicios e intereses”. CC, Artículo 1068: “Habrá daño siempre que se cause a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria ... por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades”. CC, Artículo 1069: “El daño comprende no sólo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito, y que en este Código se designa por las palabras pérdidas e intereses”.

las garantías constitucionales de libertad de contratar, ejercer la industria y el comercio, y de propiedad privada (arts. 14 y 17 CN), sostienen que el empleador no ha asegurado a su trabajador estabilidad en el empleo – sólo en los casos de estabilidad propia relativa, en el ámbito de las relaciones laborales privadas – y que, a lo sumo, la indemnización compensa la pérdida de la perspectiva del empleado de permanecer en el puesto de trabajo, y que como tal es un valor indemnizable, pero no reconocen el elemento culpa como presupuesto de la responsabilidad del empleador. No obstante, rescatan el carácter reparador de la indemnización, porque si bien el despido se halla en el curso normal de las relaciones de trabajo, y su riesgo pesa sobre el empleado, provoca una alteración en el régimen de su vida. Y suman a la indemnización también un carácter *sancionador* porque el despido sin justa causa configura un hecho que altera el equilibrio de las relaciones sociales, afectando el interés público, motivo por el cual el legislador impone el pago de una contraprestación en dinero para disuadir el ejercicio abusivo de la facultad resolutoria de la que goza la parte empresaria (Brain, 2011; Ojeda et al, 2008; Ramírez Bosco, 1985; Raffghelli, 2011; Unzaga Domínguez, 2004).

Muy cercana a esta última teoría desarrollada, y atendiendo a las características reparadora y sancionatoria de la indemnización por despido sin justa causa, Ackerman (2000) y Unzaga Domínguez (2004) sitúan a la concepción que equipara la indemnización con una *cláusula penal*, de origen legal. Se fundamenta en que el empleador tiene la obligación de dar ocupación efectiva al trabajador contratado (art. 78 LCT) hasta que este se encuentre en condiciones de acceder a la jubilación (art. 91 LCT), y si incumple esta obligación debe indemnizar a su dependiente sin poder quedar exonerado del pago probando que éste no ha sufrido daño o perjuicio (porque ha encontrado nueva y mejor remunerada ocupación, por ejemplo), relevando al empleado de probar el daño, pero al mismo tiempo, impidiéndole

demandar un plus indemnizatorio si la situación de desempleo se prolonga en el tiempo y el monto recibido deviene insuficiente para atender sus necesidades y las de su grupo familiar, en consonancia con los artículos 652, 655 y 656 del CC. Se le observa a esta exposición que la cláusula penal surge de un acuerdo de voluntades (art. 652 CC) y no de una imposición legal, como es la indemnización del artículo 245 de la LCT, y que la ley laboral no prevé la posibilidad de que los jueces reduzcan el monto de la indemnización si este aparece desproporcionado ante la entidad del daño causado (art. 656 CC); a raíz de estas diferencias se ha concluido que la indemnización es una institución similar, pero no igual a la cláusula penal.

Una vez expuestas las diferentes teorías desarrolladas en torno a la naturaleza jurídica de la indemnización por despido sin justa causa, resta señalar que la finalidad de la institución variará en función de la concepción que se suscriba.

Así, si se la entiende como la reparación de los daños que sufre el trabajador por la resolución intempestiva e incausada de la relación laboral, la tarifa legal impuesta en función de la antigüedad y del salario, sólo contempla la situación del empleado hacia el pasado. En realidad, el carácter tasado de la indemnización, que no habilita margen al juez para que estime ni la existencia ni la cuantía del daño, que se presume causado por el despido injustificado, resarce la ruptura antijurídica y culpable del contrato de trabajo por iniciativa del empleador y no los perjuicios derivados de la pérdida de trabajo. En otras palabras, atiende a una finalidad de política social y económica, punitiva de la conducta irregular y antisocial del empresario, a la vez que intenta disuadirlo, por el costo económico que supone la indemnización, de incurrir en abusos de la posición de supremacía en el vínculo laboral que le otorga el ordenamiento jurídico (Ackerman, 2000; Brain, 2011).

Por su parte, la doctrina que sostiene la finalidad sancionatoria de la institución afirma

que es el mismo cuerpo legal el que establece el carácter reparador de daños, pues la indemnización es, en el Derecho Privado, la forma en que se sanciona el incumplimiento contractual. En este sentido, el juez, al indemnizar, establece que un acto humano es antijurídico, reconociendo una relación de causa-efecto sustentada en un nexo de causalidad entre el hecho y el daño (adecuación fáctica), y un factor de imputación que permite atribuir la responsabilidad al autor del acto (adecuación jurídica), conculca la esfera patrimonial y/o moral del sujeto perjudicado, y pretende restituir las cosas al estado en que se encontraban con anterioridad al acaecimiento del acto antijurídico. Por lo tanto, la sanción indemnizatoria se instituye contra el acto antijurídico y en favor del sujeto dañado (Unzaga Domínguez, 2004).

En cambio, si se adhiere a las teorías que postulan que se trata de un salario diferido o de una institución de la seguridad social, como un seguro contra la desocupación, en este caso se cubren las contingencias a la que queda expuesto el trabajador privado de la percepción normal y habitual de su salario, que tiene indiscutido carácter alimentario, contemplando su situación hacia el futuro.

2.3.4. DAÑOS QUE INTEGRAN LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA

En el Derecho Privado rigen el principio de proporcionalidad entre el daño causado y la indemnización, por medio de la cual se intenta restituir las cosas al estado anterior del hecho dañoso, y el principio de reparación integral de los perjuicios sufridos.

No es esto lo que sucede en el Derecho del Trabajo, en el que el legislador ha optado por una indemnización legal y tarifada de los daños que produce el despido sin justa causa. La elección de este método técnico-jurídico encuentra justificación, por un lado, en el propósito protectorio de relevar al trabajador de soportar la carga de la prueba de la existencia

y cuantía de los perjuicios sufridos, atento a la dificultad que entraña, mientras que por el otro, evitar la justipreciación en cada caso particular de los daños ocasionados por la resolución del contrato de trabajo, con su consecuente imprevisibilidad económica para las empresas y para el mismo trabajador, y aumento del costo del servicio de justicia (Ojeda et al 2008; Ramírez Bosco, 1985; Unzaga Domínguez, 2004).

Se ha sostenido que los daños que cubre la indemnización del artículo 245 de la LCT son los directamente irrogados por el despido sin justa causa, los perjuicios inmediatos que sufre el trabajador. En este sentido se incluyen la privación de los ingresos económicos regulares que implica el salario, la separación del empleado de su puesto de trabajo y de la empresa, perdiendo su grupo de pertenencia y la pérdida de los derechos y beneficios que la ley social acuerda en función de la antigüedad en el empleo. Se ha observado que queda comprendido un hecho pasado, la pérdida de la estabilidad y antigüedad en el trabajo, motivo por el cual, algunos autores incluyen la reparación de la situación de desempleo a la que queda expuesta el trabajador, cubriendo así esta contingencias hacia el futuro. Es decir que se cubren todos los daños que razonable y comúnmente acontecen en la generalidad de los casos, aún cuando pudieran no presentarse en el supuesto particular, en virtud del carácter tarifario del sistema que se concentra en la regla general y no en el caso individual (Ojeda et al, 2008; Unzaga Domínguez, 2004).

Se ha afirmado que la tarifa legal es omnicompreensiva o integral, que cubre todos los daños que el despido sin justa causa ocasionan al trabajador, tanto materiales como morales, que nacen directa o indirectamente de la resolución inmotivada del contrato de trabajo. Esta ha sido la posición tradicional tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, que no distingue si el despido se ha producido dentro de la órbita de razonable discrecionalidad que la ley concede al empleador, o si éste ha actuado en ejercicio abusivo de sus facultades.

Dentro de esta perspectiva no cabe la posibilidad del trabajador de reclamar una reparación complementaria o adicional recurriendo al Derecho Común, pues entiende que sólo cuando expresamente la ley laboral realiza esa remisión esta autorizada (por ejemplo, art. 95 LCT), y en caso del artículo 245 de la LCT nada se dice al respecto.

Posteriormente, en la doctrina y la jurisprudencia se fue abriendo paso una concepción que amplía la indemnización por despido sin justa causa. Aplicando la teoría de las consecuencias del incumplimiento obligacional del Derecho Civil se arribó a la siguiente conclusión: la indemnización tarifada del artículo 245 de la LCT cubre la reparación de las consecuencias inmediatas, aquellas que acostumbran suceder según el curso natural y ordinario de las cosas (arts. 520 y 901 CC) y se debe la reparación de las consecuencias mediatas cuando la inejecución de la obligación fuera maliciosa (art. 521 CC) y cuando el autor del hecho las hubiera previsto o cuando empleando la debida atención y conocimiento de la cosa haya podido preverlas (art. 904 CC) (Unzaga Domínguez, 2004).

Ante esta nueva perspectiva, cabe interpretar que cuando la doctrina y la jurisprudencia sostienen que la tarifa indemnizatoria del artículo 245 de la LCT es integral, refieren a las consecuencias – materiales e inmateriales – inmediatas, directas y normales inherentes a la resolución inmotivada del contrato de trabajo. Dando lugar así a que se reparen otros incumplimientos, apelando al Derecho Civil, como acontece en el caso del daño moral, que para algunos autores debe fundarse en la comisión de un acto ilícito con motivo u ocasión del despido, conforme el artículo 1109 del CC, mientras que para otros, su reparación procede por la violación de cualquier obligación, ya sea ésta de carácter contractual o extracontractual, según se desprende de los artículos 521, 522 o 1109 del CC.

2.3.5. CÁLCULO DE LA INDEMNIZACIÓN DEL ARTÍCULO 245 DE LA LCT

En general, en materia de despido, la ley laboral argentina, instituye un complejo

régimen de carácter tarifado que rige en torno a la indemnización su artículo 245 de la LCT, pues en función de la misma se determinan todas las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo. Así, se calcula la del artículo 246 que regula el despido indirecto; la del artículo 247 que reglamenta los despidos por fuerza mayor o falta o disminución de trabajo; indirectamente, a través de la remisión a dicho artículo, la de los artículos 248 de la extinción del contrato de trabajo por muerte del trabajador, artículo 249 por muerte del empleador, artículo 250 por vencimiento del plazo, y artículo 254 por incapacidad o inhabilidad del trabajador; la del artículo 251 en los supuestos de quiebra o concurso del empleador; las de los artículos 252 y 253 que dispone sobre el trabajador que se encuentra en condiciones de jubilarse y el trabajador jubilado respectivamente.

De lo expresado se desprende la incidencia de la regulación de la indemnización del artículo 245 en todo el régimen relativo a la disolución del vínculo laboral, motivo que justifica desarrollar el análisis de su cálculo.

La indemnización por despido sin justa causa se calcula automáticamente en base a dos variables o factores tradicionales: la antigüedad multiplicada por el salario. Éstos se repiten desde la sanción de la Ley 11.729 del año 1934, con diferentes variaciones a lo largo del tiempo y los cambios legislativos, hasta la actualidad. A los fines del presente Trabajo Final de Grado se analiza el sistema de cálculo instituido por la Ley 25.877 de 2004, actualmente vigente, que unió los dos regímenes existentes: el del artículo 245 de la LCT, texto según el artículo 153 de la Ley 24.013 (LNE) y el del artículo 7 de la Ley 25.013, para los trabajadores ingresados al empleo con posterioridad al 3 de octubre de 1998, fecha de entrada en vigencia de la mencionada ley.

A. ANTIGÜEDAD

Para el cómputo de la antigüedad, el criterio general está establecido en los artículos

18 y 19 de la LCT. A tales efectos, de acuerdo al primero “...se considerará tiempo de servicio el efectivamente trabajado desde el comienzo de la vinculación, el que corresponda a los sucesivos contratos a plazo que hubieren celebrado las partes y el tiempo de servicio anterior, cuando el trabajador, cesado en el trabajo por cualquier causa, reingrese a las órdenes del mismo empleador”³⁴; y el segundo agrega que “Se considera igualmente tiempo de servicio el que corresponde al plazo de preaviso que se fija por esta ley o por los estatutos especiales, cuando el mismo hubiere sido concedido”. De lo expuesto se sigue que la antigüedad adquirida por el trabajador en un período de prestación de servicios anterior, no se suprime por el hecho de que se haya desvinculado del empleador por cualquier motivo, ya sea renuncia o despido con o sin causa. Es decir que la antigüedad en el empleo se integra con todo el tiempo, continuo o discontinuo, durante el que el trabajador prestó sus servicios al mismo empleador³⁵. Esta regla no admite excepciones, ni aún en el caso de que el empleado haya percibido la totalidad de su indemnización en virtud de un contrato de trabajo anterior con el mismo empleador (art. 255 LCT). Álvarez Bangueses y Fernández Pardo (2008) concluyen que la ponderación legal toma en cuenta la duración de la relación de trabajo y no el contrato que se extingue.

Existen dos casos de apartamiento de la regla general en el cómputo integral de la antigüedad, que en rigor de verdad constituyen hipótesis normadas especialmente de un modo extraordinario. Por un lado, la transferencia del contrato de trabajo a un tercero en el contexto

³⁴ En este supuesto, el artículo 255 de la LCT establece que se deducirán de la indemnización correspondiente la ya percibida por despido sin justa causa, por despido indirecto, por extinción del contrato de trabajo por fuerza mayor o por falta o disminución de trabajo, o por vencimiento del plazo, o por quiebra o concurso del empleador, o por jubilación del trabajador, o por incapacidad o inhabilidad del trabajador. No obstante, la indemnización resultante (la última) no podrá ser inferior a la que el trabajador hubiera percibido si su período de servicio hubiera sido el último, con prescindencia de los períodos anteriores al ingreso.

³⁵ La utilización del vocablo “empleador” por el artículo 18 de la LCT ha dado lugar a divergencias interpretativas en la doctrina. Por un lado, se encuentran quienes sostienen que sólo se puede computar la antigüedad cuando el trabajador reingresa a prestar servicios bajo las órdenes del mismo empleador, pues empresa y empleador no se confunden, a tenor de lo dispuesto por los artículos 2 y 26 de la LCT. Por el otro, se hallan quienes opinan que debe reconocerse la antigüedad cuando el empleado se reintegra en la misma organización empresarial, con prescindencia de su titularidad (Unzaga Domínguez, 2004).

de un proceso de quiebra (art. 251 LCT y art. 199 Ley de Concursos y Quiebras). En este supuesto, producida la venta de todos o alguno de los establecimientos de la empresa fallida, el conjunto de trabajadores vinculados al mismo, en caso de continuar trabajando para el tercero adquirente, lo hará como si se tratara de una relación laboral nueva. Esta disposición encuentra su fundamento en privilegiar la continuidad de la explotación de la unidad económica. Por otro lado, se encuentra el caso de los trabajadores jubilados que reingresan bajo las órdenes del mismo empleador, a quienes sólo se les computará la antigüedad adquirida a partir del inicio de la nueva relación (art. 253 LCT).

El artículo 245 de la LCT, al hacer mención a la “...fracción mayor de tres meses...”, establece una antigüedad mínima para acceder a la indemnización. Esta es la interpretación que se sigue a partir del fallo plenario N° 218 de la CNAT en Sawady, Manfredo c/ Sadaic de 1979, donde se estableció que “...carece de derecho a la indemnización por despido el trabajador que no cuenta con los tres meses de antigüedad que requiere la norma legal”³⁶. A esta interpretación jurisprudencial, Álvarez Bangueses y Fernández Pardo (2008) agregan el instituto del período de prueba del artículo 92 bis de la LCT, por el cual el contrato de trabajo de tiempo indeterminado puede extinguirse, por cualquiera de las partes, sin necesidad de expresar causa y sin derecho a indemnización con motivo de la extinción, durante los tres primeros meses de la vinculación laboral.

B. BASE SALARIAL COMPUTABLE

Para el cálculo de la indemnización, el artículo 245 de la LCT establece que debe tomarse como base “...la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante

³⁶ CNAT, En pleno, Sawady, Manfredo c/ SADAIC s/ Cobro de pesos, Plenario 218, DT. 1979-371 (1979). Con anterioridad, y en vigencia de la Ley 11.729, se había arribado a un acuerdo jurisprudencial generalizado sobre que el mínimo exigido para acceder a la indemnización era tres meses de trabajo. No obstante, la polémica se replanteó luego de dictada la LCT, dando lugar a interpretaciones que entendían que la fracción mayor de tres meses era para considerarla un año íntegro o período indemnizable más, pero no una exigencia de un mínimo de antigüedad; todo lo cual motivó el dictado del fallo plenario citado (Ramírez Bosco, 1985).

el último año o durante el tiempo se servicio si fuera menor”. La descripción legal obliga a efectuar una serie de precisiones en torno a los requisitos que debe reunir la variable salario³⁷.

a. MEJOR

En relación a este primer concepto, se ha sostenido que la alusión a *mejor remuneración* excluye la posibilidad de computar promedios, aún cuando el trabajador perciba remuneraciones variables³⁸. A este respecto se ha afirmado que, por ejemplo, cuando el trabajador sea remunerado a comisión, corresponde tomar el mes en que dichas comisiones hayan sido mayores, sin tener en cuenta que el monto haya sido extraordinario en relación al promedio de los meses restante (Ojeda, 2011). En este orden de ideas, deben computarse los salarios devengados en el año inmediato posterior al despido o al período total si éste fuese menor, y de entre ellos el mejor, es decir, el correspondiente al mes de mayor cuantía dineraria, sumados horizontalmente todos los rubros no excluidos (Álvarez Bangueses y Fernández Pardo, 2008).

b. REMUNERACIÓN

El término *remuneración* tiene una connotación selectiva, identifica qué sumas están comprendidas en la base del cálculo, distinguiendo entre conceptos o rubros remuneratorios y no remuneratorios, a tenor de lo dispuesto por los artículo 103 a 105 de la LCT. Ojeda

³⁷ La Ley 11.729 refería sólo a la retribución mensual, lo que presentaba la dificultad de determinar cuál de ellas tomar en cuenta en caso de retribuciones variables, arribando luego a la solución mediante el recurso al promedio remuneratorio de los últimos cinco años primero, de los últimos tres después (por Ley 15.785), y finalmente del último año (por Ley 16.881). La justificación del sistema radicaba en la proporción entre los ingresos estándares del trabajador, determinante de su nivel de gastos y la indemnización tendiente, entre otros objetivos, a mantener ese nivel durante el desempleo. La necesidad de modificar el sistema de promedios – por el de la *mejor remuneración mensual* según lo estableció la LCT en su redacción original - surgió a raíz de la inflación que lo convirtió en un mecanismo involuntariamente deteriorante, ya que al tomar valores reales no homogéneos disminuía el salario final por influjo de los valores más antiguos. No obstante, se continuaba presentando el inconveniente en los supuestos de retribuciones muy variables, pues al computar sólo la mejor convertía a la indemnización en algo arbitrario, motivo por el que posteriormente se limitó el concepto con los calificativos de *normal* y *habitual* mediante Ley 21.297 (Ramírez Bosco, 1985; Unzaga Domínguez, 2004).

³⁸ CNAT, En pleno, Brandi, Roberto A. c/ Lotería Nacional SE, Plenario 298, DT. 2000-2176 (2000); TSJ, Sala Laboral, Córdoba, Bedran, Javier c/ Falabella S.A., La Instancia Judicial-Práctica Laboral-2011-1-Fallo A447 (2010).

(2011) señala que este concepto puede definirse tanto por inclusión como por exclusión.

La definición por inclusión se encuentra en el primer precepto legal que indica que “...se entiende por remuneración la contraprestación que debe percibir el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo... El empleador debe al trabajador la remuneración, aunque éste no preste servicios, por la mera circunstancia de haber puesto su fuerza de trabajo a disposición de aquél”. El artículo 104, prescribiendo la forma de determinar la remuneración, integra este concepto con los *premios*, y finalmente el artículo 105 incorpora, también con carácter remuneratorio, las *prestaciones complementarias*.

También debe tenerse presente la definición que proporciona el Convenio N° 95 de la OIT³⁹ sobre el salario que “...significa remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar por servicios que haya prestado o deba prestar” (art. 1).

Siguiendo a Álvarez Bangueses y Fernández Pardo (2008) e integrando ambas conceptualizaciones, puede establecerse que remuneración es todo pago (contraprestación) que recibe el trabajador de su empleador, ambos vinculados por un contrato de trabajo, que represente una ganancia (aumento patrimonial, ya sea directamente, en forma de ingreso, o indirectamente, evitando una erogación, bajo la forma de ahorro⁴⁰), por el cumplimiento efectivo de una tarea o por la puesta a disposición de su fuerza de trabajo, en los supuestos que el servicio no se cumpla efectivamente por circunstancias ajenas a la voluntad del

³⁹ Este instrumento internacional tiene jerarquía suprallegal en nuestro ordenamiento positivo por haber sido ratificado por la Argentina el 24 de septiembre de 1956, de acuerdo al art. 75 inc. 22 de la CN.

⁴⁰ Un supuesto excepcional se presenta en el caso de los viáticos que, conforme el artículo 106 de la LCT, serán considerados remuneratorios, exceptuados en la parte efectivamente gastada y acreditada por medio de comprobantes. Esto es así porque no ha existido ventaja patrimonial para el trabajador, pues nada ingresa en su patrimonio, en la medida que se compensa lo que gasta. No obstante la ley deja librado el particular a lo que dispongan los estatutos profesionales y las CCT.

empleado, y que dicho pago no haya sido caracterizado como no remunerativo por la ley o por la CCT aplicable.

Mientras que la definición por exclusión de deduce de los demás artículos mencionados, es decir, que no deben computarse en la base de la indemnización todos aquellos conceptos que no tengan carácter salarial, como la asignaciones familiares – porque son abonadas por un sujeto distinto al empleador, es decir, por el sistema de seguridad social –, las indemnizaciones – porque son debidas concluida la relación laboral, y no tienen fundamento en su tarea –, la integración del mes de despido, los beneficios sociales del artículo 103 bis, definidos como “...las prestaciones de naturaleza jurídica de seguridad social, no remunerativas, no dinerarias, no acumulables ni sustituibles en dinero, que brinda el empleador al trabajador por sí o por medio de terceros, que tiene como objeto mejorar la calidad de vida del dependiente o de su familia a su cargo”, enumerados a continuación en sus diferente inciso⁴¹, y la prestaciones complementarias no remuneratorias de los incisos a, b, c y d del artículo 105⁴², ya citado.

Álvarez Bangueses y Fernández Pardo (2008) y Ojeda (2011) destacan que la remuneración a tomar en cuenta es la bruta devengada, no la neta, dado que en esta última, las diversas sumas que son retenidas con destino a la seguridad social, también forman parte de la remuneración, no obstante se trate de beneficios cuya percepción es diferida, como los

⁴¹ LCT, Artículo 103 bis: “...a) los servicios de comedor de la empresa; d) los reintegros de gastos de medicamentos y gastos médicos y odontológicos del trabajador y su familia que asumiera el empleador...; e) la provisión de ropa de trabajo y de cualquier otro elemento vinculado a la indumentaria y al equipamiento del trabajador para uso exclusivo en el desempeño de sus tareas; f) los reintegros documentados con comprobantes de gastos de guardería y/o sala maternal, que utilicen los trabajadores con hijos de hasta seis años de edad cuando la empresa no contare con esas instalaciones; g) la provisión de útiles escolares y guardapolvos para los hijos del trabajador, otorgados al inicio del período escolar; h) el otorgamiento o pago debidamente documentado de cursos o seminarios de capacitación o especialización; i) el pago de los gastos de sepelio de familiares a cargo del trabajador...”.

⁴² LCT, Artículo 105: “...a) los retiros de socios de gerentes de sociedades de responsabilidad limitada...; b) los reintegros de gastos sin comprobantes correspondientes al uso de automóvil de propiedad de la empresa o del empleado...; c) los viáticos de viajantes de comercio... y los reintegros de automóvil...; d) el comodato de casa-habitación de propiedad del empleador, ubicado en barrios o complejos circundantes al lugar de trabajo, o la locación, en los supuestos de grave dificultad en el acceso a la vivienda”.

que se destinan al sistema de previsión social, o meramente potencial, como por ejemplo la obra social o las asignaciones familiares.

Asimismo, deben tenerse presente otras dos situaciones. Por un lado, los aumentos salariales, aún los dispuestos por ley, con alcance retroactivo, son computables para el cálculo de la indemnización por despido, cuando la resolución del contrato de trabajo haya sido con fecha tal que quede comprendido por la retroactividad. Y por otro lado, que en función del principio de realidad que impregna el sistema laboral argentino, en el supuesto que el empleador no abonara la remuneración correspondiente a la función o categoría real del trabajador, la indemnización debe ser liquidada en virtud de ésta, aunque no sea la percibida efectivamente.

c. MENSUAL

A partir de la sanción de la Ley 25.877 que reemplazó la expresión *remuneración percibida* por *remuneración devengada*, han tenido lugar a diversas interpretaciones jurisprudenciales en torno a la intención del legislador⁴³.

Por un lado, se encuentran aquellos tribunales que entienden que esta modificación abre paso a la incorporación a la base de cálculo de la indemnización de la parte proporcional de las remuneraciones que son percibidas en forma anual o semestral, como las gratificaciones o el SAC, reexpresándolas en los términos mensuales de su devengamiento, es decir, dividiéndolas en la cantidad de unidades que la ley quiere que quede expresada.

No obstante, la posición mayoritaria continua siendo la que sostiene que sólo deben ser considerados los rubros exigibles y que se liquiden mes a mes. En apoyo de esta tesitura

⁴³ Atendiendo a la literalidad de los términos, se ha sostenido que *percibida* es la remuneración cobrada y *devengada* la que puede estar o no cobrada, pero a la que tiene derecho el trabajador. En este orden de ideas, se entiende que la intención del legislador ha sido proteger al trabajador, en el sentido de que si se considerara la remuneración percibida (cobrada), podría suceder que empleador incumpliendo el pago de la mejor remuneración, en perjuicio de su empleado, se beneficiaría de su propio incumplimiento contractual, pues ésta no podría ser considerada a los fines de la base de cálculo (Álvarez Bangueses y Fernández Pardo, 2008; Unzaga Domínguez, 2004).

se sostiene que toda remuneración comienza a devengarse desde el momento en que el trabajador pone a disposición del empleador su fuerza de trabajo, graficándolo, a medida que transcurren cada segundo, minuto, hora, día, semana y mes de servicio. Por lo tanto, sólo arbitrariamente podría afirmarse que las prestaciones correspondientes fueron devengadas en cada uno de los meses que se mantuvo la vinculación laboral. De este modo, se ha querido poner de manifiesto que la ley, al requerir la mensualidad de la remuneración, ha puesto un límite máximo a los períodos exigibles, es decir, que el sueldo es el único parámetro de la base de cálculo (Álvarez Bangueses y Fernández Pardo, 2008).

d. NORMAL

Entendiendo a lo normal como la regla, aquello que de ordinario ocurre, que sucede general y mayoritariamente, lo anormal – y como tal excluido del cómputo de la base de cálculo de la indemnización – es lo extraordinario y excepcional, que no responde a como se desarrollan o se han desarrollado las cosas – en este caso el contrato de trabajo –. Puede ejemplificarse este último concepto con la gratificación única no esperada por el trabajador, las remuneraciones que se perciben por el ejercicio de un cargo superior, en caso de una suplencia, las horas extras que el empleado no realiza habitualmente (Álvarez Bangueses y Fernández Pardo, 2008; Ojeda, 2011).

Compatibilizando el criterio de normalidad con el de selección de la *mejor remuneración*, se concluye que la intención del legislador ha sido limitativa, es decir, que la mejor remuneración no surja de una elección indiscriminada, sino que por lo contrario, restrictiva, excluyendo el mes cuya remuneración en el último año o todo el período de servicio, si éste fuere menor, exceda lo que ordinariamente ha ocurrido en el lapso temporal señalado por la norma.

e. HABITUAL

Un rubro o concepto remunerativo es habitual cuando su devengamiento se reitera o repite con persistencia y continuidad en la estructura salarial del período considerado por la ley a los fines del cómputo de la indemnización o, como señala Ramírez Bosco (1985), cuando un pago imprevisto se torna previsto, y por ello exigible, en función de su regularidad temporal.

Cabe aclarar que la habitualidad del rubro no implica la caracterización de habitualidad de su importe o monto, que pueden variar, pues de lo contrario, en ese supuesto se estaría considerando su normalidad.

Se descarta la corriente de opinión que considera los términos “normal” y “habitual” como sinónimos⁴⁴, pues se entiende que si la ley utiliza dos vocablos diferentes es porque refiere a dos requisitos distintos, y no, como se ha sostenido, que el propósito no es otro que reforzar el concepto por repetición.

Álvarez Bangueses y Fernández Pardo (2008) postulan como pauta de habitualidad que el concepto remunerativo bajo análisis se haya devengado al menos en la mitad de los meses del período considerado por la norma, es decir, en el año anterior al despido o durante todo el tiempo de servicio, si fuere menor⁴⁵.

⁴⁴ Esta es la tesis seguida por Ramírez Bosco (1985) que manifiesta que la mención de normal y habitual referida a mensual no tienen otro propósito que enfatizar la repetición, a falta de todo elemento del texto legal que permita una dilucidación más precisa, y que se oponen a la calificación de mejor remuneración, excluyendo todos los conceptos que dentro del mes sean extraordinarios por su volumen o por su falta de regularidad.

⁴⁵ Los autores citados llegan a esta conclusión luego de plantear que para establecer una pauta de habitualidad, definida como persistencia y continuidad, a lo largo de un período de doce meses, puede sostenerse que un rubro devengado en uno, dos, o tres meses, no puede considerarse habitual, pero en cambio sí aquel que aparece en diez u once del lapso temporal señalado. Pero que este análisis se complica cuando el concepto se presenta en cuatro o cinco meses, que parecen no ser suficientes, u ocho o nueve, que se estiman bastantes, y definitivamente se torna más complejo en la hipótesis de seis o siete meses. Por lo tanto, aplicando la regla *in dubio pro operario* arriban a la solución planteada (Álvarez Bangueses y Fernández Pardo, 2008).

Como se mencionara anteriormente, a partir de la Ley 25.877 el cambio de la denominación *remuneración percibida* por *remuneración devengada*, ha suscitado diferentes interpretaciones tanto en la doctrina como en la jurisprudencia en relación al cómputo en la base de cálculo de conceptos tales como el SAC y las gratificaciones, lo que amerita su desarrollo particularizado.

En relación al SAC, la jurisprudencia tradicional y mayoritaria del la CNAT⁴⁶ ha entendido que, en función de la descripción del artículo 245 de la LCT de la base de cálculo como la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el desarrollo del contrato de trabajo, la parte proporcional del aguinaldo no integra el salario porque se trata de un adicional que se liquida semestralmente, no obstante su carácter remuneratorio. En este sentido se ha argumentado que si se entendiera su devengamiento mensual en realidad debería admitirse que toda remuneración se devenga cada minuto, día, semana y mes que el trabajador pone a disposición del empleador su fuerza de trabajo. En este orden de ideas, no existiría ningún concepto remuneratorio que se devengue mes a mes, impidiendo dilucidar el significado del término *mensual* de la norma legal. Lo mismo ocurre con el calificativo *habitual*, que excluye los rubros no devengados persistente y continuamente durante el año anterior o período menor de servicios, impidiendo su calificación al SAC, porque de lo contrario su reexpresión mensual daría por resultado un monto atribuible a cada mes (Álvarez Bangueses y Fernández Pardo, 2008; Ojeda, 2011). Así lo sostuvo el citado tribunal en el fallo plenario 322, del 19 de noviembre de 2009, en autos “Tulosai, Alberto A. c/ Banco Central de la República Argentina” en el que determinó que “No corresponde incluir en la base salarial prevista en el primer párrafo del artículo 245 de la LCT, la parte proporcional del

⁴⁶ En este mismo sentido se pronuncia el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba en TSJ, Sala Laboral, Córdoba, Ostiatti, Jerónimo c/ C.C.C. La Capital de La Plata Ltda., La Instancia Judicial-Práctica Laboral-2011-1-Fallo A448 (2011); TSJ, Sala Laboral, Córdoba, Peralta, Miguel A. c/ Ciudad de Córdoba SACIF, La Instancia Judicial-Práctica Laboral-2011-1-Fallo A435 (2010).

sueldo anual complementario”⁴⁷.

La posición contraria ha sido sostenida por la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires (SCJBA)⁴⁸, que ha considerado que debe ser incorporado en la base indemnizatoria en virtud de su carácter remunerativo de pago diferido que se gana conjuntamente con el salario devengado, independientemente de que sea exigible en un período diferente, es decir que la retribución consiste en lo que se ganó ese mes más la incidencia del SAC, porque se devenga día a día y por lo tanto entra en el concepto de remuneración mensual. Esta nueva lectura de la norma entiende que la modificación realizada por la Ley 25.877 implica un cambio en la dirección de la intelectualidad de la ley, que habilita la posibilidad de incorporar la parte proporcional del SAC que se devengó en el transcurso del semestre. Más aún, entendiendo al aguinaldo como un sueldo complementario que el empleador debe pagar a su trabajador, se arriba a la conclusión de que su naturaleza jurídica es la propia de un salario, que se gana a medida que se trabaja pero se abona en determinadas épocas del año, conforme el artículo 122 de la LCT. Diferimiento éste que es necesario porque el SAC, de carácter accesorio, se calcula sobre la base del salario, principal, y por lo tanto, a medida que se gana este último, se devenga aquél (Álvarez Bangueses y Fernández Pardo, 2008; Ojeda, 2011; Unzaga Domínguez, 2004).

Con respecto a las gratificaciones, definidas como pagos espontáneos y voluntarios que realizan los empleadores a sus trabajadores discrecionalmente, bajo la forma de liberalidades, que pueden estar sujetas o no a determinadas condiciones, no se discute su naturaleza jurídica remuneratoria – a tenor de lo dispuesto por el artículo 104 de la LCT –, pues se supone que tienen su causa en el contrato de trabajo, como retribución de los

⁴⁷ CNAT, En pleno, Tulosai, Alberto P. c/ Banco Central de la República Argentina, Plenario 322, DT. 2009-diciembre-381 (2009).

⁴⁸ SCJBA, Ojeda, Aparicio D. y otros c/ Swift Armour Argentina S.A., A. y S., 1987-IV-503 (1987). Sigue este criterio el Tribunal Superior de Justicia de la Rioja en TSJ, La Rioja, Parisi Tella, Ramon R. c/ Colorex S.A. s/ Despido, La Instancia Judicial-Práctica Laboral-2011-1-Fallo A449 (2010).

servicios prestados, salvo prueba en contrario. Ahora bien, cabe preguntarse si tienen incidencia en la base de cálculo de la indemnización, afectando la variable salario. Un sector de la doctrina sostiene que dado que estas remuneraciones se abonan en períodos distintos al mensual – anual o semestralmente según los casos – deben ser excluidas del cómputo indemnizatorio. Otra postura entiende, en consonancia con lo expresado en relación al SAC, que deben ser incorporadas en su parte proporcional, pues se trata de un salario complementario de pago diferido, que se devenga a medida que el trabajador presta sus servicios, pero que se abonan en determinadas épocas del año por la voluntad unilateral del empleador, siempre que se haya acreditado su exigibilidad futura (Álvarez Bangueses y Fernández Pardo, 2008).

C. TOPE DE LA BASE DE CÁLCULO⁴⁹

El artículo 245 de la LCT, en su segundo párrafo establece que la base de cálculo de la indemnización por despido sin justa causa “no podrá exceder el equivalente de tres veces el importe mensual de la suma resultante del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador, al momento del despido, por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad. Al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social le corresponde fijar y publicar el promedio resultante, juntamente con las escalas salariales de cada convenio colectivo de trabajo”.

Los promedios reflejan los salarios básicos mensualizados, ya sean acordados por jornada completa o convencional, y los adicionales retributivos fijos, que se aplican de forma

⁴⁹ Históricamente los topes indemnizatorios estuvieron fijados, en un principio por la Ley 11.729 en determinados pesos de la moneda de curso legal, posteriormente por Ley 16.881 se estableció en tres salarios vitales mínimos, que se mantuvo sancionada la LCT en tres salarios mínimos, vitales y móviles mensuales vigentes a la fecha del despido. Por medio de la Ley de Emergencia Económica 23.697 de 1989 se suprimió el tope en la base de cálculo. El problema que se suscitó a continuación fue que teniendo esta ley un plazo de vigencia de 180 días, y siendo muchas de sus normas en consecuencia transitorias, vencido dicho plazo surgió el interrogante si la reforma del artículo 245 de la LCT era definitiva o transitoria. La jurisprudencia entendió que se trataba de una modificación permanente, y así lo fijó la CNAT por medio la resolución N° 34 del 30 de octubre de 1990. En 1991 la LNE regresó al sistema de tope de la indemnización por despido (artículo 153), siendo el vigente en la actualidad (Ackerman, 2000; Unzaga Domínguez, 2004).

general y permanente, excluida la antigüedad. Se toma en cuenta un solo monto promedio mensual por convenio, salvo cuando se homologan acuerdos de rama o de empresa separadamente de la actividad, calculando en estos casos un promedio mensual específico (Unzaga Domínguez, 2004).

Este sistema de topes busca que al establecerse la indemnización del trabajador concreto, se tenga en cuenta un tope fijado según parámetros remuneratorios convencionales cercanos al mismo, a la vez que permite cierta previsibilidad del costo remuneratorio, al vincularlo con las variaciones de las remuneraciones que se produzcan en el desenvolvimiento de la actividad particular (Ojeda, 2011).

Cabe aclarar que de la lectura del artículo transcrito surge que el tope se aplica sobre la base del cálculo, y no sobre la indemnización, y la limitación se proyecta indirectamente por el influjo del tope sobre una de sus variables, en este caso, el salario.

La fijación del tope, según el precepto legal citado, corresponde al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (MTESS), es decir que involucra una actividad estatal excluyente, insustituible por las partes en caso de omisión. Publicado el tope, la parte demandada (empleador) debe denunciar el convenio del cual lo extrajo, pues éste se asimila a un hecho y no queda comprendido dentro del principio que el juez conoce el derecho (art. 8 LCT). En el supuesto de que la autoridad administrativa de aplicación fijara y publicara uno pero no lo actualizara en razón de la nueva escala salarial negociada, corresponde liquidar provisoriamente la indemnización en función del tope publicado y luego, una vez que se fije y publique el adecuado a la fecha en que se produce la resolución del contrato de trabajo, reajustar lo pagado en base a la nueva escala salarial, pues lo que se debe vincular es la fecha del despido con la fecha del acuerdo salarial – que incluso puede disponer su aplicación retroactiva a extinciones de la relación laboral anteriores a su firma –, siendo irrelevante la

fecha de publicación (Álvarez Bangueses y Fernández Pardo, 2008; Ojeda, 2011; Unzaga Domínguez, 2004).

El tercer párrafo del artículo 245 de la LCT determina que “Para aquellos trabajadores excluidos del convenio colectivo de trabajo el tope establecido en el párrafo anterior será el del convenio aplicable al establecimiento donde preste servicios o al convenio más favorable, en el caso que hubiera más de uno”. A continuación, el párrafo siguiente, continúa “Para aquellos trabajadores remunerados a comisión o con remuneraciones variables, será de aplicación el convenio al que pertenezcan o aquél que se aplique a la empresa o establecimiento donde preste servicios, si éste fuere más favorable”.

Entonces, con respecto a la aplicación del tope de la base de cálculo, la situación normal es la prevista en el segundo párrafo de la norma, es decir, que el trabajador despedido sin justa causa cuya indemnización se ha de determinar, tiene un convenio colectivo de referencia.

En el caso de los trabajadores excluidos del CCT, se aplica el tope del convenio aplicable al establecimiento donde preste servicios o el más favorable, si hubiera más de uno. La disposición de la norma se complementa con el artículo 16 de la LCT que, si bien excluye la posibilidad de aplicación extensiva o analógica de las CCT, admite que se tengan en consideración para la resolución de casos concretos, como en este supuesto, la determinación de la indemnización (Ojeda, 2011).

Los trabajadores que perciben remuneraciones a comisión o variables, son comprendidos por el convenio al que pertenezcan en razón del oficio o profesión, o por el que se aplique a la empresa o establecimiento donde presten servicios, ya sea de actividad o de empresa, si fuera más favorable.

Se advierte que en ambas situaciones contempladas por el párrafo tercero y cuarto, se

hace referencia a que existiendo pluralidad de convenios se debe elegir el más favorable. Esto exige su determinación según el principio de la norma más favorable para el trabajador y la regla de conglobamiento de instituciones del artículo 9 de la LCT, es decir, mediante la comparación de las convenciones colectivas de trabajo en juego, determinar cuál posee más beneficios para el empleado (Álvarez Bangueses y Fernández Pardo, 2008).

Analizadas las diferentes hipótesis contempladas por la norma, se concluye que en ningún caso la normativa deja de aplicar un tope, ni el juez puede dejar de hacerlo, porque es un recaudo de la fórmula legal de la indemnización, de la que sólo puede apartarse cuando se declare su inconstitucionalidad. En otras palabras, el artículo 245 de la LCT determina una regla universal, cuya intención es establecer siempre un marco de referencia – CCT – a los efectos de la determinación de un tope, para los supuestos en que se haya producido un vacío legal (Álvarez Bangueses y Fernández Pardo, 2008; Ojeda 2011).

No es de esta opinión Unzaga Domínguez (2004) que considera que en el supuesto de inexistencia de convenio colectivo aplicable en el establecimiento que preste tareas el trabajador, esté o no excluido, no procede la extensión por analogía de otro, pues estaría vedado por el artículo 16 de la LCT ya citado, correspondiendo indemnizar al empleado sin tope alguno.

D. PISO DE LA INDEMNIZACIÓN⁵⁰

El último párrafo del artículo 245 de la LCT establece que “El importe de esta indemnización en ningún caso podrá ser inferior a un mes de sueldo calculado sobre la base del sistema establecido en el primer párrafo”, es decir la mejor remuneración mensual, normal y habitual sin tope. En este supuesto, constituye un monto mínimo del total de la indemnización, que tiene como objetivo garantizar al trabajador un importe a cobrar,

⁵⁰ Del mismo modo que el tope de la base cálculo, el piso indemnizatorio varió a lo largo del tiempo. Inicialmente estuvo determinado en un mes de sueldo del trabajador, a partir de la Ley 16.881 se elevó a dos sueldos, para finalmente volver a fijarse en un mes (Unzaga Domínguez, 2004).

presumiendo que ese piso se compadece con los daños mínimos ocasionados por el despido sin justa causa (Unzaga Domínguez, 2004).

La jurisprudencia de la CSJN sobre la valoración de la constitucionalidad del tope de la base de cálculo de la indemnización por despido sin justa causa, puede dividirse en dos etapas, reconociendo como punto de inflexión su pronunciamiento en el caso “Vizzoti, Carlos A. c/ AMSA S.A. s/ Despido”⁵¹, del 14 de septiembre de 2004 (Álvarez Bangueses y Fernández Pardo, 2008; Fertitta, 2011).

Ackerman (2000), repasando la doctrina de la Corte durante la primera etapa que se extiende entre 1982 y 2004, advierte la presencia de reglas generales sobre diferentes aspectos vinculadas a la cuestión en tratamiento. Señalan el autor citado, Fertitta (2011) y Unzaga Domínguez (2004) que el primer antecedente en este diseño se encuentra indirectamente en la sentencia dictada en autos “Carrizo, Domingo y otros c/ Administración General de Puertos”⁵² del 6 de julio de 1982. En este caso, el Superior Tribunal dejó establecido que la reglamentación legal del derecho a la estabilidad impropia, constitucionalmente reconocido, debe ser razonable, es decir, adecuada a los fines que contempla y no descalificable por razón de inequidad; y que para determinar el ámbito de tal razonabilidad debe tenerse en cuenta que la indemnizaciones suelen tener contenido alimentario y se devengan, generalmente, en situaciones de emergencia para el empleado.

Particularmente en relación a las reglas generales que identifica Ackerman (2000), en primer lugar, se encuentra el reconocimiento de amplias facultades a los poderes del Estado (Legislativo y Ejecutivo) para regular la manda constitucional de protección contra el despido arbitrario. Así, en el año 1984, en el caso “Paluri, Henio c/ Establecimientos Metalúrgicos

⁵¹ CSJN, Vizzoti, Carlos A. c/ AMSA S.A. s/ Despido, Fallos: 327:3677 (2004).

⁵² CSJN, Carrizo, Domingo y otros c/ Administración General de Puertos, Fallos: 304:972 (1982).

Santa Rosa S.A. s/ Despido”⁵³ sostuvo que “...en cumplimiento del deber constitucional del Estado de asegurar la protección del trabajador contra el despido arbitrario, corresponde al legislador establecer las bases jurídicas que reglamentan las relaciones de trabajo y las consecuencias que se derivan de la ruptura del contrato laboral, sin que los jueces se hallen facultados para decidir sobre el mérito y la conveniencia de la legislación sobre la materia”. Al tiempo de que vedó la posibilidad de que el Poder Judicial revise el criterio del legislador sobre la “conveniencia de que la naturaleza y la medida de los beneficios reconocidos a los trabajadores pueda figurar en normas uniformes o la imposibilidad de que ello se consiga porque las peculiaridades de la actividad laboral no permitan esa unidad”, pues constituyen enfoques de la política legislativa.

Similar posición asumió en el caso “Ulman, Miguel c/ VASA s/ Despido”⁵⁴, también de 1984, estableciendo que “La determinación del monto que debe alcanzar el salario vital, en los supuestos de la ley 21.307 – como es el caso – se encuentra comprendida en el ejercicio de facultades conferidas al Poder Ejecutivo para determinar la política económica y social, a las que corresponde reconocer razonable amplitud de criterio en aras del bienestar general y en concordancia con los lineamientos generales que la inspiran...”.

Y advirtiendo, finalmente, en “Ranzuglia, Alicia G. c/ Fundación Universidad de Belgrano”⁵⁵ que “Los motivos de equidad subjetivamente apreciados no pueden servir de pretexto para que los jueces dejen de aplicar las normas legales cuya sanción y abrogación está reservada a otros poderes del Estado”.

Sobre el contenido de la regulación legal de la garantía constitucional de protección contra el despido arbitrario, en el caso “Grosso, Bartolo c/ San Sebastián SACIFIA s/ Cobro

⁵³ CSJN, Paluri, Heino c/ Establecimientos Metalúrgicos Santa Rosa S.A. s/ Despido, Fallos: 306:1964 (1984).

⁵⁴ CSJN, Ulman, Miguel c/ VASA s/ Despido, Fallos: 306:1311 (1984).

⁵⁵ CSJN, Ranzuglia, Alicia G. c/ Fundación Universidad de Belgrano, Fallos: 306:783 (1999).

de pesos”⁵⁶ del 4 de septiembre de 1990, el Máximo Tribunal remite a las conclusiones y fundamentos del procurador general – del 1 de noviembre de 1989 – que expresó que “el módulo del resarcimiento no debe ser necesariamente idéntico al salario”, postura que fue reiterada en “Marianetti, Luis P. c/ Bodegas y Viñedos López SAIC”⁵⁷, caso en que además señaló que “La fijación de topes no es de por sí inconstitucional”.

La regla de la Corte sobre la constitucionalidad del tope de la base del cálculo, fue revisada en circunstancias excepcionales, en la que se pronunció por su inconstitucionalidad, pero sólo en cuanto se tratara de “...circunstancias que autorizan la descalificación de la legislación sobre el salario mínimo vital, que el acto normativo configure la supresión o desnaturalización del derecho que se pretende asegurar o que el importe haya sido establecido en forma absurda o arbitraria” (“Ulman”). La justificación de este criterio se encuentra en “Grosso” donde, como se señalara anteriormente, remitió a lo dicho por el procurador general, el que sostuvo que “la irrazonabilidad que pueda predicarse de la reparación será el resultado de la iniquidad de ella derivada del importe del salario mínimo vital que quepa tener en cuenta, y la torne manifiestamente insuficiente como adecuada protección contra la segregación incausada del trabajador”. No obstante, no dejó de advertir que “El mero cotejo entre el importe de la mayor remuneración percibida y el monto del salario mínimo vital no autoriza por sí solo a extraer ninguna conclusión acerca de la injusticia o irrazonabilidad de este último, habida cuenta que de la desproporción entre uno y otro valor puede deberse a la magnitud del primero y no a la supuesta exigüidad del segundo” (“Marianetti”).

