



Trabajo final de graduación

El *ius variandi* en los contratos de trabajo

en la provincia de Córdoba.

Posibilidad jurídica de aplicación del daño moral.

Jessica P. Gaviglio

Abogacía

2019

RESUMEN

El presente trabajo centra su estudio, específicamente, en el daño moral producido al trabajador producto de los abusos del *ius variandi*, para luego considerar si la indemnización tarifada del art. 245 de la LCT es equitativo y justo para el reclamo de los daños morales producidos al trabajador en ocasión del despido indirecto; todo ello en el marco de la provincia de Córdoba. Tomando como base diversa doctrina y jurisprudencia y a través de un profundo análisis de las normas legales se adelanta que es factible contemplar en la norma una indemnización extra-tarifada para el resarcimiento de los daños morales cuyo reclamo debe ser tramitado en el fuero laboral.

Palabras claves: *Ius variandi* - Daño moral por abuso del *ius variandi* - Resarcimiento del daño moral - Indemnización del art. 245 - Indemnización extra-tarifada

ABSTRACT

This work deals with his study, specifically, the moral damage to worker abuses of *ius variandi* product, to then consider if the article 245 of the LCT-amount compensation is fair and just for the claim of moral damage to the worker on the occasion of the indirect dismissal. Taking as Base different doctrine and jurisprudence and through a deep analysis it is concluded that it is feasible to contemplate in the standard compensation extra-tariffed for compensation for moral damages whose claim should be processed in the labour jurisdiction.

Keywords: *Ius Variandi* - moral damage by abuse of the *ius variandi* - compensation for moral damage - article 245 compensation - compensation extra-tariffed

Índice

Introducción.....	1
Capítulo 1: Reseña del marco jurídico del <i>ius variandi</i>	7
Introducción.....	8
1.1 Derecho del trabajo. Concepto	8
1.1.1 Propósito del derecho del trabajo.....	8
1.1.2 Principios del derecho del trabajo.....	9
1.2 Contrato de trabajo. Concepto	15
1.2.1 Caracteres del contrato de trabajo	15
1.2.2 Sujetos: El trabajador y el empleador	17
1.3 Derechos y deberes de las partes en la relación de trabajo.....	18
1.3.1 Derechos del empleador	19
1.3.2. Deberes del empleador	20
1.3.3 Derechos del Trabajador	23
1.3.4. Deberes del Trabajador	23
Capítulo 2: El <i>Ius variandi</i> . Marco legal	27
2.1 Reseña histórica del <i>ius variandi</i>	28
2.2 Concepto de <i>ius variandi</i>	29
2.2.1 Análisis del primer párrafo del artículo 66 de la LCT: requisitos y límites al empleador.	30
2.2.2 Análisis del segundo párrafo del artículo 66 de la LCT: mecanismos de defensa del trabajador ante el uso abusivo del <i>ius variandi</i> causándole daño moral.	31
2.2.2.1 Despido indirecto del artículo 246 de la LCT.....	32
2.2.2.2 Acción cautelar o reposición por vía sumarísima	33
2.2.2.3 Otros mecanismos de defensa: la excepción de incumplimiento contractual	33
Capítulo 3: La cuestión del daño moral ante el ejercicio abusivo del <i>ius variandi</i> . La indemnización tarifada del artículo 245 de la LCT	38
3.1 Daño moral. Definición doctrinaria.....	39
3.1.1 Doctrina que identifica al daño con lesión a un derecho subjetivo.....	40
3.1.2 Doctrina que identifica al daño con lesión a un interés legítimo	41
3.1.3 Doctrina que identifica al daño con el resultado o consecuencia de su acción	41
3.2 El rango constitucional del daño moral y su recepción en el ordenamiento jurídico.....	42
3.3 Objeciones al daño moral	43

3.4 La prueba del daño moral en el ámbito contractual y extracontractual.....	44
3.5 Reparación del daño moral.....	45
3.6 La indemnización tarifada del artículo 245 y la noción de indemnización extra tarifada para el resarcimiento del daño moral del trabajador.....	46
3.6.1 Análisis doctrinario de las diferentes teorías de la indemnización del daño moral.	47
3.6.2 Jurisprudencia en materia de indemnización tarifada del artículo 245 de la LCT. La postura detractora	49
3.6.3 Fundamentación de la admisibilidad de la indemnización extra tarifada por daño moral.....	50
3.7 El reclamo de la indemnización del daño moral en el fuero laboral	51
3.8 Jurisprudencia de la provincia de Córdoba.....	52
3.8.1 Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba “Pereyra Elizabeth Roxana c. Brocatto S.A. s/ ordinario - despido - recurso de casación”.....	52
Conclusiones.....	55
Bibliografía.....	58

Introducción

La Ley de Contrato de Trabajo en su art 66, primer párrafo, otorga al empleador la facultad de modificar las condiciones del contrato de trabajo, conocida también como *ius variandi*. No obstante, sujeta esta potestad a los requisitos de razonabilidad, no alteración esencial del contrato y de indemnidad; es decir, no debe presentarse ningún tipo de perjuicio material y moral para el trabajador.

Cabe traer a colación, para orientar la importancia de la reglamentación actual del instituto del *ius variandi*, que en su regulación originaria (art. 71, ley 20.744) facultaba al trabajador -en caso de que el empleador modificara arbitrariamente las condiciones de trabajo- a considerarse despedido sin causa y reclamar la indemnización correspondiente, o solicitar judicialmente permanecer en su puesto de trabajo, en cuyo caso la empresa debía mantenerlo en las condiciones pactadas hasta tanto recayera sentencia definitiva. A *posteriori*, la ley 21.297 -del año 1976- modificó la redacción del párrafo 2º, estableciendo como única prerrogativa para el trabajador en el caso del ejercicio abusivo del *ius variandi* la posibilidad de despido indirecto.

Finalmente, la ley 26.088, sancionada en 2006, restituyó la facultad del trabajador de accionar judicialmente demandando el restablecimiento de las condiciones alteradas en los términos que preveía el antes referido art. 71 en su primigenia redacción. El actual artículo parecería darle una clara protección a la continuidad al vínculo laboral, por lo cual el dependiente podría utilizar la facultad de intentar restablecer las condiciones alteradas de manera prudente y responsable, porque -de lo contrario- podría ocasionarse la ruptura del contrato de trabajo.

El *ius variandi*, va de suyo, ha sido definido como una potestad emergida de las facultades de organización y dirección del empresario. En suma, al decir de Grisolia (2007) el *ius variandi* es la potestad del empleador de variar, dentro de ciertos confines, las modalidades de prestación de las tareas del dependiente. Se constituye, así como una prerrogativa excepcional y unilateral del empleador para alterar algunos aspectos del contrato de trabajo sin que el trabajador pueda oponerse válidamente a esos cambios, en tanto y en cuanto esa alteración respondan a causas objetivamente razonables, o no se alteren las condiciones esenciales del contrato de trabajo y/o no se cause un perjuicio económico ni moral al trabajador.

Por otra parte, con el objetivo de buscar el equilibrio en la relación laboral, el legislador a través del art. 66 de la LCT, en su segundo párrafo, brinda al trabajador dos herramientas legales para el caso que el empleador haga ejercicio un *ius variandi* de modo abusivo: la opción de considerarse despedido sin causa (despido indirecto) o el iniciar las acciones para el restablecimiento de las condiciones de trabajo por proceso sumarísimo. Puede advertirse que estas herramientas legales se tratan de una intimación que puede ser efectuada bajo los dos apercibimientos antes citados: el de considerarse el trabajador despedido en forma indirecta, en cuyo caso nada le impide acudir previamente a la justicia solicitando el restablecimiento de la situación anterior siempre que éste no se hubiera convertido de cumplimiento imposible. O el dependiente bien puede intimar el restablecimiento a la situación anterior, en cuyo caso no podría darse por despedido sin intentar la acción judicial (Caubet, 2013).

Se infiere que este instituto del *ius variandi* es un corolario normal de las exigencias del mundo actual para mantener a las empresas idóneas y competitivas en la era del mercado globalizado. Por tanto, es una prerrogativa que debe realizarse dentro de determinados límites y requisitos, siempre respetando los principios del derecho laboral, para que el actuar del empleador no menoscabe ni trasgreda derechos básicos, como la honra, dignidad o integridad de su dependiente, sometido a una relación de subordinación.

En ese sentido podría afirmarse que se estaría frente a un ejercicio abusivo del *ius variandi* cuando las tareas que se le encomienden al trabajador sean completamente diferentes a las que venía realizando, pero además lo perjudican material y moralmente en tanto modifican sus condiciones laborales previas, tales como su categoría, salario, entre otros aspectos. En suma, se trata de la violación a derechos adquiridos por el trabajador. Por lo contrario, no configuraría un *ius variandi* abusivo un cambio de las labores cuando no afecten justamente dichos derechos.

Al decir de Mirolo (2002) se entiende que la facultad de *ius variandi* que goza el empleador puede tornarse abusiva en cuanto a los cambios que él introduzca en el contrato de trabajo, sin consultarle al empleado, -porque precisamente es un poder unilateral-, en tanto modifique algún aspecto de la estructura esencial del acuerdo, el dependiente se vea perjudicado de alguna manera. A modo de ilustración puede hacerse referencia al empleado de una empresa de medicina prepaga a quien descienden de categoría y le imponen un

horario de trabajo de 6 horas diarias de lunes a viernes, cuando su jornada habitual era de lunes a viernes 8 horas diarias, más los días sábados, 4 horas por la mañana. En ese caso se le disminuye su salario. Aquí sí hay ejercicio abusivo de *ius variandi*.

Distinta es la situación si el empleado es trasladado de sucursal o una rotación de horarios, donde el traslado desde su hogar a las oficinas y/o el horario nuevo, no le influye perjudicialmente. En este caso, no podría hablarse de un abuso en la potestad del empleador en el marco del *ius variandi*.

Es necesario también hacer referencia, desde el punto de vista externo de la relación laboral, la desventaja que representa para el trabajador la coyuntura de la difícil situación socioeconómica por la que atraviesa el país; algo que lleva inexorablemente a insuficiente la generación de puestos de trabajo. Esta circunstancia obliga, en muchos casos, al trabajador aceptar el abusivo *ius variandi* del empleador para no perder su única fuente de ingreso.

De lo antes dicho se colige que el estudio en el presente trabajo del art. 66 de la Ley de Contrato de Trabajo (en adelante, LCT) será a partir del marco histórico para analizar el derrotero de su evolución y sus reformas en Argentina. También se abordarán los requisitos de procedencia (razonabilidad, no alteración de modalidades esenciales del contrato y sin provocar daños materiales y/o morales), que deben cumplimentarse en aras de no caer en un ejercicio abusivo del *ius variandi*, y para que esta potestad del empleador pueda considerarse legítima, tal como exige la primera parte del mentado precepto normativo.

Por lo expuesto hasta aquí es que el problema de investigación que se propone resolver se presenta en los siguientes términos: ¿Con qué herramientas legales cuenta un trabajador ante el uso abusivo por parte del titular del *ius variandi* que lo agravia moralmente? En ese mismo sentido es dable preguntarse también si, una vez causado el daño moral al dependiente quien se considera despedido de forma indirecta, ¿es resarcido el trabajador, íntegramente de acuerdo a la indemnización del art. 245 de la LCT? Si no fuera así, ¿qué solución se podría ofrecer al empleado?.

El objetivo de este trabajo es, por tanto, analizar las herramientas que se le brindan al trabajador en el ordenamiento jurídico argentino ante el uso arbitrario de *ius variandi* que lo agravia moralmente. Además, se busca determinar si está contemplado este daño moral

en la indemnización del artículo 24 de la LCT, y si es dicha indemnización justa, equitativa, integral y reparadora para el trabajador.

Para poder resolver estos cuestionamientos, se parte de la hipótesis que afirma que en caso de materializarse el ejercicio abusivo del *ius variandi* por parte del empleador, este puede provocar en el trabajador, además de perjuicios materiales, un daño moral. De allí que ante tal arbitrariedad y gravedad de la lesión, uno de los mecanismos legales de defensa de los derechos laborales del dependiente se encuentra en el art. 246 de la LCT y que no es más que el considerarse despedido indirectamente.

De allí, en caso del despido indirecto, la indemnización pertinente es la del art. 245 de la LCT que no resarce el daño moral ni justa ni equitativamente; por tanto se infiere la necesidad de incorporarle una indemnización extra tarifada por daño moral en casos excepcionales y debidamente fundados y acreditados los hechos de despidos intempestivos (tal a situación de abuso *ius variandi*). Todo ello atento que dicha ruptura de la relación laboral es perjudicial desde el costado patrimonial pero también anímica y moralmente para el trabajador. Sin embargo, no se debe generalizar dicha indemnización, sino particularizarla en casos extraordinarios.

Con respecto a los objetivos específicos, se hace referencia a los siguientes: explicar el marco legal del derecho laboral, específicamente el contrato de trabajo, sus partes y los derechos y deberes de cada una de ellas; definir el instituto del *ius variandi*, sus requisitos y límites; describir los mecanismos jurídicos con los que cuenta el trabajador al ser afectado moralmente en caso de ser víctima del uso abusivo o arbitrario del *ius variandi*; explicar el concepto y finalidad del daño moral y determinar su importancia dentro del derecho laboral; revelar el modo de probar el daño moral; examinar la indemnización del art. 245 de la LCT y señalar si la misma es justa, integral y equitativa, analizar los fundamentos de la jurisprudencia cordobesa respecto a la procedencia del *ius variandi*.

En aras de presentarle al lector un trabajo concreto, sistematizado y claro, se optó por escindir el desarrollo de la investigación del siguiente modo: introducción, tres capítulos y conclusión final. Ello a los efectos de imprimirle, como se adelantara, cierto grado de orden y sistematicidad, por lo que le resultará de más sencilla lectura. En otras palabras, se irá de lo general a lo particular, tratando todos los temas que confluyen en el problema de investigación propuesto.

Así, el capítulo 1 será meramente introductorio a la problemática. En ese sentido se expondrán las nociones generales referidas al derecho de trabajo: su concepto, su finalidad, sus principios; el contrato de trabajo: concepto, caracteres y elementos; y los deberes y derechos del trabajador y del empleador.

Por su parte, el capítulo 2 tendrá como propósito analizar el *ius variandi* como facultad del empleador y sus limitaciones. También se estudiarán los mecanismos de defensa jurídicos que le asisten al trabajador afectado moralmente.

El capítulo 3, abordará el tratamiento del daño moral y su resarcimiento. Por ello indagará las diversas teorías de la indemnización tarifada del art. 245 de la LCT como así también aquellas teorías que consideran que el daño moral debe ser resarcido con una indemnización extra-tarifada. Asimismo, se analizará la diversa doctrina y jurisprudencia que recepta esta temática. En otros términos, se expondrá la importancia de que el trámite de la indemnización del daño moral sea en el fuero laboral. Finalmente, pondrá de manifiesto la distinta jurisprudencia que se ha dictado en el marco de la provincia de Córdoba en materia de *ius variandi*, por ser la provincia que se ha escogido para estudiar.

Una vez completo el proceso descriptivo y de análisis, se estará en condiciones de volcar las conclusiones obtenidas. Al mismo tiempo será la instancia oportuna para poder demostrar si la hipótesis de trabajo ha sido corroborada, si fue refutada o bien si se planteó una hipótesis alternativa.

Con respecto al marco metodológico, es preciso poner de manifiesto que se llevará adelante un trabajo que parte de la implementación de un tipo de estudio descriptivo por cuanto la investigación pretende analizar el instituto del *ius variandi* y detallar sus características principales, requisitos de procedencia y límites de su ejercicio. En cuanto a la tendencia e inclusión de otro método de la investigación, podrá ser del tipo correlacional se propende a la exégesis de las variables que se interrelacionan como efectos de éstas para arribar a una conclusión. Principalmente se utilizará el método cualitativo, porque se constituye como la técnica más apropiada para este tipo de investigación. Ello se vincula, además, con el fin de la correspondiente recolección sistemática de datos que posibilite un análisis que lleve a la obtención de un conocimiento válido con suficiente potencial explicativo, descriptivo y que aporte teóricamente a la comunidad jurídica.

El presente trabajo se llevará a cabo mediante la utilización de fuentes primarias tales como la Constitución Nacional y la Ley de Contrato de Trabajo; asimismo, se analizarán fallos de los diferentes tribunales del país y concretamente de Córdoba relativos al abuso del *ius variandi* entre los que se pueden citar a modo meramente ilustrativo: “Viñoles, María A. c. Averbuch, Mario” (CSJN); y “Pereyra Elizabeth Roxana c. Brocatto S.A. s/ ordinario - despido - recurso de casación” (TSJ, Córdoba). Con respecto a las fuentes secundarias, se tomará para estudio y análisis la doctrina de los autores más renombrados en la materia tratada tales como Caubet, De Diego, Pirolo, Grisolia, Mirolo, entre otros. En lo que hace a las fuentes terciarias, se consultarán específicamente libros o manuales de derecho laboral que expliquen y analicen las diversas posiciones doctrinarias sobre la materia.

Para realizar la presente investigación se utilizará principalmente la técnica de observación de datos y documentos, analizando la doctrina y jurisprudencia referida al *ius variandi*, y más en particular, el daño moral al trabajador -su indemnización- por el despido indirecto y la acción de restablecimiento. En ese sentido, se utilizarán preferentemente las estrategias de análisis documental y de contenido, en cuanto permitirán interpretar adecuadamente las condiciones previstas por la ley para el instituto, como así también, las dificultades y particularidades que se presentan en su aplicación práctica por parte de los tribunales.

Sobre la delimitación temporal para el desarrollo de la investigación, se toma como punto de partida la modificación de la LCT por la Ley 26.088 en el año 2006, sin perjuicio de ir analizando las diferentes interpretaciones de la doctrina y jurisprudencia desde la sanción de la Ley 20.744 en 1974. Particularmente, se analizará la Ley 26.088 que es a partir de la cual se incorporan las opciones que le asisten al trabajador ante el ejercicio abusivo del *ius variandi*.

Capítulo 1: Reseña del marco jurídico del *ius variandi*

Introducción

A lo largo de la historia en los contratos de trabajo, donde se imponía la voluntad del empleador sobre la del trabajador, se hizo necesario la intervención estatal que, a través de sus representantes legislativos, dispuso normas protectoras destinadas a amparar al trabajo y al trabajador.

En este contexto emerge el Derecho del Trabajo, que viene a compensar las desigualdades económicas entre las partes contratantes, disparidades que dieron lugar a terribles injusticias, en el marco del liberalismo económico. Lograr una armonía y equidad entre ambos extremos antagónicos -trabajador y empresario- va a permitir alcanzar la justicia social y vivir en una sociedad más pacífica y justa.

Con base en lo antes dicho, es que este primer capítulo está direccionado a indagar el Derecho del Trabajo y sus principios. También, concretamente, se busca profundizar en la noción de contrato de trabajo, sus partes, y las obligaciones y de derechos de ellas.

1.1 Derecho del trabajo. Concepto

El derecho de trabajo es el conjunto de principios y normas que rigen las relaciones de trabajo subordinado y remunerado, entre trabajadores y empleadores, ya sea en las relaciones individuales o colectivas (Mirolo, 2003). También se puede definir como el conjunto de principios y normas jurídicas que regulan la conducta del individuo en su accionar en el marco de la sociedad. El derecho, por tanto, debe ser entendido como una unidad sistemática que propende a la armoniosa convivencia humana (Caubet, 2013).

En ese sentido, también Grisolia (2016) ha entendido que el derecho del trabajo es el conjunto de principios y normas jurídicas que regula las relaciones emergentes del trabajo dependiente, a lo que se suman las vinculaciones con las asociaciones profesionales -sindicatos y cámaras empresariales- entre sí y con el Estado.

1.1.1 Propósito del derecho del trabajo

El fin perseguido por el derecho del trabajo es proteger a los trabajadores. Se constituye así en una herramienta para equiparar a trabajadores y empleadores y, de esta manera, genera desigualdades para compensar las diferencias naturales preexistentes entre esas partes de la relación laboral (Grisolia, 2016).

De su definición y finalidad se observa con meridiana claridad que el derecho del trabajo fue concebido para dar respuestas a los trabajadores ante el infortunio que estos puedan padecer, en el sentido de ser doblegados históricamente por la voluntad del empleador capitalista; y también para proteger el trabajo, fuente de dignidad y uno de los principales factores de inclusión social (Caubet, 2013).

1.1.2 Principios del derecho del trabajo

La base del derecho del trabajo son los diversos principios y reglas que vienen a nivelar a los sujetos que se encuentran en una situación de inferioridad con respecto a los demás que, en el caso de la relación laboral son los dependientes frente a los empleadores. La estructura, por ende, desde la que se erige la normativa laboral son justamente estos principios que imprimen valores reconocidos por el ordenamiento jurídico (Litterio, 2008).

Ya lo recepta el art 11 de LCT:

Cuando una cuestión no pueda resolverse por aplicación de las normas que rigen el contrato de trabajo o por las leyes análogas, se decidirá conforme a los principios de la justicia social, a los generales del derecho del trabajo, la equidad y la buena fe.

Según Tosto (2010) los principios del derecho laboral son pautas rectoras que emergen de la conciencia social y se dirigen a la organización jurídica de una sociedad. Ellos dan argumentos y fundan al sistema jurídico orientando, además, al juez al momento de resolver.

Al decir de Caubet (2013) el principio general consagrado en el artículo 14 *bis* de la Constitución Nacional es el protectorio y de él derivan reglas particulares de su aplicación, que son:

- a) In dubio pro operario
- b) La norma más beneficiosa
- c) La ajenidad e indemnidad al riesgo empresario
- d) La irrenunciabilidad de derechos
- e) La no discriminación
- f) La progresividad
- g) La subsistencia de la condición más beneficiosa
- h) La continuidad de la relación laboral
- i) La primacía de la realidad

j) La facilitación de la prueba en el proceso (presunciones laborales).

Otras posturas enumeran como principios notas características de ciertas modalidades del contrato de trabajo o reglas para interpretar el contrato. Por ejemplo, Plá Rodríguez (1978) enumera los siguientes principios:

a) El principio protector, el cual se puede concretar en estas tres ideas: in dubio pro operario; la regla de la aplicación de la norma más favorable; y la regla de la condición más beneficiosa.

b). El principio de la irrenunciabilidad de derechos.

c) El principio de la continuidad de la relación laboral.

d) El principio de la primacía de la realidad.

e) El principio de la razonabilidad.

f) El principio de la buena fe.

Rodríguez Mancini (2007) realiza una clasificación similar, a la que agrega el principio de trato igualitario, en tanto Justo López (1987) suma a los citados por Plá Rodríguez (1978) los de trato igual (no discriminación) y de integración o de actuación colectiva, que se concreta en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional cuando consagra los derechos sindicales y la participación en las ganancias de la empresa, con control de la producción y colaboración en la dirección.

El principio protectorio que orienta al derecho del trabajo tiene su razón de ser en el amparo de una de las partes, el trabajador, a fin de que, trate de equilibrar las posiciones que, por naturaleza, son desiguales, en atención a la hiposuficiencia, debilidad y estado de necesidad en que se encuentra el trabajador, e intenta que quien se desempeña bajo la dependencia jurídica de otro no sea víctima de abusos o explotaciones a los que se vería sometido sin una regulación protectoria dictada a su favor (Caubet, 2013).

Con respecto a la interpretación más favorable al trabajador en caso de duda (*in dubio pro operario*), esta regla implica que, en caso de que una norma pueda entenderse de varias maneras, debe preferirse aquella interpretación más favorable al trabajador, armonizando la solución con el resto del ordenamiento jurídico y buscando el remedio más valioso de acuerdo a la finalidad y al bien protegido. Esto no significa que este precepto posibilita la existencia de una desigualdad jurídica en perjuicio del empleador, sino que

tiende a equilibrar posiciones que, por cuestiones económicas y sociales, se encuentran desiguales, atendiendo a la debilidad del trabajador frente a su empleador (Caubet, 2013).

La LCT plasma esta regla estableciendo en el artículo 9º, 2do. párrafo que si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador. Lo mismo ocurrirá cuando la duda recaiga sobre la prueba de los hechos.

Esta regla no altera la misión natural del intérprete, que no se agota con la sola consideración de la letra de la ley, sino que es ineludible función de los jueces, en cuanto órganos de aplicación del ordenamiento jurídico vigente, indagar el verdadero sentido y alcance de la ley, teniendo en cuenta la voluntad del legislador y el análisis profundo de sus términos, remarcando que no hay mejor método de interpretación de la norma que aquel que tiene en cuenta principalmente la finalidad de aquélla (Rodríguez Mancini, 2007).