Cuando a la Corte se le presentó el examen de la constitucionalidad de la resolución 7/89 del Consejo Nacional del Salario Mínimo Vital y Móvil (CNSMVM), que había establecido un valor para un salario mínimo que permaneció sin modificaciones durante el

⁵⁶ CSJN, Grosso, Bartolo c/ San Sebastián SACIFIA s/ Cobro de pesos, Fallos: 313:850 (1990).

⁵⁷ CSJN, Marianetti, Luis P. c/ Bodegas y Viñedos López SAIC, Fallos: 317:1455 (1994).

período hiperinflacionario de los años 1989 y 1990, en el caso “Vega, Humberto A. c/ Consorcio de Propietarios del Edificio Loma Verde y otro”⁵⁸ declaró que “Es inconstitucional la norma que fija el monto del salario mínimo vital cuando, como consecuencia de la omisión de su actualización, su proyección sobre topes indemnizatorios se tradujo en la pulverización del real contenido del crédito indemnizatorio, con lesión a la propiedad tutelada en el artículo 17 de la Ley Fundamental, lo que, en los hechos, configura la supresión o desnaturalización del derecho que pretende asegurar”. Sin embargo, en el caso “Rivero, Julio c/ Empresa Líneas Marítimas Argentinas S.A.”⁵⁹ aclaró que “Las circunstancias que dieron lugar a la declaración de inconstitucionalidad de la resolución 7/89 del Consejo del Salario Mínimo Vital y Móvil fueron excepcionales”. Pero más allá de esta particular circunstancia de excepción, sostuvo que para juzgar la inconstitucionalidad del artículo 245 de la LCT en el caso concreto, deben valorarse “...los distintos aspectos de la norma, los principios que la inspiraron y el equilibrio de intereses contrapuestos que el legislador ha consagrado al establecer legalmente la limitación a las indemnizaciones por despido”, al pronunciarse en “Ranzuglia”.

En 1997, al pronunciarse en la causa “Villareal, Adolfo c/ Roemmers S.A. s/ Cobro de Salarios”⁶⁰, donde se cuestionaba la validez del tope indemnizatorio, pero ahora basado en el equivalente a tres veces el importe de la suma que resulta del promedio de todas las remuneraciones previstas en el CCT aplicable, según el artículo 153 de la LNE, remitió a la doctrina sentada en “Ulman” y “Paluri”. Al respecto, aclaró que el “El criterio interpretativo referido resultaba aplicable al sistema legal vigente, más aún cuando la remuneración no ha

⁵⁸ CSJN, Vega, Humberto A. c/ Consorcio de Propietarios del Edificio Loma Verde y otro, DT. 1994-A-632 (1994). También CSJN, Vega, Leonardo M. y otros c/ D'Angiola Arcucci, DT. 1997-A-1097 (1996). En el “primer Vega” se había puesto en cuestión el tope de la reparación tarifada por accidente de trabajo, según el artículo 8 de la Ley 9.688, según su redacción por Ley 23.643. En el “segundo Vega” se discutió la aplicación del salario mínimo vital establecido por la resolución 7/89 del CNSMVM, en cuanto a módulo para la determinación del tope indemnizatorio establecido en el artículo 76 del Régimen de Trabajo Agrario Ley 22.248 (Ackerman, 2000).

⁵⁹ CSJN, Rivero, Julio c/ Empresa Líneas Marítimas Argentinas S.A., DT. 1997-A-664 (1996).

⁶⁰ CSJN, Villareal, Adolfo F. c/ Roemmers S.A. S/ Cobro de Salarios, Fallos: 320:2665 (1997).

sido fijada mediante un acto unilateral del Poder Ejecutivo o de otro organismo habilitado para ello, sino que refleja el acuerdo de las partes colectivas sobre el punto”. Y rechazó el planteo de inconstitucionalidad afirmando que “...no es posible atribuir al resarcimiento el carácter de absurdo o arbitrario ni que tampoco comporte la desnaturalización del derecho que se pretende asegurar o se traduzca en la pulverización del real contenido del crédito indemnizatorio, por lo que, en la especie, no se verifica una lesión a la propiedad tutelada en el artículo 17 de la Ley Fundamental”.

Como se mencionara el cambio de criterio que abre la segunda etapa se presenta a partir del fallo en el caso “Vizzoti, Carlos A. c/ AMSA S.A.”.

En el mismo, la CSJN dejó asentado que no se cuestiona la validez constitucional de un régimen tarifado de indemnizaciones por despido sin justa causa, ni la de una limitación en el módulo de cálculo mediante un sistema de topes: “Si es válido como principio que la indemnización por despido sin justa causa pueda ser regulada por la ley con carácter tarifado, sin admitir prueba de los daños en más o en menos, también lo será, con análogos alcances, que aquélla someta la evaluación de los elementos determinantes de la reparación a ciertos límites cuantitativos”. Sin embargo, se aparta de una de las reglas que tradicionalmente sostuvo al afirmar que “Es necesario establecer un nexo entre la indemnización y la realidad concreta del trabajador dañado por la disolución del contrato laboral, dispuesta por el empleador sin justa causa, en tanto la reparación tiene contenido alimentario y se devenga, generalmente, es situaciones de emergencia para el empleado”. Vinculó, entonces, el resarcimiento y el ingreso del trabajador, señalando que debe haber proporcionalidad entre ambos conceptos (Álvarez Bangueses y Fernández Pardo, 2008; Ojeda, 2011).

Al resolver el caso planteado, se basó en un parámetro objetivo de equidad, reconociendo que la confiscatoriedad se produce cuando la presión fiscal excede el porcentaje

del treinta y tres por ciento (33%) : “No resulta razonable, justo ni equitativo, que la base salarial prevista en el primer párrafo del citado artículo 245 de la LCT, vale decir, la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor, pueda verse reducida en más de un 33%, por imperio de su segundo y tercer párrafo.

Permitir que el importe del salario devengado regularmente por el trabajador resulte disminuido en más de un tercio, a los fines de determinar la indemnización por despido sin justa causa, significaría consentir un instituto jurídico que termina incumplimiento con el deber inexcusable enunciado en el citado artículo 14 bis, acerca de que el trabajo gozará de la protección de las leyes, y que éstas asegurarán al trabajador protección contra el despido arbitrario y condiciones equitativas de labor. Significaría, asimismo, un olvido del citado artículo 28 de la Constitución Nacional”.

En este orden de ideas concluyó que correspondía aplicar la limitación a la base del cálculo de la indemnización prevista en el segundo y tercer párrafos del artículo 245 de la LCT sólo hasta el treinta y tres por ciento (33%) de la mejor remuneración mensual, normal y habitual computable, en otras palabras, utilizar el sesenta y siete por ciento (67%) del salario, cuando dicha suma fuera superior al tope aplicable (Fertitta, 2011; Raffaghelli, 2011).

A partir de este fallo de la CSJN se abrió el interrogante si para el caso de declararse la inconstitucionalidad del tope indemnizatorio, por afectarse la base en más del treinta y tres por ciento (33%), debía aplicarse la mejor remuneración mensual, normal y habitual o reducirla al sesenta y siete por ciento (67%). La respuesta dio lugar a diferentes posturas doctrinarias y jurisdiccionales, hasta que en el año 2006 la Corte se volvió a pronunciar a través del caso “Nine, Héctor A. c/ Automovil Club S.C.”. En el mismo el Superior Tribunal afirmó la vigencia de la aplicación del tope establecido en el artículo 245 de la LCT, al

mismo tiempo que sostuvo la obligatoriedad de acatar las pautas sentadas en “Vizzoti”, es decir, que además sólo debía declararse la inconstitucionalidad si la mejor remuneración mensual, normal y habitual se veía reducida en más del treinta y tres por ciento (33%) por aplicación del tope, y que en ese caso, correspondía calcular la indemnización sobre la base de su sesenta y siete por ciento (67%) (Fertitta, 2011).

2.3.6. INDEMNIZACIONES AGRAVADAS

Ojeda (2011) las denomina *situaciones de estabilidad impropia especialmente protegidas*. Y explica que en el régimen de estabilidad impropia consagrado en el artículo 245 de la LCT como respuesta legislativa que regula la protección contra el despido arbitrario establecida en el artículo 14 bis de la CN existen, además, situaciones especiales que han merecido una tutela mayor por el legislador, atendiendo al bien jurídico protegido, que requiere de una respuesta más intensa, solución que se alcanza agravando la indemnización debida en estos casos de despidos injustificados.

A continuación se realiza un breve análisis de estos agravamientos indemnizatorios, que no pretende ser exhaustivo ni pormenorizado, dado que no es el objetivo central del presente Trabajo Final de Grado, pero resulta pertinente dado que si ya existe una tarifa indemnizatoria en el artículo 245 de la LCT, cabe preguntarse por la finalidad de estas otras.

Una primera respuesta, general, es dada por Salpeter y Pepe (2008) que reconocen situaciones que por su trascendencia requieren una mayor protección, y es preciso persuadir o disuadir al empleador de no incurrir en causales que por sus efectos afectan a un colectivo mayor o a la sociedad misma.

A. DESPIDO POR CAUSA DE EMBARAZO Y MATERNIDAD

El artículo 177 de la LCT garantiza “...a toda mujer, durante la gestación, el derecho a la estabilidad en el empleo...” y el artículo 178 presume “...salvo prueba en contrario, que el

despido de la mujer trabajadora obedece a razones de maternidad o embarazo cuando fuese dispuesto dentro del plazo de 7 ½ (siete y medio) meses anteriores o posteriores a la fecha del parto...”. En este supuesto la indemnización prevista es la del artículo 182 que equivale a “...1 (un) año de remuneración, que se acumula a la establecida en el artículo 245”.

Se observa que la finalidad de esta indemnización agravada es la protección de la mujer en la familia, resguardándola del despido por sus disvaliosas implicancias en su salud y en la salud del hijo por nacer, y de las consecuencias económicas que aparejan no contar con un salario y con la necesaria cobertura de salud. Al mismo tiempo que evita que la mujer se prive de proyectar su vida social por la inestabilidad en el trabajo. Concretamente, es una medida que intenta disuadir la resolución del contrato de trabajo por el empleador, durante esta especial situación de la mujer trabajadora. Esta particular tutela no se halla representada por la tarifa del artículo 245 de la LCT, que contempla una situación regular, de allí el agravamiento indemnizatorio (Brain, 2011; Salpeter y Pepe, 2008).

B. DESPIDO POR CAUSA DE MATRIMONIO

El artículo 180 de la LCT establece la nulidad de “...los actos y contratos de cualquier naturaleza que se celebren entre las partes o las reglamentaciones internas que se dicten, que establezcan para su personal el despido por causa de matrimonio”. El artículo 181 presume que el despido obedece al matrimonio “...cuando el mismo fuese dispuesto sin invocación de causa por el empleador, o no fuese probada la que se invocare, y el despido se produjere dentro de los 3 (tres) meses anteriores o 6 (seis) meses posteriores al matrimonio...”. En este caso también corresponde la indemnización del artículo 182.

El bien tutelado en este caso es la institución del matrimonio, como núcleo de la sociedad, y la finalidad del agravamiento indemnizatorio es también disuadir prácticas del empleador que resulten lesivas al interés social, que tampoco están alcanzadas por la tarifa

del artículo 245 de la LCT (Brain, 2011).

C. DESPIDO DURANTE LA LICENCIA POR ENFERMEDAD

El artículo 208 de la LCT dicta que “Cada accidente o enfermedad inculpable que impida la prestación del servicio no afectará el derecho del trabajador de percibir su remuneración durante un período de 3 (tres) meses, si su antigüedad en el servicio fuere menor de 5 (cinco) años y de 6 (seis) si fuera mayor. En los casos que el trabajador tuviere carga de familia y por las mismas circunstancias se encontrare impedido de concurrir al trabajo, los períodos durante los cuales tendrá derecho a percibir su remuneración se extenderá a 6 (seis) meses y 12 (doce) meses respectivamente, según si su antigüedad fuese inferior o superior a los 5 (cinco) años”. Conforme el artículo 213 “Si el empleador despidiese al trabajador durante el plazo de las interrupciones pagas por accidente o enfermedad inculpable, deberá abonar, además de las indemnizaciones por despido injustificado, los salarios correspondientes a todo el tiempo que faltare para el vencimiento de aquélla o la fecha de alta...”.

La finalidad de estas normas es proteger al trabajador mientras dura su enfermedad. En el caso de que el empleador frustrara el goce de esta licencia resolviendo el contrato de trabajo, el despido, si bien ilícito, continúa siendo válido, es decir, tiene eficacia para disolver el vínculo laboral (Ojeda, 2011).

Como señala Brain (2011) en este caso no se trata de un agravamiento indemnizatorio sino de los salarios caídos o dejados de abonar durante la protección legal del trabajador cuyo contrato de trabajo se haya suspendido a raíz de un accidente o enfermedad inculpable. Justamente porque esta suspensión no da lugar a la finalización o extinción del contrato de trabajo, sino a la suspensión de algunos de sus efectos, en este caso, la prestación de tareas por parte del trabajador.

D. DESPIDO DEL TRABAJADOR CON TUTELA GREMIAL

Los delegados de personal, las comisiones internas y organismos similares, los trabajadores que ocupen cargos electivos o representativos en asociaciones sindicales con personería gremial, en organismos que requieran representación gremial, o en cargos políticos en los poderes públicos, y los candidatos a representación sindical, cualquiera sea dicha representación, no pueden ser despedidos, suspendidos ni con relación a ellos pueden modificarse las condiciones de trabajo, si previamente no media una resolución judicial que los excluya de la garantía de la tutela sindical (arts. 40, 48 y 50 LAS).

En caso de que el empleador viole esta garantía, asiste al empleado afectado el derecho a demandar por vía sumarísima la reinstalación en el puesto de trabajo, con más los salarios caídos durante la tramitación judicial, o el restablecimiento de las condiciones de trabajo. En caso de no reincorporarse, el trabajador tiene el derecho a percibir, además de la indemnización por despido, una suma equivalente al monto de las remuneraciones que le hubieran correspondido durante el tiempo faltante del mandato y el año de estabilidad posterior, si se trata de un candidato electo, o las correspondientes al período de estabilidad no agotado, si se trata de un candidato no electo (art. 52 LAS).

Como se señalara oportunamente, se está en presencia de un régimen de estabilidad propia relativa, que corresponde a la regulación legislativa de la *estabilidad en el empleo*, según la manda constitucional del artículo 14 bis. El fin de la norma es asegurar y garantizar la función sindical, la defensa de los intereses y derechos de los trabajadores. Por lo tanto, el agravamiento indemnizatorio no es un beneficio económico o de otra naturaleza que se concede individualmente al trabajador protegido por la tutela sindical, sino una sanción económica que se impone al empleador que obstaculiza ilícitamente el desarrollo de las funciones gremiales. Y actúa como una medida disuasiva del daño colectivo que supone el

impedimento de la función sindical, que afecta al conjunto de todos los trabajadores representados, independientemente de que el acreedor a esa indemnización sea el dirigente gremial (Brain, 2011).

E. DESPIDO DEL TRABAJADOR REQUERENTE DE LA REGISTRACIÓN DE SU RELACIÓN LABORAL

El artículo 7 de la LNE “...entiende que la relación o contrato de trabajo ha sido registrado cuando el empleador hubiere inscrito al trabajador: a) en el libro especial del artículo 52 de la ley de contrato de trabajo (t.o. 1976) o en la documentación laboral que haga sus veces, según lo previsto en los regímenes jurídicos particulares; b) en los registros mencionados en el artículo 18, inciso a)⁶¹”, caso contrario, se considerará no registrada.

Si el empleador no registrara la relación laboral “...abonará al trabajador afectado una indemnización equivalente a una cuarta parte de las remuneraciones devengadas desde el comienzo de la vinculación, computadas a valores reajustados de acuerdo a la normativa vigente” que nunca “...podrá ser inferior a tres veces el importe mensual del salario que resulte de la aplicación del artículo 245 de la ley de contrato de trabajo (t.o. 1976)” (art. 8).

Si el empleador consignara “...en la documentación laboral una fecha de ingreso posterior a la real, abonará al trabajador afectado una indemnización equivalente a la una cuarta parte del importe de las remuneraciones devengadas desde la fecha de ingreso hasta la fecha falsamente consignada, computadas a valores reajustados de acuerdo a la normativa vigente” (art. 9).

Si el empleador consignara “...una remuneración menor que la percibida por el trabajador, abonará a éste una indemnización equivalente a la cuarta parte del importe de las remuneraciones devengadas y no registradas, debidamente reajustadas desde la fecha en que

⁶¹ LNE, Artículo 18: “El Sistema Único de Registro Laboral concentrará los siguientes registros: a) la inscripción del empleador y la afiliación del trabajador al Instituto Nacional de Previsión Social, a las Cajas de Subsidios Familiares y a la obra social correspondiente...”

comenzó a consignarse indebidamente el monto de la remuneración” (art. 10).

Para la procedencia de éstas indemnizaciones, el artículo 11 de este cuerpo legal requiere que el trabajador o la asociación sindical que lo represente “...a) intime al empleador... b) proceda de inmediato y, en todo caso no después de las 24 horas hábiles siguientes, a remitir a la Administración Federal de Ingresos Públicos copia del requerimiento...”. No obstante, si el empleador “...diere total cumplimiento a la intimación dentro del plazo de los treinta días, quedará eximido del pago...”.

Conforme el artículo 14 de esta ley, para que el trabajador sea acreedor a estas indemnizaciones señaladas, no es requisito previo que se extinga la relación laboral. Pero si el empleador “...despidiere sin causa justificada al trabajador dentro de los 2 (dos años) desde que se le hubiera cursado de modo justificado la intimación...”, o “... fuere el trabajador el que hiciere denuncia del contrato de trabajo fundado en justa causa (y esta se relacionara con las circunstancias previstas en los artículos 8, 9 y 10 de la ley)...”, “...el trabajador...tendrá derecho a percibir el doble de las indemnizaciones que le hubiere correspondido como consecuencia del despido...” (art. 15). Si bien el sentido teleológico de la ley es la registración laboral, aquí se presenta el supuesto protegido de interés: se sanciona la resolución del contrato de trabajo basada en el pedido del trabajador de regularizar las situaciones previstas en los artículos 8 a 10 de la LNE.

En otras palabras, la finalidad del agravamiento indemnizatorio de esta ley es reparar el daño que produce la conducta maliciosa y contraria a la norma que exige la registración laboral, que ante la intimación efectuada por el trabajador para que se regularice su relación laboral, es despedido por su empleador a modo de venganza (Brain, 2011).

La ley faculta a los jueces para reducir las indemnizaciones del artículo 8 (hasta una suma no inferior a dos veces el importe mensual del salario que resulta de la aplicación del

artículo 245 de la LCT) y del artículo 15 (hasta la eliminación de la duplicación prevista) “Cuando las características de la relación existente entre las partes pudiera haber generado en el empleador una razonable duda acerca de la aplicación de la ley de contrato de trabajo...” (art. 16).

F. DESPIDO DEL TRABAJADOR CON REGISTRO TOTAL O PARCIALMENTE “EN NEGRO” SIN QUE HAYA INTIMADO PARA SU REGISTRO

El artículo 1 de la Ley 25.323 de 2000 establece que las indemnización previstas en el artículo 245 de la LCT, o las que en un futuro la reemplace, será “...incrementada al doble cuando se trate de una relación laboral que al momento del despido no esté registrada o lo esté en modo deficiente”. Y aclara que “El agravamiento indemnizatorio...no será acumulable a las indemnizaciones previstas por los artículos 8, 9, 10 y 15 de la ley 24.013”.

De la lectura de la norma transcrita se desprende que se trata de regímenes excluyentes, si se aplica el artículo 1 de la Ley 25.323 se excluye la aplicación del artículo 15 de la Ley 24.013. Por lo tanto, si bien se priva al trabajador de las mayores indemnizaciones que contempla la LNE, no deja de sancionar al empleador que no ha cumplido con sus obligaciones registrales (Ojeda, 2011; Salpeter y Pepe, 2008).

A diferencia del régimen de la LNE – por medio del cual el trabajador debe intimar a su empleador, estando vigente el vínculo laboral, la regularización de su situación registral, y si con motivo de lo cual es despedido o se produce el despido indirecto, procede el agravamiento indemnizatorio – la Ley 25.323 establece un mecanismo por el que el trabajador, una vez despedido, puede percibir una indemnización agravada, si la relación laboral no se encuentra registrada o lo está deficientemente.

Brain (2011) explica las razones que inspiraron al legislador a establecer este sistema, con una indemnización más acotada. Señala el requisito de la intimación previa por parte del

trabajador a su empleador, para que regularice su situación registral, estando vigente el vínculo laboral. La experiencia ha demostrado que el resultado de efectuar la intimación era la pérdida del trabajo – ya sea por despido directo o por negativa del vínculo laboral, colocando al trabajador en situación de despido indirecto –, motivo por el cual, la mayoría de los trabajadores se abstenían de solicitar su regularización. Atento a esta circunstancia, lo que acontecía en la realidad era que la intimación se efectuara una vez disuelto el vínculo laboral, lo que finalmente motivó la sanción de la ley en análisis.

El autor citado concluye que el sentido teleológico de la norma es el mismo que el de la LNE, es decir, la registración laboral, pero que al producirse el despido debe repararse, mediante una indemnización agravada, las consecuencias gravosas que se desprenden para el trabajador del hecho de haber estado en la clandestinidad laboral.

G. AGRAVAMIENTO INDEMNIZATORIO POR FALTA DE PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN EN LA LEY 25.323

El artículo 2 de la Ley 25.323 establece que “Cuando el empleador, fehacientemente intimado por el trabajador, no le abonare las indemnizaciones previstas en los artículos 232, 233 y 245 de la ley 20.744 (t.o. 1976) ... y, consecuentemente, lo obligare a iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibir las, éstas serán incrementadas en un 50%”. No obstante, a continuación aclara que “Si hubieran existido causas que justificaren la conducta del empleador, los jueces, mediante resolución fundada, podrán reducir prudencialmente el incremento indemnizatorio dispuesto por el presente artículo hasta la eximición de su pago”.

El objetivo de esta indemnización agravada es reparar los perjuicios que sufre el trabajador a raíz de la falta de pago en tiempo oportuno de las indemnizaciones por despido consagradas en la LCT. Es decir, que se le irroga un daño de carácter económico, social,

familiar y personal, ya que no sólo deja de percibir su salario sino también la posibilidad de contar con estas acreencias para hacer frente a su situación de desempleo. Se reconoce así el carácter alimentario de éstos créditos laborales y la necesidad de que sean satisfechos en tiempo legal, sin que el trabajador incurra en mayores gastos y tiempo que suponen un proceso administrativo o judicial para percibirlos (Salpeter y Pepe, 2008).

Al mismo tiempo que constituye una sanción económica para el empleador por su inconducta, es decir, la mora en el cumplimiento de las obligaciones emergentes de la resolución del contrato de trabajo sin justa causa (Brain, 2011).

H. DESPIDO EN ÉPOCA DE CRISIS ECONÓMICA Y SOCIAL

La Ley 25.561 de Emergencia Pública y de Reforma del Régimen Cambiario de 2002, en su artículo 1 declaró, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 76 de la CN, “...la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria..”, y delegó en el Poder Ejecutivo Nacional “...las facultades comprendidas en la presente ley, hasta el 10 de diciembre de 2003..”, con al finalidad de, entre otras, “...2. Reactivar el funcionamiento de la economía y mejorar el nivel de empleo y de distribución de ingresos, con acento en un programa de desarrollo de las economías regionales”.

Esta ley fue dictada como consecuencia de la crisis económica, política, social e institucional que detonó en diciembre de 2001.

Para lograr el objetivo planteado en la materia, por medio de su artículo 16, se suspendieron, por el plazo de ciento ochenta días, los despidos sin causa justificada. Esto no significa, como señalan Ojeda (2011) y Salpeter y Pepe (2008) que se hubiera implementado, si bien con carácter transitorio, un régimen de estabilidad propia absoluta, porque a continuación la misma norma deja fijado que “En caso de producirse despidos en contravención a lo aquí dispuesto, los empleadores deberán abonar a los trabajadores

perjudicados el doble de la indemnización que les correspondiese, de conformidad a la legislación laboral vigente”. En realidad, al sistema de inestabilidad impropia se le agregó una indemnización agravada.

Esto fue así, porque el legislador, atendiendo a los altos índices de desocupación reinantes en el momento, quiso tornar más onerosos los despidos injustificados, con la intención de disuadir a los empleadores de tomar la decisión de reducir su planta de personal, mientras durara la emergencia económica.

El artículo 1 de la Ley 25.820 de 2003, prorrogó la emergencia económica hasta el 31 de diciembre de 2004. Luego, el artículo 1 de la Ley 25.972 de 2004, estableció una nueva prórroga hasta el 31 de diciembre de 2005. Mientras que en su artículo 4 dispuso que si bien también se prorrogaba la suspensión de los despidos sin causa justificada dispuesta por el artículo 16 de la Ley 25.261 y sus modificatorias, ello se establecía hasta que la tasa de desocupación elaborada por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censo (INDEC) resultara inferior al diez por ciento (10%). Y que si no obstante la prohibición, se produjeran despidos sin causa, los empleadores debían abonar a los trabajadores afectados el porcentaje adicional que fijara el Poder Ejecutivo Nacional, por sobre la indemnización correspondiente según el artículo 245 de la LCT. Posteriormente, conforme el decreto 2014/04, con vigencia desde el 1 de enero de 2005, la sanción se redujo al ochenta por ciento (80%) adicional sobre los montos indemnizatorios que correspondan en cada caso. Y mediante el decreto 1433/05 se reduce al cincuenta por ciento (50%) el porcentaje adicional.

En agosto de 2007, el Poder Ejecutivo Nacional, con base en los datos del INDEC, dictó el decreto 1224/07 por medio del cual dio por cumplida la condición resolutive prevista en el artículo 4 de la Ley 25.972.

2.3.7. INDEMNIZACIONES POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA EN LOS ESTATUTOS ESPECIALES

Los estatutos especiales contienen reglas particulares aplicables a situaciones en que la ley general es desplazada por no dar una respuesta adecuada o equitativa. Alguno de ellos, como se mencionara oportunamente, contienen una regulación especial relacionada con la indemnización por despido, que en determinados casos reproduce la de la LCT, mediante remisión expresa a ese régimen, en otros la agrava, y en otros se aparta totalmente (Salpeter y Pepe, 2008).

Entendiendo que un análisis detallado de cada uno de los regímenes consagrados en los estatutos especiales excede el objetivo del Presente Trabajo Final de Grado, a continuación, y sólo a fines ejemplificativos, se mencionan las características más relevantes de alguno de ellos. A tal efecto se sigue el desarrollo efectuado por Unzaga Domínguez (2004).

En el ámbito de la *Industria de la Construcción*, las relaciones que se establecen entre trabajador y empleador están signadas por la inestabilidad o transitoriedad, sujetas al término de duración de la obra. Congruentemente con esta característica, el régimen que lo regula habilita a ambas partes a resolver el contrato de trabajo sin expresión de causa y en cualquier momento, sin consecuencias indemnizatorias. No obstante, a fin de proteger al trabajador, el estatuto instaura un régimen de capitalización de la antigüedad, a través de la acumulación dineraria – mediante aportes que debe realizar el empleador – en un fondo que será entregado al empleado al finalizar la vinculación laboral, independientemente de la causa que la motive (Ley 22.250).

En el régimen del *trabajador agrario*, en caso de despido sin justa causa, al empleado le corresponde un mes de sueldo por año de servicio o fracción mayor de tres meses, tomando

como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida durante el último año o durante el plazo de prestación de servicios, si fuere menor, la que no podrá exceder de tres veces el importe mensual de la suma que resulta del promedio de todas las remuneraciones fijadas por la Comisión Nacional del Trabajador Agrario vigente a la fecha del despido. El monto resultante no podrá ser inferior a dos meses de sueldo calculado en base al sistema señalado (Ley 22.248).

El empleador que despidiera sin justa causa al *encargado de casa de renta* deberá abonarle en concepto de indemnización tres meses de sueldo en concepto de preaviso y un mes de sueldo por cada año o fracción de antigüedad en el empleo (Ley 12.981).

Con relación a los *periodistas profesionales*, el empleador debe abonar, en caso de despido sin justa causa, un mes de sueldo por cada año o fracción mayor de tres meses de antigüedad en el servicio. Esa indemnización no puede ser inferior a dos meses de sueldo. También deberá abonar una indemnización especial equivalente a seis meses de sueldo. Para determinar el sueldo se toma como base el promedio que resulte de lo percibido por el trabajador en los últimos seis meses. Además se deberá adicionar la indemnización sustitutiva del preaviso equivalente a dos o cuatro meses de remuneración, dependiendo de la antigüedad del dependiente, menor o mayor de tres años a la fecha de finalización de la relación laboral, respectivamente (Ley 12.908).

El estatuto del *servicio doméstico* dispone una indemnización por despido sin justa causa equivalente al importe de medio mes de sueldo convenido por cada año de servicio o fracción mayor de tres meses, exigiendo una antigüedad mínima de un año para tener derecho a percibir la misma. Esta indemnización se fijará según el promedio del sueldo en dinero de los últimos dos años o del percibido durante el período de servicio si fuese menor (decreto 326/56 y decreto reglamentario 7979/56).

El estatuto del *viajante de comercio* remite a la indemnización por despido sin justa causa del artículo 245 de la LCT, a la que adiciona un plus en concepto de indemnización por clientela (el veinticinco por ciento de su indemnización común), en el supuesto de que el trabajador tenga un mínimo de un año de antigüedad en el servicio. Se ha sostenido que esta indemnización representa una patrimonialización del tiempo de servicio (Ley 14.546).

Cuando se produzca la resolución del contrato de trabajo por iniciativa del club, el *futbolista profesional* tendrá derecho a percibir una indemnización equivalente a las retribuciones que le faltaran percibir hasta la expiración del término del contrato, además de las indemnizaciones por despido sin justa causa y por omisión de preaviso según la LCT. Como se señalara en su momento, se ha entendido que este estatuto especial ha receptado un sistema de estabilidad propia relativa *atenuada* (Ley 20.160).

3. EL DAÑO MORAL Y LAS RELACIONES DE TRABAJO

3.1. EL DAÑO MORAL

3.1.1. CONCEPTO

El artículo 1068 del CC, definiendo el daño, establece que “Habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades”.

En materia de reparación del daño, los artículos 522 y 1078 del mismo cuerpo legal prescriben que “En los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral...” (art. 522 CC); del mismo modo, en la órbita de la responsabilidad extracontractual, “La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende ... la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima” (art. 1078 CC).

Ahora bien, determinar qué se entiende por daño moral, cuál es el contenido y alcance cualitativo y cuantitativo del concepto, reviste fundamental importancia, tanto para la víctima del hecho dañoso acreedor al resarcimiento, como para el actor sindicado como responsable que debe la indemnización, y aún para el juzgador, al momento de solucionar el caso concreto que se le presenta en la vida real, pues únicamente debe mandar a reparar el daño efectivamente causado (Pizarro, 1996).

A continuación se examinan las diferentes posturas que ha adoptado la doctrina, en sus intentos por caracterizar el daño moral, para finalmente acogerse a un concepto que será el que rija el presente Trabajo Final de Grado, para posteriormente identificar sus manifestaciones en las relaciones de trabajo.

Una opinión minoritaria, representada por Fueyo Laneri en las II Jornadas

Sanjuaninas de Derecho Civil (1984), identifica el daño moral con toda agresión a los derechos extrapatrimoniales o de familia, dotando al concepto de un alcance amplio. Lo define por exclusión, como todo detrimento no patrimonial, que no entraña una pérdida o disminución económica. Sigue estas ideas Iribarne (1999), para quien daño moral es toda lesión a bienes extrapatrimoniales, entendidos como aquellos que no vulneran directamente bienes susceptibles de apreciación pecuniaria. El último autor citado justifica la adopción de esta interpretación afirmando que permite el ensanchamiento de su comprensión conceptual a todos los bienes personalísimos tutelados por el Derecho, superando la visión que reduce el daño moral al menoscabo de las emociones, sentimientos y afectos. De este modo, la tesis de los daños extrapatrimoniales permite colocar a la par del perjuicio al honor – a través de las calumnias e injurias –, o los padecimientos producidos por los daños a la integridad corporal, la consideración de los derechos a la identidad, a la intimidad, a la no discriminación arbitraria, y los derechos relativos al medio ambiente, entre otros.

Otro sector de la doctrina, cuyo exponente en las citadas Jornadas es Bueres, entiende que el daño moral es el menoscabo o pérdida de un bien, entendido en sentido amplio, que produce una lesión a un interés de carácter extrapatrimonial, que es presupuesto de un derecho, cuyo contenido es puramente espiritual (sufrimiento, dolor, aflicción, angustia, desánimo, desesperanza, pérdida de la satisfacción de vivir, entre otros). En este mismo sentido define el daño moral la Comisión N° 2 de las V Jornadas Argentinas de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social (1981), conceptualizándolo como toda lesión o perjuicio que se ocasiona a un bien o interés no patrimonial ajeno.

Por su parte, el Despacho de Comisión de las referidas II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (1984), sostiene que daño moral es el detrimento a los atributos o presupuestos de la personalidad jurídica (como la paz, la vida íntima, la libertad individual, la integridad

física, por ejemplo), con independencia de su repercusión en la esfera económica; y sienta como criterio de diferenciación entre el daño moral y el daño patrimonial la esfera en que se manifiestan sus consecuencias, alejándose de la posición que entiende que esta distinción atiende a la naturaleza de los derechos afectados por el hecho dañoso.

Pizarro (1996), distinguiendo entre lesión – o daño en sentido amplio – y daño resarcible⁶², y sugiriendo que para arribar a un concepto de daño moral es preciso adoptar el mismo criterio que el seguido para determinar el daño patrimonial, es decir, atendiendo al resultado o consecuencia de la acción que causa el detrimento, y reconociendo que para su configuración debe necesariamente derivar de una lesión a un interés no patrimonial, define el daño moral como

una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial (Pizarro, 1996, pp. 47).

Esta misma definición fue propuesta en las II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil

⁶² Daño en sentido amplio es la ofensa a un derecho, o interés no ilegítimo de índole patrimonial o extrapatrimonial, generada por un acto ilícito, que supone una invasión indebida en la esfera de derechos ajenos, que como tal debe ser hecha cesar para restablecer el equilibrio alterado. Daño resarcible, en cambio, como presupuesto de la responsabilidad civil, a tenor de lo dispuesto por los artículos 1068, 1069 y concordantes del CC, es la consecuencia perjudicial, disvaliosa, es un menoscabo, que se desprende de la mencionada ofensa o lesión. El daño resarcible debe reunir las características de ser cierto, personal y derivar de una lesión a un simple interés no ilegítimo del damnificado. El daño es cierto cuando su existencia puede ser constatable cualitativamente, no obstante no pueda determinarse su extensión cuantitativa con exactitud. El daño cierto es actual cuando se verifica al momento de dictarse sentencia, por lo que el juzgador valorará con un alto grado de certeza su existencia y cuantía. En cambio, es futuro cuando aún no se ha producido, pero se proyecta como una extensión o agravación de un daño actual, o como uno nuevo que previsiblemente acontecerá producto de una situación de hecho actual. En este supuesto, será resarcible, como daño cierto, cuando la consecuencia futura revista un grado suficiente de probabilidad objetiva, atendiendo a las particularidades del caso. El daño es personal cuando es la propia persona que demanda su reparación la que ha sufrido un menoscabo patrimonial o moral. En este sentido, puede ser directo, cuando es el titular del interés conculcado la víctima del ilícito; o puede ser indirecto, cuando el accionante reclama el resarcimiento de un perjuicio propio pero que deriva de la lesión a bienes patrimoniales o extrapatrimoniales de terceros. Finalmente, el daño debe derivar de una lesión a un simple interés no ilegítimo. Esto significa que a la par de los derechos subjetivos y de los intereses legítimos jurídicamente protegidos, existen intereses de hecho o expectativas patrimoniales o espirituales, que como vehículos para satisfacer necesidades, su minoración es antijurídica y entraña consecuencias dañosas, que deben ser indemnizadas (Pizarro, 1996).

(1984) por el autor citado, y por Mosset Iturraspe, Chiapero de Bas, Zavala González, Junyet de Sandoval, Sandoval Luque y Stiglitz. En sentido coincidente, Mosset Iturraspe (1999) califica el daño moral en función del resultado o consecuencia de la acción u omisión del agente, como el perjuicio que el sujeto sufre en sus posibilidades o virtualidades. Señala que el CC en el artículo 1068 utiliza la expresión *mal hecho a su persona*, de lo que concluye que ese *mal*, es una consecuencia, efecto, resonancia, en otras palabras, es el resultado de la agresión lo que se toma en cuenta y se valora, y no la agresión misma.

En el presente Trabajo Final de Grado se adopta la definición de daño moral de Pizarro (1996). En primer lugar, porque lo caracteriza en términos positivos, por lo que *es*, y no por la simple contraposición con el daño material o patrimonial, por exclusión, defecto del que adolece la primera teoría reseñada. En segundo lugar, porque las expresiones *modificación disvaliosa del espíritu* y *capacidad de entender, querer o sentir* dan cuenta, con suficiente amplitud, de todos los aspectos que abarca la subjetividad del individuo, sin reducirla a lo meramente afectivo o sentimental, constituyendo una postura superadora de aquella que identifica el daño moral con el *pretium doloris*, que es sólo una – si bien la más generalizada – de sus exteriorizaciones, limitación en la que incurre la segunda concepción señalada. Finalmente, y en relación a lo antes dicho, la opinión que identifica el daño moral con el detrimento a los atributos de la personalidad jurídica, también restringe el contenido y alcance del concepto, lo que no sucede si se adopta la definición de Pizarro, que permite incluir la minoración de otros derechos extrapatrimoniales como por ejemplo, los de familia, los sociales y los políticos.

3.1.2. DENOMINACIÓN

Mosset Iturraspe (1999) critica la denominación *daño moral*, en primer lugar, por considerarla impropia e inadecuada, a más de equívoca, por hacer referencia al ámbito de la

conciencia, que escapa y queda fuera, por definición, de la regulación del Derecho positivo, y cae dentro de la órbita de la Ética; siendo que en realidad se trata de un daño jurídico, de una relación de alteridad, en cuanto genera un obligación jurídica de resarcir en cabeza del dañador, por tratarse de un perjuicio injusto, que es materia de la Justicia. En segundo lugar, porque entiende que, tesis reduccionista mediante, el término daño moral conduce a asimilarlo con el dolor, el sufrimiento, la tristeza, en otras palabras, el daño por dolor, sin aprehender otra serie de perjuicios que la persona puede padecer, dando lugar a la reacción negativa, adversa a su resarcimiento, por considerárselo inasible, pasajero e indemostrable; e incluso, cuando se admite su reparación, esta visión psicologista del perjuicio no permite advertir que muchas veces, aún sin dolor, existe daño moral.

El autor citado propone el empleo la denominación *daño a la persona* como un concepto ampliado, que comprenda un espectro más abarcativo de la subjetividad del ser humano, abonado por elementos provenientes de la psicología, la psiquiatría, la antropología, y el existencialismo. De este modo, incluiría el daño a la intimidad, el daño juvenil, el daño estético, el daño sexual, el daño a la vida de relación, el daño a los proyectos de vida, el daño biológico, y el daño psíquico; dejando abierto el concepto para una futura incorporación de otros perjuicios que puedan ir añadiéndose, fruto del avance de la investigación científica y tecnológica y el desarrollo socio-cultural. Sin embargo, no descarta enteramente el uso de la expresión daño moral, en parte por su arraigada tradición jurídica, pero sí sugiere que se reduzca su campo de comprensión, que se convierta en una especie dentro del género daño a la persona, para designar, ahora sí, el daño dolor, sufrimiento, tristeza, angustia, desesperanza, desolación.

Comparte esta opinión Fernández Sessarego (1999) para quién, también, la denominación daño moral, obedece a un concepto específico, siendo el genérico *daño a la*

persona. Reconoce, asimismo, el carácter jurídico del daño moral, señalando que lo moral corresponde a la órbita de la subjetividad y lo jurídico a la de la intersubjetividad.

El jurista peruano, desde una perspectiva existencialista, entendiendo al hombre como una unidad psicosomática, y como un ser libre y social, desagrega los perjuicios que componen el daño a la persona. En este sentido, sostiene que el menoscabo puede afectar tanto el ejercicio de la libertad del individuo, es decir, la fenomenalización de su decisión personal, como su esfera psicosomática. Cuando el perjuicio recae sobre esta última, puede afectar la salud o el bienestar de la persona, o tratarse de un daño biológico, que considera a la lesión en sí misma. Ésta puede recaer en el soma o a la psique, pero advirtiendo la interdependencia de lo psicosomático, se permite suponer que un daño en el soma repercutirá en la psique y viceversa. El daño somático recae en cualquier parte del cuerpo humano. El daño psíquico puede afectar el intelecto, la voluntad, o los sentimientos; el daño a estos últimos, la afección emocional, estaría representada por el daño moral, el *pretium doloris*.

Por otra parte, no comparte la postura de autores como Pizarro (1996) que incluyen en un concepto lato y comprensivo – como el transcrito – de daño moral, lo que él da en llamar *nuevos* daños a la persona, expandiendo lo que considera su extensión conceptual originaria, como dolor o sufrimiento, para incorporar todas las lesiones que se pueden inferir al ser humano.

Mayo (1999), en cambio, afirmando categóricamente que el daño es una minoración de intereses patrimoniales o morales (espirituales), presupuestos de un derecho de carácter patrimonial o extrapatrimonial, caracteriza el daño moral de una forma amplia, incluyendo el tradicional *pretium doloris* y todos los denominados *nuevos daños a la persona*. En este sentido, identifica como sus supuestos característicos al mencionado *pretium doloris*, en el que reconoce dos aspectos, el dolor físico que se sufre como consecuencia de un hecho

dañoso sobre el cuerpo, y el dolor moral, o no físico, la tristeza, el sufrimiento, la pena; el daño a la vida de relación, entendido con criterio vasto, como la privación de satisfacciones en la dimensión social o interpersonal de la vida; el daño psíquico, definido como una perturbación patológica de la personalidad; el daño estético, que se manifiesta como una irregularidad física, estigma o tara fisiológica; el daño juvenil, que constituye la pérdida de la esperanza de vida normal a muy temprana edad; y el daño sexual, o perjuicio resultante de la pérdida de las facultades sexuales.

Pizarro (1996) responde a estas consideraciones, por un lado criticando la supuesta contraposición entre daño moral y daño jurídico, afirmando que el daño moral es siempre un daño jurídico en la medida que genera consecuencias indemnizatorias, tal como lo prevé el ordenamiento legal. Por el otro, no acuerda con la sustitución de la denominación daño moral por daño a la persona, pues para el autor no tiene asidero en la legislación vigente. Y menos aún lo tienen las pretendidas nuevas categorías de daños, o nuevos daños, con autonomía del daño patrimonial (daño emergente y lucro cesante) y daño moral, únicos reconocidos por nuestro Derecho.

En el presente Trabajo Final de Grado se emplea el término *daño moral*, por adecuarse a la tradición jurídica nacional, por su arraigo en la doctrina y la jurisprudencia, y por ser el que emplea la ley en los artículos 522 y 1078 del CC (entendiendo al agravio moral como sinónimo de daño moral). No obstante, se tiene presente que es esa misma tradición jurídica la que ha reducido el sentido y alcance del concepto al del *pretium doloris*. Por lo tanto, una modificación terminológica, que por un lado suprima equívocos en cuanto a qué es lo que se está denominado, y por el otro permita su ampliación conceptual para abarcar “toda minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial” (Pizarro, 1996, pp. 47) se presenta como aconsejable. Pero hasta que ello no suceda, reforma

legislativa mediante, se impone continuar utilizando la denominación daño moral, pero en el sentido antes señalado.

3.1.3. FUNDAMENTO DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL

Actualmente, se halla superada la concepción que negaba la reparación del daño moral, esgrimiendo el atropello a principios del orden jurídico, ético y religioso. En atención al primero, postulaba que admitir la procedencia de su resarcimiento no sólo daba lugar a indemnizar un perjuicio inexistente, sino que también implicaba su valoración cualitativa y cuantitativa según el arbitrio del juzgador, desatendiendo los principios básicos de la responsabilidad civil. Desde la perspectiva de la ética, sostuvo que resultaba inmoral medir y poner un precio al dolor humano, y que así hacerlo conllevaba irremediablemente a caer en un inadmisibles materialismo. Finalmente, desde el punto de vista religioso, afirmaba que reducir la felicidad del hombre a valores terrenales, tal lo que sucedía si se compensaba el dolor con los bienes que el dinero podía adquirir, implicaba, más no sea implícitamente, la negación de todo orden sobrenatural (Álvarez Chavez, 1987; Pizarro, 1996).

Álvarez Chavez (1987) y Pizarro (1996) reconocen dos criterios para justificar la reparación del daño moral en el Derecho vigente: el sustentado por la doctrina de la *pena o sanción ejemplar*, y el defendido por la doctrina del *resarcimiento*. Conforme a la primera, la indemnización tendría el carácter de una pena civil que reprobaría y castigaría, de manera ejemplar, la conducta (falta) del ofensor. Los autores citados advierten una división dentro de esta teoría, pues mientras un sector de ella, sólo admitiría el castigo de la conducta dolosa del autor del daño, otro, ampliando los supuestos de procedencia, también sancionaría los daños cometidos a título de culpa. Esta distinción es relevante a los fines de la determinación cuantitativa del monto indemnizable, que atiende a la gravedad de la falta, pues sería mayor en los casos de daños cometidos con la maligna intención de dañar, que aquellos en los que

sólo se advierte negligencia, imprudencia o impericia.

La tendencia mayoritaria en la doctrina se inclina por la teoría que sostiene el carácter resarcitorio de la indemnización del daño moral. Esta concepción pondera la situación de la víctima del daño injustamente sufrido, atendiendo a las consecuencias disvaliosas que padece en su subjetividad, ampliando, por otra parte, la procedencia de dicho daño, ya que puede provenir de una conducta dolosa, culposo, riesgosa, e incluso, excepcionalmente, de un acto lícito. Al mismo tiempo, dimensiona el rol del dinero en la materia, es decir su función *satisfactiva*, a diferencia de lo que ocurre en materia de reparación del daño patrimonial donde se propende a la equivalencia o corrección, intentado restablecer el equilibrio patrimonial que existía con anterioridad al hecho dañoso. Esta ha sido la posición sostenida en las II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (1984) por Zavala de González, Bueres, Pizarro, Lloveras de Resk, Chiapero de Bas, Junyent de Sandoval, Sandoval Luque, Vázquez Ferreyra, Mosset Iturraspe, y Stiglitz. Siguiendo esta línea de pensamiento, Iribarne (1999), utilizando la expresión *precio del consuelo*, da cuenta de que se debe proporcionar atención a los padecimientos de la víctima, mitigarlos, a través de respuestas de alguna racionalidad; en contraposición a lo que ocurre con el precio del dolor, que es inmensurable económicamente. Por su parte, Goldenberg (2000) reconoce que la reparación no busca una restauración o equivalencia, que no es compatible con la naturaleza del agravio sufrido, sino que se trata de lograr, por medio de un crédito contra el responsable del hecho dañoso, alcanzar alguna medida de satisfacción para la víctima.

3.1.4. FORMAS DE HACER EFECTIVA LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL

El artículo 1083 del CC prescribe “El resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También podrá el damnificado optar por la indemnización

en dinero”⁶³. A tenor de lo dispuesto por la norma, existen dos formas de reparar el daño: una, específica, en especie o *in natura*; otra, por equivalente. La primera tiene por finalidad volver la cosas al estado anterior en el que se encontraban antes del acaecimiento del hecho dañoso, presuponiendo que exista posibilidad material y jurídica de hacerlo. La segunda, consiste en la entrega a la víctima del equivalente pecuniario del valor afectado por el menoscabo.