Por su parte, el artículo 9º de la LCT resuelve los casos en los que se plantee duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales que concurren como fuente y al mismo tiempo a regular una situación determinada. El mencionado artículo dispone que: “en caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador, considerándose la norma o conjunto de normas que rija cada una de las instituciones del derecho del trabajo”. Es decir que en caso en que dos o más normas, de igual o distinto rango concurren a resolver la misma situación, prevalecerá la más favorable, considerando la norma o conjunto de normas que rija cada una de las instituciones del derecho del trabajo (Rodríguez Mancini, 2007).

En lo que hace a la ajenidad del riesgo empresario e indemnidad del trabajador, la LCT regla, por ejemplo, en el artículo 75 (modificado por el art. 49 de la L. 24.557), que se impone al empleador la obligación de “observar las normas legales sobre higiene y seguridad en el trabajo y a hacer observar las pausas y limitaciones a la duración del trabajo establecidas en el ordenamiento legal...”. Esta norma, consagra una regla más general que puede denominarse “deber de previsión del empleador” (Caubet, 2013, s.d).

Por su parte, el artículo 4º de la LCT preserva la dignidad del trabajador y prevé que el contrato de trabajo tiene como principal objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí, y que sólo después ha de entenderse que media entre las partes una relación de intercambio y un fin económico.

Los distintos derechos que la ley otorga al empleador a fin de posibilitarle llevar a cabo sus poderes de dirección, organización y disciplinarios también deben ejercerse respetando la dignidad del trabajador y sin causarle perjuicios de orden moral (arts. 66, 68 y 70 de la LCT).

El patrimonio del trabajador también se encuentra fuertemente protegido en el ordenamiento en examen, cuyas disposiciones establecen que:

a) El perjuicio material en el ejercicio de la facultad de dirección o del *ius variandi* (arts. 65 y 66) posibilitan al trabajador afectado la disolución del contrato con justa causa o el ejercicio de la responsabilidad contractual (art. 522 del Código Civil).

b) Deben resarcirse los daños producidos al trabajador por el hecho o en ocasión del trabajo (art. 76).

c) El empleador es responsable por todo perjuicio que le irroque al trabajador el incumplimiento de su condición de agente de retención, contribuyente u otra condición similar frente a los organismos de la seguridad social.

e) Se establecen resarcimientos: a) en caso de ruptura anticipada del contrato de trabajo a plazo fijo (art. 95) y del contrato de temporada (art. 97); b) de ruptura injustificada del contrato celebrado por tiempo indeterminado (art. 245); c) de despido de la mujer por causa de embarazo (art. 178) o de matrimonio (art. 182); d) por incapacidad absoluta del trabajador que no pueda reinsertarse por tal motivo en el mercado de trabajo (art. 212); e) por ruptura del contrato sin relación de trabajo (art. 24).

Respecto de la percepción y efectivización del salario, la LCT establece:

a) Se declara nula toda renuncia de derechos (art. 12) excluyéndose la validez de los negocios liberatorios que pueda celebrar el trabajador (art. 145) incluso la cesión de sus créditos a terceros (art. 148).

b) Se identifica al beneficiario de los servicios o tareas prestados por el trabajador como responsable de los pagos (arts. 28 y 29).

c) Se declara la subsistencia de las obligaciones salariales en los casos de contratos de objeto prohibido (art. 42).

d) Se garantiza al trabajador la facilitación de la prueba del monto y pago de los salarios (arts. 52 a 56, 59 a 61, 138 a 144 y 146).

e) Las disposiciones relativas a la época y medios de pago (arts. 74, 126 a 128, 137, 124 y 125), sobre días, horas y lugares de pago (art. 129).

f) Se consagra la intangibilidad del salario autorizando adelantos en forma limitada (art. 130), prohibiendo compensaciones, retenciones y descuentos (art. 131), salvo excepciones expresamente previstas (arts. 132 y 135) y dentro de los porcentajes y bajo las condiciones que se prescriben (arts. 133 a 135).

De este modo, la responsabilidad del empleador respecto de los perjuicios que sufra el trabajador en su integridad física abarcan tanto el supuesto de quien no ajusta su conducta a los deberes de diligencia e incumple un deber jurídico y por ello es responsable de los daños que puedan sobrevenir (responsabilidad por culpa), como también el de quien debe responder, aunque no haya ilicitud en sus actos (Caubet, 2013).

Puede concluirse que, aun cuando numerosas normas consagran la indemnidad y la ajenidad del trabajador como expresión del principio protectorio que informa todo el derecho del trabajo, se dan situaciones en que, siendo la empresa quien atraviesa dificultades financieras o económicas, la LCT faculta al empleador la suspensión del trabajador sin pago de salarios y aun el despido con una indemnización disminuida en los casos de falta de trabajo y fuerza mayor (arts. 218 a 223 y 247), lo que implica hacer partícipe al trabajador del riesgo empresarial.

Sobre la irrenunciabilidad, consagrada en el artículo 12 de la LCT, aparece como el aspecto más relevante del principio protectorio y consiste en la imposibilidad jurídica del trabajador de privarse voluntariamente de derechos concedidos por la ley, el convenio colectivo de trabajo o el contrato individual, en su beneficio (Rodríguez Mancini, 2007). Según lo prescriben los artículos 7°, 12 y 15 de la normativa de marras, todo acto del trabajador que implique una renuncia de los derechos fijados por las normas laborales carece de eficacia.

La irrenunciabilidad está ligada a un derecho de mínima, que se estructura en consideración de la falta de capacidad de negociar del dependiente. Resultaría inútil que el ordenamiento jurídico impusiera la tutela del trabajador, y que luego dejara sus derechos en su propio poder con la consiguiente posibilidad de que éste, ante el estado de necesidad y de dependencia laboral, dispusiera o renunciara a ellos, lesionando los derechos que la

norma pretendía proteger y regular ante la desigualdad del poder de negociación de las partes (Caubet, 2013).

La regla en análisis, al decir de Caubet (2013) comprende distintos supuestos:

a) Renuncia anticipada de derechos provenientes de la ley, del convenio colectivo o del contrato individual. Por ejemplo, la renuncia anticipada a la indemnización por despido, a las vacaciones o a la remuneración de una categoría superior.

b) Renuncia anticipada a derechos que puedan surgir a raíz de actos futuros del empleador en ejercicio de su poder de dirección y organización. Significa la imposibilidad del trabajador de aceptar incondicionalmente modificaciones contractuales a producirse eventualmente en el futuro, como ser traslados o cambios de turnos que trasgredan lo dispuesto por el artículo 66 de la L.C.T. (relativo al ejercicio del *ius variandi*).

c) Renuncia a derechos ya obtenidos que se han incorporado al patrimonio del trabajador. Este no puede, por ejemplo, renunciar a créditos devengados provenientes de un despido injustificado, o a un salario no pagado.

d) Renuncia a las condiciones ya obtenidas que superan los mínimos legales y convencionales, salvo compensación adecuada. Por ejemplo, el trabajador no puede aceptar un salario inferior al que percibía sin un cambio compensatorio de otras condiciones de trabajo; esa cláusula sería nula de nulidad absoluta. Sobre este supuesto me extenderé más adelante. El contenido del contrato individual resulta enmarcado en normas legales y de convenio colectivo que constituyen un piso mínimo.

Sin lugar a dudas los principios sobrevienen a abogar por el trabajo para que no se dé en un marco deshumanizante, fluctuando según los intereses de los poderosos. Es así que los principios del derecho de trabajo, libra a los dependientes de convertirse en autómatas obedientes de los códigos del rédito impuestos por el empresario, pues ante la ausencia o laguna de la ley, se impone cumpliendo una función normativa y evita el avasallamiento de sus derechos.

Además, hay que señalar que tienen una función informativa para los legisladores, e interpretativa para los jueces. Su finalidad es proteger la dignidad del trabajador y proyectar su eficacia, tanto al iniciarse el vínculo laboral, como durante su desarrollo y al momento de su extinción (Caubet, 2013).

1.2 Contrato de trabajo. Concepto

El art. 21 de la LCT dispone que:

Habrá contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios en favor de la otra y bajo la dependencia de ésta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración. Sus cláusulas, en cuanto a la forma y condiciones de la prestación, quedan sometidas a las disposiciones de orden público, los estatutos, las convenciones colectivas o los laudos con fuerza de tales y los usos y costumbres.

De la definición transcrita cabe destacar los siguientes elementos, siguiendo a Grisolía (2016):

- 1) Existe un acuerdo de voluntades para que cada parte cumpla sus obligaciones.
- 2) Se trata de un servicio personal, lo que define al trabajo como un hacer infungible.
- 3) El trabajador se obliga a poner a disposición del empleador su fuerza de trabajo, que se plasma en “realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios”.
- 4) El empleador asume el compromiso del pago de una retribución - remuneración- por el trabajo recibido.
- 5) El trabajo se pone a disposición de la empresa de otro, y el empresario lo organiza, lo aprovecha y asume los riesgos del negocio.

1.2.1 Caracteres del contrato de trabajo

Los principales caracteres del contrato de trabajo son, al decir de De Diego (2011):

1. Consensual: pues se perfecciona con la exteriorización recíproca de consentimiento, sin otro requisito de validez (art. 21 y 45 LCT)¹.
2. Bilateral: ya que existen dos sujetos que son responsables de derechos y obligaciones recíprocamente (art.25 y 26 LCT)².

¹ Art. 21 LCT: Habr  contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios en favor de la otra y bajo la dependencia de ésta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración. Sus cláusulas, en cuanto a la forma y condiciones de la prestación, quedan sometidas a las disposiciones de orden público, los estatutos, las convenciones colectivas o los laudos con fuerza de tales y los usos y costumbres.

Art. 45 LCT: El consentimiento debe manifestarse por propuestas hechas por una de las partes del contrato de trabajo, dirigidas a la otra y aceptadas por ésta, se trate de ausentes o presentes.

3. Personal: es el trabajo constituido por una obligación de hacer infungible, y se basa en las condiciones personales del contratado, también denominadas condiciones *intuito personae*.
4. Oneroso: el trabajador se ve compensado con una contraprestación consistente en la remuneración que paga el empleador que, a su vez, se beneficia con la actividad del dependiente. El contrato de trabajo no se presume gratuito. (art. 103, 114 y 115 LCT)³.

El contrato de trabajo también es caracterizado como de tracto sucesivo, típico, autónomo, no formal y conmutativo (Grisolia, 2016).

Se puede agregar, entonces, que es una relación que se traba entre dos personas y que gira alrededor del trabajo y la remuneración. Toda relación de trabajo tiene su origen en un contrato de trabajo, aunque este no se haya formalizado por escrito, pues existe de las partes una voluntad contractual que se somete automáticamente al imperio de la ley. De acuerdo a la LCT existe libertad de forma de contratación, salvo excepciones legales que exigen una determinada forma.

Las partes -trabajador y empleador- buscan a través de un contrato de trabajo establecer los cimientos que sostienen dicha relación y dan seguridad. Hay un acuerdo respecto de la especie de prestación y la remuneración, pero este acuerdo está sujeto a la atención de las leyes, los convenios colectivos de trabajo, etc. que establecen condiciones mínimas de trabajo (Caubet, 2013).

² Art. 25 LCT: Trabajador: Se considera "trabajador", a los fines de esta ley, a la persona física que se obligue o preste servicios en las condiciones previstas en los artículos 21 y 22 de esta ley, cualesquiera que sean las modalidades de la prestación.

Art. 26 LCT: Empleador: Se considera "empleador" a la persona física o conjunto de ellas, o jurídica, tenga o no personalidad jurídica propia, que requiera los servicios de un trabajador.

³ Art. 103 LCT: A los fines de esta ley, se entiende por remuneración la contraprestación que debe percibir el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo.

Art. 114 LCT: Determinación de la remuneración por los Jueces: Cuando no hubiese sueldo fijado por convenciones colectivas o actos emanados de autoridad competente o convenidos por las partes, su cuantía fijada por los jueces ateniéndose a la importancia de los servicios y demás condiciones en que se prestan los mismos, el esfuerzo realizado y a los resultados obtenidos.

Art. 115 LCT: El trabajo no se presume gratuito.

El trabajador ansía continuidad laboral y progreso, el empleador por su parte necesita del empleado la habilidad, flexibilidad y adaptabilidad. La relación de trabajo no sólo esta comandada por los deberes patrimoniales usuales como lo son el trabajo y la remuneración, sino que además por una ética para cumplir aquellas prestaciones, que no debe atentar contra la buena fe, y que pudieran causar daños materiales y morales a la otra parte.

1.2.2 Sujetos: El trabajador y el empleador

Dos son los sujetos que intervienen en el contrato de trabajo: trabajador y empleador, según la definición del contrato de trabajo.

Reza el art. 25 de la LCT que “se considera trabajador, a los fines de esta ley, a la persona física que se obligue o preste servicios en las condiciones previstas en los artículos 21 y 22 de esta ley, cualesquiera que sean las modalidades de la prestación”. Se trata de una persona física con capacidad jurídica, que se obliga a prestar servicios en relación de dependencia y en forma personal a cambio del pago de una retribución. Por tanto, no pueden ser trabajadores las entidades colectivas ni los incapaces. El carácter de la prestación es personal, por lo cual no se puede delegar el cumplimiento de la actividad (Caubet, 2013).

Por otro lado, el empleador es definido por la LCT en su art. 26 disponiendo que “se considera empleador a la persona física o conjunto de ellas, o jurídica, tenga o no personalidad jurídica propia, que requiera los servicios de un trabajador”. Se trata de una persona física o jurídica que organiza y dirige el trabajo prestado por el trabajador dependiente contando, además, con facultades de control y disciplinarias. El alcance del concepto es amplio: puede ser empleador una entidad sin fines de lucro, por ejemplo, organizaciones culturales; una asociación irregular -en formación-; una sociedad de hecho o, inclusive, un conjunto de personas físicas (Caubet, 2013).

Como anteriormente se estableció, el contrato de trabajo es sucesivo: por lo que está sujeto a modificaciones, es dinámico: encontrándose constantemente bajo amenazas en razón de cambios producidos en las cosas, hechos y personas con los que se relaciona. El mismo es un acuerdo de voluntades básico, que luego se somete a la dinámica de los cambios organizacionales, tecnológicos y productivos (Caubet, 2013). Es así que se infiere que la modificación al contrato de trabajo se puede hacer en virtud a las disposiciones de la

LCT, otras leyes, los convenios colectivos de condiciones de trabajo, mutuo consentimiento, los estatutos profesionales, los consejos de empresa y reglamentos.

Puede haber modificaciones temporales, permanentes, excepcionales u ordinarias, así por ejemplo, en los arts. 89 y 203 de la LCT permiten al trabajador prestar tareas aún por debajo de las que realiza normalmente, pero siempre cuando exista una situación de emergencia, en la empresa o a nivel nacional, o exista peligro grave e inminente en personas o bienes de la empresa siendo el art. 203 de la misma ley más genérico, ya que dispone que el trabajador no está obligado a prestar servicios en horas suplementarias.

Fija como excepciones las siguientes: peligro, accidente ocurrido o inminente, de fuerza mayor o por exigencias de la economía nacional o de la empresa, siempre juzgándose su comportamiento con criterio de colaboración en el logro de los fines de la empresa. El art. 89 resulta ser más radical por cuanto establece que el trabajador estará obligado a prestar los auxilios que se le requieran en caso de peligro grave e inminente en las personas o cosas incorporadas a la empresa.

Además, otra posibilidad de modificación, se encuentra en la potestad misma del empleador amparada en el art 66 de LCT, expuesta brevemente en la introducción y de la cual nos ocuparemos detalladamente en capítulo posterior.

Lo que sí es dable destacar es que ninguna modificación es viable cuando atenta al orden público laboral, es decir, a sus leyes establecidas y a sus principios.

1.3 Derechos y deberes de las partes en la relación de trabajo

Explica de Diego (2011) que los derechos y deberes de las partes son el conjunto de obligaciones de cada uno de los sujetos del contrato individual -el trabajador y el empleador- y sus respectivos derechos, que integran el plexo contractual dispuesto previamente por la ley, los estatutos especiales y los convenios colectivos.

Establece el art. 62 de LCT como obligación genérica:

las partes están obligadas, activa y pasivamente, no sólo a lo que resulta expresamente de los términos del contrato, sino a todos aquellos comportamientos que sean consecuencia del mismo, resulten de esta ley, de los estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo, apreciados con criterio de colaboración y solidaridad.

Asimismo, la relación laboral se rige por el principio de buena fe como lo expresa el art. 62 LCT “las partes están obligadas a obrar de buena fe, ajustando su conducta a lo que

es propio de un buen empleador y de un buen trabajador, tanto al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato o la relación de trabajo”.

Estos dos artículos marcan las obligaciones genéricas impuestas a ambas partes y dan la pauta que la relación laboral no se limita solo a un intercambio netamente económico (prestación de servicios y pago de remuneración), sino que también es necesario que las partes actúen con conductas de solidaridad, colaboración y buena fe.

1.3.1 Derechos del empleador

Son el conjunto de facultades o atribuciones que tiene el empleador y en virtud de los cuales ejerce su autoridad como titular de los bienes que confluyen en la producción, a fin de que los recursos humanos, combinados con los recursos técnicos y los económicos, permitan alcanzar el fin de la empresa, consistente en la producción de bienes y de servicios, señala De Diego (2011).

Estas facultades o poderes del empleador que se hiciera referencia son las siguientes, según explica Caubet (2013):

a) Facultad de dirección: dice el art. 65 de la LCT:

Las facultades de dirección que asisten al empleador deberán ejercitarse con carácter funcional, atendiendo a los fines de la empresa, a las exigencias de la producción, sin perjuicio de la preservación y mejora de los derechos personales y patrimoniales del trabajador.

Al ejercer esta facultad de dirección, el empleador debe actuar con carácter funcional y de contralor, guiando y distribuyendo las tareas del trabajador, siempre dentro de los cauces normativos y de los principios que rigen al derecho laboral.

b) Facultad de organización: de acuerdo al art. 65 de la LCT, “el empleador tiene facultades suficientes para organizar económica y técnicamente la empresa, explotación o establecimiento”.

c) Facultad de modificar las formas y modalidades del trabajo: se encuentra definida en el art. 66 de la LCT: esta facultad es conocida como *ius variandi*, objeto de investigación de este trabajo, que será desarrollada de manera más amplia en el siguiente capítulo.

d) Facultades disciplinarias: se encuentra contenida en el art. 67 de la LCT:

el empleador podrá aplicar medidas disciplinarias proporcionadas a las faltas o incumplimientos demostrados por el trabajador. Dentro de los treinta (30) días corridos de notificada la medida, el trabajador podrá cuestionar su procedencia y el

tipo o extensión de la misma, para que se la suprima, sustituya por otra o limite según los casos. Vencido dicho término se tendrá por consentida la sanción disciplinaria.

Si el trabajador incurre en faltas (acciones) o incumplimientos (omisiones) a sus deberes legales, convencionales o contractuales, el empleador puede aplicarle sanciones disciplinarias. Las admitidas en nuestro sistema legal son: la llamada de atención o apercibimiento, la suspensión, y el despido por causas disciplinarias, que muchos autores rechazan por el efecto terminal y no rectificatorio que tiene este último.

e) Controles personales: es la facultad del empleador de controlar y vigilar que los trabajadores no se apropien de los bienes de la empresa al salir del establecimiento, ni ingresen con elementos inconvenientes o prohibidos. Establecida en el art. 70 de la LCT

los sistemas de controles personales del trabajador destinados a la protección de los bienes del empleador deberán siempre salvaguardar la dignidad del trabajador y deberán practicarse con discreción y se harán por medios de selección automática destinados a la totalidad del personal. Los controles del personal femenino deberán estar reservados exclusivamente a personas su mismo sexo.

f) Otros derechos del empleador: a) Recibir el trabajo del trabajador a través de la realización de actos, la ejecución de obras o la prestación de servicios; y b) Controles médicos: El empleador tiene el derecho de efectuar al trabajador todo tipo de controles médicos, no sólo de las patologías que se originen en el trabajo (ley 24.557) sino por efecto preventivo respecto de su salud en virtud de las normas de higiene, seguridad y medicina laborales (ley 19.557 y decreto 351/1979) como en lo referido a las patologías inculpables (arts. 208 y sigs., LCT).

1.3.2. Deberes del empleador

Se denominan así al conjunto de obligaciones a cargo del empleador, nacidas de la ley, los convenios colectivos o el contrato individual, comenzando por su deber originario que es el de abonar los salarios íntegro y oportunamente, explica De Diego (2011). Y son los siguientes según enseña este autor:

a) Pago de la remuneración: contemplada en el art. 74 de la LCT: “el empleador está obligado a satisfacer el pago de la remuneración debida al trabajador en los plazos y condiciones previstos en esta ley”. Resulta ser la obligación principal del empleador, que consiste en abonar al trabajador en forma íntegra y oportuna la remuneración pactada por la puesta a disposición del trabajo.

b) Deber de cumplir con los organismos sindicales y de la seguridad social: comprenden tanto a los aportes y contribuciones que deban depositarse cuando el empleador obra como agente de retención, que cuando es deudor directo. A la vez, el empleador deberá suministrar constancia documentada del cumplimiento de las obligaciones cuando las circunstancias lo requieran, o en su caso, deberá suministrar el certificado de trabajo al finalizar el contrato de trabajo (art. 80, LCT)⁴.

c) Deber de seguridad: establece el art. 75, reformado por Ley 27.323,

el empleador debe hacer observar las pautas y limitaciones a la duración del trabajo establecidas en la ley y demás normas reglamentarias, y adoptar las medidas que según el tipo de trabajo, la experiencia y la técnica sean necesarias para tutelar la integridad psicofísica y la dignidad de los trabajadores, debiendo evitar los efectos perniciosos de las tareas penosas, riesgosas o determinantes de vejez o agotamiento prematuro, así como también los derivados de ambientes insalubres o ruidosos. Está obligado a observar las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes sobre higiene y seguridad en el trabajo. El trabajador podrá rehusar la prestación de trabajo, sin que ello le ocasione pérdida o disminución de la remuneración, si el mismo le fuera exigido en transgresión a tales condiciones, siempre que exista peligro inminente de daño o se hubiera configurado el incumplimiento de la obligación, mediante constitución en mora, o si habiendo el organismo competente declarado la insalubridad del lugar, el empleador no realizara los trabajos o proporcionara los elementos que dicha autoridad establezca.

Se denomina deber de prevención y seguridad o deber de higiene y seguridad y medicina en el trabajo, al conjunto de recursos técnicos y organizativos, que tienen por

⁴ Art. 80 LCT: La obligación de ingresar los fondos de seguridad social por parte del empleador y los sindicales a su cargo, ya sea como obligado directo o como agente de retención, configurará asimismo una obligación contractual. El empleador, por su parte, deberá dar al trabajador, cuando éste lo requiriese a la época de la extinción de la relación, constancia documentada de ello. Durante el tiempo de la relación deberá otorgar tal constancia cuando medien causas razonables. Cuando el contrato de trabajo se extinguiere por cualquier causa, el empleador estará obligado a entregar al trabajador un certificado de trabajo, conteniendo las indicaciones sobre el tiempo de prestación de servicios, naturaleza de éstos, constancia de los sueldos percibidos y de los aportes y contribuciones efectuados con destino a los organismos de la seguridad social. Si el empleador no hiciera entrega de la constancia o del certificado previstos respectivamente en los apartados segundo y tercero de este artículo dentro de los dos (2) días hábiles computados a partir del día siguiente al de la recepción del requerimiento que a tal efecto le formule el trabajador de modo fehaciente, será sancionado con una indemnización a favor de este último que será equivalente a tres veces la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida por el trabajador durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios, si éste fuere menor. Esta indemnización se devengará sin perjuicio de las sanciones conminatorias que para hacer cesar esa conducta omisiva pudiere imponer la autoridad judicial competente.

objeto anticiparse a la ocurrencia de eventos dañosos, protegiendo preventivamente la salud del trabajador dentro del ámbito laboral. Esta es una obligación que deriva directamente del principio constitucional del art. 14 *bis* que establece condiciones dignas y equitativas de labor y que se traduce en la protección psicofísica y la dignidad de los trabajadores.

d) Deber de protección: la contempla el art. 77 de LCT:

el empleador debe prestar protección a la vida y bienes del trabajador cuando este habite en el establecimiento. Si se le proveyese de alimentación y vivienda, aquélla deberá ser sana y suficiente, y la última, adecuada a las necesidades del trabajador y su familia. Debe efectuar a su costa las reparaciones y refecciones indispensables, conforme a las exigencias del medio y confort.