Pizarro (1996), enrolado en la doctrina del resarcimiento del daño moral, postula que su forma de reparación adecuada es por equivalente, es decir, mediante una indemnización dineraria. No obstante, no desconoce y señala la distinta función que cumple el dinero en la reparación del daño patrimonial y moral. En el primer supuesto, se trata de restablecer el equilibrio alterado por el hecho dañoso, mediante su corrección, ejerciendo una función de equivalencia. Mientras que en el caso del daño moral, lo que se pretende es compensar a la víctima que ha sufrido un perjuicio, cumpliendo una función satisfactiva, que no restablece las cosas a su estado anterior, ni el equilibrio alterado. También admite que, en forma complementaria, proceda la reparación a través de equivalentes no pecuniarios⁶⁴. Pero descarta totalmente la reparación en especie atendiendo a la índole del interés afectado – no

⁶³ Este artículo, según su redacción anterior a la reforma introducida por la Ley 17.711 de 1968, establecía “Toda reparación del daño, sea material o moral, causado por un delito, debe resolverse en una indemnización pecuniaria que fijará el juez, salvo el caso en que hubiere lugar a la restitución del objeto que hubiese hecho la materia del delito”. Vélez Sársfield optó por un sistema de reparación del perjuicio basado en la indemnización pecuniaria, es decir, por equivalente dinerario. Luego de la reforma, se planteó la discusión en la doctrina, dividiendo a los autores, sobre el régimen resarcitorio vigente. Para algunos, se sustituye el principio de reparación por equivalente por el principio de reparación en especie, en la medida que fuera material y jurídicamente posible, únicos supuestos en los que cede, a más del pedido del damnificado. Para otros, ambos principios tienen la misma jerarquía y el acreedor puede optar por la forma y modo en que procede la reparación, en especie, salvo que resulte material o jurídicamente imposible, o se torne excesivamente onerosa o importe el ejercicio abusivo del Derecho, o por equivalente pecuniario o no pecuniario (Pizarro, 1996).

⁶⁴ Por ejemplo, la publicación de la sentencia condenatoria o de la retractación del ofensor en los casos de lesiones contra el honor causadas a través de los medios de comunicación. Si bien se controvierte si este tipo de reparación asume la forma de reparación en especie o por equivalente no pecuniario, es de la opinión de Pizarro (1996) que la misma tiene virtualidad resarcitoria y puede resultar efectiva para neutralizar total o parcialmente los efectos futuros del daño, pero ello no significa que reponga o reintegre en forma específica el honor conculcado, reafirmando que en materia de daño moral, la procedencia de la reparación *in natura* es incompatible con la índole del interés lesionado y con la consecuencia disvaliosa que se sigue a esa minoración para la víctima, concluyendo que se trata de medios de reparación por equivalente no dinerario.

patrimonial – y su consecuencia disvaliosa en la subjetividad de la víctima, que mal puede ser repuesta en forma específica.

Siguiendo este orden de ideas, Samuel (2007a), luego de preguntarse cómo reparar el daño moral y si, en su caso, es el dinero el dispositivo de intercambio adecuado, concluye afirmativamente, aunque no en todos los casos. Fundamenta su respuesta reconociendo que si bien el Derecho no ha encontrado otra forma más acaba de resarcir el menoscabo de la subjetividad del individuo que supone el daño moral, el dinero, como bien escaso de intercambio, es un instrumento que permite mitigar, si bien no restablecer, el desequilibrio producido por el perjuicio. Pero advierte que cuando proceda la reparación dineraria debe atenderse a la situación concreta, esto es, al hecho, al daño, a su relación de causalidad, a la existencia de factores agravantes y atenuantes, para evitar que la indemnización se convierta en una factor de expoliación para el actor del hecho y, consecuentemente, en una fuente de enriquecimiento sin causa para la víctima, o por el contrario, que por su insignificancia, se constituya en una burla para ésta, quedando indemne aquél. Finalmente, en los casos que no corresponda la reparación pecuniaria, sugiere la posibilidad de implementar, siempre respetando el principio de congruencia, obligaciones de hacer o de no hacer, a cargo del actor del hecho dañoso, aptas para reparar la esfera moral dañada, aclarando que no se debe cambiar la naturaleza reparadora de la indemnización por una sancionadora o punitiva.

3.2. LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA Y EL DAÑO MORAL

Definido el daño moral como una minoración en la subjetividad del individuo, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, cabe preguntarse si en el marco del Derecho del Trabajo, particularmente en el caso de la indemnización por despido sin justa causa, éste está debidamente contemplado dentro de la tarifa legal o si procede su reclamo y reparación extratarifarios. Este interrogante se impone si se tiene presente, como señala

Goldenberg (1999), que no obstante siendo el bien jurídico tutelado por la reparación del daño moral el ámbito interno del individuo, carente de estimación dineraria, su menoscabo repercute profundamente en la aptitud productiva del sujeto. Sobre el particular la doctrina y la jurisprudencia ha elaborado diferentes respuestas, que se examinan a continuación.

3.2.1. EN LA DOCTRINA

A. DOCTRINA QUE NIEGA LA REPARACION EXTRATARIFARIA DEL DAÑO MORAL

Esta teoría, denominada por Mosset Iturraspe (2000) como *fundamentalista* o *dura*, no admite que en materia de indemnización por despido sin justa causa proceda el reclamo y la reparación extratarifaria del daño moral. Entiende que la tarifa legal del artículo 245 de la LCT cubre todos los daños materiales y morales irrogados al trabajador a causa del despido inmotivado. No distingue si el empleador ha ejercido su facultad resolutoria dentro del margen de razonable discrecionalidad que le otorga la ley laboral o si a incurrido en un ejercicio abusivo de su derecho o en otra serie de excesos con motivo o en ocasión del despido (Pizarro, 1996).

Pizarro (1996) y Mosset Iturraspe (2000) señalan que en apoyo de estas ideas se ha sostenido que en virtud del carácter autónomo del Derecho del Trabajo, el daño moral sólo es resarcible cuando la ley laboral lo prevé expresamente, tal como ocurre en los artículos 24, 95 y 97 de la LCT. Caso contrario, esta normativa particular y específica prevalece y desplaza a la de carácter genérico y universal de los artículos 522 y 1078 del CC. Una solución diferente no llenaría un vacío legal, pues las insuficiencias o lagunas del régimen de contrato de trabajo deben ser completadas por normas análogas laborales y no civiles, y en su ausencia, “conforme los principios de la justicia social, a los generales del derecho del trabajo, la equidad y la buena fe” (art. 11 LCT). No hacerlo así, produciría una suplantación de un orden

normativo por otro.

Además, la determinación del monto de la indemnización que recibe el trabajador por despido incausado se realiza sobre parámetros objetivos (su antigüedad y salario), con abstracción de la entidad real del perjuicio sufrido en el caso concreto, que puede ser igual, mayor o menor, e incluso no existir. La utilización de este sistema de topes indemnizatorios significa la opción por un régimen transaccional que, por un lado, releva al empleado de probar la existencia y extensión del daño sufrido y, por el otro, permite al empleador prever el importe que deberá abonar, evitando además, mediante su limitación cuantitativa, que le resulte excesivamente oneroso y gravoso. Este módulo forfatorio objetivo no admite rebajas ni aumentos, ya que comprende todo daño patrimonial y moral presumiblemente causado, y cualquier excepción quebrantaría el sistema legal.

B. DOCTRINAS QUE ADMITEN LA REPARACIÓN EXTRATARIFARIA DEL DAÑO MORAL

Bajo esta línea de pensamiento, se agrupa un conjunto de doctrinas que presentan discrepancias en cuanto al alcance que le asignan al resarcimiento del daño moral en la materia, como así también a los fundamentos que esgrimen en cada caso.

Para una corriente de opinión, que Mosset Iturraspe (2000) califica como *extrema*, la indemnización por despido sin justa causa sólo comprende los daños materiales derivados de la resolución injustificada del contrato de trabajo por el empleador, constituyendo el mínimo resarcible. Motivo por el cual, el empleado puede reclamar siempre y en todos los casos, la reparación del daño moral en virtud de su regulación supletoria por el CC (art. 522 y 1078), pues no habría razones para que éste fuera excluido de la tutela del Derecho Común por su condición de trabajador (Pizarro, 1996).

Pizarro (1996) sostiene que esta postura no tiene asidero en nuestro derecho laboral

positivo, mientras que Mosset Iturraspe (2000) la critica enfáticamente porque violenta el sistema indemnizatorio tarifado en base a topes objetivos receptado por la LCT; abriendo la puerta al reclamo del daño moral, ya sea por incumplimiento contractual o extracontractual en todos los supuestos de despido sin expresión de causa; que si bien resultaría fácil de invocar, su prueba no sería tan sencilla; judicializando al extremo los supuestos de despido injustificado; atentando contra la seguridad jurídica.

Otros autores afirman que la tarifa legal del artículo 245 de la LCT comprende todos los daños materiales y morales de carácter contractual que se originan como consecuencia inmediata por la ruptura incausada de la vinculación laboral por iniciativa del empleador. No obstante, reconocen que si excepcionalmente el empleador, con motivo o en ocasión del despido, incurre en conductas que afectan la dignidad del trabajador, configurando actos ilícitos extracontractuales – delito o cuasidelito (art. 1072 y 1109 CC) –, en tal caso, procede la reparación del daño moral por aplicación de los principios generales del Derecho Común, pues tales perjuicios no estarían alcanzados por la indemnización tarifada (Pizarro, 1996).

Otro sector de la doctrina suma, a la procedencia de la reparación del daño moral en los supuestos que se configura la responsabilidad extracontractual del empleador, su admisión por incumplimiento de cualquier deber contractual que agravie la dignidad del trabajador. En este sentido sostiene que la tarifa legal cubre los daños materiales y morales derivados del despido sin expresión de causa, es decir, todos los perjuicios que emergen del incumplimiento por parte del empleador de su obligación de respetar el derecho del empleado a la estabilidad – impropia – en el puesto de trabajo (art. 91 LCT). Pero que no resarce otros menoscabos que pueda sufrir el trabajador por violación al deber contractual de buena fe (63 LCT) o por el ejercicio abusivo del derecho (art. 1071 CC) en que pueda incurrir el empleador al momento del despido (Ojeda et al, 2008; Pizarro, 1996).

Pizarro (1996) luego de analizar las teorías expuestas, concluye que la indemnización del artículo 245 de la LCT por despido sin expresión de causa comprende todas las consecuencias materiales y morales que la resolución incausada del contrato de trabajo razonablemente puede producir, repara la lesión al interés del trabajador al mantenimiento de su empleo, y todos los menoscabos patrimoniales y espirituales que de ella se desprenden. Esto es así porque el empleador dispone de la facultad discrecional de extinguir el vínculo contractual, en cualquier momento y sin invocación de causa, abonando la indemnización preestablecida por la ley laboral, en virtud del sistema de estabilidad impropia que rige las relaciones de trabajo privadas. No obstante, señala que

si con motivo u ocasión del despido, el empleador incumple con sus obligaciones contractuales en forma franca o solapada (abuso del derecho), o incurre en forma culpable en un proceder ilícito (extracontractual), que agravia la dignidad del trabajador, causándole un daño (patrimonial o moral), tal circunstancia constituye un hecho diferente de la mera denuncia del contrato, que genera consecuencias distintas que las tenidas en cuenta por el legislador a la hora de tarifar el daño derivado del despido, y compromete su responsabilidad civil en forma plena (Pizarro, 1996, pp. 598).

Se advierte que el autor, desde una perspectiva amplia, considera la procedencia de la reparación del daño moral, ya sea que se vea comprometida la responsabilidad contractual o extracontractual del empleador, atendiendo a las circunstancias del caso concreto en el que se haya desenvuelto la acción dañosa. En ambos supuestos se trata de situaciones ajenas a la tarifa legal, o como lo entiende Goldenberg (1999), de una pretensión autónoma e independiente del despido, que tiene su causa fuente en un acto ilícito – entendido en sentido amplio –, que debe ser reparada aplicando la normativa del Derecho Común.

Entonces, si el perjuicio que sufre el trabajador en su dignidad proviene del

incumplimiento por parte del empleador de sus deberes contractuales, incluyendo el ejercicio abusivo de su facultad resolutoria, compromete su responsabilidad contractual. Samuel (2007a) señala que este supuesto se configura cuando el empleador no obra de acuerdo a los deberes genéricos (art. 62 LCT), o al deber de buena fe (art. 63 LCT) que impone la ley laboral, o excediendo los límites del abuso del derecho, la moral y las buenas costumbres, como por ejemplo si el trato dispensado al trabajador no es equitativo; si los cambios imprevistos en la prestación de servicios atentan contra su dignidad; si se lo obliga a firmar recibos por sumas de dinero superiores a las realmente percibidas en concepto de remuneración; si se lo compele a renunciar a cambio de una suma de dinero determinada. En otras palabras, todas conductas – o inconductas – impropias de un buen empleador, que no están contempladas por la tarifa legal, que cubre el daño moral que emerge de la simple ruptura contractual, por frustración de la expectativa de continuidad en el empleo, que sufre el buen trabajador. La prueba de este incumplimiento contractual recae sobre el empleador.

En cambio, si el menoscabo se origina en una conducta o circunstancia ocasional (previa, contemporánea o posterior) a la extinción del contrato de trabajo que viola el deber general de no dañar, pero que no se relaciona causalmente con las obligaciones emergentes de dicho contrato, el empleador responde por responsabilidad extracontractual, pues se configura un delito o cuasidelito, en los términos de los artículos 1072 y 1109 del CC. Tal lo que sucede en los casos de agresión física o verbal, denuncia falsa o infundada, calumnias e injurias, divulgación de la causa del despido, sin interés legítimo que lo justifique. Como bien indica Samuel (2007a), en este ámbito la prueba es *in re ipsa*, es decir que se presume que el daño es consecuencia necesaria del obrar ilícito doloso o culposo. No obstante, esta circunstancia no significa que se trate de una presunción *iuris et de iure*, sino que admite ser desvirtuada por la aportación de prueba en contrario que pueda hacer el empleador sobre la no producción del

daño moral en el caso concreto.

Mosset Iturraspe (2000), desde una posición muy cercana a la anterior, que el llama tesis *intermedia*, expresa que el daño moral puede tener su génesis de diferentes formas en la relación laboral, cuyo común denominador son hechos o conductas reprobados por el Derecho en las que incurre el empleador, lesionando la dignidad del trabajador, que se manifiestan en: hechos distintos al despido; hechos extracontractuales en ocasión de la ruptura del contrato de trabajo o fuera de ella; una conducta adicional que resulta civilmente resarcible; un actuar culposo o doloso; resultando indemnizables aún en ausencia de relación laboral.

Señala el autor citado que todas estas posibles expresiones del daño moral requieren de invocación de parte, sobre la que pesa la carga de la prueba, en este caso el trabajador. A su vez, que no están contempladas por la tarifa legal del artículo 245 de la LCT, escapando al sistema de responsabilidad objetivo.

No obstante las coincidencias con Pizarro (1996), marca una diferencia al sostener que

poner el acento en la naturaleza contractual o extracontractual de la lesión extrapatrimonial que sufre el trabajador nos parece que trae más complicaciones que soluciones; que, por el contrario, el daño moral ocasionado, con motivo de la extinción de la relación laboral, puede ubicarse *dentro* o *fuera* del contrato, y ello dependerá de la forma y modo en que se produzca la acción dañosa (Mosset Iturraspe, 2000, pp. 187).

Ojeda et al (2008), siguiendo las enseñanzas de Pizarro (1996) y Mosset Iturraspe (2000), señalan que el daño moral será resarcible de forma adicional a la indemnización por despido sin justa causa, siempre que medie una actividad concreta de quien pretenda su reparación dirigida a acreditar determinados requisitos. Entre ellos indican, en cuanto a la

existencia del daño, que éste debe ser cierto (o bien futuro), actual, y subsistir al momento de su cómputo. Así también, el menoscabo debe ser propio de quien solicita la reparación, y debe afectar un interés legítimo y tener relación de causalidad jurídicamente reconocida con el hecho imputado al responsable. Finalmente, el trabajador debe invocar y probar el hecho atribuible al empleador, señalar la órbita de responsabilidad en la que recae, contractual o extracontractual, y la razón por la que no se encuentra reparada por la tarifa del artículo 245 de la LCT.

3.2.2. EN LAS V JORNADAS ARGENTINAS DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

En las V Jornadas Argentinas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (1981), la Comisión N° 2 sobre el daño moral en el contrato de trabajo, reconoció que los bienes no patrimoniales del trabajador gozan de especial tutela en el ordenamiento jurídico laboral, atendiendo a que el empleado cumple personalmente la prestación a su cargo en el contrato de trabajo, y que al someterse a las facultades de dirección y organización de la empresa, de *ius variandi* y disciplinarias, atribuidas por la ley al empleador, aquél, por la situación de dependencia en la que se encuentra, expone, indirectamente, bienes personales como la vida, la integridad física, el honor y la dignidad; imponiéndose consecuentemente un deber genérico de no dañar en cabeza de este último. En concordancia con lo expuesto, aceptó que es necesario recurrir al Derecho Común – adecuando su aplicación a las normas y principios que rigen el Derecho del Trabajo – para indagar sobre las consecuencias jurídicas que acarrea al empleador el desconocimiento de este deber, y por lo tanto, de los derechos del trabajador, en la medida que a través de un actuar culposo o doloso menoscabe esos bienes no patrimoniales o personales jurídicamente protegidos.

Especialmente en relación al daño moral, sostuvo que debe ser objeto de reparación

cuando revista entidad suficiente, es decir, tenga aptitud para afectar la personalidad del trabajador, rechazando su procedencia cuando se reclama en virtud del mero disgusto, contrariedad o indignación que genera al empleado el hecho de ser despedido. En cuanto a la forma de hacer efectivo su resarcimiento, admitió que puede efectuarse en especie o en dinero, a pedido de parte, y que corresponde al juez, en el caso concreto, determinar si la reparación en especie resarce apropiadamente el perjuicio sufrido por el trabajador, y en caso contrario, establecer un equivalente pecuniario, siempre que así se hubiera solicitado, asignándole carácter complementario.

Asimismo, identificó que el daño moral puede generarse durante todo el desarrollo del contrato de trabajo, incluyendo las etapas pre y post contractuales. Durante la ejecución del contrato, cuando ya ha sido iniciada la prestación de servicios, la vulneración a los bienes personales del trabajador puede presentarse cuando el empleador incumple sus deberes de asegurar condiciones dignas y equitativas de tareas (arts. 17 y 81 LCT); de cumplir el contrato con criterio de colaboración y solidaridad (art. 62 LCT) y obrando de buena fe (art. 63 LCT); de no incurrir en excesos en los controles personales (art. 70 LCT); de brindar condiciones laborales de seguridad e higiene (art. 75 LCT); de otorgar tareas efectivas de acuerdo a la categoría profesional del empleado (art. 78 LCT); de tener la suficiente diligencia para facilitar el cumplimiento de las obligaciones que emergen de la LCT, de los estatutos profesionales, convenciones colectivas de trabajo, y de los sistemas de seguridad social (art. 79 LCT), de entre ellas, las referidas a los organismos sindicales y de previsión (art. 80 LCT). También constituyen una afrenta al honor y a la dignidad del trabajador las agresiones físicas o verbales, la imputación de la comisión de hechos inmorales o ilícitos sin fundamento, la publicación o difusión de alguna falta que hubiera cometido el empleado sin interés legítimo que lo justifique.

En lo que respecta al momento de la extinción del contrato de trabajo específicamente, y sobre los alcances indemnizatorios de la tarifa legal consagrada en el artículo 245 de la LCT, la Comisión rechazó la posición que considera que tiene un alcance reparador limitado, es decir que sólo cubre el daño patrimonial y que, por lo tanto, el resarcimiento adicional del daño moral es procedente siempre y en todos los casos. El fundamento fue que esta concepción altera el régimen tarifario consagrado por la ley laboral, concluyendo que dicha indemnización cubre todos los perjuicios materiales y morales ocasionados al trabajador a raíz de la resolución inmotivada del contrato de trabajo.

Consecuentemente, sostuvo que normalmente el despido sin expresión de causa es el único incumplimiento en el que incurre el empleador, quebrantando la expectativa del trabajador de permanecer en su empleo, pero que en el sistema de estabilidad impropia que rige las relaciones laborales privadas, éste cuenta con la facultad de extinguir el vínculo sin otra consecuencia que la de abonar la indemnización correspondiente, con independencia de la real existencia y extensión de los daños que efectivamente su conducta genere. No obstante, reconoció que en determinadas situaciones el despido inmotivado se presenta rodeado de actitudes o conductas del empleador, distintas del acto resolutorio en sí – apreciado como acto extintivo puro, aisladamente considerado, único necesario para resolver el vínculo–, que tienen entidad suficiente para lesionar injustificada e innecesariamente legítimos intereses o derechos del trabajador que menoscaban su dignidad como persona y como sujeto de la relación laboral. En estos casos el empleador puede incumplir obligaciones emergentes del contrato de trabajo a su cargo, o bien incurrir en actos ilícitos en sentido estricto, generando la obligación de responder conforme el Derecho Común por los daños materiales y morales que este proceder antijurídico ocasiona.

Teniendo estas consideraciones presentes, la mencionada Comisión arribó a las

siguientes conclusiones:

1. En nuestro ordenamiento jurídico la personalidad y dignidad del trabajador ha sido objeto de una especial protección, garantizándose así sus intereses ideales o morales. Conforme a los principios generales, el empleador ha de responder por el daño moral que cause si – por dolo o culpa – se lesionan esos intereses o bienes no patrimoniales. Para que proceda la reparación, el daño moral causado debe tener la entidad suficiente como para afectar la personalidad del trabajador en cualquiera de sus manifestaciones.

2. El daño moral puede ser ocasionado durante la ejecución del contrato y aún durante el período pre o post-contractual, sea que la responsabilidad consiguiente tenga que regirse por los principios de la responsabilidad contractual o extracontractual según los casos.

3. En lo que respecta a la etapa de extinción del contrato, cuando media una situación de estabilidad relativa impropia, las indemnizaciones tarifadas cubren todos los daños tanto materiales como morales, que la pérdida del empleo pueda haber ocasionado. Pero si contemporáneamente con el despido el empleador incumple obligaciones contractuales a su cargo, o incurre en actos ilícitos *stricto sensu*, deberá responder por los daños morales que su conducta antijurídica ocasione, si es que afecta la personalidad y dignidad del trabajador a través de la lesión de sus intereses personales (V Jornadas Argentinas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 1981).

3.2.3. EN LAS II JORNADAS SANJUANINAS DE DERECHO CIVIL

En las II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (1984), la Comisión N° 6 sobre daño moral, dejó establecido que el daño moral derivado de un contrato de trabajo o de empleo público es plenamente indemnizable. En el supuesto de despido sin expresión de causa o cuando se invoca una causa falsa o inexistente que luego no puede ser demostrada en juicio, y ésta afecta los derechos de la personalidad del empleado, procede la indemnización del daño

moral de acuerdo a las circunstancias del hecho generador del menoscabo, según las particularidades del caso, de manera adicional a la tarifa legal del artículo 245 de la LCT, por aplicación de la normativa del Derecho Común. No obstante sostuvo que la indemnización tarifada de la ley laboral cubre todos los daños materiales y morales irrogados al trabajador por el simple hecho del despido sin justa causa, considerado aisladamente, es decir, aquellos derivados directamente de la pérdida del empleo.

3.2.4. EN LA JURISPRUDENCIA

A continuación se consignan, a modo ejemplificativo, extractos de distintos fallos que dan cuenta de las diversas posturas adoptadas por la jurisprudencia argentina en relación al tema. Según una posición – imperante en la escena nacional, aunque ha adquirido un cariz menos restrictivo – la reparación extratarifaria del daño moral no procede dentro del régimen laboral actual, entendiendo que todos los perjuicios patrimoniales y morales derivados del despido sin expresión de causa se hallan cubiertos por la correspondiente indemnización del artículo 245 de la LCT. Para otra corriente de opinión, es admisible el reclamo autónomo del daño moral, pero varían los criterios esgrimidos para justificar su procedencia y resarcimiento. Mientras que para la mayoría sólo es viable su reparación cuando derive de una conducta del empleador que configure un hecho ilícito extracontractual manifestada con motivo o en ocasión de la resolución del contrato de trabajo, pero que se presente jurídicamente distinto del acto extintivo, otros sostienen que el menoscabo moral puede surgir tanto de un incumplimiento de algunas de las obligaciones emergentes del vínculo contractual, como de un ilícito en sentido estricto, extracontractual, es decir, de la violación al deber genérico de no dañar, y en ambos supuestos es resarcible.

Un hito en la materia lo constituye el fallo plenario 168, de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en autos “Katez de Echazarreta, Catalina O. c/ Empresa Nacional de

Telecomunicaciones”, del 18 de octubre de 1971. La Cámara sostuvo que “Es admisible la pretensión de un ex empleado de Entel, despedido injustificadamente y cuyo despido fue publicado en el boletín de la empresa con relación a un sumario interno, de que se haga constar en su legajo personal y se publique en el mencionado boletín que el despido fue injustificado”⁶⁵. El Dr. Podetti señaló como fundamento de la pretensión el principio de reparación integral y el deber contractual del empleador de obrar con previsión. En relación al primero, destacó que el resarcimiento debe cubrir todos los perjuicios sufridos; y que en el contrato de trabajo, también los de carácter moral, como por ejemplo en el caso en cuestión, el resultante de la desvalorización que genera la publicación de un despido con la imputación de un hecho éticamente deshonroso. Recalcó la relevancia de la personalidad del trabajador en la relación laboral, tutelada por el Derecho del Trabajo, y que el daño moral se configura cuando se vulnera un derecho inherente a su personalidad. Con respecto al deber contractual de previsión, lo definió como la obligación del empleador de conducirse en la configuración y ejecución concretas de la relación de trabajo, en cuanto de él dependan, según la debida consideración a los intereses legítimos del trabajador, prestándole protección y asistencia, comprendiendo, entre otros aspectos, su integridad moral. El Dr. López, siguiendo los argumentos del Dr. Podetti, reconoció la procedencia de la condena en los términos del artículo 522 del CC. Al mismo tiempo señaló la pertinencia de tener presente el artículo 1198 del mismo cuerpo legal, por el cual “los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímelmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión”, concluyendo que una de las fuentes del deber de previsión es el principio de buena fe, que rige para toda relación obligatoria, y en particular para la relación de trabajo, que requiere de una colaboración basada en la confianza que crea

⁶⁵ CNAT, En pleno, Katez de Echazarreta, Catalina c/ Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Plenario 168, LL. 144-331 (1971).

deberes de conducta especialmente destacados según la buena fe, deberes de consideración humana y cooperación. Adhirieron con sus votos los Dres. Goyena, Pettoruti, Allocati, Valotta, Córdoba, Seeber, Machera, Morón y Míguez. Por su parte, el Dr. Ratti sostuvo que la cuestión no podía resolverse en torno al deber de previsión del empleador, atendiendo a que el mismo cesa al momento de producirse la ruptura del contrato de trabajo, y que la publicación efectuada por la empresa en el boletín fue posterior. No obstante reconoció que el daño generado al trabajador por dicha publicación al momento de conseguir nueva ocupación debía ser reparado conforme los principios generales del derecho (art. 1109 CC) y que el medio para lograrlo era la restitución, es decir, el restablecimiento del estado de cosas anterior (arts. 1050 y 1083 CC). Los Dres. Rebullida y Eisler adhirieron con su voto al criterio sustentado por el Dr. Ratti.

A. CASOS EN QUE SE DESESTIMÓ EL RECLAMO EXTRATARIFARIO DEL DAÑO MORAL

1. En el régimen de indemnizaciones por despido injustificado, no cabe reclamo por daño moral, pues la ley laboral establece una indemnización tarifada única, que engloba todos los derivados que pudo originar el distracto.⁶⁶

2. Por lo general, el despido arbitrario produce al trabajador un daño moral porque tal ruptura puede atentar a la personalidad moral o espiritual, provocarle una alteración psíquica, lesionar sus sentimientos, etc., pero las leyes que fijan cuantitativamente la indemnización toman en consideración el conjunto de todos otros posibles daños.⁶⁷

3. El régimen indemnizatorio establecido en la LCT es tarifario y omnicomprensivo de todas las situaciones que pudieran plantearse ante la ruptura arbitraria de un contrato de trabajo, razón por la cual resultan ajenas las previsiones del art. 522 del Cód. Civil y, por

⁶⁶ CNAT, Sala III, D'Amato de Bernardini, Delia c/ Colgate Palmolive, DT. 1976-882 (1975).

⁶⁷ CNAT, Sala VIII, Lambruschini, Carlos A. c/ Caja de Subsidios Familiares para Empleados de Comercio, TSS. 1983-1291 (1983).

tanto, improcedentes los reclamos por daño moral.⁶⁸

4. El sistema de indemnización tarifado del derecho del trabajo cubre todos los daños que eventualmente se derivan del acto jurídico despido, impidiendo al afectado demostrar un perjuicio mayor. Siendo la ley de contrato de trabajo posterior en su promulgación a la reforma del Cód. Civil por la ley 17.711, cabe inferir que la falta de tratamiento del daño moral en la legislación laboral no configura una laguna sino lisa y llanamente una omisión intencional.⁶⁹

5. La indemnización prevista en el art. 245, LCT es tarifada, lo que implica que la misma ley establece la fórmula del cálculo, excluyendo toda otra reparación por causa del despido, ya que es de la esencia de las reparaciones tarifadas, que el titular carezca de legitimación, para obtener una suma superior a la tarifa, demostrando que ha experimentado daños no contemplados en ella, y el obligado, a su vez para pagar menos aduciendo la inexistencia, de todo daño, o que la indemnización excede su valor real.⁷⁰

B. CASOS EN LOS QUE SE HIZO LUGAR AL RECLAMO EXTRATARIFARIO DEL DAÑO MORAL

a. POR RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE EMPLEADOR

1. Si bien el despido *ad nutum* encasilla en una tarifa, no obsta a que dentro del plexo jurídico esté alcanzado por la evolución del derecho común, para que las conductas reprochables dentro de su área también sean tocadas por su protección. Si bien la indemnización es tasada, en oportunidad en que el *quantum* tarifado de preaviso y despido no agota la lesión a reparar, es viable consagrar la responsabilidad aquiliana en la disciplina

⁶⁸ CNAT, Sala IV, Rafaella, María T. c/ Consorcio de Copropietarios Edificios Anchorena 1772, DT. 1984-934 (1984).

⁶⁹ CNAT, Sala III, Rondón, Mario c/ Tab Torres S.A., Manuales de Jurisprudencia La Ley, 2002, pp. 689 (1992).

⁷⁰ CNAT, Sala VI, Cámpora, Carlos c/ García, Bonifacio, Manuales de Jurisprudencia La Ley, 2002, pp. 689 (1994).

laboral.⁷¹

2. Sólo procede el pago de la indemnización por daño moral cuando la actitud de la empleadora al disolver el vínculo excede el ámbito contractual para llegar al de la ilicitud delictual o cuasidelictual, ya que la indemnización por antigüedad prevista en el art. 245 de la LCT, constituye la reparación de los daños materiales y morales que son consecuencia del despido injustificado.⁷²

3. La regulación propiamente laboral que establece la LCT, desplazó a la normativa civil de acuerdo con el sistema de relación legislativa por ella previsto. Dicho principio sólo pierde inmutabilidad cuando se comprueba la existencia de hechos que fuera del contrato permiten calificar la conducta del empleador como culposa o punible, dando origen a la obligación de reparar el daño extracontractual causado.⁷³

4. La indemnización por daño moral sólo cabe en los supuestos excepcionales cuando la actitud del empleador en el curso de la relación y en la disolución del vínculo laboral, va más allá de los límites del ámbito contractual, para configurar inconductas del tipo de lo ilícito delictual o cuasi delictual.⁷⁴

5. Cuando en ocasión de la ruptura del contrato, el empleador incurre en conductas que causan un perjuicio al trabajador desde el punto de vista extracontractual – es decir cuando le cause un daño que resultaría indemnizable aún en ausencia de una relación laboral – tal responsabilidad no puede verse condenada mediante el simple pago de la tarifa. Semejante interpretación llevaría a una curiosa consecuencia: que el derecho del trabajo, concebido para proteger al trabajador como parte más débil del contrato de empleo, privaría a sus protegidos de ciertos derechos y garantías que le competen como simples ciudadanos y ya

⁷¹ CSJN, Fontal, Alberto c/ Corporación Argentina de Productores de Carnes y/u otros, DT. 1976-882 (1976).

⁷² CNAT, Sala IV, García, Nelson A. c/ Laboratorio Alex S.A., DT. 1981-585 (1980).

⁷³ CNAT, Sala VI, Roldán, Victor H. c/ Establecimiento Cerlan S.A. y otro, DT. 1981-1728 (1981).

⁷⁴ CNAT, Sala II, González, Fidel J. c/ Unión Trabajadores Gastronómicos de la República Argentina, DT. 1983-679 (1982).

no como trabajadores.⁷⁵

6. Si en el acto del despido, el empleador agravió injustificadamente al trabajador, y además, sin que ninguna razón o interés legítimo lo justificara, divulgó los hechos injuriosos en la empresa y en el mercado farmacéutico en el cual actuaba el ex-dependiente, con grave daño para su reputación y prestigio, afectando notoriamente sus posibilidades de obtener una nueva ocupación laboral, cabe concluir que dicha divulgación es un acto ilícito extracontractual (poscontractual) en cuanto se cometió después de extinguido el contrato y constituye un verdadero delito civil.⁷⁶

7. Si a la fecha en que la empresa comunicó el despido – invocando como única causa reiteradas inconductas oportunamente sancionadas – tenía o debía tener conocimiento – por sí o por sus subordinados jerárquicos – que el trabajador estaba gravemente afectado de sida, se encuentra incurso en una conducta ilícita que configura un agravio moral y como tal genera una responsabilidad extracontractual por la que corresponde adicionar a las indemnizaciones previstas en la ley de contrato de trabajo otra por daño moral y también es procedente el reclamo compensatorio de los gastos que insumía mensualmente el tratamiento médico.⁷⁷

8. Desde el punto de vista extracontractual el daño moral sólo procede en aquellos casos en los que la causa que lo determina es producido por un hecho doloso del empleador, por lo que la indemnización civil procede en casos excepcionales, en el que el despido va acompañado de una conducta adicional que resulta civilmente resarcible, aún en ausencia de vínculo laboral.⁷⁸

9. Es procedente el resarcimiento por daño moral si se imputó concretamente al actor la comisión de un delito que no fue probado, hipótesis que justificaría por sí, una acción

⁷⁵ CNAT, Sala II, Lema, Sandra c/ Piero de Neil, Herminia, Manuales de Jurisprudencia La Ley, 2002, pp. 689 (1993).

⁷⁶ CNAT, Sala I, Laguna, Miguel A. c/ Synero Argentina S.A., DT. 1995-B-1618 (1995).

⁷⁷ CNAT, Sala V, S., M. A. c/ La Universal S.A., DT. 1995-B-1254 (1995).

⁷⁸ CNAT, Sala VII, Hernández, Irma A. c/ Banco Nueva Era Coop. Ltda., DT. 1997-B-1387 (1996).

independiente de los reclamos derivados de la ruptura del contrato tarifado por la ley laboral.⁷⁹

10. La indemnización por daño moral sólo cabe en supuestos excepcionales, cuando la actitud del empleador en el curso de la relación y en la disolución del vínculo laboral va más allá de los límites del ámbito contractual, por configurar conductas de tipo delictual y cuasidelictual, es decir, que el resarcimiento por este concepto sólo procede en aquellos caso en que el empleado ha incurrido en conductas que, con independencia de todo vínculo contractual entre las partes, constituyen un ilícito civil.⁸⁰

11. Si el daño moral ha sido causado por una conducta culposa o dolosa, la responsabilidad emergente debe tipificarse como extracontractual respecto de la cual rigen la normas pertinentes del Código Civil (arts. 1078, 1083, 1069 y 1071bis).⁸¹

12. La indemnización por daño moral sólo procede en aquellos casos excepcionales en que el despido vaya acompañado de una conducta adicional que resulte civilmente resarcible aún en ausencia de un vínculo contractual.⁸²

13. Si la demandada no sólo despidió al accionante, sino que también lo denunció como autor de un delito que no se probó que cometiera y, como consecuencia de ello, ha debido padecer las circunstancias relativas a su procesamiento y posterior sobreseimiento, se constituye un acto ilícito adicional al despido, que ocasionó un agravio moral que no se encuentra resarcido por la tarifa indemnizatoria prevista para el despido, por lo que debe ser reparado en los términos del art. 1078, CCiv.⁸³

⁷⁹ CNAT, Sala VI, Pistelli, Omar J. c/ Cirlafin S.A., DT. 1997-A-533 (1996).

⁸⁰ CNAT, Sala VII, Bascuas, Rodolfo y otro c/ Romano Hnos. S.A., DT. 1997-B-2284 (1997).

⁸¹ CNAT, Sala VI, Coliman Mariqueo, Juan E. c/ Transportadora Latinoamericana Ltda., DT. 1998-B-2421 (1998).

⁸² CNAT, Sala III, Guajardo Clavero, Raúl L. c/ Aerolíneas Argentinas S.A., Manual de Jurisprudencia de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, 2004, pp. 316 (1998).

⁸³ CNAT, Sala III, Marcial, Felisa del Carmen c/ Ventura Hnos. S.A., Manual de Jurisprudencia de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, 2004, pp. 317 (2000).

14. Si bien la indemnización tarifada que consagra el art. 245, LCT cubre todos los perjuicios que ocasiona el despido sin causa, ello no es así cuando se demuestra que al comunicar la cesantía el empleador incurre en conductas ilícitas que causan al dependiente daños de naturaleza extrapatrimonial que debería reparar aún en ausencia de un vínculo laboral.⁸⁴

15. Si bien, en principio, el despido incausado no genera otra obligación que la de resarcir el daño en la forma prevista en la LCT, no es menos cierto que cuando en función de la relación laboral habida la empleadora realiza conductas injuriantes autónomas, agraviantes o lesivas al honor de su dependiente, tal daño debe ser resarcido como lo sería de no haber existido vínculo.⁸⁵

16. Resulta procedente la reparación del daño moral si el empleador cometiera actos ilícitos distintos del mero incumplimiento del contrato al tiempo de su extinción, causando al trabajador un daño extracontractual, el cual resultaría indemnizable aún en ausencia de una relación laboral, en cuanto constituyera un ilícito civil de carácter doloso.⁸⁶

17. Para que el agravio moral inherente al despido sea susceptible de una reparación adicional a la tarifada, se exige que la conducta del empleador pueda ser calificada de ilícita cuando, con dolo o culpa, daña voluntariamente al trabajador a través de expresiones que van más allá del mero incumplimiento contractual, concretándose en imputaciones que permiten llegar a la ilicitud delictual o cuasidelictual que es la que comprende el art. 1078, CCiv.⁸⁷

18. Procede la indemnización por daño moral cuando existió por parte de la

⁸⁴ CNAT, Sala III, Parisi, Gustavo D. c/ Banque Indosuez y otros, Manual de Jurisprudencia de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, 2004, pp. 316 (2002).

⁸⁵ CNAT, Sala X, Mazzei, José M. c/ Cargill S.A., Manual de Jurisprudencia de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, 2004, pp. 317 (2002).

⁸⁶ CNAT, Sala II, Coman, María C. c/ Tía S.A., Manual de Jurisprudencia de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, 2004, pp. 318 (2002).

⁸⁷ CNAT, Sala I, Negri, Iván A. y otro c/ Glaciar Plus S.A., Manual de Jurisprudencia de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, 2004, pp. 318 (2003).

empleadora una imputación – no probada – al actor incriminándolo de sustracción de elementos del tablero eléctrico. La referida imputación ha exorbitado el plano de la mera inejecución de una de las obligaciones impuestas a la empleadora por la LCT. Tal proceder de la demandada afectó la imagen del actor con la consecuente carga emocional, todo lo cual hace prudencial, en el caso, el peticionado resarcimiento adicional.⁸⁸

b. POR RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL DEL EMPLEADOR

1. Si aparte del despido, la empleadora ha cometido otros actos ilegítimos, que han lesionado otros bienes jurídicamente protegidos especialmente amparados por el derecho del trabajo, ocasionándole al trabajador un daño moral, dicho daño conforme los principios generales, debe ser reparados por quien los ha causado (arts. 4, 62, 65, 66 y concs., ley de contrato de trabajo y arts. 522 y 1078, Cód. Civil).⁸⁹

2. Si el empleador actúa con dolo o culpa al disolver el vínculo abusando del derecho que le reconoce la ley de invocar una causa válida de rescisión, cabe concluir que viola la obligación de actuar de buena fe, no ajusta su conducta a lo que es propio de un buen empleador e incumple el deber contractual de preservar la dignidad y personalidad del trabajador (arts. 62, 63, 66 y 68, ley de contrato de trabajo).⁹⁰

3. Sin lugar a dudas la grave agresión física y verbal padecida por el dependiente por parte de su superior jerárquico, en el ámbito del empleo, encuadra en el concepto de agravio a la persona que alude el art. 1078 del C. Civil y no es difícil deducir de tal acto la aflicción y humillación padecida por el trabajador, especialmente si se tiene en cuenta que la agresión provino de un representante de quien tenía el deber de garantizar su indemnidad psicofísica

⁸⁸ CNAT, Sala X, Argüello, Rolando c/ Argensun S.A. s/ despido, Revista Derecho del Trabajo, 2011, pp. 1983 (2007).

⁸⁹ CNAT, Sala I, Laguna, Miguel A. c/ Synero Argentina S.A., Dr. De la Fuente, en disidencia, DT. 1995-B-1618 (1995).

⁹⁰ CNAT, Sala VI, Prochietto, Gloria S. c/ Raymond and Roy S.A., DT. 1999-2001 (1999).

(conf. art. 75 LCT) y condiciones dignas de labor (art. 14 bis de la CN), por lo que la demandada deberá responder por el hecho de su dependiente tal como surge del art. 1113 del C. Civil, sin perjuicio de repetir lo pagado en este concepto contra el autor del hecho reprochable.⁹¹

4. Procede la condena por daño moral a la empleadora que efectuaba retenciones pero omitía los depósitos de los importes correspondientes a la cobertura médica prepaga que amparaba a la trabajadora y su familia, toda vez que como consecuencia de tal accionar la misma y su grupo familiar fueron dados de baja de dicha cobertura, con el agravante de encontrarse la trabajadora embarazada, por lo que debió recurrir a la contratación particular de otro plan de medicina prepaga.⁹²

5. Es procedente la reparación por daño moral reclamada por un trabajador, toda vez que de la prueba testimonial surge que, durante la relación de trabajo y dentro del establecimiento patronal, aquel recibió por parte de su superior y sus compañeros un trato hostil, humillante y desconsiderado con motivo de su condición sexual, lo que, además de implicar un apartamiento del empleador a las obligaciones que la LCT pone a su cargo, constituyeron actos ilícitos de carácter extracontractual destinados a afectar la dignidad personal del dependiente.⁹³

C. DISTINTOS SUPUESTOS EJEMPLIFICATIVOS

Sin pretender abarcar todas las posibles manifestaciones del daño moral en las relaciones de trabajo, seguidamente se enuncian supuestos ejemplificativos receptados por la jurisprudencia argentina.

1. El empleador funda el despido en la comisión de un delito por parte del trabajador.

⁹¹ CNAT, Sala II, Poy, Cristian c/ Automóviles San Jorge S.A. y otros s/ despido, Revista Derecho del Trabajo, 2011, pp. 1983 (2007).

⁹² CNAT, Sala IX, Gómez, Hilda c/ San Sebastian S.A. s/ daños y perjuicios, Revista Derecho del Trabajo, 2011, pp. 1984 (2007).

⁹³ CNAT, Sala II, M., J. c/ Coto S.A., Revista Derecho del Trabajo, 2011, pp. 1983 (2010).

Luego éste es sobreseído por ausencia de prueba en su contra. En este supuesto el empleador comete un ilícito extracontractual independiente del acto extintivo del contrato de trabajo, y su conducta encuadra en el artículo 1109 del CC.⁹⁴

2. El empleador publica y hace circular, difundiendo, el despido y su causal. En este caso se trata de la publicación de la nómina de trabajadores despedidos por *ñoquis* en su boletín interno, noticia luego tomada por periódicos de difusión masiva. La conducta del empleador constituye un ilícito civil, indemnizable con independencia de todo vínculo contractual, porque menoscaba la imagen profesional y personal del trabajador, atentando contra su honor y dignidad.⁹⁵

3. El empleador realiza imputaciones injuriosas falsas e infundadas al momento del despido, sin interés legítimo que lo justifique. En esta hipótesis incurre en un ejercicio abusivo de su facultad resolutoria que le acuerda la ley laboral, excediendo las necesidades y límites impuestos para la expresión de la causal. Este caso se distingue del primer supuesto en la medida que se trata de una insinuación dolosa de la comisión de un delito, y no su imputación formal en sede penal.⁹⁶

4. El despido de un trabajador calificado como inmoral por sus prácticas homosexuales.⁹⁷

5. El despido de un trabajador portador de HIV⁹⁸, la divulgación del resultado positivo del examen del virus del HIV dentro y fuera del establecimiento donde prestaba servicios el trabajador⁹⁹, la realización del análisis de HIV sin consentimiento del trabajador¹⁰⁰.

⁹⁴ CTrab. y Fam. De Cruz del Eje, Abufalia, José V. c/ Tiempo S.A., LL. C. 2000-752 (1999).

⁹⁵ CNAT, Sala VI, Hochbaum c/ Pami, LL. 2000-B-348 (1999).

⁹⁶ CNAT, Sala VI, Trinz, Pedro c/ El Cóndor S.A., DT. 1998-B-2078 (1998).

⁹⁷ CNAT, Sala VII, T., C. c/ O.G.A. SRL y otro, DT. 1994-A-33 (1993).

⁹⁸ CNCiv., Sala C, M., M. A. c/ Bagley S.A. y otros, DT. 2001-105 (1999).

⁹⁹ Trib. Trab. N° 1, Necochea, V., M. M. c/ F. S. C., LL. B.A. 1996-950 (1995).

¹⁰⁰ CCCom, Rosario, Sala II, S., R. c/ SISO SRL y otra, LL. 2001-E-310 (2000).

3.3. VALORACIÓN Y CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL VINCULADO AL DESPIDO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA

Una vez analizada la procedencia del reclamo y de la reparación adicional del daño moral en los supuestos de despido sin expresión de causa, se concluye que la doctrina que más adhesiones presenta en la materia es aquella que admite su indemnización extratatarifaria tanto en los casos en los que el empleador incumple obligaciones emergentes del contrato de trabajo – responsabilidad contractual –, como en aquellos en que incurre en actos ilícitos en sentido estricto, comprometiendo su responsabilidad extracontractual, generando al trabajador un menoscabo en su subjetividad como consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, excediendo el perjuicio que común y normalmente se sigue a la resolución del vínculo laboral.

En cambio, en la jurisprudencia, si bien se encuentra superada la posición que rechazaba todo resarcimiento extra del daño moral por considerar que la tarifa legal del art. 245 de la LCT cubre de manera integral todos los daños materiales y espirituales derivados del despido injustificado, se presenta dominante la postura que lo admite sólo cuando se configuran ilícitos extracontractuales, que resultan indemnizables aún con prescindencia de la existencia de la relación laboral. De esta manera se abre la puerta, en el Derecho del Trabajo – particularmente en lo atinente al despido incausado – a principios de Derecho Común sobre indemnización de daños, de manera complementaria.

A continuación interesa indagar sobre los diferentes criterios con los cuales los jueces laborales valoran y cuantifican el daño moral que sufre el trabajador despedido sin invocación de causa, una vez que han admitido su resarcimiento de forma adicional a la indemnización del art. 245 de la LCT.

Esta cuestión constituye una auténtica preocupación de los abogados, al momento de asesorar a su cliente y de los jueces, al dictar sentencia, no sólo del ámbito laboral, sino también del civil, exhibiéndose en ambos campos criterios judiciales muy diferentes para calibrar cualitativa y cuantitativamente el daño moral, que atentan contra la previsibilidad y la seguridad jurídica.

“Cuantificar el daño significa traducirlo a un número de unidades monetarias de modo tal que las pérdidas materiales o los sufrimientos padecidos se expresen en dinero” (Keselman, 2011, pp. 291-292). Como se mencionara oportunamente, la indemnización del daño patrimonial cumple una función de equivalencia, es decir, restablece el equilibrio alterado por el perjuicio, por lo tanto su valuación se realiza atendiendo a este último. No ocurre lo mismo con la reparación del daño moral, que es eminentemente satisfactiva, motivo por el cual no se cuenta con ningún elemento o parámetro objetivo que permita traducir su entidad en el monto indemnizatorio. Por esta razón, se han elaborado en la doctrina y se han adoptado en la jurisprudencia diferentes criterios para valorar y cuantificar el daño moral, que se analizan a continuación, relacionándolos al caso concreto de su reparación vinculada al despido sin expresión de causa.

3.3.1. SEGÚN EL CRITERIO SUBJETIVO DEL JUZGADOR

Este sistema de valoración y cuantificación del daño moral deja su determinación en poder del criterio subjetivo y discrecional del juzgador, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, para establecer su existencia, y en su caso, el monto de su indemnización; pero prescindiendo en su fundamentación de toda consideración expresa tanto sobre las particularidades del hecho dañoso como sobre las relativas al sujeto damnificado (Keselman, 2011; Pizarro, 1996).

Quienes adhieren a este criterio reconocen la dificultad de fijar un importe por daño

moral, dado la ausencia de cánones objetivos de valoración y cuantificación, motivo por el cual éste surge de la prudente y discrecional ponderación del juez, quien debe tener en cuenta, por ejemplo, la lesión a las afecciones íntimas, padecimientos y agravios espirituales que sufre el damnificado. En otras palabras, la determinación del monto indemnizatorio del perjuicio depende del arbitrio judicial, que debe recurrir a las reglas de la sana crítica, porque no existe ningún dispositivo legal que le indique el modo de precisar la reparación (Ojeda et al, 2008; Baldiviezo, 2011).

“...considero que se han configurado los presupuestos que la ley común exige a los efectos de imponer una reparación como la requerida, de modo que existe obligación en cabeza del demandado. La suma fijada respecto de este punto asciende a la suma de pesos...”¹⁰¹

Como indica Keselman (2011), se presentan casos en los que si bien el juez señala tener en cuenta factores relacionados con el hecho, el damnificado o las circunstancias del caso, su referencia es dogmática, pues no determina su incidencia concreta en la determinación de la indemnización, reduciéndose a su razonabilidad o a su prudencia.

“Respecto de la cuantía de la indemnización, deben tenerse en cuenta todos los datos: el ofensor, el ofendido, el lugar y el tiempo en que la conducta se ha manifestado. Por lo tanto, como reparación del daño moral causado parece razonable la suma de \$ 4.5000...”¹⁰²

Pizarro (1996) critica la utilización de este criterio para fundar un sistema de valoración y cuantificación de la reparación del daño moral, afirmando que no tiene entidad suficiente para que el mismo resulte equitativo, seguro y justo. Sin desconocer el papel que juega el juez en la determinación de la existencia del menoscabo sufrido por la víctima y del monto que debe asignársele a su resarcimiento, sostiene que la prudencia judicial debe

¹⁰¹ CNAT, Sala IV, Basail, Rubén E. c/ Mouso Hnos. SCA, LL. 2002-A-739 (2001).

¹⁰² CNAT, Sala I, Zalazar, Raúl E. c/ Gas Natural Ban S.A., LL. 2000-A-20 (1999).

desarrollarse dentro del marco que otorga la ley, sin dejar de considerar las realidades objetivas que el caso concreto presenta.

3.3.2. SEGÚN LA GRAVEDAD DE LA FALTA O SUBJETIVIDAD DEL AGENTE RESPONSABLE DEL DAÑO

La valoración y cuantificación del daño moral atiende a la gravedad de la falta cometida por el autor del agravio, o a su subjetividad, es decir, a su actuación con dolo o culpa. Es decir, mientras mayor sea el reproche formulado a la conducta del ofensor, por obrar con dolo o culpa grave, mayor será el monto de la reparación que se mande a pagar en concepto de daño moral; y a la inversa, el juez puede disminuirlo cuando sólo concurra culpa leve. Esta concepción sigue los lineamientos de la doctrina de la sanción ejemplar, que sostiene la función sancionatoria de la indemnización del daño moral, por lo tanto su monto se impone como pena o castigo al dañador (Keselman, 2011; Pizarro, 1996).

Este fue el criterio sustentado por la Comisión N° 2 – el daño moral en las relaciones de trabajo – de las V Jornadas Argentinas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (1981). Sobre el particular, sostuvo que el monto indemnizatorio del daño moral debía fijarse computando las circunstancias que rodean el caso particular, atendiendo a la situación de la víctima, su personalidad, su situación social, familiar y patrimonial, y su sensibilidad física y espiritual; como así también considerando la índole y magnitud del agravio inferido – la gravedad de la falta cometida – y las circunstancias relativas al infractor, su situación personal, posición económica y social, recalcando la función sancionatoria que cumple la indemnización.

“Para la cuantificación del rubro atenderé a que no se probó malicia en la demandada al formular denuncia a través de su representante, sino que se le atribuye imprudencia o simple culpa ... propicio que la indemnización por daño moral a favor del actor se fije en la

suma de \$ 25.000”.¹⁰³

Pizarro (1996), enrolado en la doctrina del resarcimiento del daño moral, critica este criterio de valoración y cuantificación, tributario, como se señalara, de la teoría de la sanción ejemplar, porque no respeta el fundamento de la reparación del perjuicio. Es decir, no se trata de sancionar o castigar al autor de hecho dañoso sino de reparar el menoscabo causado a la víctima mediante una satisfacción económica. Por lo tanto, la determinación de la existencia del daño y el monto de su indemnización sólo deben relacionarse con su gravedad objetiva.

3.3.3. SEGÚN LA GRAVEDAD OBJETIVA DEL DAÑO

Según Pizarro (1996) la determinación del daño moral se realiza atendiendo a la modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, y por la repercusión que tal minoración tiene en el modo de estar de la víctima, que resulta anímicamente perjudicial. Los parámetros computables, para arribar a dicha determinación son la personalidad del damnificado (edad, sexo, condición social, su grado de sensibilidad); la índole de las lesiones sufridas; la influencia del tiempo, como factor que agrava o mitiga el daño moral; la personalidad del ofensor, cuando puede tener influencia sobre la intensidad objetiva del agravio; la mayor o menor divulgación del hecho; la gravedad del padecimiento espiritual; la realidad económica del país al tiempo de dictar sentencia; etcétera.

En sentido coincidente, Samuel (2007a) postula como pautas valorativas que ayuden a cuantificar el daño moral la situación socioeconómica y cultural de la víctima y del ofensor, y el padecimiento moral, entendiendo el daño psicológico como la manifestación externa del daño moral, y consecuentemente, a la pericia psicológica como el medio científico del que debe valerse el juez para indagar sobre el grado de insanidad espiritual del afectado, y cómo

¹⁰³ CTrab. y Fam., Cruz del Eje, Abulafia, José V. c/ Tiempo S.A. LL. C. 2000-752 (1999).

afecta sus relaciones familiares, sociales y futuras relaciones laborales, de manera tal que le aporte indicios de cómo reparar el daño moral.

Desde la teoría que atiende a la función resarcitoria de la indemnización del daño moral, se reconoce su autonomía conceptual y funcional. Esto tiene implicancias significativas, por un lado para el damnificado, pues considerando la gravedad objetiva del menoscabo realmente sufrido, se erige un sistema de reparación plena de todo el perjuicio injustamente padecido. También para el sindicado como responsable del hecho dañoso, que tiene el deber de reparar en forma integral el menoscabo causado a un tercero, y esto significa que no puede pretender pagar menos, así como tampoco puede ser obligado a pagar más de lo correspondiente. En palabras de Pizarro (1996) el daño no puede convertirse en una fuente de lucro indebido para la víctima y en un motivo de expoliación para el dañador.

“...tengo por probado que la publicidad que siguió a la medida rescisoria produjo un grave daño a la actora en su honorabilidad al ver expuesta la inconducta que la empleadora le enrostraba – y que no ha sido acreditada – frente a su núcleo laboral, perjuicio que incluso impidió su reinserción en el mercado de trabajo en razón de las referencias brindadas por la empleadora, y que por ello merece ser resarcido en la medida que provocó un daño que es susceptible de apreciación pecuniaria. Como la demandada no produjo prueba en contrario, propongo acoger el reclamo fijando el monto del resarcimiento en la suma de \$ 15.000 que considero equitativa conforme las circunstancias del caso a las que he referido”.¹⁰⁴

3.3.4. SEGÚN UN PORCENTAJE DE LAS INDEMNIZACIONES DE LA LCT

Señala Keselman (2011) que algunos fallos evidencian como criterio de valoración y cuantificación del daño moral un porcentaje de las reparaciones previstas en la LCT para el caso de despido sin expresión de causa.

¹⁰⁴ CNAT, Sala IV, Leiva, Gladys M. c/ Carlan S.A., DT. 2002-A-81 (2001).

“...no cabe otra conclusión ante los hechos que admitir la demanda por este ítem ... debiendo en cuanto a su monto estarse a la suma de pesos un mil seiscientos ochenta y cuatro con treinta y seis centavos (\$ 1.684,36), que estimo conveniente atento a las características de la imputación, monto éste que es el 20% del valor de las indemnizaciones por antigüedad y omisión de preaviso”.¹⁰⁵

Ojeda et al (2008) señalan que si bien este es un criterio ampliamente utilizado en la jurisprudencia, no se observa una relación matemática entre el importe de la indemnización por despido sin justa causa y la magnitud del daño moral, y entienden que resultaría más adecuado fijar el monto de su reparación teniendo en cuenta el hecho dañoso en sí mismo, su proyección sobre la víctima y terceros, la edad, categoría profesional, salario y ámbito de pertenencia. Se evidencia su enrolamiento con el criterio que tiene en cuenta la entidad objetiva del daño causado.

3.3.5. SEGÚN LAS INDEMNIZACIONES AGRAVADAS PREVISTAS EN LA LCT PARA SITUACIONES ESPECIALMENTE PROTEGIDAS

Keselman (2011) identifica que en determinados supuestos de despido arbitrario se toma como criterio de valoración y cuantificación, y para establecer consecuentemente el monto del resarcimiento del daño moral, la tarifa indemnizatoria prevista por la LCT para los casos de despido por causa de matrimonio o embarazo.

“Este tribunal estima apropiado que en el caso dicha reparación se fije en una cantidad equivalente a un año de salarios ... pues este parámetro resulta análogo al criterio adoptado por la Ley de Contrato de Trabajo al fijar las reparaciones para los casos de despido por causa de matrimonio o de embarazo (arts. 178 y 182) y también es acorde a las circunstancias

¹⁰⁵ CTrab., Córdoba, Sala IV, Díaz Romanese, Esteban A. c/ Disco S.A. LL. C. 2008-12-1208 (2008).

personales de las partes y a las características del caso”.¹⁰⁶

La autora citada critica el empleo de este criterio sosteniendo la incongruencia que se revela por un lado recurrir al Derecho Común para tomar de él los elementos de la responsabilidad por daño moral y su reparación integral, alejándose de los parámetros de la LCT, para luego, por el otro, adoptar una fórmula tarifada propia de la ley laboral.

3.3.6. SEGÚN UN MONTO IGUAL A LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA O TOMANDO SUS PARÁMETROS DE CÁLCULO

Otra línea jurisprudencial utiliza directamente la tarifa legal del artículo 245 de la LCT ya sea para ordenar pagar un monto equivalente en concepto de indemnización por daño moral, ya sea para tomar en cuenta su base indemnizatoria para su determinación.

“...ponderando los datos presentes en autos, teniendo en cuenta la arbitrariedad de la medida en torno al ámbito de trabajo de que se trata y la protección legal de jerarquía constitucional que ampara al actor, entiendo que resulta razonable fijar el monto debido por daño moral en una suma igual a la debida por la indemnización por antigüedad”.¹⁰⁷

Keselman (2011) señala que este criterio de valoración y cuantificación del daño moral es pasible de la misma crítica que el reseñado anteriormente en la medida que también implica una tarifación del perjuicio sufrido, apartándose del principio general de la reparación integral.

¹⁰⁶ CNAT, Sala III, Almazán, Alejandra c/ Ateneo Argentina S.A. y otro, IMP. 2008-15-8-1352 (2008).

¹⁰⁷ Jlab., 5ta. Nom., Rosario, M., C. c/ D., A. M. y/u otro, LL. Litoral. 2007-11-1126 (2007).

4. EL DAÑO MORAL EN LAS RELACIONES DE TRABAJO SEGÚN LA JURISPRUDENCIA CORDOBESA

El objetivo del presente Trabajo Final de Grado es analizar cómo evalúa la procedencia de la reparación adicional del daño moral en el sistema de indemnización tarifada del artículo 245 de la LCT, y cuáles son los distintos criterios de valoración y cuantificación del agravio moral vinculado al despido sin expresión de justa causa, seguidos por la jurisprudencia cordobesa.

Para dar cumplimiento al objetivo propuesto, fue necesario realizar el desarrollo del instrumental teórico precedente. Por este motivo, en relación a la estabilidad y el derecho al trabajo, se analizaron los diferentes regímenes de estabilidad laboral y los distintos grados de tutela jurídica que proporcionan al trabajador en el empleo, tanto en el ordenamiento jurídico argentino como internacional. Con respecto al despido y la protección contra el despido arbitrario, se estudió el sistema indemnizatorio tarifado por resolución del contrato de trabajo sin expresión de justa causa por iniciativa del empleador. En cuanto al daño moral y las relaciones de trabajo, se indagó sobre su reparación adicional a la tarifa legal del artículo 245 de la LCT y sobre sus criterios de valoración y cuantificación. Todo ello para contar con herramientas de análisis que permitan realizar el relevamiento de distintos fallos de las diferentes Salas de la Cámara del Trabajo y del Tribunal Superior de la Provincia Córdoba para tomar cuenta de su comportamiento sobre la cuestión en tratamiento.

Para llevar a cabo este cometido, al revisar cada uno de los pronunciamientos judiciales, en primer lugar, en aquellos casos en que se controvierte la existencia de justa causa para la resolución del contrato de trabajo, como medida previa, se presta atención a la determinación que realiza el Tribunal al respecto, para dejar fijado el supuesto de partida configurativo de los casos bajo examen, esto es, que se trate de despidos sin expresión de

justa causa.

En segundo lugar, se considera cómo el Tribunal merita la procedencia de los diferentes rubros indemnizatorios reclamados en cada una de las demandas, en función de cuál haya sido su calificación del despido y su evaluación de las demás circunstancias que lo rodean.

Actos seguido, ya dentro del análisis pertinente de la admisibilidad del reclamo indemnizatorio por daño moral, se revisa si en las fundamentaciones de cada fallo, el Tribunal vierte alguna conceptualización sobre el mismo, y si ello es así, se intenta encuadrarla en las doctrinas reseñadas en la parte pertinente de este Trabajo. Asimismo se observa si efectúa referencia alguna sobre el fundamento de su reparación, enrolándose en la teoría de la sanción ejemplar o en la del resarcimiento. Finalmente, en los supuestos que se admite su procedencia, cuál es la forma que determina para hacer efectiva su reparación, en especie o por equivalente, ya sea pecuniario o no pecuniario.

Luego, se analiza cómo merita el Tribunal la procedencia de la reparación adicional del daño moral a la indemnización del artículo 245 de la LCT por despido sin justa causa. Esto es, si no la admite, por considerar la tarifa legal omnicomprendiva de todos los perjuicios que pueda sufrir el trabajador como consecuencia de la resolución inmotivada del contrato de trabajo por iniciativa del empleador. O, por el contrario, si la admite, y en este caso, en qué supuestos: excepcionalmente, cuando se configura la responsabilidad extracontractual del principal por incurrir, al momento del despido, en un ilícito civil en sentido estricto, indemnizable aún en ausencia de vinculación laboral; o también, por incumplimiento por parte del dador del trabajo de las obligaciones a su cargo emergentes del ligamen contractual.

Por último, en aquellos casos en que el Tribunal admite la procedencia del

resarcimiento adicional del agravio moral vinculado a la indemnización por despido incausado, se examina cuál es el criterio al que recurre para valorar el daño moral y cuantificar el monto indemnizatorio que manda a pagar. Para ello se utilizan los parámetros de valoración y cuantificación desarrollados en la parte correspondiente del Trabajo.

También se ha prestado atención a otras cuestiones, tales como, en determinados supuestos en los cuales de acuerdo a la fecha en que ocurre el despido sin justa causa éste queda comprendido por la sanción del artículo 16 de la Ley 25.561, si el Tribunal ha hecho lugar a la duplicación indemnizatoria prevista por la norma referida o si por el contrario ha declarado su inconstitucionalidad. Se justifica su consideración dado que, por un lado, dicha ley y sus prórrogas han sido objeto de tratamiento en el presente Trabajo Final de Grado y, por el otro, porque no se observa un criterio uniforme en la materia entre las diferentes Salas de la Cámara del Trabajo de la Provincia de Córdoba.

Se ha recabado un total de quince fallos. De la Cámara del Trabajo de la Provincia de Córdoba: uno de la Sala IV; uno de la Sala V; cinco de la Sala VI; dos de la Sala VII; dos de la Sala X y uno de la Sala XI, así como un pronunciamiento de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba.

En nueve de ellos, se reclama en forma adicional el daño moral en casos que configuran despidos sin justa causa, ya sea porque se trata de una resolución del contrato de trabajo lisa y llana, sin invocación de ninguna causa, ya sea porque en el caso particular no ha sido probada la existencia de la causal invocada por la parte empleadora para prescindir de su dependiente, supuestos específicos de análisis del presente Trabajo.

El pronunciamiento de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia también atiende a un despido que a la postre es declarado incausado, pero dentro del marco del Régimen Nacional del Trabajador Agrario, Ley 22.248. Su inclusión en el

análisis de este Trabajo se justifica atendiendo que la cuestión sobre la indemnización por despido sin justa causa en los estatutos particulares ha sido objeto de tratamiento en el mismo, por lo cual reviste interés para observar su aplicación en el caso concreto.

Finalmente, los cinco casos restantes, presentan también un reclamo extratarifario del agravio moral, pero en supuestos de despido indirecto, uno de ellos encuadrado bajo el régimen del Estatuto del Servicio Doméstico, Decreto 326/56. Además, un caso de despido discriminatorio. Si bien estos últimos no se ajustan a los presupuestos de estudio del presente, los fundamentos vertidos en los mismos, en torno al daño moral, la procedencia de su reparación, su valoración y cuantificación al determinar su monto indemnizatorio, revisten una relevancia e interés tales que ameritan su tratamiento y mención, todo lo cual se realiza por separado, y con la aclaración correspondiente.

A continuación se realiza la presentación del análisis jurisprudencial efectuado. Se ha sistematizado su exposición de la siguiente manera: en primer lugar, se presentan los casos en que se admite la procedencia de la reparación adicional del daño moral en sentido amplio, esto es, tanto por responsabilidad contractual como extracontractual del empleador. Seguidamente, aquellos que sólo la entienden procedente excepcionalmente, cuando se configura ésta última. Luego se exponen aquellos casos en que se desestimó el reclamo extratarifario del daño moral. Bajo este título se agrupan aquellos supuestos en que el Tribunal rechaza el reclamo sin mayores fundamentaciones, los que imponen la carga de la prueba del agravio sufrido en cabeza del trabajador, y ante ausencia de ésta, desestiman el concepto indemnizatorio, y los que no consideran procedente su reparación en el contexto de las relaciones de trabajo por estar regidas por un sistema específico, tarifado y cerrado. Luego, como se mencionara anteriormente, los supuestos particulares de interés también analizados.

4.1.CASOS EN QUE SE HIZO LUGAR AL RECLAMO EXTRATARIFARIO DEL DAÑO MORAL

4.1.1. POR RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL DEL EMPLEADOR

CASO 1

AUTOS: Barrionuevo, Daniel Del Valle c/ Disco S.A.

Sentencia N° 6 del 27 de febrero de 2003

Sala X Unipersonal integrada por el Dr. Olivio Rubén Costamagna de la Cámara del Trabajo de Córdoba

DEMANDA: El actor, Daniel del Valle Barrionuevo, inicia formal demanda laboral en contra de Disco S.A.. Reclama horas extras realizadas al 50% y al 100%, por los siguientes motivos: sostiene que la jornada diaria era de diez horas durante seis días a la semana, con un día de franco, que no era el domingo porque ese día trabajaba, por lo que realizaba dieciséis horas extras semanales, de las cuales diez horas extras eran al 100% y seis al 50%, estas últimas desde el día lunes hasta las 13 horas del día sábado. Asimismo, reclama diferencias por indemnización sustitutiva por omisión de preaviso e indemnización por despido sin justa causa, y solicita se le abone la suma de pesos diez mil (\$ 10.000) en concepto de daño moral.

HECHOS: El actor, Daniel del Valle Barrionuevo, prestaba tareas a las órdenes Disco S.A., su empleadora, cuando fue despedido sin expresión de causa. El día anterior a la notificación de su despido fue sometido a un interrogatorio con otros tres compañeros de trabajo, donde con intimidación y violencia tres jefes de seguridad del hipermercado los coaccionaron para que renunciaran. Éstos cedieron ante la negativa del actor, y posteriormente la empleadora procedió, como se indicara, a su despido injustificado.

RESUMEN DEL FALLO: El Tribunal reconoce la procedencia de las pretensiones

indemnizatorias reclamadas por el actor, por los diferentes conceptos, atendiendo a las siguientes consideraciones:

En primer lugar, entiende que, conforme la prueba analizada, el demandante logra acreditar suficientemente las horas extras reclamadas y la cantidad de horas extras al 50% y al 100%. Consecuentemente, considera que resulta también procedente la demanda de diferencias sobre el SAC y sobre la indemnización por antigüedad y omisión de preaviso. En apoyo de esta decisión, cita el criterio adoptado por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba en autos “Faner, José c/ Matricería Austral” A.I. N° 132 de 26 de octubre de 2001, que afirma que se debe proyectar para el mes del preaviso el promedio económico de las horas extras realizadas durante el año anterior. Asimismo, indica que respecto del artículo 232, se ha sostenido que “La intención del legislador reflejada en el artículo 232 de la LCT es que el trabajador perciba durante el término del preaviso, la misma suma que hubiera percibido si el empleador hubiera cumplido con su obligación de preavisar” (C. Trab. San Francisco, Martínez Alfredo c/ Rada C. e I., LL. XXXIX a-I, 489 sum. 552, 1978).

En relación al reclamo por daño moral por el monto de pesos diez mil (\$ 10.000), en primer lugar atiende a la procedencia de su reparación en el contexto del contrato de trabajo. Al respecto hace presente diferentes citas de la doctrina sobre el particular: I. H. Goldenberg, (El daño moral en las relaciones de trabajo, *Revista de Derecho de Daños, Daño Moral*, VI, pp. 261 y sgtes.,) “En efecto, las conductas lesivas a la dignidad, honor o reputación del dependiente por aseveraciones temerarias, descalificantes, ofensivas, de mala fe, divulgación de datos íntimos o situaciones penosas no pueden quedar desguarnecidas de tutela legal por el solo hecho de que las partes se encontraban ligadas por un contrato de trabajo. El voto del Dr. Guibourg es concluyente a ese respecto: 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, es decir cuando se causa un daño que resultaría indemnizable – aún en ausencia de la relación laboral – tal responsabilidad no puede verse condenada mediante el simple pago de la indemnización tarifada. Encontrándose la conducta genéricamente comprendida en los arts. 1072, 1078 y 1109 del Código Civil aún con total prescindencia del contrato de trabajo que le ha servido de contexto, compromete a su autor a la responsabilidad prevista por daño moral sin perjuicio del pago de la indemnización tarifada que corresponde al ámbito de los incumplimientos contractuales”. J. A. Grisolia, (*Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 4ta. Ed, Argentina, Buenos Aires: Depalma, 2001) “La LCT, dispuso una reparación tarifada abarcativa de todos los daños y perjuicios que pueda haber causado la decisión rescisoria. Para que se configure daño moral, la jurisprudencia entendió que es necesario que exista una conducta adicional del empleador ajena al contrato, de naturaleza dolosa, es decir, un acto ilícito adicional al despido. La ilicitud se refiere a la antijuridicidad de la conducta que se califica de injuriante, oprobiosa y, por ende, nociva para el trabajador. La prueba de la configuración de estas circunstancias recae en el trabajador”.

De acuerdo a las citas transcritas, entiende que la pretensión del accionante se trata de una pretensión autónoma que tiene su causa fuente en una actitud reñida con las previsiones de los artículos 62 y 63 de la LCT, que configura una actitud reprochable e ilícita tendiente a obtener la extinción del contrato de trabajo coaccionando al trabajador para que renuncie, mediante la intimidación y tratando de evitar el pago de las indemnizaciones que corresponden al despido incausado, resultando indemnizable por sí misma, aún cuando se realizara fuera del marco de la relación laboral. Considera que es así más allá que en el caso concreto en definitiva no haya logrado el objetivo de la renuncia propuesto y el actor haya sido despedido sin causa.

Deja así establecida la procedencia de la indemnización del daño moral en el ámbito del Derecho del Trabajo, cuando el mismo emana de un ilícito ajeno a la relación laboral que sería indemnizable aún cuando ésta no existiera.

A fin de analizar si los hechos producidos en la causa, narrados por el actor en su demanda y negados por la accionada en su contestación se produjeron, y para dilucidar si ellos tuvieron entidad suficiente para generar un daño moral, estableciendo una relación de causalidad, entre el hecho y el daño, se avoca a la consideración de la prueba rendida en autos sobre el particular.

Tiene en cuenta el informe del Perito Psiquiatra Oficial, que concluye que el accionante está afectado de trastorno depresivo leve DSM4 que lo incapacita en un diez por ciento (10%) de la T. O. (Total Obrera) en forma absoluta y definitiva, debiendo realizar tratamiento psiquiátrico durante seis meses a razón de una sesión semanal.

Toma en consideración las declaraciones testimoniales de los otros tres empleados que fueron indagados, del mismo modo que el actor, en una oficina por la supuesta desaparición de electrodomésticos, amenazándolos con efectuar denuncia penal, no conseguir futuro trabajo, y afectar a sus familia, impidiéndoles retirarse del lugar cuando así lo solicitaron, dada la presencia de otras dos personas, del lado de adentro y del lado de afuera de la puerta de la mencionada oficina, ofreciéndoles finalmente renunciar. Los otros tres empleados optaron por la renuncia, y de la misma oficina los condujeron en un auto al Correo, donde le dictaron el telegrama de renuncia. El actor se negó, motivo por el cual fue despedido.

De la prueba mencionada, el Tribunal entiende probada la existencia del hecho relacionado con el reclamo de daño moral, y prosigue a analizar si se configura un daño moral indemnizable. Al respecto señala que el daño moral importa una lesión a afecciones

legítimas, como pueden ser, entre otras, la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, el honor, la integridad física, los afectos familiares, pero no comprende cualquier inquietud o perturbación del ánimo derivadas de la privación de bienes materiales. En tal línea argumental, comparte el criterio fijado por jurisprudencia mayoritaria, en el sentido que para que se configure el daño moral, debe tratarse de hechos con virtualidad suficiente para producir lesión en las afecciones legítimas de las víctimas, pues, el derecho como ciencia que toma como cartabón el hombre medio, no puede atender reclamos en función de una susceptibilidad excesiva aún cuando el daño no sea jurídicamente significativo. Por lo tanto, entiende que al tratarse de un procedimiento reprochable para obtener la renuncia del trabajador mediante presiones e intimidaciones y con ello evitar la mención de una justa causa de despido o el pago de la indemnización correspondiente por tal hecho en forma incausada, se vicia la voluntad del renunciante encubriendo la verdadera causa de la extinción del contrato de trabajo, que en el caso de autos no dio los resultados esperados para quienes la pusieron en práctica, pero que el accionar reprochable existió y ese hecho objetivo se tradujo subjetivamente en la injuria que da lugar al daño moral indemnizable, y ello por sí solo, le permite concluir que han sido ciertos los padecimientos del actor, es decir, la lesión en sus íntimos sentimientos. El autor o los autores del hecho, han ocasionado con el mismo un perjuicio al accionante, afectándolo en su íntima personalidad, relacionado con su dignidad y autoestima. Concluye que el hecho trasunta que se actuó en forma torpe e imprudente, ocasionando un daño que se hubiera evitado de actuar con las diligencias que las circunstancias exigían. En otras palabras, se ha incurrido en violar el deber de buena fe e incumpliendo el deber contractual de preservar la dignidad y personalidad del dependiente (arts. 62 y 63 LCT.).

Al respecto, acreditado el hecho y su relación de causalidad con el daño moral, no es

necesaria otra demostración del daño en sí. En tal sentido reproduce los pronunciamientos de la doctrina en la materia: R. Arazi, (Prueba del daño moral, *Revista de Derecho de Daños*, VI, p.104,): “A pesar de la opinión contraria de muchos autores, lo cierto es que la ley consagra una presunción relativa: dado los presupuestos establecidos, se presume la existencia de un daño extrapatrimonial indemnizable “. Con las consideraciones efectuadas da por probada la existencia del hecho y el daño extrapatrimonial indemnizable que del mismo deriva.

Efectuada esa conclusión, analizar si el mismo resulta imputable a la demandada (factor de atribución o imputación legal de responsabilidad) y determina que de la declaración testimonial evaluada previamente surge que el hecho fue realizado por personas que pertenecían a la empresa accionada, por lo que corresponde establecer la responsabilidad de la misma por el hecho del dependiente (art.1113 CC).

Respecto de la valuación del daño, sostiene que el resarcimiento de tal daño tiene por finalidad compensar el desmérito sufrido por el hecho, ya no para sancionar al causante del daño, sino para reparar los padecimientos físicos y morales que debió soportar la víctima del delito o cuasidelito. Si bien entiende el dinero no es la forma más apropiada para repararlo, el ser humano y la ley no cuentan con otro medio idóneo para tales fines. Comprende el Tribunal que, como mediador, debe mensurar en términos económicos el daño inferido a la víctima. Señala que, la escasez de las indemnizaciones, exterioriza la falta de respeto a muchos de los valores tutelados y tal circunstancia retroalimenta el escaso cuidado de todos en respetar a la persona del prójimo prescindiendo de atropellos generadores de este tipo de perjuicios. En base a los parámetros que expone y atendiendo a las circunstancias de la causa procede a determinar el *quantum* del daño moral y para ello tiene en cuenta que en la causa se trata de un trabajador de veinte años al momento de producirse el hecho, es decir de una persona que prácticamente está en los albores de lo que será por el resto de su vida laboral la

posible relación de dependencia y los agravios producidos revelan un actuar reprobable de la demandada indicativo de un total desprecio de su personalidad al haber lesionado, como ya se ha dicho, su dignidad y autoestima, a lo cual adita la conducta de la accionada en el momento del hecho, ya que con el mismo, a más de lesionar los bienes personales importantísimos de una persona, se valió de la incomunicación y privación de la libertad. Considera que la suma de pesos diez mil (\$ 10.000) que demanda el accionante es excesiva y entiende justo y equitativo condenar a la demandada a indemnizar al actor en concepto de daño moral por el hecho descrito con la suma de pesos un mil doscientos setenta y siete (\$1.277) que es el equivalente al monto de indemnización que le corresponde al actor percibir por el despido incluido lo que percibió y la diferencia que se manda a pagar en esta causa. Ello por considerar que es una suma razonable en función del tiempo trabajado por el actor, el salario que percibía y que de algún modo se equipara a las consecuencias que impone la ley 24.013 en la situación prevista por el artículo 15 de dicha normativa, que sólo lo tiene en cuenta para justificar y fundamentar un parámetro objetivo económico.

ANÁLISIS: De lo expuesto precedentemente, se desprende, en primer lugar, el concepto de daño moral que suscribe el Tribunal. Lo entiende como *lesión a afecciones legítimas, como la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, el honor, la integridad física, los afectos familiares*. Se advierte su coincidencia con la definición propiciada por el Despacho de Comisión de las II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (1984) como detrimento a los atributos o presupuestos de la personalidad jurídica, como la paz, la vida íntima, la libertad individual, la integridad física, etc.

Respecto del fundamento de la reparación del daño moral, el Tribunal se enrola en la doctrina del resarcimiento, dado que considera que su indemnización *tiene por finalidad compensar el desmérito sufrido por el hecho, reparando los padecimientos físicos y morales*

que debió soportar la víctima. En cuanto a la forma de hacerla efectiva, considera la procedencia de la reparación por equivalente pecuniario, si bien advierte que el *dinero no es la forma más adecuada para resarcir el daño moral, el ser humano y la ley no cuentan con otro medio más idóneo para hacerlo*, reconociendo su función satisfactiva.

En relación a la procedencia de la reparación del daño moral en forma adicional a la indemnización tarifada del artículo 245 de la LCT por despido sin justa causa, el Tribunal considera que ésta es viable tanto por responsabilidad contractual como extracontractual del empleador. Lo primero se deduce de su afirmación que la actitud del empleador está *reñida con las previsiones de los artículos 62 y 63 de la LCT*. Es decir, que se trata de un incumplimiento de las obligaciones emergentes del contrato de trabajo a su cargo, en este caso, los deberes genéricos (art. 62 LCT) y el deber de buena fe (art. 63 LCT). Los segundo se infiere de las citas doctrinarias transcritas en apoyo a sus fundamentos. De acuerdo a las mismas, el empleador compromete su responsabilidad, cuando en ocasión de la ruptura del contrato de trabajo, incurre en conductas que causan perjuicio al trabajador desde el punto de vista extracontractual, es decir cuando se causa un daño que resultaría indemnizable, aún en ausencia de la relación laboral. Una conducta adicional del empleador ajena al contrato, de naturaleza dolosa, es decir, un acto ilícito adicional al despido. La ilicitud se refiere a la antijuridicidad de la conducta que se califica de injuriante, oprobiosa y, por ende, nociva para el trabajador. Y así lo entiende el Tribunal cuando afirma que la pretensión del accionante (en relación a su reclamo por el daño moral) *se trata de una pretensión autónoma que tiene su causa fuente en una actitud reprochable e ilícita tendiente a obtener la extinción del contrato de trabajo coaccionando al trabajador para que renuncie, mediante la intimidación y tratando de evitar el pago de las indemnizaciones que corresponden al despido incausado, resultando indemnizable por sí misma, aún cuando se realizara fuera del marco de la*

relación laboral.

Luego, el Tribunal procede a analizar la configuración del hecho dañoso. A tal efecto tiene en cuenta el dictamen pericial del Perito Psiquiatra Oficial sobre la salud mental del accionante y los testimonios rendidos en la causa por los testigos. Entendiendo que el hecho, como accionar reprochable por parte de la empleadora existió, y que ese hecho objetivo se tradujo subjetivamente en la injuria que dio lugar al daño moral indemnizable (definido como se enunció anteriormente) le permite concluir que han sido ciertos los padecimientos del actor, esto es, la lesión en sus afecciones legítimas. Es decir, establece la relación de causalidad entre el hecho y el daño moral. A su vez, deja establecida la responsabilidad de la empleadora en virtud del artículo 1113 del CC – responsabilidad por los hechos del dependiente – por la vinculación de los actores involucrados en el hecho con aquella.

Una vez acreditados estos extremos, y suscribiendo la doctrina que considera que la prueba de este último es *in re ipsa*, es decir que no es necesaria otra prueba del daño en sí mismo, porque acreditado el hecho, se desprende de suyo la existencia del daño, procede a la determinación de su valuación.

Para la valoración del daño moral, en un primer momento, el Tribunal toma en consideración la gravedad objetiva del daño sufrido por el actor, al hacer referencia a *que se trata de un trabajador de veinte años al momento de producirse el hecho, es decir de una persona que prácticamente está en los albores de lo que será por el resto de su vida laboral la posible relación de dependencia y los agravios producidos revelan un actuar reprobable de la demandada indicativo de un total desprecio de su personalidad al haber lesionado, como ya se ha dicho, su dignidad y autoestima.* A continuación también merita la entidad de la ofensa al tomar en cuenta *la conducta de la demandada en el momento del hecho, ya que con el mismo, a más de lesionar los bienes personales importantísimos de una persona, se*

valió de la incomunicación y privación de la libertad.

Sin embargo, a pesar de estas consideraciones previas, al momento de la cuantificación del monto indemnizatorio del daño moral, concluye considerando *justo y equitativo la suma de pesos un mil doscientos setenta y siete (\$ 1.277) que es el equivalente al monto de indemnización que le corresponde al actor percibir por el despido incluido lo que percibió y la diferencia que se manda a pagar en esta causa. Ello por considerar que es una suma razonable en función del tiempo trabajado por el actor, el salario que percibía y que de algún modo se equipara a las consecuencias que impone la ley 24.013 en la situación prevista por el artículo 15 de dicha normativa.*

Se observa que si bien tuvo en cuenta como criterio de valoración y cuantificación tanto la particular circunstancia de la víctima y la situación lesiva que le produjo la ofensa inferida por su empleadora, como así también la conducta reprochable de esta última, al momento de determinar el monto indemnizatorio lo fijó en una suma igual a la debida en virtud de las indemnización por despido sin justa causa, más la diferencia que se condena a pagar en la presente causa. Es decir, recurre a un parámetro tarifado, justificando su empleo como criterio objetivo.

CASO 2

AUTOS: Díaz Romanese, Esteban Alejandro c/ Disco S.A.

Publicado en LL C 2008-12-1208

9 de septiembre de 2008

Sala IV Unipersonal integrada por el Dr. Mario Ricardo Pérez de la

Cámara del Trabajo de Córdoba

DEMANDA: El actor, Esteban Alejandro Díaz Romanese, inicia formal demanda laboral en contra de Disco S.A., persiguiendo el cobro de indemnizaciones por antigüedad y sustitutiva

de preaviso, integración del mes de despido, indemnizaciones de los artículos 1 y 2 de la Ley 25.323 y del artículo 16 de la Ley 25.561 y modificatorias, SAC proporcional, vacaciones proporcionales, diferencia de haberes, horas extras y daño moral.

HECHOS: El actor, Esteban Alejandro Díaz Romanese, ingresó a trabajar bajo las órdenes de la empleadora, Disco S.A., desempeñándose en la categoría profesional de Maestranza Categoría C (“Operario de Picking”). Fue despedido por el supuesto intento de retirar mercadería sin autorización de la empresa en connivencia con un tercero. El despido se formuló verbalmente. La demandada adujo que se le remitió al empleado un telegrama de despido con posterioridad, pero éste no fue recepcionado por el mismo, motivo por el cual, y tras negársele el ingreso al lugar de trabajo en dos oportunidades, comunicó que hacía denuncia del contrato de trabajo, colocándose en situación de despido indirecto y demandando las indemnizaciones correspondientes.

La demandada alegó que ante la existencia de un hecho irregular y con el único objetivo de aclarar la situación realizó una investigación administrativa interna, siendo voluntad y decisión del trabajador tomar participación de ello sin consecuencia para el caso de negativa, negando que se tratara de un interrogatorio de corte inquisitivo o una actuación predispuesta para presionar a su empleado. Concibió a la comunicación de despido indirecto improcedente, negando que la empresa hubiera impedido la prestación de servicios por parte del actor, sosteniendo que éste estaba en conocimiento de cuál era su situación (despido) y de que llegaría la comunicación de despido con justa causa que remitiría la patronal.

RESUMEN DEL FALLO: El Tribunal se avoca al análisis de la procedencia del reclamo indemnizatorio del actor y entiende que:

En relación a la indemnización por despido, omisión de preaviso e integración del mes de despido, su reclamo resulta atendible en virtud de haberse configurado, en el caso, un

despido sin justa causa. En sustento de esta conclusión afirma que nuestra ley laboral admite la extinción de la relación de trabajo de manera verbal, pero exigiendo el cumplimiento de requisitos formales tales como la comunicación por escrito con expresión suficientemente fundada y clara de los motivos de la misma, para el caso en que se pretenda efectuar un despido con justa causa. Y que en el caso bajo análisis el despido se produjo cuando el trabajador concurrió a prestar sus tareas a la sede de la empresa y se le comunicó verbalmente el distracto, hecho afirmado tanto por el actor como por la demandada en autos. No obsta a esta conclusión el despido indirecto en el que se colocó el actor, ni la comunicación de despido con justa causa efectuada por la demandada, pues para ese momento, a entender del Tribunal, el vínculo laboral ya se encontraba disuelto. Aún así y a mayor abundamiento señala que aún en el supuesto en que considerara que la resolución se produjo con justa causa, ninguna prueba arrojó al proceso la demandada tendiente a acreditar las causales en las que se basó para decidir la desvinculación. No probó que haya sido el actor quien intervino en el intento de sustracción de mercadería del depósito de la empresa, como tampoco acompañó las actuaciones administrativas internas en las que fundamentó el despido.

Con respecto al SAC proporcional y las vacaciones proporcionales, considera el Tribunal que extinguida la relación laboral los mismos son de legítimo abono, por lo que frente a su reclamo en sede judicial debió la accionada acreditar haberlos pagado y ninguna constancia existe en autos en tal sentido. En consecuencia y en función de lo establecido por los artículos 121, 122, 123, 155 y 156 de la LCT manda a pagar estos conceptos.

Entendió procedente la pretensión del actor de percibir la indemnización del artículo 16 de la Ley 25.561, con la modificación introducida por la Ley 25.972 y su Dto. Reglamentario 1433/05, atento haberse producido el despido durante la vigencia de dicha

normativa.

El actor solicitó la diferencia de haberes en función de considerar que se encontraba mal registrado, esto es, en una categoría inferior a la que le correspondía (se hallaba registrado como Maestranza Categoría C y alegaba desempeñarse como Auxiliar Categoría B, comprensiva de choferes de corta distancia de vehículos automotores de cualquier tipo, afectados al reparto, transporte y/o tareas propias del establecimiento), pero tal y como lo entiende probado el Tribunal, el mismo se encontraba correctamente encuadrado dentro del CCT que regía la actividad, percibiendo sus haberes conforme a la escala salarial vigente. Lo que fue ratificado por el informe que efectuó la perito contadora oficial, la que concluyó que el actor se encontraba correctamente inscripto y que se le abonaba el salario conforme a las escalas vigentes dentro de la categoría de Maestranza C. Con lo que el Tribunal rechaza su pretensión de percibir diferencias de haberes.

El accionante pretendió se le abonaran horas extras. El Tribunal recordó que la misma Sala sostuvo en pronunciamientos anteriores que para que pueda ser admitido el rubro en cuestión, quien alega la realización de horas extras debe acreditarlo a través de una prueba precisa, acabada y relevante, las que pueden ser constancias documentales reconocidas, pericial contable, etc., lo que no ocurrió en autos. Por una lado, no existió ninguna prueba documental respecto a su realización, ni tampoco propuso la actora ningún punto al respecto al efectuarse la prueba pericial contable, a lo que suma que los dichos de los testigos no fueron efectuados con la certeza necesaria como para considerar acreditada su realización. Por lo tanto desestima su reclamo.

Considerando las indemnizaciones de los artículos 1 y 2 de la Ley 25.323, en relación al primer artículo, y entendiendo que la relación laboral se encontraba registrada conforme a derecho rechazó la pretensión en ese sentido. Respecto del segundo artículo, dado que el

actor realizó la intimación persiguiendo el cobro de los rubros emergentes del despido y no obteniendo respuesta satisfactoria a sus reclamos se vio obligado a iniciar acciones judiciales tendientes a su cobro, cumpliendo con ello los requisitos exigidos en la norma en cuestión, se hizo acreedor a la sanción allí establecida.

Finalmente, en atención al daño moral reclamado por el actor, en primer lugar hace presente las palabras de Vazquez Vialard (*La responsabilidad en el Derecho del Trabajo*, 1988, p.704 y sgtes., Argentina, Buenos Aires: Astrea), sobre la procedencia de la reparación del daño moral en el contrato de trabajo. Al respecto, el citado autor señala que la indemnización del artículo 245 de la LCT “...sólo cubre lo que, quizá con cierta impropiedad, podría designarse como los efectos laborales directos. Con frecuencia a lo que podría llamarse el hecho nudo del distracto, se le adicionan consecuencias, derivadas de la actitud asumida por el empleador, no necesarias para declarar la voluntad de extinguir, con causa o sin ella la relación laboral. Algunas veces, ellas se concretan a través de un incumplimiento del deber genérico de no causar un daño a otro que obliga a reparar las consecuencias que éste sufre (art. 1.109, Cód. Civil) con ocasión del distracto, o bien por un claro incumplimiento contractual que, en los hechos, en algunas oportunidades se traduce en lo que cierta doctrina designa como despido abusivo...”; y añade “...Una de ellas ocurre cuando la causal invocada que se hace saber a terceros es falsa y, al respecto, el empleador no observa la diligencia que le era debida, ya en virtud del deber de no causar un daño a otro, o contractual de respetar la dignidad del trabajador (art.75 ley de contrato de trabajo)....”.

En orden a estas ideas es que el Tribunal entiende que es admisible la demanda del daño moral intentada por el actor porque la comunicación del despido contiene una imputación calumniosa – finalmente no probada de acuerdo a la prueba rendida en autos – consistente en endigarle al accionante que “en forma anómala y en connivencia con el

conductor del automotor intentaron retirar la mercadería sin ser abonada y sin autorización para ello”, a lo que se suma la circunstancia de que tuvo trascendencia pública por cuanto sus compañeros de trabajo conocieron que fue despedido “por robo”, según se desprende de la testimonial. Considera finalmente, en virtud de todas estas apreciaciones que existieron manifiestas imprudencia y negligencia por parte de la demandada al imputarle al trabajador una conducta penalmente tipificada sin pruebas suficientes.

En apoyo a estas conclusiones señala que de acuerdo a la jurisprudencia “...La tarifa indemnizatoria no puede convertirse en un precio cuyo pago ... permita neutralizar toda conducta injuriante y gratuita ni en una suerte de franquicia para agredir la esfera de la persona del trabajador...” (dictamen del Procurador General del Trabajo, CNAT, Sala I, Laguna Miguel A. c/ Syncro Argentina S.A., DT. 1995-B-1618, TSS. 1995-891)

En cuanto a la valoración y cuantificación del daño moral, manda a pagar la suma de suma de pesos un mil seiscientos ochenta y cuatro con treinta y seis centavos (\$ 1.684,36) que estima conveniente atento las características de la imputación, monto que representa el 20% del valor de las indemnizaciones por antigüedad y omisión de preaviso.

ANÁLISIS: De lo expresado se desprende que en relación a la procedencia de la reparación adicional del daño moral a la indemnización por despido sin justa causa del artículo 245 de la LCT, el Tribunal la entiende en forma amplia, enrolándose en la doctrina que la admite tanto en los supuestos en que el empleador compromete su responsabilidad contractual como extracontractual. En el primer caso, de acuerdo a la doctrina que cita en sustento de sus conclusiones, las consecuencias, derivadas de la actitud asumida por el empleador al momento del despido, se traducen en los hechos en un claro incumplimiento contractual, que genera un menoscabo en la dignidad del trabajador (art. 75 LCT). En el segundo, se concretan a través de un incumplimiento del deber genérico de no causar un daño a otro que obliga a

reparar las consecuencias que éste sufre (art. 1109 CC).

En este sentido, tiene por acreditada la configuración del hecho dañoso a partir de la imputación que realiza la empleadora de una conducta penalmente tipificada sin pruebas suficientes en contra del trabajador, manifestado un actuar imprudente y negligente, al haberle endilgado que *en forma anómala y en connivencia con el conductor del automotor intentaron retirar la mercadería sin ser abonada y sin autorización para ello*. A su vez, entiende que se configura el daño moral por la difusión pública que tuvo la imputación calumniosa, que atentó contra la dignidad del actor, pues sus compañeros de trabajo, según se desprende de la testimonial, tomaron conocimiento de que fue despedido *por robo*. Todo lo cual, porque siendo la causal invocada que se hace saber a terceros falsa, el empleador no observa la diligencia que le es debida, ya en virtud del deber de no causar un daño a otro, ya en razón de la obligación contractual de respetar la dignidad del trabajador.