e) Deber de ocupación: establece el art. 78 de la LCT:

el empleador deberá garantizar al trabajador ocupación efectiva, de acuerdo a su calificación o categoría profesional, salvo que el incumplimiento responda a motivos fundados que impidan la satisfacción de tal deber. Si el trabajador fuese destinado a tareas superiores, distintas de aquéllas para las que fue contratado tendrá derecho a percibir la remuneración correspondiente por el tiempo de su desempeño, si la asignación fuese de carácter transitorio.

f) Deber de diligencia e iniciativa: contemplada en el art. 79 de LCT:

el empleador deberá cumplir con las obligaciones que resulten de esta ley, de los estatutos profesionales, convenciones colectivas de trabajo y de los sistemas de seguridad social, de modo de posibilitar al trabajador el goce íntegro y oportuno de los beneficios que tales disposiciones le acuerdan. No podrá invocar en ningún caso el incumplimiento de parte del trabajador de las obligaciones que le están asignadas y del que se derive la pérdida total o parcial de aquellos beneficios, si la observancia de las obligaciones dependiese de la iniciativa del empleador y no probase el haber cumplido oportunamente de su parte las que estuviese en su cargo como agente de retención, contribuyente u otra condición similar.

g) Deber de no discriminación e igualdad de trato: El artículo 81 de la LCT establece la obligación de igualdad de trato a todos los trabajadores, correlativa de la prohibición de hacer discriminaciones, estatuida en el artículo 17 de la misma norma.⁵

h) Deber de indemnidad: es una obligación en función de la cual el empleador debe resarcir todo daño sufrido por el trabajador a sus bienes personales como el deber de

⁵ Art. 81 LCT: 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.

reintegrar los gastos, que se hubieren generado a propósito del cumplimiento de sus obligaciones laborales.⁶

i) Deber de formación profesional y capacitación: se denomina así a las obligaciones emergentes de la ley, los convenios colectivos y los contratos individuales, por los cuales el empleador debe brindarle al trabajador la información, formación y entrenamiento adecuados para cumplir con sus tareas, sin perjuicio del conocimiento que cada trabajador ya posea en virtud de la práctica o del dominio de un arte, oficio o profesión.

1.3.3 Derechos del Trabajador

Estos derechos son los siguientes:

a) Inventiones o descubrimientos del trabajador: de acuerdo al art. 82 de LCT “las inventiones o descubrimientos personales del trabajador son propiedad de este aun cuando se haya valido de instrumentos que no le pertenecen”. En cambio, son de propiedad del empleador y por tanto, constituyen una excepción al principio del art. 82 de la LCT las inventiones o descubrimientos que se deriven de los procedimientos industriales, métodos o instalaciones del establecimiento, o de experimentaciones, investigaciones, mejoras o perfeccionamiento de los ya empleados.

b) Derecho a la formación profesional en las Pymes: de acuerdo al art. 96 de la Ley 24.467, se establece que

la capacitación profesional es un derecho y un deber fundamental de los trabajadores de las pequeñas empresas, quienes tendrán acceso preferente a los programas de formación continua financiados con fondos públicos. El trabajador que asista a cursos de formación profesional, relacionados con la actividad de la pequeña empresa en la que preste servicios, podrá solicitar a su empleador la adecuación de su jornada laboral a las exigencias de dichos cursos. Los convenios colectivos para pequeñas empresas deberán contener un capítulo especial dedicado al desarrollo del deber y del derecho a la capacitación profesional.

1.3.4. Deberes del Trabajador

Siguiendo a De Diego (2011), los deberes del trabajador son el conjunto de obligaciones que surgen de la LCT aunque pueden estar contempladas en los convenios colectivos, en los estatutos profesionales y en el contrato individual y cuyo incumplimiento

⁶ Art. 76 LCT: el empleador deberá reintegrar al trabajador los gastos suplidos por éste para el cumplimiento adecuado del trabajo, y resarcirlo de los daños sufridos en sus bienes por el hecho y en ocasión del mismo.

puede configurar una grave injuria con entidad suficiente para que el empleador despida al trabajador con justa causa. Tiene, como contrapartida, las facultades del empleador.

a) Deber de diligencia y colaboración: la diligencia es la prestación concreta de las tareas y un requisito esencial del contrato de trabajo que se relaciona con el modo en que se desarrolla la tarea. Dice el art. 84 de LCT: “el trabajador debe prestar el servicio con puntualidad, asistencia regular y dedicación adecuada a las características de su empleo y a los medios instrumentales que se le provean”. Este deber es el primordial del trabajador ya que su incumplimiento lo hace incurrir en una prestación defectuosa de la relación laboral.

b) Deber de fidelidad: Se vincula al principio de buena fe y a la conducta exigible al trabajador en la prestación del trabajo de conformidad a patrones de honestidad. Desde un punto de vista general, el deber de fidelidad consiste en la obligación del trabajador de no ejecutar acto alguno que pueda perjudicar los intereses del empleador.⁷

c) Deber de obediencia: constituye la contrapartida del poder de dirección propio del empleador que implica la facultad de emitir las directivas y se termina manifestando en la subordinación jerárquica de trabajador. Dice el art. 86, primera parte, de la LCT: “el trabajador debe observar las órdenes e instrucciones que se le impartan sobre el modo de ejecución del trabajo, ya sea por el empleador o sus representantes”.

d) Custodia de los elementos de trabajo: contemplada en el art. 86, segunda parte de la LCT: “debe conservar los instrumentos o útiles que se le provean para la realización del trabajo, sin que asuma responsabilidad por el deterioro que los mismos sufran derivados del uso”.

e) Responsabilidad por daños: establecida en el art. 87 de la LCT, que contempla la obligación del trabajador de responder por los daños que haya producido por su culpa grave o dolo. La culpa grave se configura cuando el trabajador tiene conocimiento de los peligros que entraña el acto u omisión que produce el daño, pero su voluntad no está dirigida concretamente a producirlo. El dolo se configura cuando existe el propósito deliberado de causar daño; son los casos de sabotaje a los medios de producción: por ejemplo, cuando se

⁷ Art. 85 LCT: El trabajador debe observar todos aquellos deberes de fidelidad que deriven de la índole de las tareas que tenga asignadas, guardando reserva o secreto de las informaciones a que tenga acceso y que exijan tal comportamiento de su parte

deteriora intencionalmente una máquina para detener la producción o se provoca una rotura en un elemento de trabajo.⁸

f) Deber de no concurrencia: “el trabajador debe abstenerse de ejecutar negociaciones por cuenta propia o ajena que pudieran afectar los intereses del empleador, salvo autorización de éste”, dispone el art. 88 de la LCT. Explica la doctrina que lo importante no radica en el daño ni su magnitud, sino la actitud perjudicial potencialmente para el empleador; eso es lo que genera en concreto el incumplimiento (De Diego, 2002).

Consideraciones parciales del capítulo 1

Este primer capítulo deja como reflexión que en el derecho del trabajo se exige que las partes adecuen su conducta a los tipos sociales medios del buen trabajador y del buen empleador. La buena fe tiene manifestaciones concretas en todas las instancias del contrato y de la relación de trabajo, en su celebración, ejecución y extinción.

Las partes deben cumplir las cualidades de las prestaciones que hayan asumido en el contrato de trabajo sin rodeos ni falsedad alguna, donde la buena fe debe manifestarse en la obligación de cada uno de los contratantes de hacer lo necesario para asegurar a la otra parte el resultado útil de la prestación debida.

Así el trabajador debe cumplir lealmente las directivas del empleador, realizar el trabajo con diligencia y puntualidad adecuadas, dar aviso oportuno de sus inasistencias para evitar que a causa de ellas se resienta el normal funcionamiento de la empresa., etc. Por su parte el empleador debe cumplir puntualmente las obligaciones a su cargo, pagar la remuneración en tiempo y forma, brindar ocupación efectiva al trabajador de acuerdo con su calificación contractual, etc., ello así por cuanto la buena fe es un principio obligatorio para ambas partes del contrato de trabajo.

A lo largo de este capítulo se ha visto como el contrato de trabajo, para que su cumplimiento sea efectivo y justo, está inmerso en un amplio marco normativo y de principios propios del derecho laboral otorgado, respaldado y garantizado por un Estado de derecho, brindando a las partes el debido equilibrio de la relación laboral y resguardando que los derechos de la parte más débil no sean vulnerados a fin de lograr que la conquista

⁸ Art. 87 LCT: El trabajador es responsable ante el empleador de los daños que cause respecto a los intereses de éste por dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones,

por el desarrollo económico-social sea de una forma armoniosa, equitativa y pacífica para el progreso económico del país.

Se concluye resaltando la importancia de este capítulo, pues el mismo contribuye a situar al lector dentro del contexto jurídico para luego abordar, consecuentemente y en específico, la temática que trae a estudio.

Capítulo 2: El *Ius variandi*. Marco legal

Introducción

Al estudiar el capítulo anterior se está en condiciones de abordar la temática del instituto del *ius variandi*, partiendo de una breve reseña histórica para luego, en base a su definición conceptual, analizar sus requisitos, límites y los mecanismos o remedios jurídicos que otorga dicho instituto a las partes intervinientes en el contrato laboral.

2.1 Reseña histórica del *ius variandi*

La Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 fue sancionada en el año 1974 y disponía en el artículo 71 que el ejercicio del *ius variandi* por parte del empleador, era un derecho, pero no absoluto, ya que tenía muchas limitaciones. Las formas y modalidades del contrato laboral podían ser modificadas, pero sin poder violar derechos esenciales del trabajador, pues si bien el empleador debía tender al incremento de su producción para lo cual tiene la posibilidad de dirigir y coordinar el desempeño de sus dependientes, no puede ejercerlo de forma arbitraria, ni perjudicar material o moralmente a los empleados, o cambiar modalidades esenciales del contrato (Fernández Madrid, 2009).

Si el empleador ejercía fuera de los límites, el *ius variandi*, el trabajador tenía una opción: considerarse despedido sin causa con derecho a indemnización o poder restituir la relación de empleo en las primitivas condiciones. Si se decidía por esta opción se iniciaba un juicio sumarísimo, que sólo permitía cambiar las condiciones contractuales si fueran esos cambios generales, hasta la sentencia definitiva (Fernández Madrid, 2009):

En el año 1976 el gobierno de facto amplió las facultades del empleador, en el artículo 66 de la LCT dejando al trabajador la única posibilidad de considerarse despedido sin causa, y no la posibilidad de discutir judicialmente si las medidas eran razonables, para poder continuar con la relación laboral primitiva. *A posteriori* la ley 26.088 promulgada el 21 de abril de 2006, volvió al texto original del artículo 71, en el artículo 66 de la LCT pudiendo optar el trabajador por luchar por continuar con el trabajo en las condiciones anteriores si el *ius variandi* se usó de modo arbitrario, o considerarse despedido sin causa (Caubet, 2013).

En general se acepta que la remuneración no puede variarse, ni trasladar al trabajador lejos de su círculo familiar íntimo. Hay que estar a cada caso particular: no es lo mismo trasladar a un trabajador a otra dirección dentro de la misma ciudad que mudarla a

otra localidad. Lo que debe tenerse en consideración es que el empleador no realice abuso de su derecho (Caubet, 2013).

Esta reseña histórica descripta muestra como los cambiantes de la historia, como ser los cambios de gobierno, los modelos económicos, la globalización, el libre comercio, etc. ha ido perfilando y dando un marco jurídico y conceptual a lo que actualmente se conoce como *ius variandi*.

2.2 Concepto de *ius variandi*

El art. 66 de la Ley de Contrato de Trabajo incorpora el instituto del *ius variandi* y lo define como:

el empleador está facultado para introducir todos aquellos cambios relativos a la forma y modalidades de la prestación del trabajo, en tanto esos cambios no importen un ejercicio irrazonable de esa facultad, ni alteren modalidades esenciales del contrato, ni causen perjuicio material ni moral al trabajador.

Cuando el empleador disponga medidas vedadas por este artículo, al trabajador le asistirá la posibilidad de optar por considerarse despedido sin causa o accionar persiguiendo el restablecimiento de las condiciones alteradas. En este último supuesto la acción se substanciará por el procedimiento sumarísimo, no pudiéndose innovar en las condiciones y modalidades de trabajo, salvo que éstas sean generales para el establecimiento o sección, hasta que recaiga sentencia definitiva.

El *ius variandi* es una potestad que surge de las facultades de organización y dirección del empresario. Se lo define como la potestad del empleador de variar, dentro de ciertos límites, las modalidades de prestación de las tareas del trabajador. Se constituye, así como una prerrogativa excepcional y unilateral del empleador, para alterar ciertos aspectos del contrato de trabajo, pero dentro de ciertos límites, sin que el trabajador pueda oponerse válidamente a esos cambios, en tanto y en cuanto esa alteración o esos cambios respondan a causas objetivamente razonables, o no se alteren las condiciones esenciales del contrato de trabajo y/o no se cause un perjuicio económico ni moral al trabajador (Grisolia, 2007).

Señala Cabanellas (2001) que

La locución latina *jus variandi*- que significa derecho de variar o facultad de modificar- se refiere a la potestad que una y otra de las partes posee para alterar las condiciones contractuales o iniciales del contrato. Más restrictivamente y por antonomasia, *jus variandi* es la facultad patronal de modificar, por necesidades convencionales o conveniencias de la empresa, las prestaciones del trabajador (p.624)

La influencia de los cambios de gobierno, de modelos económicos, la globalización, libre comercio, etc., antes mencionados, obliga a la empresa a realizar cambios a fin de su actualización, progreso y crecimiento económico. Estos cambios se manifiestan a través del

poder de dirección que lo faculta al empleador para dirigir, coordinar y fiscalizar la empresa, y los consecuentes deberes de obediencia y colaboración que corren a cargo del trabajador (Caubet, 2013).

2.2.1 Análisis del primer párrafo del artículo 66 de la LCT: requisitos y límites al empleador.

Estos requisitos y límites, indispensables para el resguardo de los derechos del trabajador, son los que a continuación se describen siguiendo a Caubet (2013):

a) Ejercicio razonable: la razonabilidad en el ejercicio del *ius variandi* constituye uno de los requisitos más especiales al aplicar el instituto, ya que se trata de modificar las condiciones del contrato de trabajo que fueron acordadas. El ejercicio del *ius variandi* debe responder a una necesidad lógica de explotación de la empresa, que no tenga vinculación con un interés personal de quien ejerce la modificación sino en miras a un interés colectivo de la empresa para la realización del fin propio que la misma posee. La decisión debe encontrar un justificativo y no obedecer a capricho, arbitrariedad, no funcionalidad, irrazonabilidad ni un propósito hostil. Todas las modificaciones unilaterales que se realicen, deben ser ejercidas en función del principio de la buena fe y del deber de previsión del empleador. Ante el cambio unilateral, el dependiente está facultado a exigir a su empleador la justificación del cambio a los fines de determinar si el mismo es razonable o no.

b) No alteración de modalidades esenciales: siendo la relación laboral un contrato bilateral, éste no podría ser modificado unilateralmente en sus condiciones esenciales, por ello la ley ha vedado al empleador dicha posibilidad. Si bien no existen criterios doctrinarios uniformes sobre cuales son aquellos elementos esenciales del contrato que no podrían sufrir una modificación unilateral, se entiende dese aquí que no podría omitirse dentro de ellos a la categoría laboral, a la duración de la jornada y al salario, ya que estos elementos están íntimamente vinculados con aspectos personales del dependiente, que seguramente han sido considerados por este al momento de decidir el trabajo. No es indistinto para el trabajador, el horario de ingreso y egreso a su trabajo porque podría suceder que de ello dependa para llevar a sus hijos al colegio, ingresar a otro trabajo o simplemente disponer de su tiempo libre. Lo cierto es que la jurisprudencia mayoritaria ha considerado como elementos

coyunturales y por ende pasibles de modificación a: 1) el lugar de trabajo donde se prestan tareas, 2) la distribución del tiempo de trabajo, 3) el tipo de actividad prestadas dentro de la misma categoría laboral, 4) la integración de equipos de trabajo, y 5) la determinación de las normas técnicas de trabajo. Los elementos esenciales del contrato no pueden ser modificados, sin causar al trabajador algún daño, aunque la decisión fuese razonable, si afecta algunos de los elementos estructurales del contrato se presume que algún daño le causará el dependiente. Lo relevante a considerar es que las modificaciones que se introduzcan bajo ningún punto deben causar al empleado un perjuicio moral o material.

c) Prohibición de causar perjuicio al trabajador: este requisito está referido a que la modificación que se introduce unilateralmente, ya que bajo ninguna circunstancia podría causarle un perjuicio al trabajador ni moral ni material. A los fines de justificar la necesidad de la medida que fuera adoptada por el empleador, es necesario valorar si la misma obedece a cambios por necesidades reales que tenga la empresa y en su caso también analizar si subjetivamente al dependiente, esa modificación no causa alguno de los perjuicios mencionados. El daño material o económico podría ser una disminución en el salario a causa de mayores costos de viáticos por causa de traslado del establecimiento para el cual trabaja un dependiente. En cuanto al daño moral o espiritual, tiene que ver con una modificación que altera la vida del trabajador. Por ejemplo, sería el caso que, por cambios de horarios, disponga de menos tiempo libre, o que se produzcan cambios en su categoría laboral que lo lleven a realizar tareas que no le son propias a las habituales o para las que eventualmente se encuentre especializado (Dáttoli, 2008).

2.2.2 Análisis del segundo párrafo del artículo 66 de la LCT: mecanismos de defensa del trabajador ante el uso abusivo del *ius variandi* causándole daño moral.

La segunda parte del art. 66 de la LCT, estipula “Cuando el empleador disponga medidas vedadas por este artículo, al trabajador le asistirá la posibilidad de optar por considerarse despedido sin causa o accionar persiguiendo el restablecimiento de las condiciones alteradas”.

Ante la presencia del uso abusivo y arbitrario del *ius variandi* causándole al dependiente un perjuicio material y/o moral por parte del empleador, el legislador tuvo en

cuenta ofrecer a aquél los medios legales con los que puede valerse a la hora de reivindicar sus derechos vulnerados. En ese sentido,

El resguardo a los derechos del trabajador también está amparado por la Constitución Nacional y otras leyes, como lo menciona la jurisprudencia al expresar que “La facultad de los trabajadores de reclamar porque consideran que las modificaciones a las condiciones de trabajo configuran una violación a sus derechos, está protegida por la Constitución Nacional y las leyes⁹.”

Los mecanismos o remedios jurídicos con los que el trabajador cuenta para su defensa ante el ejercicio abusivo *del ius variandi* son: 1) encuadrar un despido sin causa, o despido indirecto del art. 246¹⁰ de la LCT el que remite al art. 245 del mismo cuerpo legal para su indemnización; 2) iniciar las acciones para el restablecimiento de las condiciones de trabajo por proceso sumarísimo.

Es preciso recordar que las modificaciones que se introduzcan en el contrato de trabajo siempre deben analizarse a la luz de los art. 62¹¹ y 63¹² de la LCT que son los que marcan los principios que imponen la obligación de expedirse con buena fe y juzgarse el comportamiento de ambas partes.

2.2.2.1 Despido indirecto del artículo 246 de la LCT

Esta intimación puede ser efectuada bajo dos apercibimientos: el de considerarse despedido en forma indirecta, en cuyo caso nada le impide acudir previamente a la justicia solicitando el restablecimiento de la situación anterior siempre que éste no se hubiera convertido de cumplimiento imposible por ejemplo: por cierre de la sección; o bien puede intimar bajo apercibimiento de solicitar el restablecimiento a la situación anterior, en cuyo caso no podría darse por despedido sin intentar la acción judicial (Caubet, 2013).

⁹ CNAT, Sala III, “Canciani, Adriana c/ Obra Social para el Personal de la Actividad Gastronómica s/ despido” (1995).

¹⁰ Art. 246: Cuando el trabajador hiciere denuncia del contrato de trabajo fundado en justa causa, tendrá derecho a las indemnizaciones previstas en los artículos

¹¹ Art. 62 LCT: Las partes están obligadas, activa y pasivamente, no sólo a lo que resulta expresamente de los términos del contrato, sino a todos aquellos comportamientos que sean consecuencia del mismo, resulten de esta ley, de los estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo, apreciados con criterio de colaboración y solidaridad. -

¹² Art. 63 LCT: Las partes están obligadas a obrar de buena fe, ajustando su conducta a lo que es propio de un buen empleador y de un buen trabajador, tanto al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato o la relación de trabajo.

2.2.2.2 Acción cautelar o reposición por vía sumarísima

El trabajador podrá accionar e iniciar una acción de restablecimiento de las condiciones anteriores, para que no se opere dicho cambio. Promovida la acción no puede innovarse en las condiciones y modalidades de trabajo con lo cual se incorpora la posibilidad de que el juzgador pudiera decretar -a pedido de parte- una medida cautelar para que se logre tal objetivo, esto es, que se retrotraiga la situación al estado anterior, que no se innove en las condiciones pactadas originalmente (Olmedo, s.f).

En la interpretación del precepto, que establece la opción de restablecimiento, y la prohibición de innovar, al trabajador le basta con denunciar y probar, en la acción sumarísima intentada, los extremos que la nueva disposición establece, lo que supone el acreditamiento de que la alteración contractual es ilegítima, según los parámetros de la primera parte del artículo 66 de la ley de contrato de trabajo (Caubet, 2006).

La medida cautelar de restablecimiento de las condiciones de trabajo alteradas, en principio, deberá ser concedida cuando se aporten elementos que denoten verosímilmente que se produjo una alteración unilateral de las condiciones de trabajo, salvo que la decisión empresarial cuestionada pudiera calificarse como general para el establecimiento o sección¹³.

Lo que sí es unánimemente aceptado, y no se pone en duda, es que previo al distracto, debe existir una intimación que señale el perjuicio y solicite se deje la medida sin efecto, o se negocie una solución. Y solo después, ante la falta de respuesta o la negatoria, proceder a la figura del despido indirecto.

Por imperio de los principios de buena fe y de conservación del empleo, previo a la ruptura del contrato originada por el cambio de lugar de trabajo, el trabajador debe señalar concretamente el perjuicio que le ocasiona el cambio, solicitando se lo deje sin efecto¹⁴.

2.2.2.3 Otros mecanismos de defensa: la excepción de incumplimiento contractual

La excepción de incumplimiento contractual consiste en abstenerse de prestar tareas hasta que se restituya el contrato a las condiciones originalmente concertadas, pues se considera que el empleador incumple con la normativa del artículo 78 LCT¹⁵ que alude al

¹³ CNAT Sala II, “Romo, Armando c/ Aerolíneas Argentinas SA s/ sumarísimo” (2006).

¹⁴ CNApTrab, Sala III, “Himelfard, Marcelo Norberto c/ Fábrica de Muebles Edwyn de Vigarny S.A. y otros/ Despido” (1986)

deber de ocupación. Tiene su origen en el derecho romano y no posee aceptación pacífica en la doctrina del derecho del trabajo (Caubet, 2013).

El fundamento dado para su procedencia ha sido, al decir de Caubet (2013): a) el art.10 de la LCT¹⁶ que establece el principio de conservación del contrato, b) el art.11 de la citada normativa¹⁷ que autoriza acudir a los artículos 510¹⁸ y 1201¹⁹ del C. Civ; y c) el principio de buena fe establecido en el art. 63 de la LCT.²⁰

2.2.2.3.1. Derecho de resistencia del trabajador

En las relaciones individuales de trabajo, el derecho de resistencia laboral consiste en la potestad del trabajador de oponerse y no cumplir las órdenes o condiciones ilícitas impuestas por el empleador en el curso de la relación laboral. Se define como la desobediencia justificada, causada o legítima del cumplimiento de las disposiciones organizativas o directas del empleador (Morato García, 2011). En otras palabras, es el ejercicio directo, de hecho y por propia iniciativa de un derecho admitido por la legislación de forma explícita o implícita y que exime al trabajador de incurrir en una falta o insubordinación, en suma, de un incumplimiento contractual (Godinho, 2008).

El derecho de dirigir y organizar la empresa y la prestación de tareas del trabajador dependiente e inclusive de variar las condiciones de esa prestación es una potestad unilateral de los artículos 64²¹, 65²² y 66 de la LCT, aunque con intervenciones y

¹⁵ Art. 78 LCT: El empleador deberá garantizar al trabajador ocupación efectiva, de acuerdo a su calificación o categoría profesional, que el incumplimiento responda a motivos fundados que impidan la satisfacción de tal deber. Si el trabajador fuese destinado a tareas superiores, distintas de aquellas para las que fue contratado tendrá derecho a percibir la remuneración correspondiente por el tiempo de su desempeño, si la asignación fuese de carácter transitorio. Se reputarán las nuevas tareas o funciones como definitivas si desaparecieran las causas que dieron lugar a la suplencia, el trabajador continuase en su desempeño o transcurrieran los plazos que se fijen al efecto en los estatutos profesionales las o las convenciones colectivas de trabajo.