Por último, el criterio que sigue para valorar y cuantificar el daño moral es el que recurre a un porcentaje de las indemnizaciones de la LCT para el caso de despido sin expresión de justa causa, como el que reconoce configurado en este caso particular, sin mayor fundamentación que la de *estimarlo conveniente atento a las características de la imputación*.

4.1.2. POR RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL EMPLEADOR

CASO 3

AUTOS: Díaz, Héctor J. c/ Mina, Claudio Luis y Otra

Sentencia N° 64 del 15 de octubre 2004

Sala X Unipersonal integrada por el Dr. Carlos A. Toselli de la Cámara del Trabajo de la Provincia de Córdoba

DEMANDA: El actor, Héctor Javier Díaz, promueve formal demanda laboral en contra de

Claudio Luis Mina y/o Valeria Cristina Rittatore en el carácter de titulares de la Pizzería Casino procurando el cobro de indemnización por antigüedad, preaviso, SAC sobre preaviso, duplicación de la indemnización por antigüedad por deficiente registración (art. 1 Ley 25.323), incremento del artículo 2 de la Ley 25.323, duplicación de la indemnización (art. 16 Ley 25.561), indemnización del artículo 80 de la LCT e indemnización por daño moral.

HECHOS: El actor, Héctor Javier Díaz, se desempeñó como “encargado” bajo las órdenes de Claudio Luis Mina, titular de una explotación familiar (junto a su cónyuge) dedicada a la elaboración y comercialización de pizzas, lomitos, empanadas, etc. que giraba bajo el nombre de fantasía de Pizzería Casino.

El demandado impidió al actor la prestación de sus tareas normales y habituales, sin notificación. Ésto motivó que el trabajador lo emplazara para que le aclarara su situación laboral bajo apercibimiento de colocarse en situación de despido indirecto. También reclamó su registración conforme su fecha real de ingreso. Al día siguiente, recibió en su domicilio particular una carta documento mediante la cual su empleador le notificaba la decisión de resolver la vinculación laboral existente sin previo aviso, invocando para ello “injurias graves” y “estafa en perjuicio de la empresa”.

El actor rechazó la decisión unilateral, impugnando por incausado el despido dispuesto, negando la imputación del delito penal con la que se lo pretendía sustentar.

La demandada ratificó el despido.

RESUMEN DEL FALLO: El Tribunal, como primera medida, se avoca a determinar si existió justa causa para el despido, para luego determinar la procedencia de los rubros indemnizatorios reclamados por el actor. En virtud de ello, señala que, en función del dispositivo del artículo 243 de la LCT, corresponde a la demandada la prueba de la causa habilitante del despido. Así, señala que entiende que la comunicación rescisoria adoleció de

deficiencias en su instrumentación, que colocaron al trabajador en un virtual estado de indefensión, porque faltaron elementos esenciales en dicha comunicación, como la precisión del día en que habría ocurrido el evento y la descripción de la conducta que habría realizado el accionante para configurar un ilícito penal.

Al respecto, el Tribunal señala que en casos similares al presente de comunicación defectuosa, se ha indicado: “La rigidez formal del artículo 243 de la LCT debe ceder cuando el actor tiene conocimiento de la verdadera causal imputada”, dando de esa manera primacía a la verdad real del procedimiento laboral pero acotado constitucionalmente, esto es: “la exigencia del artículo 243 de la LCT no tiene un fin en sí mismo, sino que la *ratio legis* no es otra que evitar la indefensión del trabajador, por desconocimiento de las causas en que el despido puede fundarse” (CNAT, Sala I, Rodríguez, Rosario A. c/ Consorcio de Propietarios Carlos Calvo 1305, DT. 1994-A-37). También reconoce que en una línea de interpretación más restrictiva respecto de esta norma se ha expresado: “El artículo 243 de la LCT establece un régimen marcadamente formal, en resguardo de la buena fe y del derecho de defensa del denunciado, por lo que se han considerado inoficiosas las enunciaciones extremadamente ambiguas o amplias que no permiten conocer con certeza la motivación del denunciante y posibilitan que éste acomode sus defensas, con cierta latitud, a los términos de la demanda” (CNAT, Sala VI, Ferrari, Fernando L. c/ Línea 10 S.A." DT. 1988-B-2148). Y que precisando los alcances de la comunicación se ha indicado: “Como principio general puede sostenerse que la comunicación del despido está mal redactada cuando quien la emite emplea una fórmula ambigua, que le permite con posterioridad referirla a hechos cambiantes según su criterio, posibilitando así, con la falta de exigencia y precisión una violación al artículo 243 LCT. Por ello no puede reconocerse eficacia a manifestaciones genéricas tales como basar el despido en reiterados incumplimientos, irregularidades, etc.” (CNAT, Sala VIII, Cruz, Vicente

c/ Industrias Wilson S.R.L.). A más de toda la jurisprudencia, transcribe el voto del Dr. Rodolfo E. Capón Filas en una causa idéntica cuando señaló: “De acuerdo a Carlos Cossio, el derecho valora conductas a través de normas. En este caso la conducta del empleador debe ser valorada a la luz del régimen de contrato de trabajo del artículo 243 que establece la carga de comunicar los motivos del despido, sea directo o indirecto. Por motivo se entiende el hecho concreto, que subsumido en el concepto jurídico de justa causa, legitima la conducta de quien extingue la relación. Por eso su descripción debe ser circunstanciada y precisa, no bastando indicar generalidades. “Graves irregularidades que causan pérdida de confianza” no constituyen una comunicación clara que permita al trabajador ejercer su derecho de defensa, por lo cual la conclusión del sistema jurídico, no es otra que la injustificación del despido ... No interesa si el trabajador puede conocer los motivos del despido o no puede ignorarlos. Lo que interesa es que el trabajador debe saberlos cuando el empleador se los comunica, precisamente para organizar su línea de defensa a utilizar en la demanda...” (CNAT, Sala VI, Montes de Oca, Ángel O. c/ Laboratorios Beta S.A.” DT. 1998-2418)

Compartiendo esta línea de análisis, entiende el Tribunal que todo ello es suficiente para descalificar la comunicación dispuesta por la demandada, por cuanto recién en la contestación de la demanda tradujo en definitiva cuál es la injuria grave, que sería el derivar clientes de atención telefónica a otra pizzería, competencia del negocio demandado. En prueba de sus afirmaciones el demandado acompañó la sábana de llamadas remitida por Telefónica de su comercio por el período en cuestión, de la que surgirían las llamadas a la pizzería competidora. Atendiendo a esta prueba aportada, destaca graves deficiencias de instrumentación como para dicha prueba pueda ser la fundante del distracto (aún si obviase las irregularidades en la comunicación en los términos del artículo 243 de la LCT). Sostiene que aún admitiendo que quien pudiera haber efectuado tales comunicaciones fuera el actor

(en función del horario de trabajo del mismo), no se desprende de tal sábana la existencia de ilícito contractual, ya que ello sólo probaría que llamaba al teléfono del titular de la pizzería competidora. Pero no existe un elemento de prueba que demuestre la presunción o sospecha del empleador que el actor pasara pedidos a la otra pizzería.

Atendiendo a lo descrito anteriormente y a la valoración de la prueba testimonial rendida en la causa que hace el Tribunal, éste concluye declarando incausado el despido.

Ahora, en relación a los conceptos indemnizatorios reclamados, determina que la indemnización por antigüedad – conforme la fecha de ingreso del trabajador, su contrato se rigió por la ley 25.013, y que éste no logró desvirtuarla – procede. La indemnización por omisión de preaviso y SAC sobre preaviso, como correlato lógico de la declaración de incausalidad del distracto comunicado por la demandada, corresponde también.

En cuanto a la indemnización del artículo 1 de la ley 25.323, señala que el accionante no logró demostrar una fecha de ingreso anterior a la que figura en los recibos de haberes acompañados al proceso, con lo cual queda sin sustento fáctico la indemnización pretendida, por lo que la misma es desestimada. Sobre la indemnización del artículo 2 del mismo cuerpo legal, los presupuestos fácticos de intimación al pago de los rubros indemnizatorios por el actor, falta de pago por la demandada y como consecuencia inicio de acciones judiciales, se encuentran debidamente cumplimentados por lo que la manda a pagar.

Con respecto a la indemnización del artículo 16 de la ley 25.561, señala que la norma está inmersa dentro de la declaración de emergencia social del Estado Nacional y que como tal, de su texto surge que no ha sido excluido ningún trabajador. Es de su entendimiento que el objetivo de la misma es preservar el empleo, como una política de Estado, que implica la postergación de otros derechos del empresario, como es el de la organización de su empresa y la decisión de continuar o no teniendo como dependientes a determinados trabajadores. Pero,

en última instancia, si el empleador decide lo mismo ejecutar el acto disvalioso y antijurídico de despedir incausadamente, no obstante la decisión legislativa contraria, la norma lo castiga en el aspecto pecuniario disponiendo la duplicación de “todos los rubros indemnizatorios originados con motivo de la extinción del contrato de trabajo” (art. 4 decreto 264/02). Señala que la consecuencia de la duplicación, también corresponde cuando el empleador hubiese invocado una justa causa para despedir que luego no ha podido acreditar en el proceso como es el caso en análisis, porque de no ser así sería muy simple para el empleador vulnerar la prohibición legal: le bastaría con efectivizar el distracto invocando cualquier causa y luego no acreditarla en el proceso para abonar de esta manera la indemnización simple, en lugar de la agravada que surgiría del despido directo sin expresión de causa. En atención a ello determina la procedencia de la sanción requerida. Aclara que ningún cuestionamiento se introdujo respecto de la validez constitucional de tal disposición o de sus prórrogas, lo que consecuentemente determina la plena aplicación al caso en análisis.

Sobre la indemnización del artículo 80 de la LCT, incorporada por la reforma establecida por la ley 25.345, en aquellos supuestos en que transcurrido treinta días desde la fecha del cese del contrato laboral no se le hubiese hecho entrega del certificado de servicios y de cese de servicios con las constancias de los aportes previsionales, que justamente sirve al trabajador para requerir el pago del subsidio por desempleo, en función de que la intimación a la entrega de la aludida certificación fue realizada, y si bien el empleador contestó que la misma se encontraba a disposición del trabajador, sin embargo no existió constancia de su entrega al mismo, ni la demandada la acompañó al proceso, entiende que se configura el presupuesto legal y la manda a pagar.

Finalmente, en relación al reclamo por daño moral, primeramente fija la configuración del hecho dañoso. Al respecto sostiene que la demandada le imputó al actor el delito de estafa

por la supuesta derivación de clientela hacia la competencia e incluso formuló denuncia judicial (acreditado mediante certificado emitido por la Unidad Judicial Uno – actuaciones sumariales 2755/03), que se encontraban en estado de sumario, sin que el accionante hubiera sido citado a declarar, ya que, conforme descripción de los hechos, en principio los mismos no tipificarían en ninguna conducta que habilite el reproche penal, por lo que difícilmente pueda configurarse un proceso penal. Sin embargo, considera que tal imputación de delito imposible no libera de responsabilidad a la empleadora, por cuanto en primer lugar en el texto rescisorio se señalan dos elementos agravantes: a) la tipificación del delito dentro de la figura de la estafa y b) la formulación de denuncia judicial con identificación de la misma. Entiende que para cualquier ciudadano común la mención de la comisión de un delito penal implica una mácula en su honra y si a ello se le agrega la formulación de exposición en el órgano de instrucción penal es lógico que ello puede haber llevado al accionante y a su entorno familiar y de relaciones a una situación de zozobra, tanto en lo que hace a su libertad de circulación como a inconvenientes para la obtención de nuevos empleos o certificaciones como el de buena conducta, requeridos para diversos trámites y circunstancias.

Por todo ello y porque no considera que pueda ser inocente el uso irresponsable del lenguaje entiende atinado establecer como monto de condena por daño moral la suma de pesos dos mil (\$ 2.000). En ese sentido toma en consideración las constancias de la causa, la situación personal de las partes, la trascendencia del evento, calidades y situaciones económicas de ambas partes. Todo ello porque considera que el resarcimiento por daño moral no puede tener entidad tal que implique la pérdida del emprendimiento productivo por parte del empleador pero tampoco puede ser de tan escasa significancia como para que no actúe como elemento disuasivo para ocasiones futuras. En ese sentido jurisprudencia a la que adhiere ha expresado: “si con motivo o en ocasión de la extinción del contrato de trabajo el

principal comete un acto ilícito no representativo de una mera inejecución de las obligaciones derivadas de la relación laboral, configurándose los presupuestos de hecho a los que la ley imputa obligación de indemnizar (arts. 1109, 1067 y 1078 del CC), incurre en responsabilidad civil extracontractual en cuyo caso procede la reparación del daño moral ocasionado al dependiente” (SCBA, L 38929 S 221988, Blanco, Emilia c/ Malacalza, Héctor y otro s/ Diferencia de sueldo, A y S 1988-I- 38; SCBA, L 52020 S 381993, Tórtora, Sandra A. c/ Conarco Alambres y Soldaduras S.A. s/ Despido; SCBA, L 40790 S 1361989, Miguez, Rubén R. y otro c/ Comarca S.A. y otro s/ Daño Moral; SCBA, L 72119 S 1922002, Dure, Nancy Liliana c/ Curtarsa S.A.I.C. s/ Despido). Y agrega: “Para incurrir en responsabilidad civil extracontractual en los casos de ruptura del contrato laboral, es necesario que el empleador al producir el despido cometa un ilícito independiente de aquella ruptura (cuya reparación se encuentra tasada legalmente) esto es, debe incurrir en una conducta adicional, es decir, en un plus que pueda encuadrarse en la actividad reprobada por el art. 1109 del Código Civil” (SCBA, Ac 59900 S 2681997, Lapenta, Armando A. S. c/ E.S.E.B.A. s/ Daños y perjuicios) Señala la importancia del análisis que efectúa el Dr. Mosset Iturraspe (*Responsabilidad por Daños*, IV-196): “El reconocimiento del daño moral y su reparación está íntimamente relacionado con la conciencia media de un pueblo. El daño moral se infiere o deduce de situaciones determinadas que, para el hombre medio de una comunidad y sin un tiempo, son productoras o causantes de sufrimiento. La intensidad del justo dolor del hombre medio no debe dejar de lado la indagación acerca de la repercusión subjetiva en cada persona”.

ANÁLISIS: De lo expuesto precedentemente, se sigue que el Tribunal suscribe la postura doctrinaria que entiende procedente, en forma excepcional, la reparación del daño moral de forma adicional a la indemnización del artículo 245 de la LCT por despido sin justa causa

cuando el empleador compromete su responsabilidad extracontractual. Esto por cuanto sostiene que si con motivo o en ocasión de la extinción del contrato de trabajo el principal comete *un acto ilícito, una conducta adicional*, no representativo de una mera inejecución de las obligaciones derivadas de la relación laboral, independiente de aquella ruptura, configurándose los presupuestos de hecho a los que la ley imputa obligación de indemnizar (arts. 1109, 1067 y 1078 del C.C.), *incurre en responsabilidad civil extracontractual*, en cuyo caso procede la reparación del daño moral ocasionado al dependiente.

En relación a la configuración del hecho dañoso, el Tribunal tiene por acreditada la imputación al actor del delito de estafa mediante *la denuncia judicial formulada por la demandada, que consta en el certificado emitido por la Unidad Judicial Uno – actuaciones sumariales 2755/03*. Entiende que si bien el accionante no fue citado a declarar, porque conforme la descripción de los hechos, éstos no tipificarían en ninguna conducta que habilite el reproche penal, y que pudiera configurarse un proceso penal, considera que tal imputación de delito imposible no libera de responsabilidad a la empleadora.

Seguidamente, concluye que para cualquier persona la mención de la comisión de un delito penal implica una *mácula en su honra*, y si a ello se le agrega la formulación de exposición en el órgano de instrucción penal, es de su consideración que el trabajador y su entorno familiar y de relaciones vivió una *situación de zozobra*, por los inconvenientes que el hecho le puede haber generado en relación a su libertad de circulación como para la obtención de nuevos empleos o certificaciones como el de buena conducta, requeridos para diversos trámites y circunstancias. De lo relatado se desprende que el Tribunal, teniendo acreditado el evento dañoso, presume el daño moral, sin necesidad de que el actor recurra a mayores acreditaciones al respecto, de decir, que se enrola en la teoría que entiende que su prueba es *in re ipsa*.

Finalmente, para la valoración y cuantificación del agravio, y determinación de su monto indemnizatorio, el Tribunal enuncia que tiene en consideración *las constancias de la causa, la situación personal de las partes, la trascendencia del evento, calidades y situaciones económicas de ambas partes*. Aparentaría, en una primera lectura, seguir el criterio que utiliza como párametro la entidad objetiva del daño sufrido por la víctima, ya que computa la personalidad del damnificado, la índole de las lesiones que ha sufrido, la mayor o menor divulgación del hecho, la gravedad del padecimiento espiritual, la realidad económica y social de las partes. No obstante, su enunciación es meramente dogmática, pues no explica cómo cada uno de estos factores inciden en el *quantum* que finalmente manda a pagar. Por lo tanto, el Tribunal sigue el criterio que utiliza como parámetro de valoración y cuantificación, el criterio subjetivo del juzgador.

CASO 4

AUTOS: Clariá Ruíz, María Pía c/ San Pedro Apostol S.A. y/u Otro

Sentencia N° 30 del 20 de mayo de 2005

Sala VI Unipersonal integrada por el Dr. Carlos Alberto Federico Eppstein de la Cámara de Trabajo de la Provincia de Córdoba

DEMANDA: La actora, María Pía Clariá Ruiz, promueve demanda en contra de San Pedro Apostol S.A. y/o quién resulte propietario del Colegio San Pedro Apóstol por el cobro de indemnizaciones por antigüedad y omisión de preaviso, integración del mes de despido, el incremento de dichos rubros previsto por el artículo 2 de la Ley 25.323, la sanción contemplada por el artículo 16 de la Ley 25.561, la indemnización contemplada en el artículo 80 de la LCT e indemnización por daño moral.

HECHOS: La actora, María Pía Clariá Ruiz, ingresó a trabajar a las órdenes de la demandada en el Colegio San Pedro Apóstol llevando a cabo tareas docentes, en particular como Maestra

de Jardín de Infantes.

La empleadora le comunicó mediante carta documento su despido supuestamente por haber comprobado que tuvo “actitudes vejatorias” y “mal trato” con una alumna que estaba bajo su cargo en la sala de cuatro años del jardín de infantes del mencionado colegio, y que dicho acontecimiento había sido corroborado por el testimonio de padres de alumnos del mismo.

La accionante rechazó el despido con causa, negando el motivo invocado, al tiempo que le hizo saber a la demandada la ilegalidad de la medida toda vez que no cumplió con la tramitación del sumario previo por ante la DIPE que requiere el artículo 35 de la Ley 5.326, violándose además su derecho de defensa. Considerando que se trató de un despido incausado, intimó le abonara las indemnizaciones correspondientes, bajo apercibimiento de accionar judicialmente.

La empleadora respondió negando el menoscabo al derecho de defensa de la trabajadora atento a que la gravedad y flagrancia de la falta cometida imponían su inmediata desvinculación laboral. Rechazó la aplicación de la Ley 5.326, negó el pago de las indemnizaciones pretendidas y puso a su disposición los haberes y la certificación de servicios.

RESUMEN DEL FALLO: El Tribunal, primero se avoca a determinar si existió justa causa para la resolución del contrato de trabajo, para luego examinar la procedencia del reclamo indemnizatorio de la actora. En ese sentido, entiende que incumbía a la accionada la demostración de los extremos por ella invocados para resolver unilateralmente el vínculo laboral, es decir la existencia de las “actitudes vejatorias” y “mal trato” con la alumna que le atribuye a la actora. Como ello no ocurrió en autos ni en sede administrativa, el despido deviene incausado, tornándose abstracto el planteo de inconstitucionalidad del artículo 35 de

la Ley 5.326 que efectuó la accionada.

Ante tal situación procesal, considera que la demanda indemnizatoria en función del artículo 245 de la LCT resulta procedente, y dada la fecha del distracto y que no medió preaviso, que igual suerte corren los reclamos basados en los artículos 232 y 233 del mismo plexo normativo.

Asimismo, dado que del texto del telegrama por el que la actora rechazó las causas y hechos que invocó la demandada para despedirla, surge que la emplazó para que le abonara las indemnizaciones respectivas y no obstante ello no lo hizo, también manda a pagar la sanción prevista en el artículo 2 de la Ley 25.323 que integra el reclamo de autos.

En cuanto al planteo de inconstitucionalidad de las duplicaciones prevista en el artículo 16 de la Ley 25.561 que efectuó la accionada, señala que con esta disposición, la intención del legislador fue la de imponer a los empleadores, ante la amenaza cierta de llegar a situaciones extremas de descomposición del tejido social derivado de la grave crisis económica, un régimen indemnizatorio de excepción que evitara su profundización a la que contribuirían esta clase de despidos toda vez que el trabajador despedido, a partir de ese momento, pasaba a aumentar la cantidad de personas y familias con necesidades primarias de vida insatisfechas, como lo son el alimentarse, abrigarse, acceso a la salud, etc., que el asalariado afronta con sus haberes. Refuerza su idea de que ése fue el espíritu de la norma en análisis, el hecho que al ser reglamentada por Decreto 264/02 se dispuso que antes de efectivizar despidos sin causa el empleador debía cumplimentar previamente el procedimiento para crisis de empresas, sin el cual no podría invocar para el distracto las previsiones del artículo 247 de la LCT. A su juicio no le asiste razón a la demandada toda vez que ha sido el propio Poder Legislativo Nacional el que en uso de las atribuciones que le son propias extendió el plazo originario del artículo 16 de la Ley de Emergencia Pública por otra

norma de igual jerarquía como lo es la Ley 25.820 – cuya constitucionalidad no fue cuestionada – que lo prorrogó hasta el 31 de diciembre de 2004, época dentro de la cual se produjo el despido de la actora. En definitiva, reitera, el artículo 16 de la Ley 25.561 implantó un sistema indemnizatorio de aplicación exclusiva para los despidos sin causa en un momento determinado dada la gravedad de la crisis social y económica por la que atravesaba el país, en el que no advierte irrazonabilidad reglamentaria que pueda considerarse que repugne cláusulas constitucionales de manera clara, manifiesta e indudable, como para declarar su inconstitucionalidad. Concluye que como la empleadora demandada no se ajustó a las disposiciones de la normativa en estudio y que le era aplicable, es claro que la duplicación de las indemnizaciones previstas en los artículos 232, 233 y 245 que con fundamento en el artículo 16 de la Ley 25.561 reclama la accionante deben mandarse a pagar.

En relación a la demanda prevista en el último párrafo del artículo 80 de la LCT agregado por el artículo 45 de la Ley 25.345, señala que no habiéndose demostrado en la causa que la actora haya dado cumplimiento a la exigencia legal del artículo 3 del Dto. 146/01 que exige el requerimiento después de los treinta días corridos del despido, el reclamo indemnizatorio no resulta procedente.

Finalmente se ocupa de la indemnización por daño moral. Primeramente advierte que el Tribunal, en casos de reclamos anteriores sobre el punto, señaló que el mismo no se encuentra contemplado en las disposiciones de la LCT y si el legislador hubiera querido admitirlo lo habría dicho expresamente, toda vez que la indemnización tarifada satisface los daños de carácter material y moral que son consecuencias normales de un despido incausado.

Ahora bien, considera que distinta es la situación cuando el empleador, al comunicar el despido y con posterioridad, comete actos ilícitos diferentes a los propios del despido sin causa, incurriendo en comportamientos que resultan autónomos del contrato de trabajo y

constituyen *per se* un ilícito civil.

Recuerda en este sentido las recomendaciones de las V Jornadas Argentinas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social celebradas en Córdoba en el mes de octubre de 1980, que en lo pertinente declararon: 1º “En nuestro ordenamiento jurídico la personalidad y dignidad del trabajador ha sido objeto de una especial protección, garantizándose así sus intereses ideales o morales. Conforme a los principios generales, el empleador ha de responder por el daño moral que cause si por su dolo o culpa se lesionan esos intereses o bienes no patrimoniales. Para que proceda la reparación, el daño moral causado debe tener la entidad suficiente como para afectar la personalidad del trabajador en cualquiera de sus manifestaciones.” ... ; 3º “En lo que respecta a la etapa de extinción del contrato, cuando media una situación de estabilidad relativa impropia, las indemnizaciones tarifadas cubren todos los daños, tanto materiales como morales, que la pérdida del empleo pueda haber ocasionado al trabajador. Pero si contemporáneamente con el despido el empleador incumple obligaciones laborales a su cargo, o incurre en actos ilícitos *strictu sensu*, deberá responder por los daños morales que su conducta antijurídica ocasione si es que afecta la personalidad y dignidad del trabajador a través de la lesión de sus bienes personales.”

Indica que esta elaboración doctrinaria fue receptada por distintos tribunales del país, entre ellos la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala II, en fallo del 22 de marzo de 1982 (JA. 1983-III-144) que declaró: “La existencia de una relación laboral no descarta la posibilidad de que entre las partes de dicha relación pueda tener lugar un hecho a cuyas consecuencias deba aplicársele el régimen propio de los delitos o de los cuasidelitos, pero, en tales supuestos, no sería el contrato la fuente de la obligación a resarcir, sino el acto ilícito el que aparejará la responsabilidad extracontractual del autor del daño, acto ilícito que podrá haber acaecido en ocasión del trabajo”.

A mayor abundamiento, señala que, por su parte, Jorge Mosset Iturraspe al referirse a las reparaciones del Derecho del Trabajo y el daño moral, adhiere a una tesis que denomina *intermedia* y que según el referido jurista “busca la verdad y la justicia a mitad del camino, descartando tanto la proscripción de toda reparación por daño moral, vinculado al despido, como su pertinencia con base en las resonancias espirituales de todo despido arbitrario, sin excepción alguna. Esta postura se expresa de maneras diferentes, tales como ... b) daños morales originados en hechos extracontractuales en ocasión de la ruptura del contrato o fuera de ella”. Advierte que el autor en análisis consigna que este criterio requiere una invocación y una prueba a cargo del trabajador; escapa de la responsabilidad meramente objetiva, y se incurre en afirmaciones o en hechos reprobados por el derecho que lesionan la dignidad del trabajador. Finalmente, reproduce sus precisiones referidas a que la *autonomía* del Derecho del Trabajo no debe confundirse con la *autosuficiencia*, y menos aún llevar a prescindir del Derecho Civil como Derecho Común; que las leyes análogas a que alude el artículo 11 de la LCT son básicamente las del Código Civil, y que ya sea por esa vía o por las restantes mencionadas en el texto de dicho artículo, ... “justicia social, equidad, y buena fe” no pueden dejar de lado soluciones civilísticas, en tanto no sean contradictorias con las normas específicas; que enderezado en ese camino, a los principios mencionados debe agregarse el relativo a la proscripción del abuso del derecho consagrado en el artículo 1071 del Código Civil; que el daño moral ocasionado, con motivo de la extinción de la relación laboral, puede ubicarse *dentro o fuera* del contrato, y ello dependerá de la forma y modo en que se produzca la acción dañosa, ya que resulta un absurdo marginar un Derecho tuitivo de la reparación de los daños morales cuando ellos existan y puedan demostrarse (*Revista de Derecho Laboral, Extinción del Contrato de Trabajo*, T. I, pp.184-187).

Compartiendo los argumentos precedentes, concluye que en la causa que se debate la

empleadora produjo por medio de una conducta un grave daño moral en la persona y los intereses de la accionante, lo que motiva que a más de las indemnizaciones legales y tarifadas resulte atendible la pretensión de resarcimiento compensatorio en concepto de daño moral. Advierte que se está en presencia de una conducta dolosa, esto es, la ejecución de un acto, la aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, empleando artificio o maquinación (art. 931 CC). Señala que no puede ampararse en la tarifa del artículo 245 de la LCT quién cometió una conducta contraria a derecho, porque ésta está reglada para quién indebidamente denuncie el contrato, pero con una inobservancia contractual, con una arbitrariedad permitida que no va más allá del despido sin motivación, pero que no habilita a la comisión de conductas antijurídicas, abusivas y lesivas de bienes extrapatrimoniales, que quedan atrapadas por el artículo 934 del CC, referido a que el que comete un acto doloso debe satisfacer cualquier daño que haya causado.

Entiende que en el caso bajo análisis que, aparte del daño que importó la pérdida del trabajo, que debe ser indemnizada con la tarifa legal, quedó probado en forma fehaciente que la actora sufrió un daño moral cierto, surgido del hecho de que para despedirla, en su condición de maestra de la sala de niños de cuatro años de edad del jardín de infantes del colegio, se le imputó haber tenido “actitudes vejatorias” y “mal trato” para con una alumna, y que ese hecho inexistente fue hecho conocer como ocurrido a los padres de los alumnos que asisten a ese colegio mediante una comunicación suscripta por la misma autoridad que firmó la comunicación del despido. Considera que ese proceder del colegio demandado provocó a la actora una situación moralmente traumática, causante en una persona honesta de aflicción, pesar, mortificación y grave deterioro anímico. Es decir, que esta imputación gratuita dañó bienes extrapatrimoniales de la accionante, dignos de protección jurídica. A su juicio la actora logró acreditar la existencia del daño moral reclamado ya que demostró la realidad de hechos

con virtualidad suficiente para producir, objetivamente considerados, lesión en sus afecciones legítimas.

Ello así, porque señala que, como regla, el daño moral se reputa acreditado *in re ipsa*, en tanto resultado lesivo congruente con el suceso, según el curso natural y ordinario de las cosas. Así pues, indica que para reputar configurado un perjuicio espiritual, no resulta necesario probar llanto, sufrimiento o depresión exteriorizados hacia terceros, sino que el daño moral reviste superior amplitud y se configura ante un contexto que altere el equilibrio existencial de las personas, asunto muchas veces íntimo y no publicitado. Entiende que la autora del ilícito ocasionó un perjuicio a la accionante afectándola en su íntima personalidad, relacionada con su dignidad, reputación, integridad de ánimo y cumplimientos de sus deberes. En otras palabras, transgredió con creces el deber de buena fe y el deber contractual de preservar la dignidad y personalidad de la dependiente (arts. 62 y 63 LCT.), incursionando en el ámbito de la responsabilidad extracontractual por hecho ilícito civil. Con las consideraciones precedentes entiende configurado en autos el hecho causante del daño moral, y el daño extrapatrimonial indemnizable que del mismo deriva.

Respecto de la valuación de este daño, señala que la indemnización del daño moral busca esencialmente el consuelo del ofendido y por ello no resulta desatinado buscar su reparación en el valor de los bienes que logran dicho consuelo. Explica que el resarcimiento de tal agravio tiene por finalidad compensar el desmérito sufrido por el hecho, ya no para sancionar al causante del daño, sino para reparar los naturales padecimientos físicos y morales que debió soportar la víctima del delito o cuasidelito. Si bien el dinero no es la forma más apropiada para repararlo, lamentablemente, el ser humano y la ley no cuentan con otro medio idóneo para tales fines.

En lo que respecta a la cuantificación del monto, considera que el mismo debe ser el

resultado de mensurar en términos económicos el daño inferido a la víctima y no puede tampoco prescindirse de la entidad de quien resulta condenada a pagar dicha indemnización, en este caso no por el hecho de ser una importante sociedad comercial en el ramo de la educación, en términos económicos, sino porque su posición en la sociedad como formadora de sus integrantes en su condición de establecimiento de enseñanza para niños y jóvenes no sólo no la habilita para el comportamiento espurio protagonizado, sino que le exige una conducta ejemplar y un respeto acabado por el elemento humano que tiene bajo su guarda, atento la autorización otorgada por el Estado para funcionar como colegio.

En consecuencia, como la reparación debe traducirse en dinero – ya que *in natura* es impracticable – y siendo que ésta tiene una naturaleza satisfactiva, estima que debe condenarse a la accionada a abonar a la actora por este concepto la suma de diez mil pesos, (\$ 10.000) ya que aparece ajustada a una regla que delinea Mosset Iturraspe al señalar que el monto que se mande a pagar en concepto de daño moral no debe ser tan elevado que pueda ser considerado enriquecimiento injusto. Y teniendo presente que, de otro costado, se ha indicado que la escasez de las indemnizaciones exterioriza la falta de respeto a muchos de los valores tutelados y tal circunstancia retroalimenta el escaso cuidado de todos en respetar a la persona del prójimo prescindiendo de atropellos generadores de este tipo de perjuicios (Iribarne, H. P. La cuantificación del daño moral, *Revista de Derecho de daños*, p.194). Resulta, a su entender, razonable y equitativo el monto indemnizatorio arribado para este concepto y que, en ésta línea de pensamiento, se ha enrolado la jurisprudencia, al sostener que: “el monto no puede ser tan exiguo que signifique una burla para el ofendido ni tan elevado que provoque dificultades económicas insoportables para el demandado” (*Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, La Ley, Año I, N° 1 p. 99).

Señala que para su cuantificación ha tenido especialmente en cuenta, que se trata de

una maestra jardinera de 32 años de edad al momento de producirse el hecho, lo que implica que tiene por delante un largo camino como docente de criaturas de cuatro años de edad, que no se demostró tenga ningún tipo de antecedente que despierte la más mínima duda respecto a su buen nombre y honor ni a sus condiciones profesionales; a lo que adita la impropia conducta del Colegio San Pedro Apóstol llevada a cabo por su representante legal de hacer circular entre los padres de sus alumnos una circular donde, tras identificar a la actora con nombre y apellido y señalar su condición de maestra jardinera en la sala de cuatro años del jardín de infantes, les hizo saber que su despido y por ende su desvinculación definitiva del plantel docente del colegio se debió a que dicha maestra tuvo una actitud injustificable para con un niño de su sala, nada de lo cual se demostró en autos que efectivamente ocurrió.

ANÁLISIS: De lo expuesto precedentemente, se concluye que el Tribunal se enrola en la postura doctrinaria que admite la procedencia de la reparación adicional del daño moral a la indemnización tarifada del artículo 245 de la LCT excepcionalmente, esto es, cuando se configura la responsabilidad extracontractual del empleador. Esto por cuanto sostiene que si bien la tarifa legal es omnicompreensiva de los perjuicios materiales y espirituales que la resolución del contrato de trabajo pudiera ocasionar al trabajador, y que una solución diferente hubiera sido expresamente prevista por la ley laboral, *distinta es la situación cuando el empleador, al comunicar el despido y con posterioridad, comete actos ilícitos diferentes a los propios del despido sin causa, incurriendo en comportamientos que resultan autónomos del contrato de trabajo y constituyen per se un ilícito civil*. Al mismo tiempo que advierte que no debe confundirse la *autonomía* del Derecho del Trabajo con *autosuficiencia*, y por ese motivo prescindir de soluciones civilísticas de evidente carácter tuitivo.

Por otra parte, se evidencia que suscribe la teoría del resarcimiento del daño moral, al afirmar que la finalidad de su indemnización es *el consuelo del ofendido, la compensación*

del desmérito sufrido por el hecho. En cuanto a la forma de hacer efectiva su reparación, descarta por la misma naturaleza del agravio la su procedencia en especie, y entiende que debe efectivizarse a través de equivalente dinerario, resaltando su función satisfactiva, atendiendo a sus limitaciones.

Analizando la procedencia del reclamo indemnizatorio del daño moral, en primer lugar atiende a la configuración en el caso concreto del hecho dañoso. En este supuesto lo tiene por acreditado a través de la imputación que realizó la demandada para despedir a la actora de haber tenido *actitudes vejatorias y mal trato para con una alumna, y que ese hecho inexistente fue hecho conocer como ocurrido a los padres de los alumnos que asisten a ese colegio mediante una comunicación suscripta por la misma autoridad que firmó la comunicación del despido.*

Acto seguido, entiende que de ese hecho se sigue un daño moral cierto para la trabajadora, esto es *una situación moralmente traumática, causante de aflicción, pesar, mortificación y grave deterioro anímico; bienes extrapatrimoniales de la accionante, dignos de protección jurídica.* Considera el menoscabo moral probado, toda vez que se demostró que existieron los hechos que le dieron origen. De lo que se desprende que el Tribunal suscribe la teoría que reputa el daño moral acreditado *in re ipsa.*

Para la valoración y cuantificación del daño moral y la determinación de su monto indemnizable sigue el criterio que atiende a la gravedad objetiva del daño, pues toma en consideración parámetros tales como *que se trata de una maestra jardinera de 32 años, que no se demostró tenga ningún tipo de antecedente, la impropia conducta del Colegio San Pedro Apóstol llevada a cabo por su representante legal de hacer circular entre los padres de sus alumnos una circular donde da cuenta y publicidad del despido y sus supuestas causas, la entidad de la empleadora, esto es, su posición en la sociedad como formadora de sus*

integrantes en su condición de establecimiento de enseñanza para niños y jóvenes. Es decir que tiene en cuenta la particular situación de la víctima, la difusión del hecho y las cualidades del actor del daño.

4.2. CASOS EN QUE SE DESESTIMÓ EL RECLAMO EXTRATARIFARIO DEL DAÑO MORAL

CASO 5

AUTOS: Montalván, Héctor H. c/ Saleme, Scharifa S. de y/u Otro

Publicado en LLC 2005-10-1041

8 julio de 2005

Sala V Unipersonal integrada por la Dra. Ana M. Moreno de la Cámara del Trabajo de Córdoba de Córdoba

DEMANDA: El actor, Héctor Hugo Montalván, interpone formal demanda laboral contra su empleadora, Shafira Saleme de Saleme, por el cobro de la indemnización por despido sin justa causa, indemnización sustitutiva de preaviso, integración del mes de despido, duplicación de la indemnización de despido sin justa causa en virtud del artículo 16 de la Ley 25.561, y daño moral.

HECHOS: El actor, Héctor Hugo Montalván, se desempeñaba como empleado en la Estación de Servicios San Miguel a las órdenes de Miguel Saleme, cuando es despedido con causa, con motivo de haberse producido un robo (sustracción de dinero y mercadería del mini shop-oficina) durante su horario de trabajo, estando como único encargado del turno nocturno. El empleador alegó que este suceso aconteció por la falta de diligencia del trabajador, constituyendo una distracción a sus obligaciones de velar por los intereses de la empresa, una pérdida de confianza que no consintió la prosecución del vínculo laboral.

RESUMEN DEL FALLO: La primera cuestión a la que se avoca el Tribunal es a dilucidar si

en el caso particular se ha configurado una justa causa de despido, en virtud del artículo 242 de la LCT, controvertida en autos, para luego analizar la procedencia de las indemnizaciones correspondientes.

Sobre este particular, sostiene que cabe establecer conceptualmente que el artículo 242 de la LCT determina que una de las partes puede hacer denuncia del contrato de trabajo en caso de inobservancia por parte de la otra de las obligaciones resultantes del mismo que configuren injuria que, por su gravedad, no consienta la prosecución de la relación.

En el caso examinado, el hecho al que se le atribuye la injuria está probado. Al respecto los informes de la Fiscalía de Instrucción de Distrito Judicial VIII, Turno 1° de la ciudad de Córdoba dieron cuenta que se investigó, con conocimiento e intervención de la Fiscalía, un hecho que configura *prima facie* el delito de robo ocurrido en la Estación de Servicios San Miguel resultando damnificada la demandada, que se practicaron diligencias no habiéndose logrado la individualización de el o los supuestos autores, ni el secuestro de efectos relacionados con el delito. Por lo tanto determina que el hecho delictivo ocurrió y que la firma demandada se vio perjudicada por éste.

Sin embargo, señala que no todo incumplimiento constituye justa causa de denuncia del contrato de trabajo sino sólo aquel que por su gravedad no consienta la prosecución de la relación. Entiende que el criterio de valoración exigido al juzgador es la prudencia, que involucra la idea de moderación, cautela, precaución. En definitiva, analizar el incumplimiento no en forma aislada sino incluyendo en su valoración otros parámetros atinentes a las circunstancias personales y legales de cada caso. En este sentido considera que no se acreditó que el hecho delictivo hubiera sido provocado ni posibilitado por una presunta distracción por parte del actor. No hubo testigos del hecho ya que no hubo controversia respecto a que éste estaba solo en ese momento.

En apoyo de estas ideas señala que no se probó tampoco que el actor hubiera recibido órdenes precisas, expresas ni escritas acerca de cómo debía obrar para evitar ilícitos o proceder ante la inminencia de éstos. En definitiva, no resulta evidente cuál sería el incumplimiento – ya que la imputada distracción tampoco está probada – que habría posibilitado el robo. Entonces, por aplicación del estándar del artículo 87 de la LCT referido a que el trabajador es responsable ante el empleador de los daños que cause a los intereses de éste, por dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones – aplicable por analogía para evaluar la injuria – los daños no culposos no pueden generar repercusiones en el contrato de trabajo desfavorables al dependiente, pues éste cumple con las obligaciones a su cargo adoptando las actitudes que exige la naturaleza de las prestaciones encomendadas de acuerdo a los medios instrumentales que se le provean (art. 84 LCT) y a las órdenes e instrucciones que se le impartan (art. 85 LCT). Por lo que dadas estas condiciones el empresario asume plenamente el riesgo propio de su empresa, sea que el daño se produzca por hecho de un tercero. Por lo tanto, afirma que el accionar no culposo no genera consecuencia alguna en el contrato.

El Tribunal entiende, así, que la pérdida de confianza, como factor subjetivo que justifica la ruptura de la relación debe necesariamente derivar de un hecho objetivo que en sí mismo resulte injurioso y del que se pueda derivar que el empleado ya no es confiable porque cabe esperar la reiteración de conductas similares.

En este contexto la conducta del accionante no merece ser encuadrada en un caso de negligencia generadora de una pérdida de confianza de tal magnitud que impidiese la prosecución del vínculo. Si a ello se le suma otro factor de igual relevancia, cual es la falta de prueba de antecedentes disciplinarios negativos del mismo, sumado a que los testigos dieron cuenta de que se trataba de un empleado sin antecedentes ni problemas, concluye que la

medida impuesta fue desproporcionada y por ende, injustificada. Por último recuerda que el legislador atribuyó al empleador la potestad de aplicar sanciones disciplinarias como alternativa del despido (art. 67 LCT). Por lo tanto y en función del principio de continuidad (art. 10 LCT) sostiene que es deber del dador de trabajo utilizar la facultad de despedir sólo en casos límites y ante situaciones de extrema gravedad ya sea porque se ha agotado la posibilidad de encauzar la conducta del dependiente o porque se ha producido un hecho aislado de tal magnitud que afecta los fundamentos de buena fe, colaboración y solidaridad sobre los que se apoya la relación de trabajo. Así las cosas, la demandada no logró acreditar la legitimidad de la causa invocada para despedir al trabajador.

Todos motivos por los cuales concluye que en el caso particular se configuró un despido sin justa causa, haciéndose acreedor el actor a las indemnizaciones correspondientes.

Sobre esta segunda cuestión, la procedencia del reclamo indemnizatorio efectuado por el accionante, reconoce su derecho a la indemnización por antigüedad y la sustitutiva de preaviso. No hace lugar a la demanda por integración del mes de despido por entender que el plazo de preaviso corre a partir del día siguiente de su notificación por lo que no corresponde integrar el mes. Y manda a pagar la duplicación prevista en el artículo 16 de la ley 25.561.

Finalmente, en relación a la reparación extratarifaria del daño moral reclamada por el actor que consideró que la alusión a que una “conveniente” distracción de su parte provocó el agravio causante del despido, entiende que no es suficiente para considerar de parte del empleador la imputación de un hecho delictivo ni aparece por sí sola como un factor lesivo de las condiciones morales que ameriten una reparación no cubierta por la que ordena. Por lo tanto, rechaza la demanda del daño moral.

ANÁLISIS: La escasa consideración que otorga el Tribunal a la cuestión del daño moral, tanto en cuanto a su concepto, fundamento y forma de hacer efectiva su reparación, como en

cuanto a su resarcimiento adicional vinculado a la indemnización por despido sin justa causa, como se desprende de lo expuesto anteriormente, no permite realizar una lectura sobre la postura que adopta sobre estas cuestiones, para determinar en que posición doctrinaria se enrola. Negada la reparación del agravio moral, sin mayores consideraciones sobre el particular, más que la *insuficiencia* como factor lesivo de las condiciones morales del dependiente la alusión a una *conveniente distracción del trabajador que posibilitó el acaecimiento del hecho delictivo que motivó la resolución del contrato laboral*, se sigue la imposibilidad de realizar cualquier otro análisis.

CASO 6

AUTOS: Flores, Héctor E. c/ Fiat Auto Argentina S.A. y Otro

Sentencia N° 58 del 11 de octubre de 2011

Sala VI Unipersonal integrada por la Dr. Nancy N. El Hay de la Cámara del Trabajo de la Provincia de Córdoba

DEMANDA: El actor, Héctor Emanuel Flores, interpone formal demanda laboral en contra de Fiat Auto Argentina S.A., y de Leoncio Raúl Eslava, persiguiendo el cobro de indemnizaciones por antigüedad, falta de preaviso, integración del mes de despido, artículo 2 de la Ley 25.323 y daño moral.

HECHOS: El actor, Héctor Emanuel Flores, cumplía tareas en Fiat Auto Argentina S.A., como operario de herrería. El codemandado Eslava, era proveedor de la empresa Comau Argentina S.A., realizando el mantenimiento industrial con sus propios recursos materiales y humanos, sin vinculación con la firma accionada. El actor, estaba registrado como empleado de Eslava.

En horario laboral, mediante escritura, su empleador, comunicó al accionante que prescindía de sus servicios, con el siguiente texto: “Despido con causa a partir del día de la

fecha. Rubros laborales y certificaciones de ley a su disposición en sede de la empresa...”. No existía en la escritura de despido, precisión de hechos, causa, fechas u otra identificación de aquélla. Ello dio lugar a que en días posteriores, el accionante le enviara una carta documento por la que rechazó la justa causa porque no se especificaron los motivos de la decisión y por no contar con antecedentes en su legajo, emplazando al empleador a que le abone liquidación final e indemnizaciones. Ante la falta de pago de los montos solicitados, inicia la acción pertinente.

La demanda manifestó que el actor fue despedido con justa causa por lo que nada se le adeuda y que los hechos motivantes de la resolución contractual fueron reconocidos por el actor en el acta notarial que firmó y en las actuaciones ante la guardia de seguridad del establecimiento. Esto es, que la guardia detectó que había escondido o colocado en su cofre, instrumental perteneciente a la empresa con el fin de hurtarlos al salir de la fábrica. Afirmó que la liquidación final fue abonada y la certificación de servicios y remuneraciones entregada. No inició denuncia penal por la supuesta sustracción que invocó.

RESUMEN DEL FALLO: A la primera cuestión que se avoca el Tribunal es a la determinación de la existencia de justa causa para el despido del accionante, para luego, en virtud de ello, analizar la procedencia de los rubros indemnizatorios reclamados en la demanda.