¹⁶ Art. 10 LCT: En caso de duda las situaciones deben resolverse en favor de la continuidad o subsistencia del contrato

¹⁷ Art. 11 LCT: Cuando una cuestión no pueda resolverse por aplicación de las normas que rigen el contrato de trabajo o por las leyes análogas, se decidirá conforme a los principios de la justicia social, a los generales del derecho del trabajo, la equidad y la buena fe.

¹⁸ Art. 510 del C. Civ. s. Ley 340 y modif.[Actual Art. 1031 del C. Civ. y Com. según Ley 26994(lo que está entre corchetes me pertenece)]: En las obligaciones recíprocas, el uno de los obligados no incurre en Mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir la obligación que lees respectiva

¹⁹ Art. 1201 del C. Civ. s. Ley 340 y modif. [Actual Art. 1031 y 1032 del C. Civ. y Com. según Ley 26994(lo que está entre corchetes me pertenece)]: En los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probase haberlo ella cumplido u ofreciese cumplirlo, o que su obligación es a plazo.

²⁰ Idem cit. 34

²¹ Art. 64 LCT: El empleador tiene facultades suficientes para organizar económica y técnicamente la empresa, explotación o establecimiento

limitaciones legales y convencionales. Los conflictos del ejercicio de esos poderes es el punto del derecho a resistir (Morato García, 2011), normalmente tratados mediante la resistencia legal establecida en la habilitación de la acción cautelar del artículo 66 de la LCT, o bien de la denuncia causada del contrato de trabajo. Aquí se habla de la posibilidad de que la oposición se patentice obviando o difiriendo acciones administrativas o judiciales (Arese, 2009).

El derecho a resistir podría encontrarse en el artículo 36 de la Carta Magna. Sin embargo, se reconoce como fuentes directas los principios de irrenunciabilidad, condición más beneficiosa, estabilidad o conservación del contrato y progresividad o no regresión, según los artículos 7, 8, 10, 12, 14 y concordantes de la LCT. A ello se agregan los textos normativos supranacionales sobre derechos humanos incorporados por vía del artículo 75, inciso 22, a la Constitución tales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) o la Convención Interamericana de Derechos Humanos y los tratados internacionales que adquieren rango superior a las leyes como los convenios de la OIT ratificados por Argentina. En principio, son la fundamentalidad de los derechos agredidos y la gravedad o manifiesta legalidad de las órdenes empresarias las que habilitan su protección directa, a más de otras particularidades que se notan en cada caso (Arese, 2009).

Como idea general puede decirse que la orden del empleador que se resiste debe afectar a la dignidad, sea abusiva en extremo, peligrosa o discriminatoria, o bien se manifieste contraria a las mismas exigencias laborales, como cuando las órdenes que se desconocen, agreden o aún pueden rozar derechos constitucionalmente protegidos invadan la vida privada del trabajador o sean ilegales; arremete contra condiciones esenciales del contrato, se arremete contra la dignidad o intimidad o causa perjuicio son relevantes sobre los puntos de vista personal, moral, profesional o familiar (Arese, 2009).

En definitiva, siguiendo a Arese (2009) se explica en torno a esta cuestión lo siguiente:

a) El derecho de resistencia es, según se vea, la negación del sistema jurídico porque supone su insuficiencia o fracaso por lo menos momentáneo o, por el contrario, y tal como

²² Art. 65 LCT: Las facultades de dirección que asisten al empleador deberá ejercitarse con carácter funcional, atendiendo a los fines de la empresa, a las exigencias de la producción, sin perjuicio de la preservación y mejora de los derechos personales y patrimoniales del trabajador.

lo amerita el artículo 36²³ de la Constitución, es el medio habilitado por el sistema jurídico para asegurar derechos civiles esenciales, su resguardo directo e inmediato. En el plano general, la admisión de estas formas de autoprotección individual o pluriindividual, es decir, a una posición más activa del trabajador, para mostrarse efectiva para asegurar la actuación prudente y de buena fe en materia de organización y dirección empresarial.

b) Son situaciones en que se admite la resistencia directa en los casos de lesiones a derechos fundamentales o a la vida personal, el sometimiento a condiciones ilegales de trabajo, frente a la existencia de peligrosidad manifiesta en la ejecución de las tareas o directivas ilegales o prohibidas por la propia LCT.

c) Si la situación es fundada, el trabajador goza de indemnidad frente a la hipotética réplica del empleador.

Consideraciones parciales del capítulo 2

Se concluye este segundo capítulo destacando que al analizar la primera parte del art. 66 de la LCT dio como resultado que le cabe al empleador encuadrarse dentro de los requisitos y límites que la norma referida estipula. Ello en aras de que la potestad de modificar unilateralmente el contrato de trabajo que le atribuye la ley no sea arbitraria ni abusiva a los derechos del trabajador, pues le ocasionaría a su dependiente un daño material y también puede configurarse un daño moral. Si bien estos requisitos y límites están expresamente mencionados en el art. 66 de la LCT, cabe, además, hacer referencia a los principios del derecho laboral que ambas partes deben respetar en el contrato laboral como el principio de buena fe, el principio de continuidad de la relación laboral, entre otros, descriptos en el capítulo 1, pues estos también actúan como límites a la prerrogativa otorgada al empleador.

²³ Art. 36 CN: Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos. Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas. Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles. Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo. Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos. El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función.

La segunda parte del artículo, por otra parte, describe el respaldo jurídico que se le ofrece desde la LCT al trabajador cuando sus derechos sean vulnerados. Estas medidas legales a adoptar por el trabajador ante una eventual afectación de sus derechos laborales son: la posibilidad de optar por considerarse despedido sin causa o accionar persiguiendo el restablecimiento de las condiciones alteradas.

Es a partir de allí, que se llega a la conclusión -juntamente con el análisis de la doctrina y jurisprudencia- que para poder detectar si este sustento jurídico es efectivo en cuanto a la finalidad que persigue, merece estudiarse específicamente, la indemnización del art. 245 de la LCT y en materia de recomposición del daño moral, también se requiere abordar en profundidad esta cuestión. Ambas son temáticas centrales de este trabajo y que serán tratadas en el capítulo siguiente a efectos de llegar a una conclusión.

Capítulo 3: La cuestión del daño moral ante el ejercicio abusivo del *ius variandi*. La indemnización tarifada del artículo 245 de la LCT

Introducción

Ya desarrollados en el capítulo anterior los temas referidos al instituto *del ius variandi*, en este tercer capítulo se estudiará en profundidad el daño moral, las diferentes teorías que lleven a una conceptualización; su ubicación en el ordenamiento jurídico como también en la Constitución Nacional. Además, se analizará la prueba del daño moral y, por último, las diversas consideraciones que la doctrina y jurisprudencia hacen respecto al resarcimiento de la indemnización del art. 245 de la LCT para este rubro que se viene refiriendo. Esto es así, por cuanto constituye una de las pautas más importantes a tener en cuenta para que el trabajador al considerarse despedido indirectamente por haber sido afectado moralmente se resarcido con una indemnización justa y equitativa.

3.1 Daño moral. Definición doctrinaria

En la relación laboral el trabajador es la parte más débil y por ello, es susceptible de sufrir perjuicio moral por el uso abusivo del *ius variandi* por parte del empleador y que para su reparación la LCT establece una indemnización tarifada, prevista en su art.245.

Atento a lo dicho, es menester comenzar explicando la definición del daño moral, es decir, el concepto con el que se imprimen las consecuencias perjudiciales derivadas de la lesión a un interés no patrimonial.

Pizarro y Vallespinos (1998) han dicho que el daño moral es una alteración disvaliosa del espíritu, en el desarrollo de su capacidad de entender, querer o sentir, y que es el producto de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de modificación anímica perjudicial. También se ha sostenido que “El daño moral no se reduce a sufrimientos, sino que tiene una perceptible dimensión objetiva: un empeoramiento existencial para quien acciona, susceptible de inferirse a partir de una confrontación entre su estado previo y el posterior hecho lesivo” (Zavala de González, 2010, pág. 441). En otras palabras, el daño no solo se queda en lo meramente afectivo, en el dolor, sino que también se amplía a otros ámbitos de la personalidad como la capacidad de entender, querer.

No influye en la existencia del daño moral la carencia de sensibilidad o comprensión del mismo, de conformidad a que por este concepto se objetiviza su existencia, pudiendo entonces ser este perceptible a través del modo de estar distinto al anterior en la víctima. Basta entonces el solo corroborar el disvalor subjetivo producido,

que se manifiesto en un modo de estar distinto del que la persona tenía antes del hecho dañoso, para que se configure el daño moral. (Pizarro y Vallespinos, 1998).

Zannoni (1993) señala por ello que el resarcimiento no debe considerarse como la reparación jurídica por sentir el agravio, sino como un resarcimiento objetivo de un bien lesionado.

Como es dable advertir, es controvertido el concepto de daño moral, debido que la doctrina y jurisprudencia no han llegado a alcanzar unanimidad de criterios en cuanto a su determinación. La doctrina plantea distintas nociones sustentadas en las ideas y argumentos de los autores por lo que no resulta sencillo tomar posición por alguna de ellas; y ello también influyó en la jurisprudencia, ya que a través del tiempo los fallos se han manifestado en favor de una u otra posición. Pizarro al respecto expresa: “Determinar que se entiende por daño constituye una cuestión de fundamental importancia, tanto para el damnificado como para el sindicado responsable. Los límites cualitativos y cuantitativos del primero y la obligación de resarcir del segundo pasan por la cuestión conceptual” (1998, p. 636).

3.1.1 Doctrina que identifica al daño con lesión a un derecho subjetivo

Esta teoría que aquí se analiza, entiende que el daño patrimonial es el que afecta intereses o derechos subjetivos patrimoniales. Y, por su lado, el daño moral es aquel que recae sobre derechos subjetivos de tipo extrapatrimonial (Pizarro y Vallespinos, 1998).

Para Brebbia (1950), la persona que, por definición legal, es titular de derechos y obligaciones, y que técnicamente se denominan derechos subjetivos; hay daño jurídico cuando se agravia alguno de esos derechos o facultades que nacen del texto normativo y que integran la esfera jurídica del individuo.

Esta teoría, si bien tuvo consiguió varios adeptos, no pudo dar respuesta a los supuestos en los que un daño a un derecho subjetivo extrapatrimonial provocaba correlativamente un daño patrimonial, como por ejemplo la afectación de la honra, la que podía incidir en la futura capacidad productiva. A la inversa, el daño a un interés material, podía generar daño moral debido a la afectación de los sentimientos. Dentro de esta posición, y con la finalidad de sobrepasar esas críticas, se distinguió entre daño moral puro y daño moral con proyección patrimonial (Pizarro y Vallespinos, 1998).

3.1.2 Doctrina que identifica al daño con lesión a un interés legítimo

Tratando de dar respuestas a las críticas que obtuvo la doctrina anterior, surgió esta teoría que entiende que el daño recae sobre un interés legítimo que es presupuesto de un derecho subjetivo y no sobre el derecho en cuestión. De este modo, se reconoce la posibilidad de que un mismo derecho subjetivo contenga intereses de ambas naturaleza, por lo tanto es posible encontrar daño patrimonial o moral (Pizarro y Vallespinos, 1998).

Bustamante Alsina (1997) en lo que respecta a esta teoría, explica que primero hay que considerar el concepto de bien jurídico e interés legítimo. De esa forma explica que el bien jurídico son las cosas que constituyen objeto de los derechos patrimoniales y también los atributos de la persona como sujeto de derecho en conjunto con los valores que constituyen los derechos de la personalidad (vida, libertad, salud, honor, etc.). El interés legítimo es el que impulsa al hombre para realizarse mediante la satisfacción de las exigencias físicas y espirituales consustanciales con la propia naturaleza humana.

Continúa enseñando luego el autor citado que

De esta manera, si el daño recae sobre un bien jurídico material deteriorando o destruyendo una cosa que es objeto de un derecho patrimonial y afecta al mismo tiempo un interés legítimo de carácter económico porque altera la integridad del patrimonio disminuyéndolo, estamos en presencia de un daño patrimonial directo. Si el mismo daño repercute en los sentimientos por el valor afectivo de la cosa atacada, produciendo un desequilibrio emocional a causa de la pena o la angustia de su pérdida, el daño es moral indirecto.