Sobre este particular, entiende que el acto extintivo, único y concluyente del despido con causa, obra en la escritura, oportunidad en que el codemandado no define ningún motivo para efectuarlo, limitándose a enunciar “Despido con justa causa a partir del día de la fecha”, con lo cual incumplió la disposición legal de comunicar el despido con “expresión suficientemente clara de los motivos en que se funda la ruptura del contrato” (art. 243 LCT). Motivo por el cual concluye que el despido con causa deviene injustificado ante la ausencia

de motivo en la comunicación rescisoria. En apoyo de estas ideas, cita doctrina y jurisprudencia. Al respecto, señala que Gabriela Cerrutti distingue carga de obligación, indicando que “El obligado puede impunemente no observarlas, pero entonces se perjudica a sí mismo por la pérdida de ventajas que habría obtenido observándolas. En el caso, el despido motivado pierde eficacia como tal, debiéndoselo entender inmotivado o arbitrario. Que las causas del distracto motivado deben ser identificadas en el acto de la denuncia so pena de tornar el despido *ad nítum*, ha sido una exigencia tanto de la doctrina como de la jurisprudencia desde antiguo ... La denuncia motivada debe ser instrumentada de manera reflexiva ... La causal debe ser expresada con la suficiente claridad como para no dejar lugar a dudas de qué hecho o hechos objetivos se le imputan al trabajador, los cuales deben ser explicitados de manera tal de cumplir una carga similar a la exigida para los escritos constitutivos del proceso, esto es el denominado *onus explanandi* que abre el juego respecto del oponente, impidiendo cualquier tipo de maniobra dialéctica que posibilite alterar la interpretación de la imputación concreta materializada al disolver el contrato.” (*Extinción de la relación laboral*, Ackerman, M E., Ed, 2008, pp. 327 y 335, Santa Fe, Argentina: Rubinzal Culzoni). A mayor abundamiento, también recuerda que Raúl H. Ojeda explica que el despido “Es motivado porque quien denuncia con causa el contrato de trabajo debe expresar con suficiente claridad las razones que la llevan a rescindir el vínculo por culpa de la contraria. Para cumplir con las exigencias de la norma no se requieren fórmulas especiales, pero deben indicarse con sencillez, claridad y precisión los motivos que determinan la denuncia ... Las formalidades establecidas por el art. 243 de la LCT son de cumplimiento imprescindible cuando se invoca extinción del contrato con justa causa ... La comunicación debe bastarse a sí misma, evitando con ello que queden dudas sobre el motivo invocado y toda discusión ulterior sobre los hechos motivantes del despido. Por lo tanto, no valen a tal fin

comunicaciones ambiguas, genéricas o vagamente formuladas, destinadas a que luego las partes puedan referirla – según su propia conveniencia – a otros hechos, ya que el denunciado tiene derecho a saber las razones de la ruptura para poder rebatirlas en juicio ... La exigencia impuesta se funda en la preservación de la buena fe que debe regir la relación de trabajo hasta el momento de su extinción, ya que quien alega una causa como justa debe ser explícito al respecto para permitir la mejor defensa de la contraparte que no debe hallarse en situación desventajosa.” (*Ley de Contrato de Trabajo, comentada y concordada*, 2da. Ed., Ojeda, R. H., Ed., 2011, pp. 380-386, Santa Fe, Argentina: Rubinzal Culzoni). Advierte que la misma Sala se expidió en este sentido con anterioridad (González, Marcos M. c/ Salibi, Mónica A. y Otros – Ordinario – Despido, Expte. N° 160508/37, sentencia del 19/7/2011). Y que María del Carmen Piña, Unipersonal, Sala X de esta Cámara, en autos “Peralta, Juan E. c/ Banco Suquía S.A. – Demanda”, sentencia del 11/12/2002, allí expresó: “El despido como acto comunicacional recepticio es un acto único, instantáneo e irrevocable. El hecho de la extinción que denominamos distracto por su propia naturaleza es de carácter instantáneo, lo que determina una serie de derechos y obligaciones para las partes vinculadas hasta ese momento. Toda vez que la relación se extingue por un acto jurídico, sea éste de carácter unilateral o bilateral, expreso o tácito, producirá efectos desde el momento en que se perfecciona, es decir, en el instante en que la expresión de voluntad derogatoria trasciende el ámbito de su emisor llegando a la esfera de conocimiento de la otra parte, de manera de que se posibilite el cumplimiento de su finalidad: extinguir la relación jurídica laboral (*Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*”, Rodríguez Mancini J., 4ta Ed, pp. 406-407, Buenos Aires, Argentina: Astrea)”. No escapa al Tribunal la relevancia que se otorga a la exigencia formal del artículo 243 de la LCT, a la que arriba ponderando el texto legal citado, sus fundamentos – derecho de defensa y principio de buena fe –. Además, aclara que sin

exagerar el rigor formal, aplica lisa y llanamente la legislación vigente, preservando los aludidos principios. Indica que Liliana Rodríguez Fernández expresa al respecto: “El despido puede manifestarse de modo verbal o escrito, aunque este último mecanismo es exigido de modo excluyente para otorgar el preaviso e invocar la existencia de una causa (arts. 234 y 243, LCT) ... El intento de variar la causa del despido (a través de una comunicación posterior, de la invocación de un hecho distinto en la contestación de demanda o de la prueba producida en la causa) se equipara a la formulación insuficiente ya que, en cualquiera de los dos casos, el empleador incumple su obligación de precisar los motivos de su decisión ... La injuria debe ser comunicada de manera clara y concreta; es irrelevante la calificación o el juicio que pueda realizar el empleador quien, por el contrario, debe describir con precisión las conductas que invoca como causal de la extinción. Esta exigencia deriva de la regla del artículo 243 de la LCT, inscripta en los principios de defensa en juicio (artículo 18, Const. Nac.) y de buena fe (artículo 63, LCT)” (*Tratado de Derecho del Trabajo*, T. IV, Ackerman, M. E., Ed., 2005, pp. 177, 179 y 195, Santa Fe, Argentina: Rubinzal Culzoni).

A tenor de todo lo expuesto, concluye que en autos no se verifica deficiencia en la formulación de la causal de despido, sino ausencia total de motivo en la comunicación. No puede admitirse la notificación extemporánea de las razones que concretamente debieron esgrimirse en el acto extintivo, por ser éste un acto jurídico unilateral recepticio e irrevocable, encontrándose expresamente prohibida por la ley esa posibilidad (art. 243 LCT). Ante la falta de definición temporánea del motivo del despido dispuesto por la accionada, determina que éste es incausado. Considera que no empece esa conclusión la manifestación del actor a la notaria actuante, *a posteriori* de la notificación efectuada por el codemandado, porque no puede suplir aquella omisión, por tratarse de una obligación del empleador por imperativo legal. Entiende que lo expresado por el trabajador luego de producido la denuncia por parte

del empleador, es sólo una declaración o reconocimiento de un hecho que aún probado – situación que no se ha analizado –, no fue motivo del desahucio, por lo que no tiene trascendencia.

Determinado que el despido se ha producido sin expresión de justa causa, el Tribunal entiende que corresponde acoger las indemnizaciones por antigüedad, falta de preaviso e integración del mes de despido (arts. 245, 232 y 233 LCT), reclamadas por la parte actora.

En relación a la indemnización prevista en el artículo 2 de la ley 25.323 indica que en la causa bajo análisis se verificaron los requisitos legales de la norma. No obstante, hace notar que al juicio se arriba discutiendo la causal de despido, el que deviene injustificado por las razones explicitadas precedentemente, de donde infiere que la accionada discutía la procedencia de las indemnizaciones, por lo que pudo razonablemente considerarse con derecho a litigar para evitar su abono. Por lo cual, en atención a la facultad que emerge del último párrafo del artículo 2 de la ley 25.323, hace lugar al reclamo aunque morigerando el porcentaje allí determinado, el que se fija en el 25% de las indemnizaciones por antigüedad, falta de preaviso e integración del mes de despido. Justifica su decisión en virtud de la observación que efectúa Jorge Rodríguez Mancini: “Sin duda que resulta un elemento disuasivo de gran efecto no sólo para no despedir sin justa causa, sino también para no incurrir en incumplimientos de gravedad. La facultad que la norma otorga al juez para disminuir la sanción cuando encuentre motivos justificados para no pagar en tiempo las indemnizaciones por despido y falta de preaviso, resulta una válvula de atenuación ... las otras hipótesis deberán ser examinadas por los magistrados en función de las causas que se aleguen cuando no se ha discutido la procedencia de la indemnización” (*Ley de contrato de trabajo, comentada, anotada y concordada*, T. IV, Rodríguez Mancini, J., Ed., 2007, pp. 455, Buenos Aires, Argentina: La Ley).

Finalmente, en relación a la reparación del daño moral reclamado por el actor en base a lo dispuesto por el artículo 68 de la LCT, sosteniendo que la accionada al inferir que sustrajo autopartes de la empresa Fiat Auto S.A., para comercializarlas, inculpándolo de un delito penal inexistente, lo sometió a un escenario degradante, dañando su reputación, honor y sentimientos íntimos, considera que en primer término corresponde determinar si ha existido daño que deba ser reparado, para luego verificar la responsabilidad de la accionada al respecto. En relación al particular sigue lo expuesto recientemente por el mismo Tribunal (Salguero, Hugo Jorge c/ Lotería de la Provincia de Córdoba S.E. – Ordinario-Haberes, Expediente N° 136726/37, sentencia del 13/9/2011) y por la misma Sala VI, con otra integración. Al respecto entiende el daño moral como “la afectación de los derechos extrapatrimoniales que lesionan el honor, la paz, dignidad, pudor, seguridad personal o turban a la persona en el goce de sus bienes” (Huanca Víctor Francisco c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba y Otro – Ordinario – Enfermedad Accidente con Fundamento en el Derecho Común, Sentencia del 16/8/2011). En este sentido, considera que el actor no ha acreditado en autos la existencia del daño que funda la petición; no advierte ningún elemento probatorio que denote el perjuicio denunciado y sus características, en tanto afectación concreta a sus derechos extrapatrimoniales lesionados, para permitir luego verificar la prueba de las condiciones esgrimidas en la demanda como causantes de aquél, y la consecuente responsabilidad patronal. Es decir, que ha omitido la parte interesada ofrecer prueba a ese fin, por lo que el primer presupuesto indispensable para analizar la indemnización, no se produjo en autos, lo que motiva consecuentemente su rechazo por el Tribunal.

ANÁLISIS: El Tribunal define el daño moral como *la afectación de los derechos extrapatrimoniales que lesionan el honor, la paz, dignidad, pudor, seguridad personal o turban a la persona en el goce de sus bienes*. En este sentido, su definición del agravio se

enrola en la postura doctrinaria amplia que identifica el daño moral con toda agresión a los derechos extrapatrimoniales, como todo detrimento no patrimonial que no entraña una pérdida o disminución económica, tal la sustentada por Fueyo Laneri en las II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (1984) o la seguida por Iribarne (1999).

Para atender a la procedencia de su reparación adicional a la indemnización por despido sin justa causa, impone la carga de la prueba del menoscabo a los derechos extrapatrimoniales en cabeza de la parte interesada, en este caso, el trabajador. Éste, al no haber acreditado el *escenario degradante, ni el daño a su reputación, honor y sentimientos íntimos* que le produjeron el haber sido inculcado de un delito penal inexistente, como fue el *haber sustraído autopartes de Fiat Auto S.A. para comercializarlas*, según su fundamento para reclamar el resarcimiento del daño moral, no cumplimentó el requisito del Tribunal.

Así el Tribunal descarta el reclamo indemnizatorio sin mayores consideraciones. Por lo tanto, sólo es posible inferir que éste admite la procedencia de su resarcimiento extratarifario, pero nada más. Es decir, no es dable, dado la ausencia de fundamentos en este sentido, evaluar en que posición doctrinaria se enrola sobre dicha procedencia, esto es, si sólo la considera viable excepcionalmente, por responsabilidad extracontractual del empleador, o si también la consiente con fundamento en su responsabilidad contractual.

CASO 7

AUTOS: Tobio, Fabián A. c/ Danmor S.A. – Recurso de Casación

Sentencia N° 45 del 27 de julio de 2012

Sala Laboral del Tribunal Superior de Justicia integrada por los doctores Luis Enrique Rubio, Carlos F. García Allocco y M. Mercedes Blanc de Arabel, bajo la presidencia del Dr. Luis Enrique Rubio

RECURSO DE CASACIÓN: El actor, Fabián Alejandro Tobio, interpone recurso de casación

en contra de la sentencia N° 39/09, dictada por la Cámara Criminal, Correccional, Civil, Comercial, De Familia y del Trabajo de Laboulaye constituida en Tribunal unipersonal a cargo de la Dra. Marcela A. Abrile.

HECHOS: El actor, Fabián Alejandro Tobio, estaba al cuidado completo de los sectores del campo – sanitario, alimentario, etc. –. En ocasión de tener franco, era reemplazado por una guardia. En una de dichas oportunidades, los diversos sectores presentaron un importante estado de desatención y descuido. Ésto motivó la resolución del contrato por parte de la empleadora.

RESOLUCIÓN DEL A *QUO*: Justificó la medida rescisoria adoptada por el empleador.

RESUMEN DEL FALLO: El Tribunal entiende que el relato de los hechos pone de manifiesto una brecha en la reconstrucción fáctica que resulta decisiva para atribuir de manera excluyente responsabilidad al actor. Expresa que si los supuestos incumplimientos – así como sus consecuencias – se iniciaron antes de comenzado el franco del trabajador, la persona de guardia debió advertir el escenario relatado por los testigos. Además, pondera la ausencia de apercibimientos previos y antecedentes del actor, así como el hecho de que fue gratificado por su buen desempeño un mes antes del distracto. Entiende que si los incumplimientos eran tan graves que llevaron a tomar la medida sin demora – sólo un día después de lo acontecido –, la accionada debió acreditar acabadamente la responsabilidad de aquél. Porque la premura con la que actuó deviene incompatible con la máxima sanción utilizada, la que – según acontecieron los hechos – aparece desproporcionada y contraria al principio de continuidad que campea en el contrato laboral (art. 10 LCT). Por lo expuesto, anula el pronunciamiento (art. 105 CPT). Atendiendo a las razones antes expresadas, admite la indemnización por antigüedad reclamada (art. 76 Ley 22.248), y la sanción prevista en el artículo 16 de la Ley 25.561, conforme decreto 1433/05 vigente a la fecha del despido

(17/01/06). Desestima el artículo 2 de la Ley 25.323, porque las circunstancias de la causa, determinan que resulte inaplicable el incremento previsto en la norma de referencia. Resuelve así porque la cuestión se vuelve compleja cuando se trató de un despido que – a la postre y en esta instancia – resultó injustificado, con una alegación que *prima facie* fue cierta para el *a quo*. Por lo tanto, entiende justificado hacer uso de la facultad que otorga la última parte del mencionado artículo y eliminar la indemnización de que se trata. Tampoco admite el reclamo por daño moral toda vez que el actor no acreditó los hechos en los que fundó la demanda en dicho aspecto. Por lo tanto, anula el pronunciamiento y admite el recurso del actor con el alcance señalado.

ANÁLISIS: El Tribunal desestima el reclamo por daño moral porque el actor no acreditó los hechos en los que fundó su demanda. De lo expresado se sigue, por un lado, que aquél admitiría la procedencia del indemnización adicional de este agravio vinculado a un despido sin justa causa. Pero dado la ausencia de mayores precisiones al respecto, no se puede realizar un mayor análisis sobre los presupuestos de su procedencia. Por el otro, que el Tribunal coloca en cabeza del trabajador la carga de la prueba del menoscabo sufrido, por lo tanto, no adhiere a la teoría que entiende que la prueba del daño moral es *in re ipsa*.

CASO 8

AUTOS: Navarro, Marisa R. c/ Disco S.A.

25 de agosto de 2009

Sala VII Unipersonal integrada por el Dr. Arturo Bornancini de la Cámara del Trabajo de Córdoba

DEMANDA: La actora, Marisa Navarro, promueve formal demanda laboral en contra de Disco S.A., persiguiendo el cobro de haberes adeudados, indemnización por antigüedad, indemnización por falta de preaviso, integración del mes de despido, sanción del artículo 2 de

la Ley 25.323, SAC proporcional, vacaciones proporcionales, sanción del artículo 80 de la LCT y daño moral.

HECHOS: La actora, Marisa Navarro, se desempeñaba como supervisora de cajas a las órdenes de su empleadora, Disco S.A., cuando es despedida. La causal alegada por la demandada, para motivar el despido a mérito de lo dispuesto por el artículo 242 de la LCT, es que en virtud de actuaciones administrativas internas realizadas en la sucursal donde prestaba tareas la accionante, surgieron irregularidades con relación a su desempeño laboral, que producían hacia su persona pérdida de confianza que impedía la prosecución del vínculo de trabajo, a más de constituir una conducta injuriante grave para los intereses de la empresa. La actora negó haber cometido las irregularidades que se le imputaron y promovió juicio por despido sin justa causa.

RESUMEN DEL FALLO: La primera cuestión a la que se avoca el Tribunal es a determinar si existió o no justa causa para el despido. Al respecto señala que corresponde a la demandada acreditar la existencia de los hechos invocados al notificar la ruptura del contrato de trabajo y al Tribunal, conforme las previsiones del artículo 242 de la LCT, valorar prudencialmente, en caso de ser probados, si los mismos tienen la entidad suficiente para constituir una injuria laboral que imposibilite la normal prosecución del vínculo.

En ese orden de ideas, indica que la injuria laboral es todo obrar contrario a derecho o todo incumplimiento, que asume una magnitud suficiente y eficiente como para desplazar el principio de conservación del contrato de trabajo, establecido en el artículo 10 de la LCT. Es decir que reviste gravedad como para impedir la prosecución de la relación laboral. Asimismo, recuerda que se ha sostenido reiteradamente en la jurisprudencia que el concepto de injuria está relacionado siempre con un hecho inmediato determinante, que sea causa directa del despido y en tal sentido la confianza constituye un elemento esencial del contrato

de trabajo. Por tal motivo, señala que la pérdida de confianza configura justa causa de despido siempre que se verifique un hecho objetivo que, por frustrar las expectativas del empleador respecto de la fidelidad que debe guardar el empleado hacia sus intereses, justifique la rescisión. En apoyo de estas ideas, cita a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Justicia Córdoba que ha definido a la pérdida de confianza como “una figura bajo la cual subyace un estado subjetivo del patrón y que por ello precisa de un elemento objetivo indicador de un apartamiento de los compromisos laborales. No es imprescindible una conducta dolosa si en el contexto que se produce, genera dudas razonables acerca de la buena o mala fe del dependiente. Tampoco es un requisito ineludible que su proceder ocasione un daño de magnitud a los intereses del empleador. Basta la configuración del *factum* atribuido y el sometimiento del aspecto subjetivo a la valoración prudencial de los jueces, en el marco de las obligaciones que prescribe el Régimen General del Contrato de Trabajo” (Miguel A. c/ M. Tagle (h) y Cía S.A. – Demanda – Recurso de Casación – Sentencia N° 45 del 11/8/05).

A tenor de lo expuesto, concluye el Tribunal que no se acreditó por la demandada en forma fehaciente, clara e indubitable los hechos imputados en la notificación rescisoria, por lo tanto, declara el despido incausado y con plenos derechos indemnizatorios.

Consecuentemente, en relación a las indemnizaciones procedentes, determina que lo son la integración del mes de despido (art. 233 LCT), la indemnización sustitutiva por omisión de preaviso (art. 232 LCT) y por antigüedad (art. 245 LCT).

Respecto de la indemnización establecida por el artículo 2 de la Ley 25.323, reconoce que en autos la actora ha cumplimentado con la intimación que requiere el dispositivo legal citado. Sin embargo, señala que la norma también prevé la facultad de juzgador de reducir prudencialmente el incremento indemnizatorio, y entiende que en el caso, han existido causas que justifican la conducta de la empleadora para litigar, pues no existió una negativa del pago

de una indemnización por la negación en sí misma. Motivo por el cual considera prudente reducir esta sanción a un porcentaje del 25%.

En relación a la indemnización artículo 80 de la LCT, según artículo 45 de la Ley 25.345 reglamentado por el artículo 3 del Decreto N° 146/01, verifica que la accionante ha ignorado en todos sus términos esta disposición legal, toda vez que ninguna intimación en los términos por ella previstos realizó, motivo por el cual dicha indemnización carece de su requisito de procedencia y por lo tanto la rechaza.

Finalmente, trata lo concerniente al daño moral, cuyo pago pretende la actora aduciendo que se ha manchado su buen nombre frente a sus compañeros de trabajo, siendo incluso objeto de escarnio, y a la vez que se ve potenciado por la circunstancia conocida por el empleador de que es madre de una hija discapacitada. Planteo que es rechazado por la demandada en su responde.

En ese orden de ideas, el Tribunal subraya que la indemnización tarifada establecida en la legislación laboral cubre todos los daños que eventualmente se derivan del acto jurídico despido, y por lo tanto solo resulta procedente el reclamo de una indemnización adicional a la tarifa si se invoca y se prueba un acto ilícito adicional a la ruptura del contrato de trabajo. Al respecto, precisa que para la configuración de un daño moral es imprescindible e ineludible que se verifique una conducta adicional del empleador ajena al contrato de trabajo y de naturaleza dolosa, y que su prueba es una carga que corresponde al trabajador. En tal sentido, también señala que la ilicitud se refiere a la antijuridicidad de la conducta a la cual se la pretende calificar de injurante y deben tratarse de situaciones, hechos o circunstancias que tengan virtualidad suficiente y eficiente para producir una lesión en las afecciones legítimas del trabajador en los términos de los artículos 1072, 1078, y 1109 del Código Civil.

Bajo esas premisas, entiende que la reparación solicitada por la actora es

improcedente, ya que no verifica la comisión por parte de la demandada de ninguna conducta adicional al hecho del despido que pueda ser calificada como un acto ilícito civil encuadrado en la normas arriba citadas. A mayor abundamiento, sostiene que los argumentos esgrimidos por la actora son vacuos de contenido fáctico y jurídico, toda vez que ninguna prueba aportó al proceso para acreditar ese escarnio, ni que la demandada hubiese efectuado una divulgación difamatoria en su contra. Finalmente, y en lo relacionado con la particular situación de su hija, determina que carece de toda razonabilidad para fundar la pretensión, pues la misma pertenece a su ámbito familiar y privado, ya que si esa hubiese sido la intención de la demandada, el despido se podría haber realizado con posterioridad a su nacimiento, y sin embargo ello no ocurrió, y por lo tanto la referencia que efectúa de esa situación es vacua y tiene como objeto crear una cuestión efectista.

ANÁLISIS: De las consideraciones expuestas por el Tribunal en torno a los requisitos de procedencia del daño moral, para que resulte su reparación adicional a la indemnización por despido sin justa causa, se desprende que éste sólo la entiende viable por responsabilidad extracontracutal del empleador. Esto se sigue de sus fundamentos en cuanto expresa *procedente el reclamo de una indemnización adicional a la tarifa si se invoca y se prueba un acto ilícito adicional de naturaleza dolosa a la ruptura del contrato de trabajo, cuya ilicitud se refiere a la antijuridicidad de la conducta, injurianta de las afecciones legítimas del trabajador a tenor de lo dispuesto por los artículos 1072, 1078, y 1109 del CC.*

La posición del Tribunal encuadra, por lo tanto, dentro de las posturas doctrinarias que sólo admiten excepcionalmente la reparación extratarifaria del daño moral vinculado al despido injustificado, cuando de manera concomitante al acto jurídico de la resolución del contrato de trabajo, el empleador incurre en actitudes que configuran un ilícito civil en sentido estricto, que resultarían indemnizables con prescindencia de la relación laboral, pues

el agravio reconoce su causa fuente en un hecho distinto del despido aisladamente considerado.

Asimismo, cabe señalar, que según el entendimiento del Tribunal, aún tratándose de un ilícito civil, en el caso que se configure, quien alega el daño moral sufrido debe probarlo, es decir que no suscribe a la corriente doctrinaria que entiende que en los supuestos de responsabilidad extracontractual, la prueba del daño es *in re ipsa*, sino que hace pesar la carga de la prueba sobre el trabajador.

CASO 9

AUTOS: Pazos, Luis A. c/ Labinca S.A. y Otro

29 de octubre de 2010

Sala VII Unipersonal integrada por el Dr. Arturo Bornancini de la Cámara del Trabajo de Córdoba

DEMANDA: El actor, Luis Alberto Pazos, promueve formal demanda laboral en contra de Laboratorios Labinca S.A. y/o Sandoz S.A., tendiente al cobro de la suma de pesos un millón doscientos treinta y nueve mil (\$ 1.239.000). El monto reclamado comprende el daño material: En este sentido el actor expresa que desde hace más de 16 años no ha logrado por su situación de imputado penalmente por supuestos hechos cometidos durante su desempeño laboral, conseguir un trabajo estable y remunerado con ingresos similares a los que percibía a las ordenes de Labinca S.A.; y que teniendo en consideración que su salario a la época del despido ascendía aproximadamente a A. 1.839 ha visto mermados sus remuneraciones en una actividad igual o afín a la cumplida, retribuida a la fecha aproximadamente con \$ 5.400 mensuales de \$ 4.600 por mes como lucro cesante; y multiplicando esa suma aproximada por 16 años y 9 meses (tiempo durante el cual se encontró bajo proceso) el daño material (lucro cesante) asciende a \$ 929.000. Igualmente, computa como daño material los gastos insumidos

en su defensa y sumas de traslados a Tribunales, etc. que estima en \$ 10.000. El daño moral: al respecto sostiene que el mismo ha sido grave, severo y prolongado, ya que fueron más de 16 años de colocarse en situación de procesado; así como la afectación de la armonía familiar, sus emprendimientos frustrados por la imposibilidad de conseguir la extinción de la acción penal incoada a pedido de la accionada, provocaban discusiones familiares, padecimientos en cuanto a la manutención e imposibilidad de preservar la unidad, la paz y cordialidad del hogar; y que personalmente, debió soportar un estado psicológico deplorable por este incluso proceso; a lo que se suma la *capitis diminutio* social que suscita la falta de empleo y encontrarse bajo un proceso penal; por todo lo cual estima el daño moral en la suma de \$ 300.000.

HECHOS: El actor, Luis Alberto Pazos, se desempeñaba como jefe de ventas o coordinador de ventas, cuando fue despedido por su empleadora, Labinca S.A., sin expresión de causa, abonándosele las indemnizaciones de rigor. Posteriormente, la empresa efectuó una denuncia penal en contra de su empleado. Motivo por el cual, el actor fue procesado penalmente y la Cámara Primera del Crimen de la Provincia de Córdoba dictó su sobreseimiento por prescripción de la acción penal en virtud del dictado de la Ley 25.590. El actor sustentó sus pretensiones resarcitorias del daño material y moral aduciendo que los hechos que justifican su reclamo se originaron en ocasión y con motivo del contrato de trabajo que mantuvo con Labinca S.A., y que la denuncia penal que se formuló en su contra tenía como objeto impedir el cobro de las indemnizaciones laborales que le correspondían de acuerdo a la LCT, agregando que por esta razón debió estar durante 16 años sometido a un proceso, hasta que la Cámara Primera del Crimen de la Provincia de Córdoba procedió a dictar su sobreseimiento.

RESUMEN DEL FALLO: El Tribunal, resuelve en el sentido de la improcedencia de la acción y del reclamo indemnizatorio, por ausencia de sustento fáctico y jurídico, atendiendo a

las siguientes consideraciones:

En primer lugar, que al momento de producirse la ruptura del contrato de trabajo entre el actor y Labinca S.A., no se esgrimió ninguna causa, es decir que se trató de un despido sin expresión de justa causa, y que el accionante en los autos en cuestión solamente se limitó a plantear una reconvención por diferencias indemnizatorias y/o salariales, sin introducir en ninguna instancia procesal hechos relacionados con la denuncia penal que posteriormente efectuó Labinca SA..

Por otra parte, que si bien el actor sostuvo que la denuncia penal que se formuló en su contra tuvo como finalidad concreta impedir el cobro de las indemnizaciones laborales que le correspondían, ello es inexacto, habida cuenta que si así hubiese acontecido mal podría la accionada Labinca S.A. haber iniciado el juicio por consignación, a lo que debe sumarse que el accionante retiró la orden de pago por el importe consignado, es decir que el dinero correspondiente a las indemnizaciones estuvo en su poder casi tres meses antes de que se efectuara la denuncia en cuestión. Por lo tanto, concluye que la denuncia penal no tuvo la finalidad por él indicada.

Asimismo, puntualiza que el actor para instar la competencia del fuero laboral adujo que los hechos que generaron la denuncia penal se originaron mientras estaba vigente el contrato de trabajo y ello es falso.

Califica, además, que la conducta del actor no se condice con la buena fe procesal al haber omitido señalar que su sobreseimiento obedeció a la prescripción de la acción penal en virtud del dictado de la Ley 25.590, y no porque los hechos denunciados fueren falsos o dolosos. Por lo tanto, entiende que para la Justicia Penal los hechos que motivaron la denuncia penal fueron reales, caso contrario no hubiese dictado el procesamiento y la prisión preventiva del actor, aunque la privación de la libertad no se efectivizó al otorgársele la

excarcelación.

Por otra parte, enfatiza que si bien los hechos denunciados se originaron cuando estaba vigente el contrato de trabajo, advierte que los mismos, en oportunidad de decidirse el despido del actor sin explicitar causa, no estaban en conocimiento de su empleadora, caso contrario, entiende que no se habría decidido la ruptura del contrato de trabajo de la manera en que se lo hizo y menos aún la consignación del importe de las indemnizaciones emergentes de la misma. Consecuentemente, concluye que no existe ninguna relación entre la ruptura del contrato de trabajo y la denuncia penal en cuestión.

En relación al resarcimiento del daño material, por la imposibilidad del actor de reintegrarse a su actividad laboral como agente de propaganda médica, por cuanto no podía obtener un certificado de buena conducta al estar activa la causa penal formada en su contra por Labinca S.A., sostiene que ello es inexacto, toda vez que el único antecedente penal que consta en su prontuario obedece a otra causa, y en la cual la demandada no tuvo ninguna injerencia ni participación. Además, sostiene que el actor no acreditó, de acuerdo a las pruebas rendidas en autos, que durante esos 16 años hubiese sido rechazado o no hubiese podido acceder a un empleo como agente de propaganda médica.

Entiende el Tribunal que igual conclusión es válida para lo concerniente al daño moral cuyo pago reclama, y que pretende fundar en la conducta dolosa e insidiosa de Labinca S.A. y la afectación de la armonía familiar, pues como ya expresara ninguna conducta en ese términos se le puede imputar a la demandada, ni tampoco acreditó esos supuestos padecimientos familiares, en virtud de las pruebas rendidas en autos. En tal sentido, también señala que la indemnización tarifada establecida en la legislación laboral cubre todos los daños que eventualmente se derivan del acto jurídico despido, y por lo tanto sólo resulta procedente el reclamo de una indemnización adicional a la tarifa si se invoca y se prueba un

acto ilícito adicional a la ruptura del contrato de trabajo. Al respecto, precisa que para la configuración de un daño moral es imprescindible e ineludible que se verifique una conducta adicional del empleador ajena al contrato de trabajo y de naturaleza dolosa, y su prueba es una carga que corresponde al trabajador. Asimismo precisa que la ilicitud se refiere a la antijuridicidad de la conducta a la cual se la pretende calificar de injurante y deben tratarse de situaciones, hechos o circunstancias que tengan virtualidad suficiente y eficiente para producir una lesión en las afecciones legítimas del trabajador en los términos de los artículos 1072, 1078, y 1109 del CC.

Bajo esas premisas, entiende que esta reparación solicitada por el actor, es improcedente, ya que no se verifica la comisión por parte de la demandada de ninguna conducta adicional al hecho del despido que pueda ser calificada como un acto ilícito civil encuadrado en la normas citadas, pues en el caso se trató de un distracto incausado liso y llano, y la denuncia penal no fue ni falsa ni dolosa. Por otra parte, sostiene que los argumentos esgrimidos por el actor son vacuos de contenido fáctico y jurídico, toda vez que ninguna prueba aportó al proceso para acreditar esa *capitis diminutio*.

ANÁLISIS: Atento a que se trata de la misma Sala VII Unipersonal de la Cámara del Trabajo de la Provincia de Córdoba, con igual integración, Dr. Arturo Bornancini, y que los fundamentos vertidos en relación a la procedencia de la reparación adicional del daño moral a la indemnización tarifada del artículo 245 de la LCT por despido sin justa causa, no difieren de los señalados en el caso anterior, “Navarro, Marisa R. c/ Disco S.A.”, se remite a lo allí analizado para evitar caer en reiteraciones.

Sólo resta señalar sobre este caso particular, que el Tribunal no tiene por acreditado que se haya producido una conducta adicional del empleador, de naturaleza dolosa, concomitante al acto del despido, pero diferente de aquel, que pueda ser calificada como un

ilícito civil en sentido estricto, menoscabando las afecciones legítimas del trabajador, porque la denuncia penal contra éste se produjo una vez resuelto el contrato de trabajo y abonadas las indemnizaciones correspondientes, y a más de ello, no resultó ni falsa ni dolosa, atendiendo a que la Justicia Penal le dio trámite, conclusión a la que no obsta el posterior sobreseimiento del actor en virtud de la Ley Ley 25.590.

CASO 10

AUTOS: Nievas, María B. c/ Pinasco, Valeria I.

Sentencia N° 10 del 16 de marzo de 2010

Sala VI Unipersonal integrada por el Dr. Carlos Alberto Federico Eppstein de la Cámara del Trabajo de la Provincia de Córdoba

DEMANDA: La actora, María Belén Nievas, promueve demanda en contra de Valeria Inés Pinasco por el cobro de diferencias de haberes, SAC y vacaciones proporcionales e indemnizaciones por antigüedad, omisión de preaviso, integración del mes de despido y las consagradas por los artículos 1 y 2 de la Ley 25.323 y artículo 80 de la LCT y reclama también daño moral.

HECHOS: La actora, María Belén Nievas, se desempeñaba en el taller y *showroom* donde las novias se probaban los trabajos accesorios a los vestidos de propiedad de Valeria Inés Pinasco y bajo las órdenes de ésta, revistiendo la categoría laboral de Auxiliar Especializado B según el CCT 130/75, cuando fue despedida bajo la invocación de una falsa causa. En este contexto, el contrato de trabajo nunca fue registrado y a la trabajadora se le abonaron en concepto de haberes sumas inferiores a las que legalmente le correspondían de conformidad al básico convencional, como así tampoco los adicionales que la misma norma establece, conforme la categoría señalada. La actora reclamó en varias oportunidades la normalización de su situación y atento que ello no ocurría, realizó la denuncia a la AFIP. Posteriormente, su

empleadora le comunicó que estaba despedida invocando que, en días anteriores, en oportunidad en que se retiraba de trabajar, ante un control de rutina, en el cual se le solicitó que abriera su bolso, se detectó que estaba llevándose en él mercadería de propiedad de la aquélla sin su conocimiento ni autorización y que en razón de lo ocurrido, había violentado el principio de fidelidad, lo cual generaba una pérdida de confianza que no permitía continuar el vínculo laboral y que quedaba despedida con justa causa a partir del día de la fecha.

RESUMEN DEL FALLO: El Tribunal entiende que en cuanto a la causa invocada por la demandada para resolver unilateralmente el contrato de trabajo, esto es, que en oportunidad de llevarse a cabo un control de rutina, en oportunidad de retirarse se le solicitó a la actora que abriera su bolso, detectándose que en el mismo estaba llevándose mercadería de propiedad de la demandada sin su consentimiento ni autorización, y considerando ésta que ese hecho típico constituía una tentativa de hurto que violentaba el principio de fidelidad, lo cual generaba una pérdida de confianza que no permitía continuar con el vínculo laboral, en autos no se intentó probar el hecho generador de la pérdida de confianza que se atribuye a la actora para despedirla con causa, y tan sólo se limitó a las afirmaciones de su autora. Por lo tanto, el despido deviene incausado.

Una vez que el Tribunal ha dejado sentado que el despido se produjo sin justa causa se avoca a analizar la procedencia de los rubros indemnizatorios reclamados en la demanda.

Admite la indemnización por despido sin justa causa, y atendiendo a la fecha del mismo y que no medió preaviso igual suerte considera que deben correr las con fundamento en los artículos 232 y 233 del mismo plexo legal.

En cuanto a los haberes correspondientes a los días del mes en que se produce el despido, SAC y vacaciones proporcionales, como la demandada demostró haber dado cumplimiento a las obligaciones a su cargo impuestas por los artículos 21, 103, 123, 156,

138, 140 y concordantes de la LCT, las manda a pagar.

En relación a la indemnización reclamada en función del artículo 1 de la Ley 25.323, es de su consideración que ha quedado demostrado en autos que al momento del despido la relación laboral habida entre las partes no se encontraba registrada, la exigencia legal para la procedencia de este reclamo resulta cumplida y por lo tanto la demanda que la persigue se ajusta a derecho. A tal efecto, tiene en cuenta que el acta de audiencia designada a los fines de la exhibición del libro del artículo 52 de la LCT, planillas de horarios y descansos (arts. 6 Ley 11.544 y 54 LCT), registro de horas extras, legajo personal de la trabajadora y recibos de haberes (arts. 138 y 140 LCT) correspondientes a la actora por todo el período de vigencia del contrato de trabajo, en la que consta que la patronal demandada no dio cumplimiento a tal acto procesal. Ante esta situación entiende se torna operativa la sanción prevista en el artículo 55 de la LCT. Como esta presunción no fue desvirtuada por ningún otro elemento de convicción arrojado al proceso, en este caso tuvo pleno efecto convictivo.

Respecto de la sanción contemplada en el artículo 2 de la misma Ley 25.323, dado que la actora intimó a su empleadora demandada el pago de las indemnizaciones por antigüedad, omisión de preaviso, integración del mes de despido y SAC y vacaciones proporcionales y no obstante ello no lo hizo, las manda a pagar.

Finalmente, en materia del daño moral derivado del despido incausado que también demanda la actora, teniendo en cuenta la acusación basada en hechos inexistentes y/o falsos efectuada por la demandada en la comunicación de despido al tiempo que le adjudicó una conducta delictual en grado de tentativa, el Tribunal entiende que el reclamo en cuestión no se encuentra contemplado en las disposiciones de la LCT, y si el legislador hubiera querido admitirlo, lo hubiera dicho expresamente. En este orden de ideas, considera que ello es necesario toda vez que la autonomía del Derecho Laboral no permite la aplicación directa de

institutos de otras ramas jurídicas en asuntos expresamente contemplados en sus normas, del mismo modo que no podría pretenderse aplicar en las relaciones civiles las disposiciones de la LCT o de cualquier otra disposición del Derecho Laboral. Afirma que así como en materia de despido incausado se ha consagrado un régimen especial para proceder a indemnizar (arts. 231, 233 y 245 LCT) o se han acordado al empleador ciertas facultades para modificar las formas y modalidades del trabajo (arts. 66 y concordantes LCT), de la misma manera habría establecido la posibilidad de la reparación por daño moral. En los casos como el presente donde se invoca como hecho generador del reclamo un despido incausado (arts. 231, 232 y 245 LCT), no puede accionarse pretendiendo la aplicación de normas del derecho civil toda vez que las específicas del Derecho Laboral no lo autorizan. Señala que el ejercicio de la acción fundada en el Derecho Civil sólo sería posible si la ley laboral expresamente lo hubiera permitido, lo que no es así, y tampoco hay ninguna norma en la CN que de manera alguna establezca que el único sistema válido o de referencia de responsabilidad sea el CC. También indica que la situación de aquél que sufre un perjuicio ajeno al contrato de trabajo no es la misma del que lo experimenta por causa de dicho contrato, ya que en este caso interesan a la sociedad no sólo su situación sino la de la actividad productiva misma. Por eso es que se establece en la LCT un régimen especial, tarifado, para regular las relaciones entre los dos elementos de aquella – el empresario y el trabajador – mediante concesiones recíprocas en donde los primeros ampliaron el espectro resarcible derivado de la atribución objetiva de responsabilidad, pero acotada a una indemnización predecible, y los segundos obtuvieron el beneficio consiguiente ampliando en gran medida el abanico de situaciones resarcibles, que quienes son ajenos al contrato de trabajo no pueden pretender que les sean aplicables. La reparación consagrada por el Derecho Civil, como la del Derecho Laboral, no es ilimitada ya que el hecho de haber establecido un sistema especial no implica una

desprotección del trabajo, sino, por el contrario, el que el legislador ha estimado adecuado para las actuales circunstancias, teniendo en consideración todos los elementos de la actividad productiva. Siendo ello así es que estableció el sistema indemnizatorio derivado de la extinción incausada del contrato de trabajo por medio de la LCT en sus artículos 232, 233, 245 y concordante – distinto al común instrumentado en los artículos 1137, siguientes y concordantes del Código Civil, ambas leyes supremas de la Nación y por ende de igual jerarquía constitucional (art. 31 CN) – en el cual por una decisión de política legislativa se estableció un sistema resarcitorio cerrado, como tantos otros, sin que por ello, resulten conculcadas garantías de raigambre constitucional. Conforme todo lo expuesto, considera que el actor no es titular de la acción por daño moral que pretende y, por lo tanto, ella no puede prosperar.

ANÁLISIS: De la lectura de lo expuesto por el Tribunal en lo concerniente a la reparación adicional del daño moral en los supuestos de indemnización por despido sin justa causa, se desprende que éste la entiende improcedente, en tanto considera que el sistema tarifario de la LCT no sólo es omnicomprensiva de todos los daño materiales y espirituales que pudiera ocasionar al dependiente la resolución del contrato de trabajo inmotivada por iniciativa del empleador, sino que para que resulte admisible su resarcimiento se hace imperativo la exigencia de una disposición de la ley laboral que en forma expresa así lo ordene. Por lo tanto, se enrola en la doctrinas que niegan la procedencia de la reparación extratarifaria del daño moral vinculado al despido sin expresión de justa causa en todos los casos. Todo ello porque entiende que en virtud de la *autonomía* del Derecho Laboral no se pueden aplicar directamente institutos de otras ramas jurídicas en asuntos expresamente contemplados en sus normas. A mayor abundamiento afirma que no hay ninguna disposición en la CN que establezca que el único sistema válido o de referencia de responsabilidad sea el CC. Y que el

sistema de responsabilidad especial tarifado del régimen de contrato de trabajo atiende al interés que tiene la sociedad en la actividad productiva del sujeto que sufre un perjuicio en el marco de aquél, y que lejos está de significar una desprotección la limitación de la tarifa legal.

4.3. OTROS SUPUESTOS PARTICULARES ANALIZADOS

CASOS 11 – DESPIDO INDIRECTO – SE HIZO LUGAR AL RECLAMO EXTRATARIFARIO DEL DAÑO MORAL POR RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL TRABAJADOR

AUTOS: Marquez Montoya, Soledad M. F. c/ Dumbotex Riojana S.A.

Sentencia N° 14 del 20 de marzo de 2012

Sala VI Unipersonal integrada por la Dra. Nancy N. El Hay de la Cámara del Trabajo de la Provincia de Córdoba

DEMANDA: La actora, Soledad María Fernanda Márquez, incoa formal demanda en contra de Dumbotex Riojana S.A., persiguiendo el pago de indemnizaciones por antigüedad, preaviso, artículos 9, 10 y 15 de la LNE, subsidiariamente artículo 1 de la Ley 25.323, artículo 2 de la Ley 25.323, remuneraciones adeudadas y daño moral.

HECHOS: La actora, Soledad María Fernanda Márquez, ingresó a laborar para la demandada, Dumbotex Riojana S.A. en funciones de vendedora de ropa y calzados y encargada de caja – vendedor B y cajero B –.

La accionante sufrió en su lugar de trabajo situaciones de acoso sexual producto de la conducta del encargado del local. Motivo por el cual acudió a su superior inmediato quien llamó la atención de aquél en varias oportunidades para que deponga su actitud sin éxito. Posteriormente, renunció a su empleo. Acto seguido, se retractó de la denuncia, y puso en conocimiento de la empleadora la situación de acoso sexual de la que era víctima, notificando

también carpeta médica por treinta días sugerida por su médico tratante. Ésta última comunicación llegó antes que la renuncia, por lo que aquélla nunca operó.

La empleadora otorgó validez a la renuncia y dio de baja a la empleada en la AFIP, negando haber sido notificada del acoso relatado. Por lo cual la trabajadora intimó a que se reconociera la continuidad del vínculo laboral, se corrigiera la fecha de ingreso y procediera a la correcta registración, bajo apercibimiento de considerarse despedida. Asimismo envió copia de la comunicación a la AFIP.

RESUMEN DEL FALLO: El Tribunal, en primer lugar, define el modo de la ruptura del contrato de trabajo, para luego analizar la procedencia de los rubros indemnizatorios reclamados en la demanda. Mientras la actora aseveró que el vínculo se extinguió por despido indirecto en que se colocó por la falta de pago de remuneraciones e incorrecta registración, la accionada expresó que ésta renunció al empleo, comunicándolo a la empresa y a sus superiores, liberándola del preaviso.

Para ello, atendiendo a la correspondencia epistolar intercambiada entre las partes, la ofrecida por la parte actora es la que el Tribunal tiene por auténtica en cuanto a su contenido, emisión y recepción – según el caso –, en virtud de la ausencia de la accionada a la audiencia designada a los fines de ese reconocimiento – artículos 248, 249 y concordantes del CPCC –, y por la informativa respondida por el Correo Argentino.

A tenor de lo expuesto, la demandada no acreditó la recepción temporánea de la renuncia de la actora, esto es, con anterioridad a la retractación, por lo que el Tribunal infiere que la primera ingresó al ámbito de conocimiento de la empleadora de manera coetánea o con posterioridad a aquélla. Para decidir de este modo, sigue la teoría de la receptividad, en virtud de la cual las comunicaciones se perfeccionan cuando llegan a la esfera jurídica de su destinatario. En tal sentido recuerda que se expresó: “el contenido del despacho telegráfico

carece de efectos jurídicos hasta tanto sea recepcionado por el destinatario, o entre a la esfera de su conocimiento; ... previo a la recepción por su destinatario, resulta posible la retractación por el emisor, siempre que se elija un medio de comunicación más rápido, es decir que implique que esta segunda llegue antes que la primera o al mismo tiempo” (Ojeda, R. H., *Ley de Contrato de Trabajo comentada y concordada*, T. III, 2011, pp. 392-393, Santa Fe, Argentina: Rubinzal Culzoni).

De manera que, de las comunicaciones analizadas surge que, encontrándose vigente el vínculo laboral, la accionante denunció la situación de acoso sexual que esgrimía vivir, comunicando las sucesivas carpetas médicas y poniendo a disposición de la empleadora los certificados pertinentes. Conforme lo relatado, la denuncia del contrato se produjo con fundamento en la falta de pago de remuneraciones y registración incorrecta. Ambas situaciones, la primera por el carácter alimentario del salario y la segunda por la gravedad que en sí contiene el incumplimiento, a criterio del Tribunal, justifican la decisión asumida por la trabajadora, por constituir injuria que amerita la ruptura del contrato (art. 242 LCT). No enerva la conclusión arribada, la constancia de baja ante la AFIP acompañada por la accionada, toda vez que deviene en una denuncia patronal que no fue suscripta por la interesada.

En virtud de la plataforma fáctica establecida, y atendiendo a los reclamos indemnizatorios demandados por la actora, entiende el Tribunal que ésta es acreedora de las indemnizaciones por antigüedad y preaviso (arts. 245, 232 y concordantes LCT).

Asimismo, no habiéndose acreditado el pago de las remuneraciones adeudadas, éstas son viables (arts. 39 inc. 1 LPT y 103 LCT).

Respecto de las indemnizaciones previstas por los artículos 9, 10 y 15 de la LNE y, subsidiariamente, artículo 1 de la Ley 25.323, en primer lugar, el Tribunal destaca que la

accionada no compareció a la audiencia designada a los fines de la exhibición del libro del artículo 52 de la LCT, planillas de horarios y descansos y registros de horas extraordinarias, lo que motiva que se presuman ciertas: la fecha de ingreso, tareas, remuneración, jornada normal y extraordinaria denunciadas por la actora en la demanda (art. 55 LCT). Cabe indicar que esos extremos, no fueron desvirtuados por prueba independiente, sino ratificados mediante la testifical rendida. Asimismo, conforme lo expuesto con anterioridad, la intimación a la registración fue efectuada en tiempo por la actora, quien inmediatamente notificó a la AFIP, por lo que el cumplimiento de las condiciones de procedencia de las sanciones previstas por los artículos 9 y 10 de la LNE (artículo 11 LNE y decreto 2725/91), determina la viabilidad del reclamo. En relación al artículo 15 de la LNE, producido el distracto dentro de los dos años de intimada la demandada a registrar correctamente a la actora, el cumplimiento a la requisitoria de la norma en cuestión, determina su procedencia. En virtud de la conclusión arribada, no corresponde el tratamiento del artículo 1 de la ley 25.323 introducido en subsidio por la parte actora.

Sobre la indemnización dispuesta por el artículo 2 de la Ley 25.323, acreditada la intimación fehaciente a la patronal para el pago de las indemnizaciones, junto a la procedencia de las éstas por antigüedad y sustitutiva del preaviso, se impone la viabilidad del reclamo por el 50 % de esos rubros.

Finalmente, en relación al reclamo por daño moral que la accionante funda en los padecimientos sufridos ante la situación de acoso sexual vivida en el ámbito laboral, el Tribunal destaca, siguiendo a Marie France Irigoyen, que el acoso moral es cualquier manifestación de una conducta abusiva y, especialmente, los comportamientos, palabras, actos, gestos y escritos que puedan atentar contra la personalidad, la dignidad o la integridad psíquica o física de un individuo, o que puedan poner en peligro su empleo, o degradar el

clima de trabajo (cita de Guibourg efectuada por Gabet, E. A., *Flexibilización de la carga de la prueba y violencia laboral*, LL. 5-2007-F, 385).

En primer lugar, tiene acreditado el hecho dañoso denunciado en relación a la actitud del encargado para con la actora y con otras empleadas del lugar, con las declaraciones coincidentes de compañeros de trabajo de la accionante en el local de la demandada.

Entiende que en la testifical se acreditó el acoso denunciado en la demanda, en tanto conducta abusiva, permitiendo inferir los padecimientos que aseguró la actora haber sufrido y la afectación de su dignidad. El encargado, superior jerárquico, violentó a la accionante con sus actitudes y ésta última lo denunció ante quien lo seguía en el nivel escalafonario, quien hizo caso omiso al reclamo, puesto que no se demostró en autos que la patronal hubiera dado satisfacción al reclamo, intentando frenar la situación que padecía la trabajadora.

Asimismo, toma en consideración la característica apuntada por los testigos, acerca de la personalidad de la actora, en torno a la cual en el artículo doctrinario mencionado con anterioridad, Gabet siguiendo a Estela Ferreirós señala que todas las manifestaciones de violencia consisten en “distintas formas de discriminación hostil que van desde el acorralamiento paulatino constituido por pequeños actos descalificantes, hasta hechos únicos instantáneos y definitivamente descalificantes. ... El acosador prepara la debilidad del sujeto elegido y horada su personalidad, mediante actos concatenados, que lo van degradando y vaciando, hasta absorber su autoestima, la cual le resulta imprescindible para poder seguir adelante, en razón de que carece de la propia”.

Acreditados los hechos invocados, verifica si hay daño resarcible en los términos de la ley civil. Recuerda que como ya lo explicitó el mismo Tribunal en otros pronunciamientos, la legislación aplicable al daño moral (arts. 1072, 1109, 1113 CC), refiere a las conductas punibles que mediante acción u omisión, ocasionan un daño a otro y en consecuencia exigen

reparación. Siguiendo lo expuesto por el Tribunal, con otra integración, entiende el daño moral como “la afectación de los derechos extrapatrimoniales que lesionan el honor, la paz, dignidad, pudor, seguridad personal o turban a la persona en el goce de sus bienes” (Huanca Víctor Francisco c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba y Otro – Ordinario – Enfermedad Accidente con Fundamento en el Derecho Común, Sentencia del 16/8/2011).

A través de la pericial psiquiátrica entiende que la actora ha acreditado el daño a su salud psíquica. Considera que dicha prueba, junto a la de haber puesto en conocimiento de los superiores los hechos que protagonizaba en su lugar de trabajo, resultan eficientes para endilgar la responsabilidad patronal reclamada, quien no garantizó indemnidad psicológica a la trabajadora, al permitir las conductas nocivas acreditadas, en menoscabo del ámbito laboral. Destaca que la dignidad de la persona, el pleno ejercicio de sus derechos, las condiciones dignas y salubres de labor, la integridad psicofísica, deben ser garantizadas conforme lo prescriben, entre otros instrumentos legales en vigor, el artículo 68 de la LCT, el Preámbulo y los artículos 4, 23 inciso 1 de la Constitución Provincial, artículo 14 bis de la Constitución Nacional, artículos V y XIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 7 inciso a) ii del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 75 inc. 22 CN).

La reparación del agravio moral verificado, la determina teniendo en cuenta la magnitud y duración de la situación padecida por la trabajadora, las circunstancias del ámbito laboral, la situación personal de la víctima, su salario y antigüedad, en pesos quince mil (\$ 15.000). Aclara que no hace lugar a la pretensión de la actora de tarifación análoga a las previstas por los artículos 178 y 182 de la LCT, por no estar expresamente prevista la figura en cuestión en dicho régimen, habiéndose solicitado y aplicado las reglas generales que

emanan del Derecho Común (art. 1078, 1113 y concordantes CC).

ANÁLISIS: De lo expuesto precedentemente, se efectúa el siguiente análisis. En primer lugar, el Tribunal entiende que daño resarcible es toda *conducta punible que mediante acción u omisión, ocasionan un daño a otro y en consecuencia exigen reparación*. A continuación, define el daño moral como *la afectación de los derechos extrapatrimoniales que lesionan el honor, la paz, dignidad, pudor, seguridad personal o turban a la persona en el goce de sus bienes*. En este sentido, su definición del agravio se enrola en la postura doctrinaria amplia que identifica el daño moral con toda agresión a los derechos extrapatrimoniales, como todo detrimento no patrimonial que no entraña una pérdida o disminución económica, tal la sustentada por Fueyo Laneri en las II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (1984) o la seguida por Iribarne (1999).

En segundo lugar, tiene acreditado el hecho dañoso denunciado en relación a la actitud del encargado para con la actora, con las declaraciones coincidentes de compañeros de trabajo de la accionante en el local de la demandada; y el daño moral que se le sigue a través de la pericial psiquiátrica que informa sobre el daño en la salud psíquica de la trabajadora. Establecida la relación de causalidad entre el hecho y el daño, atribuye legalmente la responsabilidad a la empleadora toda vez que tras haber puesto en conocimiento de los superiores los hechos que protagonizaba en su lugar de trabajo, ésta no garantizó indemnidad psicológica a la actora, al permitir las conductas nocivas acreditadas, en menoscabo del ámbito laboral.

Entiende así procedente la reparación del daño moral en el ámbito de las relaciones de trabajo con fundamento en disposiciones de la LCT, la Constitución Provincial, la CN y distintos instrumentos internacionales que gozan de jerarquía constitucional tras la reforma constitucional de 1994.

Para fijar el monto indemnizatorio del daño moral tiene en cuenta *la magnitud y duración de la situación padecida por la trabajadora, las circunstancias del ámbito laboral, la situación personal de la víctima, su salario y antigüedad*. De lo que se sigue que para su valoración y cuantificación recurre al criterio de la gravedad objetiva del daño, que postula que debe tenerse como parámetros computables, entre otros, la personalidad del damnificado, la índole de las lesiones sufridas, la influencia del tiempo, la personalidad del ofensor, la mayor o menor divulgación del hecho, la gravedad del padecimiento espiritual y la realidad económica del país al tiempo de dictar sentencia. Se advierte que descarta el pedido de la parte actora a que se fije la indemnización correspondiente según las indemnizaciones agravadas de los artículos 178 y 182 de la LCT, por no estar ello expresamente previsto. Asimismo señala que se han aplicado las reglas generales del Derecho Común. Todo lo cual es congruente con la postura que señala que no se puede recurrir por un lado a principios de Derecho Civil para procurar una reparación integral del daño moral sufrido y luego valorarlo y cuantificarlos en función de parámetros tarifados de la LCT.

CASO 12 – DESPIDO INDIRECTO – SERVICIO DOMÉSTICO – SE HIZO LUGAR AL RECLAMO EXTRATARIFARIO DEL DAÑO MORAL POR RESPONSABILIDAD EXTRACTRACTUAL DEL EMPLEADOR

AUTOS: Vega, Roxana A. c/ Varela, Laura y Otro

Sentencia N° 43 del 21 de agosto de 2007

Sala X Unipersonal integrada por el Dr. Carlos A. Toselli de la Cámara del Trabajo de la Provincia de Córdoba

DEMANDA: La actora, Roxana Alejandra del Valle Vega, interpone formal demanda en contra de Laura Varela y Gustavo Cazón, sus empleadores, persiguiendo el cobro de diferencia de haberes por el período trabajado, integración del mes de despido, indemnización

por despido, indemnización por omisión de preaviso, SAC proporcional y vacaciones proporcionales e indemnización por daño moral.

HECHOS: La actora, Roxana Alejandra del Valle Vega, desempeñó tareas de empleada doméstica y de asistencia a los hijos de los demandados, niños de 4 y 10 años de edad, en el domicilio de los demandados, Laura Varela y Gustavo Cazón. Éstos le impidieron el ingreso a sus tareas habituales en el horario de trabajo correspondiente, motivo por el cual intimó a que se le abonaran los rubros alimentarios adeudados y se le aclare la situación laboral bajo apercibimiento de considerarse en situación de despido indirecto. La demandada, Laura Varela, en forma extemporánea le contestó que se encontraba bajo período de prueba y que la relación laboral finalizó por su exclusiva culpa, imputándole haber realizado “maltrato a los niños” y “otras graves inconducencias”.

RESUMEN DEL FALLO: El Tribunal, teniendo presente que la parte demandada no compareció al proceso, lo que por imperativo legal generó la presunción de veracidad de lo sostenido por la parte actora en su demanda, lo que podría haber sido demostrado por prueba en contrario que produjera la accionada, pero en el caso ninguna arrimó y que agravó su situación procesal con su contumacia en la audiencia de la vista de la causa, lo que motivó a la parte accionante a requerir de la confesional ficta y así lo declaró, procedió al análisis de la procedencia de los rubros indemnizatorios reclamados por la trabajadora.

Con respecto a las diferencia de haberes, como la demandada nada controvertió al respecto, el Tribunal entiende que la petición prospera.

En relación a los haberes correspondiente al mes en que se produjo el despido, como la demandada ningún comprobante de pago arrimó al proceso, siendo que ello constituía su carga procesal, determina la procedencia del reclamo incoado por ese concepto.

Sobre la indemnización por antigüedad y por omisión de preaviso, señala que

conforme al estatuto especial que regula la actividad desempeñada, la indemnización por antigüedad corresponde cuando el contrato de trabajo tenga una extensión superior al año (art. 9 decreto 326/56) situación que no se compadece con el caso analizado, motivo por el cual no es admisible su reclamo. Sí, en cambio, resulta procedente la indemnización por omisión de preaviso, por cuando dicha extinción se produce pasados los 90 días de comenzado el contrato laboral, en cuyo caso la misma será equivalente a 5 días de salario (art. 8 decreto 326/56). Destaca que para evaluar su procedencia toma en consideración que la causal invocada por la actora en su telegrama (impedimento de prestación de tareas sin causa ni justificación y falta de pago de rubros alimentarios) conforma injuria de entidad suficiente que habilita la decisión de la trabajadora de extinguir el vínculo con derecho indemnizatorio conforme al régimen que regula su relación laboral.

Respecto del SAC y vacaciones proporcionales entiende que ambos supuestos constituyen obligaciones legales a cargo del empleador. Pero, conforme el decreto 326/56 para que se genere el derecho a los 10 días de vacaciones pagas (art. 4 inc. c) la relación laboral debe tener una antigüedad superior al año, que no es el caso de autos. En atención a ello desestima esta parte del reclamo. Sí, en cambio, considera procedente el pago del aguinaldo proporcional, a tenor de lo dispuesto por el artículo 10 del mencionado cuerpo normativo, ya que tal proporcionalidad es procedente cualquiera que hubiera sido la causa determinante de la extinción del vínculo, sin que conste instrumento alguno con idoneidad de pago, emanado de los accionados que demuestre su cumplimiento.

Finalmente, en atención a la indemnización por daño moral, la parte actora la reclama en función de sostener que existió un ilícito extracontractual generador de un daño adicional no cubierto por la tarifa legal y que consiste en la imputación en su contra de “maltrato a los niños” y “otras graves inconducencias” en el telegrama de respuesta a su pedido de aclaración

laboral. Si bien la demandada no compareció al proceso, la parte actora acompañó la constancia documental de su contestación, lo que permite afirmar la existencia de tales expresiones. Por lo tanto, la existencia del hecho deviene acreditada. Para determinar si, una vez probado el hecho, éste es susceptible de generar un daño moral, entiende el Tribunal que para una persona que se desempeña en el servicio doméstico la imputación infundada de tales hechos genera un daño cierto, tanto material, en cuanto a la posibilidad de conseguir nuevos puestos laborales, como moral por la gravedad que implicaría la comisión de un trato inadecuado a menores que son objetos de protección especial e incluso que tienen resguardo constitucional en su integridad en atención a tratados internacional a los que nuestro país ha adherido y que a partir de la reforma del año 1994 ha dotado de jerarquía constitucional en atención a lo dispuesto por el artículo 75 inciso 22. Es por ello que entiende que resulta procedente la sanción peticionada.

A los fines de establecer la cuantía de procedencia, recuerda lo sostenido por el mismo Tribunal en una causa anterior de idéntica pretensión. Allí dijo: "...porque no considero que pueda ser inocente el uso irresponsable del lenguaje entiendo atinado establecer como monto de condena por daño moral la suma de pesos dos mil (\$ 2.000). En ese sentido tomo en consideración justamente los elementos que reseñara *supra* y también las calidades y situaciones económicas de ambas partes de esta causa. El resarcimiento por daño moral no puede tener entidad tal que implique la pérdida del emprendimiento productivo por parte del empleador pero tampoco puede ser de tan escasa significancia como para que no actúe como elemento disuasivo para ocasiones futuras". En ese sentido jurisprudencia a la que adhiere ha expresado: "si con motivo o en ocasión de la extinción del contrato de trabajo el principal comete un acto ilícito no representativo de una mera inejecución de las obligaciones derivadas de la relación laboral, configurándose los presupuestos de hecho a los

que la ley imputa obligación de indemnizar (artículos 1109, 1067 y 1078 del CC), incurre en responsabilidad civil extracontractual en cuyo caso procede la reparación del daño moral ocasionado al dependiente” (SCBA, L 38929 S 2-2-1988, Blanco, Emilia c/ Malacalza, Héctor y otro s/ Diferencia de sueldo, A y S 1988-I-38; SCBA, L 52020 S 3-8-1993, Tórtora, Sandra A. c/ Conarco Alambres y Soldaduras S.A. s/ Despido; SCBA, L 40790 S 13-6-1989, Miguez, Rubén R. y otro c/ Comarca S.A. y otro s/ Daño Moral; SCBA, L 72119 S 19-2-2002, CDure, Nancy Liliana c/ Curtarsa S.A.I.C. s/ Despido). Igualmente señala que: “Para incurrir en responsabilidad civil extracontractual en los casos de ruptura del contrato laboral, es necesario que el empleador al producir el despido cometa un ilícito independiente de aquella ruptura (cuya reparación se encuentra tasada legalmente) esto es, debe incurrir en una conducta adicional, es decir, en un plus que pueda encuadrarse en la actividad reprobada por el art. 1109 del Código Civil” (SCBA, Ac 59900 S 26-8-1997, Lapenta, Armando A. S. c/ E.S.E.B.A. s/ Daños y perjuicios). También destaca el análisis que efectúa el Dr. Mosset Iturraspe (*Responsabilidad por Daños*, IV-196), quien señala: “El reconocimiento del daño moral y su reparación está íntimamente relacionado con la conciencia media de un pueblo. El daño moral se infiere o deduce de situaciones determinadas que, para el hombre medio de una comunidad y sin un tiempo, son productoras o causantes de sufrimiento. La intensidad del justo dolor del hombre medio no debe dejar de lado la indagación acerca de la repercusión subjetiva en cada persona” (Díaz, Hector J. c/ Claudio Luis Mina y Otra – Sentencia de fecha 15 de octubre de 2.004).

En consecuencia con todo lo expuesto, considerando la antigüedad de la trabajadora, su remuneración y demás circunstancias que rodearon al caso, fija el monto de condena por este concepto en la suma de pesos un mil (\$ 1.000).

ANÁLISIS: De lo reseñado precedentemente, se sigue que el Tribunal tiene acreditado el

hecho dañoso mediante constancia documental de la contestación de la actora al telegrama de la demandada, que da cuenta de las expresiones que le imputan *maltrato a los niños y otras graves inconducencias*. Para determinar si este hecho genera un daño moral resarcible, entiende que para una persona que se desempeña en el servicio doméstico, una imputación de tales características genera un perjuicio cierto, tanto material, en cuanto a la posibilidad de conseguir nuevos puestos laborales, como moral, por la gravedad que implica la comisión de un trato inadecuado a menores que son objetos de protección especial e incluso que tienen resguardo constitucional en su integridad. Por lo tanto, establece un nexo de causalidad entre el hecho y el daño, y atribuye legalmente la responsabilidad a los empleadores en forma solidaria. De lo expuesto se desprende que el Tribunal adhiere a la teoría que considera que la prueba del daño moral es *in re ipsa*, es decir, que configurado el evento dañoso, se le sigue el menoscabo espiritual.

Luego, para determinar si procede su reparación en el marco de una relación de trabajo, el Tribunal sostiene que *si con motivo o en ocasión de la extinción del contrato de trabajo el principal comete un acto ilícito no representativo de una mera inejecución de las obligaciones derivadas de la relación laboral, configurándose los presupuestos de hecho a los que la ley imputa obligación de indemnizar (artículos 1109, 1067 y 1078 del CC), incurre en responsabilidad civil extracontractual en cuyo caso procede la reparación del daño moral ocasionado al dependiente. Y afirma que para incurrir en responsabilidad civil extracontractual en los casos de ruptura del vínculo laboral, es necesario que el principalmente al producir el despido cometa un ilícito independiente de aquella ruptura, esto es, debe incurrir en una conducta adicional*. De lo reseñado se concluye que el Tribunal suscribe la postura doctrinaria que admite excepcionalmente el resarcimiento adicional del daño moral en el contexto de las vinculaciones laborales, esto es, cuando el empleador

compromete su responsabilidad extracontractual.

Finalmente, al momento de fijar el monto indemnizatorio de este concepto, sólo hace mención a que tiene en consideración *la antigüedad de la trabajadora, su remuneración y demás circunstancias que rodearon al caso*, pero en ningún momento hace referencia a cuáles son estas *demás circunstancias que rodearon al caso* ni cómo han influido en la valoración y cuantificación del menoscabo sufrido por la trabajadora. Por lo tanto, podría concluirse que el parámetro seguido en este caso es el criterio subjetivo del juzgador, pues como lo señala Keselman (2011), la referencia a la antigüedad y remuneración de la actora, así como a las demás circunstancias es meramente dogmática.

CASO 13 – DESPIDO INDIRECTO – SE DESESTIMÓ EL RECLAMO EXTRATARIFARIO DEL DAÑO MORAL

AUTOS: Bono, Daniela I. c/ Asef, Jorge F.

Sentencia N° 12 del 25 de abril de 2008

Sala VI Unipersonal integrada por el Dr. Carlos Alberto Federico Eppstein de la Cámara de Trabajo de la Provincia de Córdoba

DEMANDA: La actora, Daniela Irene Bono, promueve demanda en contra de Jorge Fernando Asef, su empleador, por el cobro de diferencias de haberes, integración del mes de despido, haberes correspondientes a dos meses más en los que ella entiende que subsistió el vínculo laboral, SAC y vacaciones proporcionales e indemnizaciones por antigüedad, omisión de preaviso, las consagradas en el artículo 2 de la Ley 25.323, artículo 16 de la Ley 25.561, artículos 80 y 132 bis de la LCT, artículos 9, 10 y 15 de la Ley 24.013 y daño moral.

HECHOS: La actora, Daniela Irene Bono, trabajaba a las órdenes del demandado, Jorge Fernando Asef, cumpliendo tareas de vendedora de indumentaria informal unisex y para niños. En la causa se manifiestan divergencias en cuanto a la forma en que se produjo la resolución del

contrato de trabajo. La accionante alegó que el demandado, intempestivamente y sin mediar ningún tipo de notificación formal, a todos los empleados les informó el cierre del local para realizar reparaciones y que serían avisados de su reapertura. Por su parte, éste sostuvo que vencido el contrato de locación del local donde funcionaba el negocio donde prestaba servicios la trabajadora y no pudiendo afrontar el nuevo precio que le pedía el locador, y no encontrando otro, le transmitió tal circunstancia a la actora y la otra dependiente – pues sólo tenía dos empleadas – y al ser comprendida la situación por éstas se produjo una resolución consensuada del contrato de trabajo en los términos del artículo 241 de la LCT.

La trabajadora indicó que dado que no se la avisaba cuando debía presentarse nuevamente a prestar tareas intimó a su empleador para que le aclarara su situación laboral, bajo apercibimiento de considerarse indirectamente despedida. En la misma pieza postal, le notificó también su real fecha de ingreso, tareas y jornadas laborales cumplidas e importe semanal percibido, atento a que indicó que los datos consignados en los recibos de haberes no se condecían con la realidad (una falsa fecha de ingreso, una falsa media jornada de labor toda vez que cumplía jornadas completas y una falsa remuneración puesto que se le abonaba un sobresueldo “en negro”), e intimó en los términos de la Ley 24.013 la correcta registración de la relación laboral. Advirtió que igual contenido remitió a la AFIP.

La actora señaló que como no recibió respuesta de su empleador, vencidos los términos de su emplazamiento, efectivizó los apercibimientos y se dio por indirectamente despedida por exclusiva culpa patronal e intimó para que hiciera efectivas las diferencias de haberes y haberes caídos e indemnizaciones derivadas del despido incausado, bajo los apercibimientos del artículo 2 de la Ley 25.323.

RESUMEN DEL FALLO: En cuanto a la forma en que se produce la resolución del contrato de trabajo, el Tribunal entiende que incumbía a la actora el *onus probandi* y a su juicio no lo ha

logrado. Es decir que ante esta situación procesal correspondía a la accionante la demostración de su cumplimiento de las exigencias legales para la procedencia del despido indirecto, a tenor de lo dispuesto por el artículo 243 de la LCT. Esto es, que la denuncia del contrato de trabajo fundada en justa causa hecha por el trabajador debe ser comunicada por escrito y con expresión suficientemente clara de los motivos en que se funda la ruptura del contrato de trabajo. En el caso bajo examen, la actora no demostró haber cumplimentado con la misma. Entiende que esto es así porque la actora, aún sabiendo que el local comercial en que se desempeñó a las órdenes del demandado, al momento de efectuar su intimación ya tenía conocimiento de que allí no funcionaba más su establecimiento comercial; que estaba cerrado por refacciones ni demostró que fuese él quién las estuviese llevando a cabo y por ende que seguía siendo el domicilio de su explotación. Tampoco demostró que el domicilio de su empleador fuera el que ella denuncia y tampoco que perteneciera a los padres de éste el otro domicilio denunciado.

A tenor de las conclusiones a las que arriba sobre la resolución del vínculo laboral, procede a analizar el derecho que le asiste a la actora por cada uno de los rubros indemnizatorios demandados.

En primer lugar, concluye que la indemnización derivada del despido incausado con fundamento en el artículo 245 de la LCT que pretende no resultan procedentes. Ello es así, porque como se desprende de lo señalado precedentemente, la actora al no haber dado cumplimiento a la exigencia del artículo 242 de la LCT carece de acción para reclamar la indemnización prevista en el artículo 245 del LCT en función del artículo 246 del mismo cuerpo legal. Consecuentemente, lo mismo ocurre con la prevista en el artículo 232 del mismo plexo normativo, en el artículo 2 de la Ley 25.323 y en el artículo 16 de la Ley 25.561, dado que sus procedencias dependen de que se haya producido un despido incausado.

Ahora, en relación a las divergencias en cuanto a su registración laboral, esto es, falsa

fecha de ingreso, falsa media jornada y falsa remuneración, el Tribunal, toma en consideración la “Planilla de Relevamiento de Trabajadores” instrumentada por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación. Advirtiendo que la misma está debidamente completada y firmada por los funcionarios actuantes pertenecientes a ese órgano de gobierno, por imperio de los artículos 979 inciso 2 y 980 del CC, entiende que reviste el carácter de instrumento público con pleno efecto convictivo en razón de hacer plena fe sus enunciaciones no sólo entre la partes sino también respecto de terceros (arts. 994 y 995 CC). Asimismo, advierte que en el acta de la audiencia designada a los fines de la exhibición del libro del artículo 52 de la LCT consta que el demandado dio cumplimiento a tal acto procesal y que dicho libro se encuentra debidamente intervenido y foliado por la Autoridad Administrativa del Trabajo. A mérito de las consideraciones precedentes concluye que las características del contrato de trabajo que unió a las partes son las invocadas por el demandado y que confirma la documentación referida. Es decir, que se trató de un contrato de trabajo de media jornada, que la categoría profesional de la actora fue la de “Vendedora” media jornada en turnos rotativos, que percibió por las mismas el importe correspondiente a la mitad del básico convencional de jornada completa para empleados de comercio sobre las cuales se le practicaron las retenciones correspondientes a la obra social, a la jubilación y a la cuota sindical, cuyos importes fueron oportunamente ingresado a dichos sistemas. Por todo ello entiende que el reclamo por diferencias de haberes deviene improcedente.

En cuanto a la integración del mes de despido, SAC y vacaciones proporcionales, en el entendimiento de que se trata de obligaciones que por imperio de lo normado en los artículos 103, 122 y 156 de la LCT se encuentran en cabeza del empleador, incumbía al demandado demostrar haberlas cumplidos (arts. 138 y 140 LCT y 39 Ley 7987). Como ello no ocurrió en autos, manda a pagar los rubros en cuestión.

No ocurre lo mismo con los haberes de dos meses posterior a la desvinculación laboral reclamados por la actora por entender que se mantenía vigente el contrato de trabajo, al haber quedado acreditado en autos que éste se extinguió con anterioridad.

También rechaza las indemnizaciones reclamadas con fundamento en los artículos 9, 10 y 15 de la Ley 24.013 porque, respecto de las dos primeras, la actora no demostró en autos que haya efectuado la intimación del artículo 11 del mismo cuerpo legal ni que hubiese estado defectuosamente registrada, y de la tercera en razón de no haber habido despido incausado.

Tampoco proceden las indemnizaciones del artículo 80 de la LCT (art. 45 Ley 25.345) y del artículo 132 bis del mismo cuerpo legal; respecto de la primera porque no se demostró que la actora haya efectuado la intimación previa que la misma norma requiere. En cuanto a la segunda, porque quedó demostrado en autos con los informes de la AFIP y del ANSES que el demandado ingresó a dichos organismos los importes retenidos a la accionada.

Finalmente, en relación a la procedencia de la reparación del daño moral fundada en las disposiciones del CC, el Tribunal entiende que tampoco procede. Fundamenta su decisión en el entendimiento de que el reclamo en cuestión no se encuentra contemplado en las disposiciones de la LCT, y si el legislador hubiera querido admitirlo, lo hubiera dicho expresamente. Ello es necesario toda vez que la autonomía del Derecho Laboral no permite la aplicación directa de institutos de otras ramas jurídicas en asuntos expresamente contemplados en sus normas, del mismo modo que no podría pretenderse aplicar en las relaciones civiles las disposiciones de la LCT o de cualquier otra disposición del Derecho Laboral. Así como en materia de despido incausado se ha consagrado un régimen especial para proceder a indemnizar (arts. 231, 233 y 245 LCT) o se han acordado al empleador ciertas facultades para modificar las formas y modalidades del trabajo (artículos 66 y concordantes LCT), de la misma manera habría establecido la posibilidad de la reparación por daño moral. En virtud de estas consideraciones y

siendo que en el caso bajo análisis las acciones con fundamento en los artículos 232 y 245 de la LCT fueron rechazadas, concluye que no hay ningún hecho ilícito que permita inferir la existencia de un daño extra laboral como el pretendido, rechaza por tanto, el reclamo extratarifario del daño moral.

ANÁLISIS: Atento a que el caso es de conocimiento del mismo Tribunal, Sala VI Unipersonal de la Cámara del Trabajo de Córdoba, y con la misma integración, Dr. Carlos Alberto Federico Eppstein, y que para negar la procedencia del reclamo extratarifario del daño moral vinculado al despido sin justa causa se han vertido los mismo fundamentos que en el autos “Nievas, María Belén c/ Pinasco, Valeria Inés”, se remite a lo allí expuesto para evitar reiteraciones.

CASO 14 – DESPIDO INDIRECTO – SE DESESTIMÓ EL RECLAMO EXTRATARIFARIO DEL DAÑO MORAL

AUTOS: Marchi, Eder A. c/ Doria de Rius, Blanca

10 de febrero de 2006

Publicado en La Ley Online AR/JUR/1456/2006

Sala X Unipersonal integrada por el Dr. Carlos A. Toselli de la Cámara del Trabajo de la Provincia de Córdoba

DEMANDA: El actor, Eder Augusto Marchi, demanda a su empleadora, Blanca Doria de Rius, le abone indemnización por antigüedad, indemnización por omisión de preaviso, SAC, vacaciones, indemnización del artículo 1 de la ley 25.323, indemnización artículo 2 de la ley 25.323, indemnización del artículo 80 de la LCT texto conforme artículo 45 de la ley 25.345, las sanciones del artículo 132 bis de la LCT, la duplicación indemnizatoria del artículo 16 de la Ley 25.561 y daño moral.

HECHOS: El actor, Eder Augusto Marchi, se desempeñaba como conductor de taxi bajo las órdenes de su empleadora, Blanca Doria de Rius, cuando se produjo la extinción de la

relación laboral. Al respecto existen divergencias entre las partes sobre los motivos que motivaron la resolución del vínculo contractual. El accionante manifestó que no se le permitió la normal prestación del servicio incausadamente y sin ninguna comunicación. Por este motivo, intimó a la demandada a que le aclare su situación contractual bajo apercibimiento de considerar resuelto el contrato de trabajo por responsabilidad de la empleadora. Ésta no respondió en tiempo oportuno por lo cual el actor efectivizó el distracto.

Con posterioridad, la demandada respondió que el trabajador tenía conocimiento que el automóvil afectado al servicio de taxi, se encontraba en el taller por reparaciones. Así también indicó que los días no trabajados le serían abonados, lo que no afectaría sus ingresos, y que una vez reparado el vehículo seguiría desarrollando su tarea en forma normal. El actor sostuvo no haber recibido esta comunicación de parte de la empleadora.

Por una comunicación posterior, la accionada afirmó haber emplazado al actor a que retomase sus actividades por haber sido reparado el vehículo taxímetro. El trabajador señaló desconocer también esta comunicación.

Posteriormente la demandada intentó extinguir el contrato de trabajo con justa causa.

RESUMEN DEL FALLO: El Tribunal, con relación al modo en que se produjo la resolución del contrato de trabajo, destaca que la comunicación de extinción válida es la que efectuó el actor y que fue recibida en el domicilio de la accionada, a tenor de lo dispuesto por el artículo 234 de la LCT que determina la irrevocabilidad de la comunicación del distracto salvo acuerdo de ambas partes, que no es el caso de autos. Por ello carece de relevancia jurídica la posterior comunicación de un despido causado por un supuesto abandono de trabajo, ya que a esa altura no existía vínculo laboral.

Asimismo, pondera que la comunicación que efectuó la empleadora en relación a que el trabajador retomaría sus tareas una vez reparado el vehículo, y que se le abonarían los días

no trabajados, cuya recepción había sido cuestionada por el actor, no surge de la documentación acompañada por la accionada que la misma hubiera sido recibida y además existe una clara confusión con el domicilio de aquél, lo que aparentemente habría determinado su falta de entrega, al igual que la una posterior comunicación donde se lo emplazaría para que retomase sus actividades en razón de haber sido reparado el vehículo taxímetro.

Una vez determinada la forma en que operó la resolución del contrato de trabajo, esto es, por despido indirecto, el Tribunal procede al análisis de los rubros peticionados por el actor, aclarando que la vinculación se encontró regida, en función de su fecha de ingreso y extinción, por la ley 25.013.

En relación a la indemnización por antigüedad y por omisión de preaviso, entiende que la falta de respuesta al emplazamiento de aclaración laboral dentro de los términos del artículo 57 de la LCT configura causal suficiente que habilita al trabajador a extinguir el contrato laboral con derecho indemnizatorio. Ello así, porque considera que si se le niega al trabajador la provisión de tareas, impidiéndole su prestación laboral no hay posibilidad de preservar el vínculo. En consecuencia conforme el artículo 242 de la LCT, tal determinación del accionante ha sido ajustada a derecho, debiendo considerarse por culpa y responsabilidad patronal, lo que genera el derecho del trabajador a las indemnizaciones establecidas en los artículos 6 y 7 de la Ley 25.013, lo que así dispone.

Con respecto a la indemnización por vacaciones no gozadas, por la fecha en que se produjo el distracto, el empleador no acompañó ningún elemento que permita inferir su pago, razón por lo cual hace lugar a lo peticionado. Sobre el SAC, en el mismo sentido, la demandada debía demostrar haberlos abonados y ninguna prueba documental en ese sentido acompañó al proceso. En atención a ello determina su procedencia.

En cuanto a la indemnización del artículo 2 de la Ley 25.323, señala que en el telegrama que el actor efectivizó el distracto, expresamente intimó al pago de los rubros adeudados con más la liquidación final y las indemnizaciones que por ley le corresponden bajo apercibimiento de accionar judicialmente. Como la demandada no abonó, determinó que el accionante se viese obligado a iniciar las pertinentes actuaciones judiciales tendientes a la percepción de su crédito. En atención a ello dispone su procedencia.

Por la indemnización del artículo 80 de la LCT (art. 45 ley 25.345), conforme se desprende de la causa bajo análisis, la intimación a la certificación fue realizada de conformidad al plexo normativo, lo que torna procedente lo peticionado.

Respecto de la indemnización del artículo 16 de la Ley 25.561, el Tribunal señala que a partir de los autos “Hurtado Juan Carlos c/ Consorcio Propietarios Edificio Proa II – Demanda” (sentencia del 20 de octubre de 2004) el mismo ha sostenido la descalificación legal de las prórrogas al artículo 16 de la Ley 25.561 emanadas por vías constitucionales inválidas, a tenor de la misma caracterización explicitada en la norma, es decir en función del artículo 99 inciso 3 de la C.N., como decretos de necesidad y urgencia, situación que no se compadecía con los antecedentes de funcionamiento de los órganos parlamentarios y con las fechas en que se produjeron las sucesivas prórrogas sin que se hubiese demostrado la real urgencia o emergencia o imposibilidad de seguir el trámite parlamentario dispuesto por nuestra Carta Magna. En atención a ello desestima este planteo, ratificando de este modo su posición jurídica.

Para la procedencia de la indemnización del artículo 1 de la Ley 25.323, la norma exige que se acredite una registración inexistente o defectuosa al momento de la extinción del vínculo. El trabajador logró probar que su remuneración era superior a la que figuraba como percibida en los recibos de haberes porque la demandada no exhibió el libro del artículo 52 de

la LCT razón por lo cual y en función de la presunción legal establecida por el artículo 55 del mismo plexo legal, el Tribunal tiene por cierta la fecha de ingreso del accionante y la remuneración que sostiene haber percibido por la jornada laboral. En atención a ello se configura la causal de inadecuada registración salarial con el perjuicio que ello ocasiona a los organismos de la seguridad social. Por ello determina la procedencia de lo peticionado.

Para que procedan las sanciones del artículo 132 bis de la LCT, en el caso analizado, no se demostró la retención de los aportes del trabajador ni su falta de ingreso a los organismos de seguridad social, como así tampoco que el actor haya intimado debidamente, razón por lo cual este reclamo es desestimado.

Finalmente, en cuando al reclamo por daño moral que efectúa el actor por la falta de entrega de la certificación de servicios y su afectación al futuro beneficio previsional, el Tribunal entiende que con la entrega del certificado de servicios y remuneraciones y de cese de servicios, que así dispone conforme fechas de ingreso, egreso y remuneración reconocidos por el Tribunal, depositándolos en su sede dentro del término de treinta días corridos de que quede firme el presente resolutorio bajo apercibimiento de astreintes consistentes en pesos diez (\$ 10) por cada día de atraso en su entrega y en beneficio del mismo, se soluciona el daño potencial futuro y que el actor no ha probado existencia de daño presente que justifique la aflicción moral que habilite la procedencia de lo requerido, y entiende además que el reclamo se encuentra defectuosamente instrumentado ya que no se mencionan pautas algunas para su cuantificación.

ANÁLISIS: De lo expresado por el Tribunal precedentemente, se pueden extraer las siguientes conclusiones. En primer lugar, que admite la procedencia de la reparación del daño moral en el contexto del contrato de trabajo. No obstante, coloca en cabeza de quien lo alega, en este caso, el trabajador, la carga de la prueba. No habiéndose producido la misma en el

caso de referencia, desestima el reclamo sin más trámite. Motivo por el cual, no puede analizarse en qué supuestos considera procedente su reparación extratrataria (responsabilidad contractual y/o extracontractual del empleador), ni en que postura doctrinaria se enrola.

En segundo lugar, que de acuerdo a la prueba arrojada a la causa por quien invoca la existencia del daño moral, el Tribunal meritara su valoración y cuantificación. Es decir, que probablemente seguiría parámetros regidos por la gravedad de la falta o subjetividad del agente responsable del daño, o por la gravedad objetiva del daño para fijar su monto indemnizatorio. Se entiende así, pues para rechazar el reclamo se basa en la *defectuosa instrumentación* y en la *ausencia de pautas para su cuantificación*.

Finalmente, en relación a la forma de hacer efectivo el resarcimiento del daño moral, el Tribunal admite la procedencia de la reparación en especie. Esto es así porque el actor reclamó el agravio por la falta de entrega de la certificación de servicios, aduciendo que esto le producía una afectación a su futuro beneficio previsional, generándole una aflicción moral. Por lo tanto, el Tribunal entiende que a partir de la entrega del correspondiente certificado de servicios y remuneraciones y de cese de servicios, este menoscabo futuro y potencial es reparado.

CASO 15 – DESPIDO DISCRIMINATORIO

AUTOS: Díaz, Esther L. c/ Fundación Independencia

Sentencia N° 61 del 2 de octubre de 2012

Sala XI Unipersonal integrada por la Dra. Eladia Garnero de Fazio de

la Cámara del Trabajo de la Provincia de Córdoba

DEMANDA: La actora, Esther Lidia Díaz, interpone formal demanda laboral en contra de Fundación Independencia, por daño material y moral en virtud del artículo 1 de la Ley 23.562 de Actos Discriminatorios.

HECHOS: La actora, Esther Lidia Díaz, se desempeñaba como personal administrativa a las órdenes de Fundación Independencia, su empleadora. La demandada, a través de una nota suscrita por su presidente le comunicó una sanción disciplinaria consistente en un apercibimiento con motivo de realizar ventas de artículos de perfumería y cosméticos en horario y lugar de trabajo, pese a las reiteradas advertencias verbales que al respecto le habían realizado. La accionante impugnó la referida sanción e intimó a la empleadora para que la dejase sin efecto. Luego de ello, mediante escritura, la empleadora procedió a despedirla sin expresar ninguna causa. Ésta le abonó dicho día la totalidad de las indemnizaciones que por ley le correspondían, como así también la liquidación final, y la actora suscribió el recibo pertinente sin reserva alguna. No obstante, ésta rechaza el despido que le fuera comunicado, el que entiende como discriminatorio comprendido en la conducta sancionada por la Ley 23.592, invocando que el mismo es una consecuencia de la impugnación a la sanción disciplinaria, por lo que intimó al pago de la reparación por daños materiales y morales ocasionados.

RESUMEN DEL FALLO: El Tribunal se avoca a determinar si le asiste derecho a la actora en reclamar el pago de indemnización por daño moral invocando las disposiciones del artículo 1 de la Ley 23.592. A tal efecto señala que el citado dispositivo legal determina que los actos discriminatorios son los fundados en razones de sexo, edad, religión, raza, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, posición económica, condición social o caracteres físicos. Asimismo advierte que ante la negativa expresa de la demandada de haber incurrido en actos discriminatorios, correspondía a la actora la prueba al respecto, no habiendo aportado ningún elemento que avalen su pretensión resarcitoria. No obstante la denuncia que realizó esta última de haber sufrido marginación y las consecuencias sociales y económicas de la misma, así como la incidencia en su vida familiar y de relación y la

dificultad de su reinserción laboral por su edad, nada de ello fue acreditado. Indica, además que tampoco se puede encuadrar, a los factores enumerados precedentemente, en el concepto de discriminación, vocablo que define como diferencia, segregación, exclusión, etc., es decir que ninguna de esas conductas se le puede imputar a la demandada al momento de despedir. En apoyo de estas ideas, recuerda que jurisprudencialmente se ha sostenido que “Faltando el elemento de intencionalidad o ilicitud, no pueden la angustia, el dolor o el sufrimiento por sí solo, constituir fuentes generadoras de reparaciones adicionales a la establecidas tarifariamente por la L.C.T.” (C. Civ. Com. Flia. y Trab. Marcos Juárez, Arburua, Rubén c/ Banco Sudecor Coop. Ltda. LLC, 1993-995), “Desde el punto de vista extracontractual el daño moral sólo procede en aquellos casos en los que la causa que lo determina es producida por un hecho doloso del empleador, por lo que la indemnización civil procede en casos excepcionales, en el que el despido va acompañado de una conducta adicional que resulta civilmente resarcible, aún en ausencia de vínculo laboral” (CNAT, Sala VII, Hernández, Irma c/ Banco Nueva Era Coop. Ltda., DT. 1997-B-1387).

A tenor de lo expresado, entiende que en el presente caso no se acreditó que la demandada, al despedir, hubiera incurrido en conductas que le produjeran daño moral alguno, ni en discriminación o cometido actos ilícitos y antijurídicos que lesionaran de alguna manera a su dependiente. Todos motivos por los cuales se expide por la improcedencia de la indemnización peticionada.

ANÁLISIS: Al examinar el caso bajo análisis, el Tribunal concluye que no se ha configurado una situación de discriminación, a tenor de la definición que de la misma realiza como *diferencia, segregación, exclusión*. Por lo tanto, no habiéndose acreditado el hecho discriminatorio, no se sigue daño material ni moral resarcible. Sostiene, también, que la actora tampoco ha acreditado la *marginación sufrida* ni las *consecuencias sociales* y

económicas derivadas de la misma ni la incidencia en su vida familiar y de relación y la dificultad de su reinserción laboral por su edad, todas circunstancias estas esgrimidas como fundamento de su pretensión resarcitoria. De tal forma, coloca en cabeza de la trabajadora la carga de la prueba del daño moral sufrido.

A su vez, realiza una consideración sobre la reparación adicional del daño moral en el contexto del contrato de trabajo. En este sentido, es de su entendimiento que ésta sólo procede en aquellos supuestos en que se advierte *una conducta dolosa (intencional) del empleador, que acompaña el acto resolutorio considerado en sí mismo, que configura un hecho ilícito resarcible por la ley civil con prescindencia del vínculo laboral*. Por todo lo expuesto, el Tribunal se enrola en la doctrina que admite excepcionalmente la indemnización extratarifaria del daño moral, por responsabilidad extracontractual del empleador. Y a mayor abundamiento señala que en acto de despido bajo análisis tampoco se configura hecho antijurídico lesivo de alguna forma de la trabajadora.

CONCLUSIÓN

La estabilidad laboral definida como el derecho que garantiza jurídicamente al trabajador la conservación de su empleo hasta el momento del eventual goce de los beneficios de la seguridad social (Conterno, 2011; Las Heras et al, 2008; Ojeda, 2011; Ramírez Bosco, 1985) tiene una estrecha vinculación con el derecho al trabajo, consagrado por la CN en sus artículos 14 y 14 bis y por los tratados internacionales con jerarquía constitucional receptados por el artículo 75 inc. 22.

Nuestra CN de 1853 era de corte liberal, prueba de ello es el principio de división y equilibrio de poderes del sistema republicano y que los bienes jurídicos principales que adquirieron el estatus de derechos fueron la libertad, la propiedad y la seguridad individual. La incorporación de los derechos sociales en el cuerpo de una Constitución de tinte liberal constituyó una transacción para dar lugar al constitucionalismo social. El artículo 14 bis, producto de la reforma del año 1957, puso de manifiesto un momento en que el liberalismo ya no se mantenía por sí mismo sin hacer concesiones a un sector político que estaba ascendiendo en su importancia como actor político. Consecuencia de estas transformaciones políticas, económicas, sociales y culturales que tuvieron su correlato en las reformas constitucionales, se evidencia una tensión entre el derecho del empleador a disponer libremente de su empresa, derecho individual, y el derecho del trabajador a preservar su puesto de trabajo, que le permite mantenerse económicamente, derecho social (Conterno, 2011).

La jurisprudencia de la CSJN ha oscilado pendularmente, tanto al tratar la garantía constitucional de estabilidad propia absoluta del empleado público, como al referirse a la protección contra el despido arbitrario del trabajador privado amparado actualmente por la estabilidad impropia, entre otorgar preponderancia a las libertades de contratar, ejercer la

industria y el comercio y proteger la propiedad privada del empleador (arts. 14 y 17 CN) o dar efectivo cumplimiento al artículo 14 bis CN. Esta última interpretación está en consonancia con las disposiciones de los instrumentos internacionales que en la materia definen un estándar tuitivo del derecho al trabajo en condiciones dignas, equitativas, satisfactorias, elegido libremente, protegiendo contra el despido injustificado, exigiendo, en primer lugar, una justa causa para la terminación de la relación laboral, y en su caso, la reparación adecuada, que puede revestir la forma de una readmisión en el empleo, una indemnización u otra prestación. En este sentido se pronuncian el Convenio 158 y la Recomendación 166 de la OIT, la Observación N° 18 sobre el artículo 6 del PIDESC en el marco de la ONU, y el Protocolo de San Salvador adicional a la CADH en el contexto de la OEA.

La protección del artículo 14 bis de la CN comprende al *trabajo en (todas) sus diversas formas*, por lo tanto existe un mandato constitucional para que la ley regule las relaciones laborales tanto de orden público como de orden privado, aunque la regulación en cada ámbito sea diferente atendiendo a las particularidades del sujeto empleador – el Estado o un sujeto de derecho privado – y atendiendo a las específicas necesidades del servicio público y de la empresa privada, respectivamente. Cada régimen, a su vez, reconoce fuentes normativas diferentes: el primero, la Constitución, la Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional y demás normas reglamentarias de la actividad administrativa en el orden nacional y local; el segundo, también la Constitución, y las leyes y reglamentos que se apliquen a cada actividad particular, como la LCT y los estatutos especiales (Rodríguez Mancini, 2011).

Si bien la protección del artículo 14 bis CN se dirige a todos los trabajadores, las garantías que contiene son diferentes: estabilidad propia absoluta para el empleado público,

estabilidad impropia para el trabajador privado. En cuanto a la estabilidad del empleado público, bien ha entendido la CSJN, a partir del fallo “Madorrán”, que ésta no puede ser reducida a un mero derecho indemnizatorio. No obstante, esta garantía, como todo derecho, esta sujeta a reglamentación – si bien no puede ser desnaturalizada (art. 28 CN) –, lo que da lugar a la posibilidad de que algunos agentes de la administración sean excluidos de esta estabilidad en función de las modalidades de contratación, en algunos casos justificada en atención a las circunstancias del caso, en otros continuando una lamentable práctica iniciada en la Argentina a través de las leyes de prescindibilidad y racionalización administrativa inauguradas por los gobiernos autoritarios y seguida por los democráticos.

La protección contra el despido arbitrario del trabajador privado, cuyo empleo está garantizado con la estabilidad impropia, se resuelve en una indemnización tarifada que pretende tener carácter disuasivo para el empleador, frenando su posibilidad de despedir con la carga o sanción de pagar un monto en dinero.

El despido participa de la naturaleza jurídica de la resolución contractual. Con esta idea presente, se lo ha definido como el acto jurídico que manifiesta una declaración de voluntad unilateral recepticia que tiene por finalidad inmediata extinguir el contrato de trabajo.

Seguidamente, conforme este orden de ideas, se ha conceptualizado el despido sin expresión de justa causa como el acto jurídico unilateral y recepticio que manifiesta la voluntad del empleador de resolver el contrato de trabajo que acarrea consecuencias indemnizatorias (Pinto Varela, 2008; Samuel, 2007b).

La indemnización es debida, como se ha señalado, según algunos autores, porque si bien el despido sin expresión de justa causa es un acto jurídico válido, en el sentido que tiene capacidad extintiva del vínculo jurídico laboral, es un acto ilícito, porque implica un

incumplimiento contractual del deber de proveer ocupación efectiva al trabajador (art. 78 LCT) hasta que se encuentre en condiciones de gozar de los beneficios jubilatorios, salvo que se configuren algunas de las causales de finalización de la relación laboral estipuladas por la ley laboral (art. 90 LCT). Y como acto antijurídico irroga un daño al empleado que se ve privado de su trabajo, que como tal debe ser reparado, lo que se pretende mediante la tarifa legal del artículo 245 de la LCT. En sentido contrario, otros autores sostienen que el empleador cuenta con la posibilidad de despedir sin invocación de causa, comprendida en las facultades de organización y dirección de la empresa (arts. 64 y 65 LCT) y por ejercicio de los derechos constitucionales de contratar, ejercer la industria y el comercio y disposición de la propiedad privada (arts. 14 y 17 CN). En este caso, la indemnización actúa como un medio disuasivo del ejercicio abusivo de esta potestad resolutoria de la que goza la parte empresaria, teniendo presente también que el despido sin justa causa constituye un hecho que altera el equilibrio de las relaciones sociales afectando el interés público.

Lo cierto es que en nuestro ordenamiento positivo laboral, el legislador, al receptar la garantía constitucional de *protección contra el despido arbitrario* ha optado por un régimen de estabilidad impropia en el orden de las relaciones laborales privadas. Esto implica que no se garantiza la subsistencia de la relación laboral, sino que sólo se resarce al trabajador por la pérdida de su empleo cuando el empleador ha decidido resolver el contrato de trabajo sin que mediara causa justificada, sancionando su conducta con el pago de una indemnización. Nótese también que es la propia CN la que ordena al legislador *proteger*, mas no *prohibir* el despido arbitrario (Unzaga Domínguez, 2004).

Esta indemnización por despido sin justa causa, en el régimen del Derecho del Trabajo argentino actual, es la solución jurídica, económica y social que propende a reparar las consecuencias inmediatas y mediatas que provocan al trabajador la pérdida del trabajo, su

fuente de sustento económico y el de su grupo familiar. Cabe cuestionarse si éste es efectivamente el sistema adecuado, si cubre todo el daño producido por el acto unilateral del despido, desde la perspectiva del bien jurídico protegido, es decir, si da efectiva protección contra el despido arbitrario, restableciéndose, mediante la indemnización, el equilibrio social quebrado (Brain, 2011). Porque si el monto indemnizatorio fuera fijado por el juez atendiendo al caso concreto y este representara la magnitud real de los daños y perjuicios sufridos por el trabajador a raíz del despido sin justa causa, la indemnización coincidiría con la estabilidad. Pero cuando, como en el sistema implementado, la indemnización está fijada en forma tarifada o forfataria por la ley, en base a variables como la antigüedad y el salario, ésta deja de tener relación con los daños y perjuicios ocasionados por el despido injustificado y se convierte en un acto de previsión, que sólo indirectamente atenúa la facultad discrecional del empleador (Unzaga Domínguez, 2004).

No obstante estas consideraciones, la opción legislativa ha sido la adopción de una régimen tarifado de cobertura, con el objetivo de evitar todo conflicto en relación al daño emergente, lucro cesante y daño moral que surja del despido dispuesto, y si bien es posible que la reparación diste de ser integral, ni ofrezca una respuesta justa y adecuada para cada uno de los casos particulares que comprende, se sostiene que la solución constante y uniforme a la diversidad de situaciones, presumiendo la existencia del daño y su dimensión dineraria, compensa con la simplicidad, celeridad, y certeza que otorga a la determinación, pago y percepción de las indemnizaciones.

Este sistema transaccional, que releva al trabajador de la prueba de la existencia y extensión del daño sufrido a consecuencia del despido incausado, porque como se ha indicado, la respuesta siempre es la misma – la multiplicación de la mejor remuneración mensual, normal y habitual por la antigüedad en el empleo – responde a cierto propósito de

resignación al principio de equidad, entendido como la solución justa para cada uno de los casos concretos atendiendo a sus particularidades, por el de seguridad jurídica.

No obstante estas consideraciones, el régimen de la tarifa legal ha sido objeto de críticas por el empeño limitativo del legislador que a más de los requisitos impuestos a la base del cálculo de la indemnización, estableció un tope que emerge del promedio de las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo, que influye indirectamente en el monto total del resarcimiento que percibirá el trabajador, al congelar la variable salario.

La doctrina de la CSJN a partir del fallo “Vizzoti” de 2004 si bien no cuestionó la validez de un sistema tarifado de indemnizaciones, si declaró la inconstitucionalidad de un tope indemnizatorio cuando éste se torne confiscatorio, poniendo en evidencia las falencias en torno a la completitud e integralidad del modelo resarcitorio (Álvarez Bangueses y Fernández Pardo, 2008). Esta concepción abre la puerta a la consideración de daños que, más allá de los perjuicios sufridos por la pérdida del empleo que *pueden* estar cubiertos por la tarifa legal, se presentan con motivo u ocasión del despido en el ámbito de la relación laboral, pero independiente de aquél, como los mayores daños, que exigen ser reparados, si se quiere dar una efectiva tutela al trabajador.

El daño moral es una minoración en la subjetividad del individuo, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que se traduce en una modificación disvaliosa en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, presentándose como un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, consecuencia de éste y anímicamente perjudicial (Pizarro, 1996). El daño moral se califica en función del resultado o consecuencia de la acción u omisión (agresión) del agente, como el detrimento que el sujeto sufre en sus posibilidades o virtualidades (Mosset Iturraspe, 1999).

En el ámbito de las relaciones laborales no debe olvidarse la desigual situación de las

partes, en el plano económico, social y jurídico, atendiendo a la dependencia de uno de los sujetos frente a la posición dominante del otro. Dentro de éste contexto, el trabajador, al poner su fuerza de trabajo a disposición de su empleador, en cumplimiento de las prestaciones del contrato de trabajo, expone su propia personalidad. En otras palabras, sujeto y prestación se confunden, *el trabajador se da a sí mismo*. Se advierte entonces que el vínculo laboral presenta un espectro amplio de situaciones susceptibles de generar un menoscabo a la subjetividad del trabajador producto de una lesión a sus intereses no patrimoniales, desde antes de su nacimiento, durante la ejecución, y hasta el momento de la resolución.

El Derecho del Trabajo, consagrado a la tutela del trabajador y al resguardo de su personalidad, no debería oponer resistencia a otorgarle una protección reconocida por el Derecho Común a la universalidad de los individuos, pues como señala Goldenberg (1999), no obstante siendo el bien jurídico amparado por la reparación del daño moral el ámbito interno del individuo, carente de estimación dineraria, su menoscabo repercute profundamente en la aptitud productiva del sujeto, afectando sus relaciones laborales presentes y futuras.

En esta orden de ideas, no se advierte una razón lógica ni legal para excluir al trabajador de la reparación que la ley contempla cuando es agredido en su dignidad, por su sola condición de tal, sin que se violente la igualdad ante la ley, garantizada por el artículo 16 de la CN y por los tratados internacionales con jerarquía constitucional conforme el artículo 75 inciso 22 de la Carta Magna.

No obstante, por diversas razones que tienen que ver, en palabras de Mosset Iturraspe (2000) con la sensibilidad de la relación laboral en la ecuación costos-beneficios, los avances alcanzados en materia de Derecho de Daños fueron negados al trabajador, presentándose la

paradoja de un derecho tuitivo – el Derecho del Trabajo – que no ampara integralmente a sus destinatarios.

Toda persona que sufre un daño tiene derecho, según la legislación común, a que se le repare la totalidad de ese daño contractual o extracontractual o ambos a la vez, y el régimen laboral de indemnizaciones no ha derogado este principio ni implícita ni explícitamente. Los principios generales del Derecho Común pueden aplicarse a las relaciones de trabajo de forma flexible en la medida que no contradigan la legislación laboral y no vulneren los principios de justicia social, los principios generales del Derecho del Trabajo, la equidad y la buena fe. Las normas del Derecho Civil que regulan la responsabilidad por daños, y en particular las que se refieren al resarcimiento del daño moral, pueden ser aplicadas supletoriamente al Derecho del Trabajo en tanto éste no consagre una solución normativa diferente. Su autonomía, como derecho especial que es, no debe confundirse con autosuficiencia ni llevar a prescindir en sus soluciones del Derecho Privado del cual debe nutrirse, cuando la situación lo requiera y no entre en contradicción con sus normas específicas. Por lo tanto, si bien el artículo 245 de la LCT es ley especial, no por ello obsta a la aplicación de los artículos 522 y 1078 del CC, en tanto el primero puede resultar insuficiente para alcanzar una adecuada reparación, redundando en una injusticia para el trabajador. Pero vale aclarar que no se postula la derogación del artículo 245 de la LCT o similares de estatutos particulares y su reemplazo por las normas del CC, sino su aplicación complementaria, porque como bien dejó establecido Vázquez Vialard (citado por Mosset Iturraspe, 2000, pp. 187) “si en algún ámbito del Derecho el concepto de daño moral puede tener alguna aplicación es precisamente, en el Derecho del Trabajo”.

Durante años el daño moral no mereció una valoración conceptual y funcional autónoma en el Derecho del Trabajo, particularmente la procedencia de su reparación

vinculada al despido injustificado. En la jurisprudencia laboral, un criterio restrictivo, que parece hoy estar superado, expresaba que en el sistema específico de la LCT se halla comprendida el resarcimiento de todos los perjuicios materiales y morales que pudiera sufrir el trabajador a raíz del despido sin expresión de justa causa, motivo por el cual, si no se acreditan otros daños no correspondía reconocer el reclamo por daño moral. Ello así en el entendimiento de que la angustia que irroga el fracaso de una experiencia laboral está prevista en la indemnización tarifada que en ese sentido es integral, aún cuando la conducta del empleador haya sido injustificada (Ojeda, 2011).

A partir del fallo plenario 168 de la CNAT de 1971 se manifiesta una apertura en la materia, y es otra la ponderación que hoy asume el daño moral. Se admite su reparación cuando es consecuencia de un hecho ilícito en sentido estricto, que se manifiesta con motivo o en ocasión del despido, pero independientemente de él, motivo por el cual resultaría indemnizable aún en ausencia de la relación laboral. No obstante, aún se evidencia una resistencia al resarcimiento del daño moral procedente de un incumplimiento contractual del empleador por inexecución de las obligaciones emergentes del contrato de trabajo.

Sin embargo, como acertadamente señala Pizarro (1996) no es suficiente la formulación de construcciones doctrinarias perfectas en torno al concepto del daño moral, su régimen legal o la función de su resarcimiento si, al momento de su aplicación práctica, su valoración y cuantificación en el caso concreto, el juez *por temor, desconocimiento o por preconceptos*, manda pagar indemnizaciones simbólicas, carentes de idoneidad para reparar integralmente el menoscabo sufrido por el damnificado.

En este sentido, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se han ensayado diferentes criterios para valorar y cuantificar el daño moral, esto es para traducirlo en un número de unidades monetarias, expresándolo en un monto de dinero que se entrega al

damnificado en concepto de indemnización (Keselman, 2011). Esta operación evidencia especial dificultad si se tiene en cuenta la función satisfactiva que cumple el resarcimiento en este caso y que, por lo tanto, no existen parámetros objetivos que permitan inferir la magnitud – y consecuentemente la cuantía – del menoscabo sufrido por la víctima.

Particularmente en cuanto a la valoración y cuantificación del daño moral vinculado al despido sin expresión de justa causa se manifiesta una pluralidad de criterios y una dispersión de soluciones, que tiene por resultado la consagración de desigualdades, en la medida que supuestos similares son juzgados de forma diferente. Resulta difícil explicar estas disparidades. Keselman (2011) concluye que los jueces laborales, si bien aceptan que es reparable el daño moral en forma autónoma en determinado supuestos de despido sin justa causa, al momento de fijar su cuantía no dejan de tener en consideración el monto que ya han establecido en concepto de la indemnización tarifada del artículo 245 de la LCT, y agravio moral se reduce a un accesorio de ésta, y no reviste la entidad de un perjuicio distinto.

Esta explicación parecería ser acertada en los casos en que se utilizan pautas de valoración y cuantificación que toman en consideración, para la reparación del daño moral, la indemnización por despido sin justa causa, o un porcentaje de ella, o su parámetros de cálculo, o las indemnizaciones agravadas para situaciones especialmente contempladas por la ley laboral. Estas soluciones caen en la incongruencia de tarifar un resarcimiento que no participa de las características de los propios del ámbito del Derecho del Trabajo, que debe ser integral, atendiendo a los principios generales del Derecho Común.

Reconociendo el importante papel que juega el juez laboral en la determinación de la existencia del menoscabo sufrido por el trabajador en su subjetividad como consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial con motivo o en ocasión del despido sin invocación de causa, ya sea porque el empleador incumpla algunas de sus obligaciones emergentes del

contrato de trabajo, o porque incurra en la comisión de un un ilícito extracontractual en sentido estricto, y del monto que debe asignársele a su reparación, se sostiene que la prudencia judicial debe desarrollarse dentro del marco que otorga la ley, sin dejar de considerar las realidades objetivas que el caso concreto presenta. En este sentido, y desde la perspectiva de la doctrina que postula la función resarcitoria de la indemnización del daño moral, éste debe atender, en su determinación a la personalidad del empleado damnificado (edad, sexo, condición social y cultural, su grado de sensibilidad); la índole de las lesiones sufridas; la influencia del tiempo, como factor que agrava o mitiga el daño moral; la personalidad del empleador, cuando puede tener influencia sobre la intensidad objetiva del agravio; la mayor o menor divulgación del hecho; la gravedad del padecimiento espiritual; la realidad económica del país al tiempo de dictar sentencia; entre otros factores.

El análisis efectuado en el presente Trabajo Final de Grado permite arribar a las consideraciones que a continuación se exponen sobre el comportamiento de la jurisprudencia cordobesa en la materia. Se aclara que estas conclusiones no tienen pretensiones de generalidad, tan sólo dar cuenta, a modo ejemplificativo, de la implementación práctica, aplicada al caso concreto, de los conceptos y desarrollos doctrinarios vertidos en el presente.

En primer lugar, en relación a la conceptualización del daño moral, en aquellos pronunciamientos judiciales que proporcionan una definición del mismo, se advierten expresiones tales como *menoscabo a las afecciones legítimas de la persona que gozan de protección jurídica* o *lesión a los bienes extrapatrimoniales*. En este sentido, se evidencia que el concepto tradicional y restrictivo del agravio moral como el *pretium doloris* se encuentra superado, propiciando definiciones que permiten el ensanchamiento de la comprensión conceptual del término. De esta forma, se abre la puerta a la reparación de situaciones en las que se minora la subjetividad del individuo, como consecuencia de una lesión a un bien no

patrimonial, que no necesariamente se traducen en dolor, aflicción, angustia, pesar, etc., pero que sí evidencian una forma de pensar, sentir y querer diferente – y perjudicial – a la que se encontraba antes del acaecimiento del hecho dañoso.

En cuanto al fundamento de la reparación del daño moral, se manifiesta un acogimiento unánime a la teoría del resarcimiento del daño, desplazando a la doctrina de la pena o sanción ejemplar. Esto es congruente con la perspectiva actual del Derecho de Daños que pone el acento en la reparación del perjuicio sufrido por la víctima, antes que en la punición del actor del hecho dañoso, de modo tal que, por un lado, se eviten conductas similares de éste en un futuro, y por el otro, se prevenga su comisión por otros integrantes de la sociedad.

La forma de hacer efectiva su reparación, en aquellos supuestos en que se la admite de forma adicional a las indemnizaciones tarifadas, ya sea de la LCT o de los estatutos particulares es, en la mayoría de los casos, a través de un equivalente pecuniario. No obstante, los jueces no dejan de advertir las limitaciones de este recurso, atendiendo a la naturaleza del agravio, pero reconociendo la función satisfactiva del dinero en la materia, como forma de otorgar alguna suerte de *consuelo* a la víctima del perjuicio espiritual.

Ahora bien, específicamente en relación a la reparación adicional de daño moral en las relaciones de trabajo, en supuestos tanto de despido directo como indirecto, parece superada la postura que entiende que las indemnizaciones correspondientes son omnicomprendivas de los perjuicios que pueda sufrir el trabajador por la resolución del contrato de trabajo, y que cierran la puerta a soluciones civilísticas tuitivas del dependiente, en virtud de la autosuficiencia del Derecho del Trabajo.

No obstante, son excepcionales los pronunciamientos judiciales que admiten la procedencia de su reparación con fundamento en la responsabilidad contractual del

empleador. En los casos analizados se ha invocado tanto el incumplimiento de los deberes genéricos del artículo 62, el deber de buena fe del artículo 63, el deber de preservar la dignidad del trabajador del artículo 68 y el deber de seguridad del artículo 75 de la LCT.

Así se manifiesta que la doctrina que más adhesiones recepta es la que entiende procedente la indemnización extratarifaria del agravio moral por responsabilidad extracontractual del principal. Esto es, cuando concomitantemente al hecho nudo del despido éste incurre en conductas adicionales, de naturaleza dolosa, que configuran un acto ilícito en sentido estricto, que resulta indemnizable aún en ausencia de relación laboral, conforme las disposiciones del Derecho Común.

Cabe señalar que aquí las aguas se dividen. Mientras para algunos tribunales, probado el hecho dañoso, esto es la conducta antijurídica del empleador, se tiene por acreditado el daño moral, suscribiendo la teoría que postula que en materia extracontractual la prueba del daño es *in re ipsa*, otros hacen pesar la carga de la prueba del perjuicio sufrido sobre el trabajador. Y precisamente en función de la ausencia de probanzas en ese sentido arrimadas a la causa por la parte interesada, estos tribunales desestiman la pretensión indemnizatoria por este concepto, mientras que los primeros la admiten en todos los casos.

Finalmente, en materia de valoración y cuantificación del daño moral, admitida su reparación extratarifaria, se evidencia una dispersión jurisprudencial en cuanto a los criterios a los que recurren los jueces para fijar su monto indemnizatorio. Se advierten fórmulas tales como *lo que se estima equitativo o adecuado a las circunstancias que rodearon la causa* o que si bien hacen mención a la calidad de las partes, entidad del daño, etc, su referencia es meramente dogmática, pues no se explica cómo esas circunstancias han influido en la determinación del *quantum*, todo lo cual trasunta el criterio subjetivo del juzgador. También se presentan aquellas que toman en cuenta una suma igual a la mandada a pagar en concepto

de indemnización por despido, o un porcentaje de la misma, amparando su decisión en la *objetividad* del recurso. Por último, se encuentran pronunciamientos en los que el juzgador ha tenido en consideración la particular situación del trabajador (edad, sexo, posición social y económica, remuneración y antigüedad en el empleo), la entidad de la lesión sufrida y la gravedad del menoscabo que se le sigue para su vida personal, familiar y de relación, la mayor o menor publicidad del hecho dañoso, el tiempo durante el cual éste se desarrolló, la calidad del empleador (su posición social y económica), entre otras, es decir, que suscribe el criterio que utiliza como parámetro la gravedad objetiva del daño sufrido.

De todo lo expuesto se sigue que la admisión de la procedencia de la reparación adicional del daño moral vinculada a un despido y, en su caso, la valoración y cuantificación de su monto indemnizatorio, dependerá, en última instancia, del criterio del tribunal que conozca sobre el caso particular. Así se configura la siguiente situación: casos concretos, que revisten circunstancias similares, y en las que asiste a los trabajadores el mismo derecho, son juzgados en forma diametralmente opuesta, arribando en los hechos a una manifiesta injusticia e inequidad.

Se advierte, asimismo, que en aquellos supuestos en los que se ha considerado atendible el reclamo indemnizatorio del agravio moral sufrido por el trabajador despedido, éste ha sido en virtud de conductas adicionales del empleador que comprometan su responsabilidad contractual o extracontractual.

Cabe preguntarse por el supuesto particular del despido directo liso y llano, conforme el régimen de estabilidad impropia que rige las relaciones laborales privadas, y las facultades que la LCT otorga al empleador para organizar y administrar su empresa, las que incluyen, claro está, la posibilidad de prescindir de sus dependientes abonando la indemnización correspondiente. En esta hipótesis, ¿no sufre, también, el trabajador un daño moral?.

Supóngase el caso de un empleado de 55 años de edad, con 20 años de antigüedad en el empleo, que ha dedicado buena parte de su vida laboral productiva a la empresa, que un día es despedido sin causa, y se le abonan las indemnizaciones correspondientes, motivo por el cual, nada tiene que reclamar conforme al régimen legal vigente. ¿La tarifa legal del artículo 245 de la LCT, cubre todos los daños materiales y espirituales que este trabajador sufre a raíz de la resolución de su contrato de trabajo?. ¿Comprende la minoración a su subjetividad que significa la separación de su grupo de pertenencia social, la escasa o nula reinserción posterior en el – mal llamado – mercado laboral, atendiendo a su edad y a la realidad económica del país, la pérdida de la cobertura de la obra social para él y su grupo familiar, la aflicción que produce la imposibilidad de proveer de sustento económico a su hogar?. Si, como se dijera al comienzo del presente, *el trabajo dignifica al hombre*, su pérdida ¿no menoscaba su dignidad?, ¿la indemnización por despido, repara este menoscabo?. La respuesta negativa se impone.

Se propone, en función de estas conclusiones, por un lado, dotar de seguridad jurídica al sistema indemnizatorio por despido vigente. Esto es, reforma legislativa mediante, dejar establecida la procedencia de la reparación adicional del daño moral a la tarifa legal del artículo 245 de la LCT – como resulta de otros dispositivos del mismo cuerpo legal – tanto por responsabilidad contractual como extracontractual del empleador, y en este último supuesto, adoptar el régimen de la prueba *in re ipsa*, relevando al trabajador de la acreditación del agravio moral sufrido, una vez determinada la existencia del hecho dañoso. Pues, como se señalara anteriormente, configura una injusticia e inequidad manifiesta que la atendibilidad del derecho que asiste al trabajador, no ya en su calidad de tal, sino como hombre y ciudadano, de obtener una indemnización integral de todos los perjuicios sufridos, dependa, en última instancia, de la Sala de la Cámara de Trabajo que resulte sorteada para

conocer su caso, o de la integración de la misma.

Asimismo, se propone la unificación de parámetros para valorar y cuantificar el daño moral, una vez admitida su procedencia en el caso particular. Al respecto, una posibilidad sería, mediante acuerdo plenario, fijar el criterio a seguir para llevar a cabo estas acciones. Se reconoce la conveniencia de adoptar el que postula como pauta para determinar el monto indemnizatorio del agravio moral la entidad objetiva del daño sufrido, lo que exige mayor rigurosidad en la fundamentación de los jueces en torno a las circunstancias fácticas que han tenido en consideración y su incidencia en el *quantum* fijado, lo que habilita su posterior revisión.

No se desconoce que el daño moral como tal es inmensurable económicamente, pero que dentro del sistema indemnizatorio actual su resarcimiento dinerario se presenta como la mejor opción, siempre atendiendo a las circunstancias particulares del caso concreto, porque su valuación, se sostiene, no es una operación que pueda ser fijada con pretensiones de validez general. No obstante, considerando que el sistema de valoración y cuantificación judicial actual de este agravio, al menos en la materia examinada, presenta una notable disparidad en relación a los montos que se mandan a pagar por dicho concepto – sin siquiera mencionar su exigüidad si se los compara con los fijados por la Justicia Civil –, conspirando contra los valores de seguridad jurídica, equidad y justicia, se propicia, como un recurso para unificar criterios, siguiendo la propuesta de otros autores en la materia (Keselman, 2011; Pizarro, 1996), la publicación periódica de los montos indemnizatorios para que los jueces cuente con parámetros, se aclara, de referencia, prudentemente ponderados según el momento histórico formulado y las particularidades del caso concreto.

En este sentido, se ha sugerido la confección de *tablas comparativas de antecedentes judiciales* que permitan a los tribunales tener en cuenta las pautas empleadas en

pronunciamientos expedidos en casos afines, para evitar los decisorios contradictorios en supuestos similares. En otras palabras, ubicar el monto fijado en un contexto con otras indemnizaciones de tenor semejante. Se entiende que todo ello redundaría en un beneficio tanto para el abogado que asiste al trabajador en su reclamo, el cual contaría con parámetros para efectuarlo acabadamente, para el empleado, que podría prever aproximadamente el resarcimiento que debería abonar, y para el juzgador, a la momento de valorar y cuantificar el perjuicio.

Finalmente, y en el entendimiento de que la tarifa legal del artículo 245 de la LCT no es omnicomprendiva de todos los daños que sufre el trabajador cuyo contrato de trabajo se resuelve, incluso en los casos de despido directo liso y llano, se sugiere la apertura del reclamo adicional del daño moral, probado por el trabajador, para que éste cuente con la misma protección que se otorga a todo individuo – por el sólo hecho de serlo – que ha sufrido un daño a obtener su reparación integral. Pues de lo contrario, el trabajador, por su calidad de tal, quedaría sujeto a los caprichosos vaivenes del *mercado* del trabajo, con todos los perjuicios que ello le irroga, y como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación “El hombre no debe ser objeto de mercado alguno, sino señor de todos éstos, los cuales sólo encuentran sentido y validez si tributan a la realización de los derechos de aquél y del bien común. De ahí que no debe ser el mercado el que someta a sus reglas y pretensiones las medidas del hombre ni los contenidos y alcances de los derechos humanos”¹⁰⁸.

¹⁰⁸ CSJN, Vizzoti, Carlos A. c/ Amsa S.A. s/ Despido, Fallos: 327:3677 (2004).

LISTADO DE REFERENCIAS

1. LEGISLACIÓN

Decreto 326/1956.

Decreto reglamentario 7979/1956.

Decreto 2014/2004.

Decreto 1433/2005.

Decreto 1224/2007.

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de la Organización de Estados Americanos (1948).

Declaración Universal de los Derechos del Hombre de la Organización de Naciones Unidas (1948).

Carta de la Organización de Estados Americanos (1948).

Código Civil Argentino.

Constitución Nacional de la República Argentina.

Convención Americana sobre Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos (1969).

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de la Organización de las Naciones Unidas (1946).

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de la Organización de las Naciones Unidas (1965).

Convenio N° 95 sobre la protección del salario de la Organización Internacional del Trabajo (1949).

Convenio N° 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación) de la Organización Internacional del Trabajo (1958).

Convenio N° 158 sobre la terminación de la relación de trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (1982).

Ley Nacional N° 12.908 Estatuto del Periodista Profesional (1947).

Ley Nacional N° 12.981 Estatuto de Encargados de Casa de Renta (1947).

Ley Nacional N° 14.250 sobre Convenciones Colectivas de Trabajo (t.o. 2004).

Ley Nacional N° 14.546 de Viajantes de Comercio (1958).

Ley Nacional N° 18.598 (1970).

Ley Nacional N° 20.160 Estatuto del Jugador de Fútbol Profesional (1973).

Ley Nacional N° 20.744 de Contrato de Trabajo (t.o. 1976).

Ley Nacional N° 22.425 (1981).

Ley Nacional N° 22.248 Régimen del Trabajador Agrario (1980).

Ley Nacional N° 22.250 de la Industria de la Construcción (1980).

Ley Nacional N° 23.551 de Asociaciones Sindicales (1988).

Ley Nacional N° 23.592 de Actos Antidiscriminatorios (1988).

Ley Nacional N° 23.697 de Emergencia Económica (1989).

Ley Nacional N° 24.013 de Empleo (1991).

Ley Nacional N° 24.185 sobre Convenciones Colectivas de Trabajo para la Administración Pública Nacional (1992).

Ley Nacional N° 25.013 de Reforma Laboral (1998).

Ley Nacional N° 25.164 Marco Regulatorio de Empleo Público Nacional (1999).

Ley Nacional N° 25.323 (2000).

Ley Nacional N° 25.561 de Emergencia Pública y de Reforma del Régimen Cambiario (2002).

Ley Nacional N° 25.820 (2003).

Ley Nacional N° 25.972 (2004).

Ley Nacional N° 25.877 de Ordenamiento del Régimen Laboral (2004).

Observación General N° 18 del Consejo de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización Nacional de Naciones Unidas (2005).

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas (1966).

Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles de la Organización de Naciones Unidas (1966).

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Estados Americanos (1988).

Recomendación N° 166 sobre la terminación de la relación de trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (1982).

2. DOCTRINA

II Jornadas de Derecho Civil. San Juan, Argentina. Agosto-Septiembre, 1984.

V Jornadas Argentinas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Córdoba, Argentina. Octubre, 1981.

Ackerman, M. E. (2000). Validez constitucional de la tarifa con tope en la indemnización por despido arbitrario de cara a la doctrina actual de la Corte Suprema de Justicia. *Revista de Derecho Laboral. Extinción del Contrato de Trabajo I*, 2000 (1), 149-179.

Álvarez Bangueses, R. y Fernández Pardo, G. (2008). Indemnización ordinaria por despido arbitrario. M.E.A., A.S. (Eds.), *Extinción de la relación laboral* (pp. 437-470). Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.

Álvarez Chávez, V. H. (1987). *Reparación del Daño Moral en el Derecho del*

Trabajo. Buenos Aires, Argentina: Lerner.

Arese, C. (2011). La readmisión laboral en el PIDESC, el Convenio 158 de la OIT y el Protocolo de San Salvador a través del fallo de la CSJN “Álvarez”. *Revista de Derecho Laboral. Extinción del Contrato de Trabajo III*, 2011 (1), 33-57.

Baldviezo, C. M. (2011). El alcance de la indemnización prevista por el art. 245 de la LCT frente al reclamo del daño moral. *Revista Derecho del Trabajo LXXI*, 2011 (8), 1979-1987.

Brain, H. D. (2011). La reparación por daños ante la disolución injustificada del contrato de trabajo. *Revista de Derecho Laboral. Extinción del Contrato de Trabajo III*, 2011 (1), 193-232.

Coterno, H. F. (2011). Ensayo sobre el derecho a la estabilidad. *Revista de Derecho Laboral. Extinción del Contrato de Trabajo III*, 2011 (1), 59-66.

Duarte, D. (2011). La estabilidad del empleo público. *Revista de Derecho Laboral. Extinción del Contrato de Trabajo III*, 2011 (1), 95-124.

Elffman, M. (2000). La responsabilidad del empleador por el despido discriminatorio. *Revista de Derecho Laboral. Extinción del Contrato de Trabajo I*, 2000 (1), 241-269.

Elías, J. (2011). La crisis del sistema de protección contra el despido arbitrario. *Revista de Derecho Laboral. Extinción del Contrato de Trabajo III*, 2011 (1), 11-31.

Fernández Sessarego, C. (1999). Daño moral y daño al proyecto de vida. *Revista de Derecho de Daños. Daño moral*, 1999 (6), 25-52.

Fertitta, F. M. (2011). El tope indemnizatorio previsto por el artículo 245 de la LCT a la luz de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Revista de Derecho Laboral. Extinción del Contrato de Trabajo III*, 2011 (1), 269-288.

Goldenberg, I. H. (1999). El daño moral en las relaciones de trabajo. *Revista de*

Derecho de Daños. Daño moral, 1999 (6), 261-297.

Iribarne, H. P. (1999). La cuantificación del daño moral. *Revista de Derecho de Daños. Daño moral, 1999* (6), 185-215.

Keselman, S. A. (2011). La cuantificación del daño moral vinculado al despido: tendencias jurisprudenciales. *Revista de Derecho Laboral. Extinción del Contrato de Trabajo III, 2011* (1), 289-307.

Las Heras, H., Tosca, D. y Draga Gigena, J. I. (2008). Estabilidad en el empleo. M.E.A., S.A. (Eds.). *Extinción de la relación laboral*. (pp. 15-65). Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.

Mayo, J. A. (1999). El daño moral. Los diversos supuestos característicos que lo integran. *Revista de Derecho de Daños. Daño Moral, 1999* (6), 179-181.

Mosset Iturraspe, J. (2000). Daño moral en la extinción del contrato de trabajo. *Revista de Derecho Laboral. Extinción del Contrato de Trabajo I, 2000* (1), 181-189.

Mosset Iturraspe, J. (1999). Daño moral. Noción. Crítica a la denominación. Daño extrapatrimonial. Daño a la persona. *Revista de Derecho de Daños. Daño moral, 1999* (6), 7-23.

Ojeda, R. O. (2011). De la extinción del contrato de trabajo. R.H.O. (Ed.). *Ley de Contrato de Trabajo. Comentada y Concordada*. (2º Ed.) (pp. 265-567). Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.

Ojeda, R., Marisa, O. y Hermida, I. (2008). Indemnizaciones extratarifadas por la extinción de la relación de trabajo. M.E.A., S.A. (Eds.). *Extinción de la relación laboral*. (pp. 649-700). Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.

Organización Internacional del Trabajo (2009). Nota sobre el Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166 sobre la terminación de la relación de trabajo. Recuperado el

normes/documents/meetingdocument/wcms_171432.pdf

Pepe C. y Piñeiro A. (2008). Despido con causa y Despido sin causa. M.E.A., A.S. (Eds.). *Extinción de la relación laboral*. (pp. 303-313). Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.

Pinto Varela, S. E. (2008). Despido. Conceptos Generales. Naturaleza y Efectos del Despido. M.E.A., A.S. (Eds.). *Extinción de la relación laboral*. (pp. 271-284). Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.

Pizarro, R. D. (1996). *Daño Moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del Derecho*. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.

Pizarro, R. D. y Vallespinos, C. G. (1999). *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.

Raffaguelli, L. (2011). Otra mirada sobre el fallo “Vizzoti”. Actualización de un tema irresuelto: el despido y el derecho a la estabilidad. El derrotero de la doctrina judicial: de “Vizzoti” a “Álvarez”. *Revista de Derecho Laboral. Extinción del Contrato de Trabajo III, 2011* (1), 233-267.

Ramírez Bosco, L. (1985). *Manual del despido*. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.

Rodríguez Mancini, J. (2008). Cómo sancionar los despidos discriminatorios. Recuperado el 26/08/2012 <http://www.losrecursoshumanos.com/contenidos/1777-como-sancionar-despidos-discriminatorios.html>.

Rodríguez Mancini, J. (2011). Estabilidad del empleado público. *Revista de Derecho Laboral. Extinción del Contrato de Trabajo III, 2011* (1), 67-94.

Rubio, V. (2000). Discriminación en el trabajo. Despido discriminatorio. *Revista de*

Derecho Laboral. Extinción del Contrato de Trabajo I, 2000 (1), 219-239.

Salpeter, P y Pepe, C. (2008). Indemnizaciones tarifadas agravadas. M.E.A., A.S. (Eds.), *Extinción de la relación laboral* (pp. 625-647). Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.

Samuel, O. M. (2007). Daño moral en el Contrato de Trabajo. O.M.S. (Ed.) *Temas Claves de Derecho del Trabajo* (pp. 223-253). Córdoba, Argentina: López-Moreno.

Samuel, O. M. (2007). El despido. O.M.S. (Ed.) *Temas Claves de Derecho del Trabajo* (pp. 37-105). Córdoba, Argentina: López-Moreno.

Serrano Alou, S. (2011). Derecho al Trabajo, Protección contra el Despido Arbitrario y Estabilidad. *La Instancia Judicial. Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2011 (1), 19-48.

Unzaga Domínguez, G. (2004). *La protección contra el despido arbitrario*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.

3. JURISPRUDENCIA

CCCom, Rosario, Sala II, S., R. c/ SISO SRL y otra, LL. 2001-E-310 (2000).

CNAT, En pleno, Brandi, Roberto A. c/ Lotería Nacional SE, Plenario 298, DT. 2000-2176 (2000).

CNAT, En pleno, Katez de Echazarreta, Catalina c/ Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Plenario 168, LL. 144-331 (1971).

CNAT, En pleno, Sawady, Manfredo c/ SADAIC s/ Cobro de pesos, Plenario 218, DT. 1979-371 (1979).

CNAT, En pleno, Tulosai, Alberto P. c/ Banco Central de la República Argentina, Plenario 322, DT. 2009-diciembre-381 (2009).

CNAT, Sala I, Laguna, Miguel A. c/ Synero Argentina S.A., DT. 1995-B-1618 (1995).

CNAT, Sala I, Negri, Iván A. y otro c/ Glaciar Plus S.A., Manual de Jurisprudencia de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, 2004, pp. 318 (2003).

CNAT, Sala I, Zalazar, Raúl E. c/ Gas Natural Ban S.A., LL. 2000-A-20 (1999).

CNAT, Sala II, Coman, María C. c/ Tía S.A., Manual de Jurisprudencia de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, 2004, pp. 318 (2002).

CNAT, Sala II, González, Fidel J. c/ Unión Trabajadores Gastronómicos de la República Argentina, DT. 1983-679 (1982).

CNAT, Sala II, Lema, Sandra c/ Piero de Neil, Herminia, Manuales de Jurisprudencia La Ley, 2002, pp. 689 (1993).

CNAT, Sala II, M., J. c/ Coto S.A., Revista Derecho del Trabajo, 2011, pp. 1983 (2010).

CNAT, Sala II, Poy, Cristian c/ Automóviles San Jorge S.A. y otros s/ despido, Revista Derecho del Trabajo, 2011, pp. 1983 (2007).

CNAT, Sala III, Almazán, Alejandra c/ Ateneo Argentina S.A. y otro, IMP. 2008-15-8-1352 (2008).

CNAT, Sala III, D'Amato de Bernardini, Delia c/ Colgate Palmolive, DT. 1976-882 (1975).

CNAT, Sala III, Guajardo Clavero, Raúl L. c/ Aerolíneas Argentinas S.A., Manual de Jurisprudencia de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, 2004, pp. 316 (1998).

CNAT, Sala III, Marcial, Felisa del Carmen c/ Ventura Hnos. S.A., Manual de Jurisprudencia de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, 2004, pp. 317 (2000).

CNAT, Sala III, Parisi, Gustavo D. c/ Banque Indosuez y otros, Manual de Jurisprudencia de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, 2004, pp. 316 (2002).

CNAT, Sala III, Rondón, Mario c/ Tab Torres S.A., Manuales de Jurisprudencia La

Ley, 2002, pp. 689 (1992).

CNAT, Sala IV, Basail, Rubén E. c/ Mouso Hnos. SCA, LL. 2002-A-739 (2001).

CNAT, Sala IV, García, Nelson A. c/ Laboratorio Alex S.A., DT. 1981-585 (1980).

CNAT, Sala IV, Leiva, Gladys M. c/ Carlan S.A., DT. 2002-A-81 (2001).

CNAT, Sala IV, Rafaelle, María T. c/ Consorcio de Copropietarios Edificios Anchorena 1772, DT. 1984-934(1984).

CNAT Sala V, Cassi, Felipe c/ Policlínica Privada de Cirugía y Medicina S.A., DT. 1999-B-2271 (1999).

CNAT, Sala V, S., M. A. c/ La Universal S.A., DT. 1995-B-1254 (1995).

CNAT, Sala VI, Cámpora, Carlos c/ García, Bonifacio, Manuales de Jurisprudencia La Ley, 2002, pp. 689 (1994).

CNAT, Sala VI, Coliman Mariqueo, Juan E. c/ Transportadora Latinoamericana Ltda., DT. 1998-B-2421 (1998).

CNAT, Sala VI, Hochbaum c/ Pami, LL. 2000-B-348 (1999).

CNAT, Sala VI, Pistelli, Omar J. c/ Cirlafin S.A., DT. 1997-A-533 (1996).

CNAT, Sala VI, Prochietto, Gloria S. c/ Raymond and Roy S.A., DT. 1999-2001 (1999).

CNAT, Sala VI, Roldán, Victor H. c/ Establecimiento Cerlan S.A. y otro, DT. 1981-1728 (1981).

CNAT, Sala VI, Trinz, Pedro c/ El Cóndor S.A., DT. 1998-B-2078 (1998).

CNAT, Sala VII, Bascuas, Rodolfo y otro c/ Romano Hnos. S.A., DT. 1997-B-2284 (1997).

CNAT, Sala VII, Hernández, Irma A. c/ Banco Nueva Era Coop. Ltda., DT. 1997-B-1387 (1996).

CNAT, Sala VII, T., C. c/ O.G.A. SRL y otro, DT. 1994-A-33 (1993).

CNAT, Sala VIII, Lambruschini, Carlos A. c/ Caja de Subsidios Familiares para Empleados de Comercio, TSS. 1983-1291 (1983).

CNAT, Sala IX, Gómez, Hilda c/ San Sebastian S.A. s/ daños y perjuicios, Revista Derecho del Trabajo, 2011, pp. 1984 (2007).

CNAT, Sala X, Argüello, Rolando c/ Argensun S.A. s/ despido, Revista Derecho del Trabajo, 2011, pp. 1983 (2007).

CNAT, Sala X, Mazzei, José M. c/ Cargill S.A., Manual de Jurisprudencia de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, 2004, pp. 317 (2002).

CNCiv., Sala C, M., M. A. c/ Bagley S.A. y otros, DT. 2001-105 (1999).

CSJN, Álvarez, Maximiliano y Otros c/ Cencosud S.A., La Instancia Judicial-Práctica Laboral-2011-1-Fallo A459 (2010).

CSJN, Carrizo, Domingo y otros c/ Administración General de Puertos, Fallos: 304:972 (1982).

CSJN, De Luca, José E. y otro c/ Banco Francés del Río de la Plata, Fallos: 273:87 (1969).

CSJN, Figueroa, Oscar F. y otro c/ Loma Negra, C.I.A S.A., DT. 1984-B-1809 (1984).

CSJN, Fontal, Alberto c/ Corporación Argentina de Productores de Carnes y/u otros, DT. 1976-882 (1976).

CSJN, Grosso, Bartolo c/ San Sebastián SACIFIA s/ Cobro de pesos, Fallos: 313:850 (1990).

CSJN, Leroux de Emede, Patricia S. c/MCBA, Fallos: 314:376 (1991).

CSJN, Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas s/Reincorporación, DT. 2007-A-557 (2007).

CSJN, Marianetti, Luis P. c/ Bodegas y Viñedos López SAIC, Fallos: 317:1455 (1994).

CSJN, Nazar, Luis M. c/ Asociación Trabajadores de la Industria Lechera de la República Argentina, Fallos: 302:319 (1980).

CSJN, Paluri, Heino c/ Establecimientos Metalúrgicos Santa Rosa S.A. s/ Despido, Fallos: 306:1964 (1984).

CSJN, Pelaia, Aurelio P. c/ Sadaic, Fallos: 315:1441 (1992).

CSJN, Ranzuglia, Alicia G. c/ Fundación Universidad de Belgrano, Fallos: 306:783 (1999).

CSJN, Rivero, Julio c/ Empresa Líneas Marítimas Argentinas S.A., DT. 1997-A-664 (1996).

CSJN, Solanillas, César c/ Gobierno de la Provincia de Corrientes, Fallos: 279:352 (1971).

CSJN, Ulman, Miguel c/ VASA s/ Despido, Fallos: 306:1311 (1984).

CSJN, Vega, Humberto A. c/ Consorcio de Propietarios del Edificio Loma Verde y otro, DT. 1994-A-632 (1994).

CSJN, Vega, Leonardo M. y otros c/ D'Angiola Arcucci, DT. 1997-A-1097 (1996).

CSJN, Villareal, Adolfo F. c/ Roemmers S.A. S/ Cobro de Salarios, Fallos: 320:2665 (1997).

CSJN, Vizzoti, Carlos A. c/ AMSA S.A. s/ Despido, Fallos: 327:3677 (2004).

CTrab., Córdoba, Sala IV, Díaz Romanese, Esteban Alejandro c/ Disco S.A., LL. C 2008-12-1208 (2008).

CTrab., Córdoba, Sala V, Montalván, Héctor H. c/ Saleme, Scharifa S. de y/u Otro, LL. C 2005-10-1041 (2005).

CTrab., Córdoba, Sala VI, Bono, Daniela Irene c/ Asef, Jorge Fernando, Sentencia N° 12 (2008).

CTrab., Córdoba, Sala VI, Clariá Ruíz, María Pia c/ San Pedro Apostol S.A. y/u Otro, Sentencia N° 30 (2005).

CTrab., Córdoba, Sala VI, Flores, Héctor E. c/ Fiat Auto Argentina S.A. y Otro, Sentencia N° 58 (2011).

CTrab., Córdoba, Sala VI, Marquez Montoya, Soledad M. F. c/ Dumbotex Riojana S.A., Sentencia N° 14 (2012).

CTrab., Córdoba, Sala VI, Nievas, María Belén c/ Pinasco, Valeria Inés, Sentencia N° (2010).

CTrab., Córdoba, Sala VII, Navarro, Marisa R. c/ Disco S.A. (2009).

CTrab., Córdoba, Sala VII, Pazos, Luis A. c/ Labinca S.A. y Otro (2010).

CTrab., Córdoba, Sala X, Barrionuevo, Daniel Del Valle c/ Disco S.A., Sentencia N° 6 del 27 de febrero de (2003).

CTrab., Córdoba, Sala X, Díaz, Héctor J. c/ Mina, Claudio Luis y Otra, Sentencia N° 64 (2004).

CTrab., Córdoba, Sala XI, Díaz, Esther Lidia c/ Fundación Independencia, Sentencia N° 61 (2012).

CTrab. y Fam., Cruz del Eje, Abufalia, José V. c/ Tiempo S.A., LL. C. 2000-752 (1999).

Jlab., 5ta. Nom., Rosario, M., C. c/ D., A. M. y/u otro, LL. Litoral. 2007-11-1126 (2007).

SCJBA, Ojeda, Aparicio D. y otros c/ Swift Armour Argentina S.A., A. y S., 1987-IV-

503 (1987).

Trib. Trab. Nº 1, Necochea, V., M. M. c/ F. S. C., LL. B.A. 1996-950 (1995).

TSJ, La Rioja, Parisi Tella, Ramon R. c/ Colorex S.A. s/ Despido, La Instancia Judicial-Práctica Laboral-2011-1-Fallo A449 (2010).

TSJ, Sala Laboral, Córdoba, Bedran, Javier c/ Falabella S.A., La Instancia Judicial-Práctica Laboral-2011-1-Fallo A447 (2010).

TSJ, Sala Laboral, Córdoba, Ostiatti, Jerónimo c/ C.C.C. La Capital de La Plata Ltda., La Instancia Judicial-Práctica Laboral-2011-1-Fallo A448 (2011).

TSJ, Sala Laboral, Córdoba, Peralta, Miguel A. c/ Ciudad de Córdoba SACIF, La Instancia Judicial-Práctica Laboral-2011-1-Fallo A435 (2010).

TSJ, Sala Laboral, Córdoba, Tobio, Fabián A. c/ Danmor S.A. – Recurso de Casación, Sentencia Nº 45 (2012).

Identificación del Autor

Apellido y nombre del autor:	ANTONINO, MARIA AGUSTINA
E-mail:	agus_tina_ant@yahoo.com.ar
Título de grado que obtiene:	ABOGADO

Identificación del Trabajo Final de Graduación

Título del TFG en español	PROCEDENCIA, VALORACION Y CUANTIFICACION DEL DAÑO MORAL VINCULADO AL DESPIDO INCAUSADO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA PROVINCIA DE CORDOBA
Título del TFG en inglés	ADMISSIBILITY, VALUATION AND ASSESSMENT OF MORAL DAMAGE ENTAILED TO UNJUSTIFIED DISMISSAL INDEMNITY IN PROVINCE OF CORDOBA'S JURISPRUDENCE
Tipo de TFG (PAP, PIA, IDC)	PIA
Integrantes de la CAE	MENDEZ, MIRIAM – MARCELINO, LEONARDO
Fecha de último coloquio con la CAE	10 DE DICIEMBRE DE 2012
Versión digital del TFG: contenido y tipo de archivo en el que fue guardado	TRABAJO FINAL DE GRADO EN PDF

Autorización de publicación en formato electrónico

Autorizo por la presente, a la Biblioteca de la Universidad Empresarial Siglo 21 a publicar la versión electrónica de mi tesis. (marcar con una cruz lo que corresponda)

Autorización de Publicación electrónica:

- Si, inmediatamente**
- Si, después de mes(es)**
- No autorizo**

Firma del alumno