Si el daño recae sobre un bien jurídico inmaterial atacando la vida, el cuerpo, la salud, el honor o la libertad de una persona y afecta al mismo tiempo un interés jurídico no patrimonial, el daño es moral directo. Si el mismo daño repercute en el patrimonio por pérdida de un beneficio económico afectando así un interés jurídico patrimonial, el daño es patrimonial indirecto. (Bustamante Alsina, 1997, p. 238 y 239).

3.1.3 Doctrina que identifica al daño con el resultado o consecuencia de su acción

La mayoría de la doctrina defiende la postura que entiende que, para determinar si se está frente a un daño moral o patrimonial, no hay que tener en cuenta la naturaleza del derecho que se lesiona, ni el interés legítimo, sino observar el resultado de la acción antijurídica (Orgaz, 1980; Pizarro y Vallespinos, 1998; Bustamante Alsina, 1997).

Zavala de González al respecto alecciona “El parangón (entre daño moral y daño patrimonial) solo es factible atendiendo a la concreta y ulterior consecuencia de la lesión: hay daño patrimonial, si el resultado es antieconómico; y daño moral si el resultado es antiespiritual” (1996, p. 27). Por su parte, Orgaz supo alegar que “Si lo que se quiere

clasificar es el daño resarcible, no hay por qué atender a la naturaleza de los derechos lesionados, sino al daño en sí mismo, esto es, a los efectos o consecuencias de la lesión” (1980, p. 201).

Partiendo de esta teoría se permite distinguir el concepto de daño entre daño en sentido amplio y daño resarcible. Quienes apoyaban esta idea sustentaban sus argumentos en los artículos 519, 1067/68/69 del Código Civil derogado, debido a que observaban en su letra la definición de daño de acuerdo a sus consecuencias. De esta forma el concepto de daño sería normativo y no doctrinario, tal como supo advertir Bueres (1992).

3.2 El rango constitucional del daño moral y su recepción en el ordenamiento jurídico

El *naeminen laedere*—no dañar a nadie— o *alterum non laedere* —no dañar a otros— constituye el eje principal del derecho de daños, explican Pizarro y Vallespinos (1998). A ello agregan que este tipo de perjuicio ha adquirido rango constitucional a través del art. 75²⁴ inc. 22 de la Constitución Nacional, pues en los artículos 5²⁵ y 11²⁶ del Pacto de San José de Costa Rica (Ley 23.054) encuentra recepción y tutela dicho bien jurídico²⁷.

²⁴ Art. 75, inc. 22 CN.: Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

²⁵ Artículo 5 de la Ley 23.054: Derecho a la integridad personal: “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.”

²⁶ Artículo 11 de la Ley 23.054: Protección de la honra y de la dignidad “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser

Está, además, receptado en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, cuyo art. V dispone que “Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar”

También el artículo 19 de la CN, se erige como un principio general y ofrece la tutela jurídica para el derecho de reparación, expresando que:

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 no prohíbe.

3.3 Objeciones al daño moral

Cabe destacar a continuación las objeciones que ciertos autores han manifestado para contrariar la corriente doctrinaria que apoyaba la figura del daño moral:

a. Inmaterialidad: el daño moral, al encontrarse identificado con la subjetividad de las personas, es decir, al producir efectos en la órbita interna del sujeto, vendría a resarcir un daño inexistente precisamente por no poder ser corroborado. Por otro lado, también existe el problema de la prueba, si su manifestación es el modo de estar que la persona exterioriza, entonces sería fácil simular su presencia. Sostienen que la reparación del daño moral atentaría contra elementales principios de la responsabilidad civil, al indemnizar un perjuicio inexistente (Brebbia, 1950).

b. El precio del dolor: esta teoría fue receptada por Llambías (1955) quien sostuvo que, desde el punto de vista ético, el daño moral es inmoral por poner precio al dolor; en otros términos por presentar el debate sobre el valor que debe darse a los afectos. Para este autor, el hecho de involucrar los sentimientos con cuestiones pecuniarias no es correcto, por transitar ambas por carriles distintos. Entonces, concluye, considerar que los dolores físicos o espirituales se pueden comprar con el dinero es un grosero y grave fundamento del materialismo.

c. Imposibilidad de tasarlo en dinero: la forma ordinaria de retrotraer las cosas al estado anterior es a través del pago del valor que representa el detrimento; por lo que el

objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”

²⁷ SCJBA, Ac. 57.531, 16-2-99, “Sffaeir, L. C/Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Salud y Acción Social) s/demanda contencioso administrativa”.

dinero vuelve la situación a idéntico estado al que se encontraba antes del perjuicio sufrido, mediante la entrega de una misma cosa o el pago del valor del objeto. Es decir, en estos casos el dinero cumple una función de equivalencia entre daño y dinero (Trigo Represas y López Meza, 2004).

Pero en lo que respecta al daño moral, ¿cómo puede representarte mediante una suma de dinero? En la reparación del daño moral el dinero cumple un papel diferente al antes mencionado por otorgarle a la víctima del daño una satisfacción por lo que tuvo que pasar. Brebbia al respecto expresa: “Esta fuera de discusión que los daños morales no pueden ser tasados adecuadamente en dinero, ya que hemos señalado este hecho precisamente como una de sus características específicas, pero tal circunstancia no puede constituirse en impedimento para la reparación de los perjuicios morales” (1950, pág. 102).

d. Imposibilidad de apreciarlo de manera exacta bajo un parámetro objetivo pecuniario: como derivación lógica del punto anterior señalado, se dice que en caso de aceptarse que se puede reparar por medio del dinero, se está frente al problema de saber cuánto se debe resarcir en cada caso particular (Bustamante Alsina, 1997).

No debe dejar de considerarse que este problema no solo se presenta en el daño moral, el que queda en manos de la libre apreciación del juez. También se da cuando el daño patrimonial futuro, debe determinarse judicialmente. Es ejemplar la frase: en estos casos “del hecho de que el juez no pueda conceder una reparación exacta, no se puede concluir que no debe conceder ninguna reparación” (Bustamante Alsina, 1997, p. 208-citando a Laurent).

3.4 La prueba del daño moral en el ámbito contractual y extracontractual

La doctrina mayoritaria es conteste en afirmar que en la responsabilidad extracontractual la prueba del daño moral se prueba con el hecho ilícito consumado, es decir, que es *in re ipsa*, y asume la carga de la prueba aquel que negare la existencia del hecho moralmente dañoso (Medina, s.f).

En cambio, en el terreno contractual el agravio moral no se presume y debe ser probado por quien dice ser damnificado. Como lo expresan distintos fallos, a saber: “Tratándose del incumplimiento de obligaciones contractuales, la indemnización del daño

moral sólo es procedente a expensas de que el mismo se acredite fehacientemente (doc. art. 522 del Cód. Civil)²⁸ .

En materia contractual, donde resulta de aplicación el art. 522 del Cód. Civil, el resarcimiento del daño moral debe ser interpretado con criterio restrictivo, para no atender reclamos que respondan a una susceptibilidad excesiva o que carezcan de significativa trascendencia jurídica, quedando a cargo de quien invoca la acreditación precisa del perjuicio que alega haber sufrido²⁹

3.5 Reparación del daño moral

En la actualidad, el reconocimiento del daño moral no presenta demasiados detractores. Si bien desde un principio fue receptado por nuestra ley, las objeciones planteadas supra son hoy en día retrogradadas y están en clara retirada. Entonces se puede afirmar que la procedencia del daño moral no se discute. Lo que si esta en controversia es el fundamento por el cual este es procedente, presentándose distintas teorías:

a. Doctrina de la pena o sanción ejemplar³⁰: para esta teoría, la reparación del daño moral no constituye un resarcimiento sino una pena civil cuyo propósito es reprochar ejemplarmente la falta cometida por el ofensor. Esta teoría reconoce que el daño moral debe ser resarcido, pero entiende también que ello se debe llevar a cabo como una sanción impuesta al que produjo el daño para evitar a futuro la concreción de comportamientos similares. De allí que el monto de la indemnización dependerá de la gravedad de la conducta, siendo superior cuando hay dolo, y atenuado ante un comportamiento culposo (Llambías, 1950).

Se le critica a esta teoría que si el resarcimiento fuese una pena no se entendería que se entregue el monto pecuniario a la víctima, sino que debería serle entregada al Estado o alguna entidad de beneficencia. También de acuerdo a que el resarcimiento debería

²⁸ CCiv. y Com. San Martín, Sala 2, 5-3-98, Corbelleri, R. c/Ancillotti, A. s/ds. y ps. Fallo y fragmento citado por Graciela Medina en su publicación digital “JURISPRUDENCIA SOBRE DAÑO MORAL -Pcia. de Buenos Aires / Prueba del daño moral” <http://www.gracielamedina.com>

²⁹ SCJBA, Ac. 56.328, 5-8-97, “Bernard, T. c/Banco Municipal de La Plata s/ds. y ps. Fallo y fragmento citado por Graciela Medina en su publicación digital “JURISPRUDENCIA SOBRE DAÑO MORAL -Pcia. de Buenos Aires / Daño moral en materia contractual” <http://www.gracielamedina.com>

³⁰ CNCiv., Sala A, “Barbosa, Herminia c. Arancibia, Alfredo R.”, LL 1980-D-7654

extinguirse por la muerte de la víctima, debido al principio de personalidad de la pena. Cabe señalar que la Corte Suprema de Justicia ha descalificado esta teoría en el fallo Santa Coloma³¹.

b. Doctrina del resarcimiento del daño moral³²: esta teoría admite el carácter resarcitorio del daño moral y considera especialmente la situación de la víctima, debido a que para la determinación del daño debe apreciarse la verdadera magnitud que tuvo el perjuicio sobre la víctima. De allí que se torne sumamente relevante el resultado de la acción dañosa independientemente de la intención que haya tenido el responsable. Esta postura es compartida por la mayor parte de la doctrina (Zavala de González, 1994; Trigo Represas-López Meza, 2004; Pizarro y Vallespinos, 1998).

c. Doctrina de la doble posición³³: aquí se interpreta que las dos teorías anteriores son extremas, y por lo tanto no observan plenamente el fenómeno resarcitorio relacionado al daño moral. Para que ello no suceda, no solo debe apreciarse como se llevó a cabo la acción por el infractor, sino también el resultado que produjo en el damnificado (Zannoni, 1993). Este es el criterio que a entender de esta tesitura, mejor protege la posición de la víctima y a su vez lo sostenido por la doctrina judicial a partir de autos Santa Coloma.

3.6 La indemnización tarifada del artículo 245 y la noción de indemnización extra tarifada para el resarcimiento del daño moral del trabajador

Adentrándonos cada vez más a la temática del trabajo, y teniendo en claro el concepto el daño moral, se está en condiciones de analizar las distintas teorías que difieren respecto a considerar si su indemnización debe ser solo contemplado como lo establece la norma del art. 245 de la LCT o si es procedente que la indemnización sea extra tarifada para su reparación. Ello siempre en circunstancias en que el trabajador se considere despedido indirectamente como lo contempla el art. 246 de la LCT y que remite a la indemnización del art. 245 del mismo cuerpo legal, por los daños ocasionados por el empleador al hacer un uso abusivo del instituto del *ius variandi*.

³¹ CSJN, 5/8/86, “Santa Coloma, Luis F. y otros c. Ferrocarriles Argentinos”, JA, 1986-IV-624

³² CNCiv, Sala D, “Escudero, José G. c/Da Costa, Lauro A”, LL 1992-C-242

³³ CNCiv. y com. Fed., Sala III, “Pajon, Luis O. c. Estado Nacional-Estado Mayor General de la Armada”.LL.1990-A-489

La idea de la indemnización extra tarifada para la reparación del daño moral ha dado lugar a diferentes posiciones en la doctrina, explica Keeselman (2004) a quien se sigue para exponer estas diversas tesis:

- a) Tesis que considera que la reparación de los daños materiales y morales se encuentra contemplado en la tarifa prevista en el art. 245 de la LCT.
- b) Tesis que admite en todos los casos la reparación por daño moral producido como consecuencia de la disolución del contrato laboral. Asimismo, considera que la indemnización tarifada resarce solo los daños patrimoniales derivados del mismo.
- c) Tesis intermedia que, excepcionalmente, admite la reparación del daño moral como consecuencia del despido cuando el mismo surge de hechos distintos de la extinción del contrato laboral, y que es pasible de indemnización extra-tarifada.

A continuación, se explicarán con detenimiento estas tesis citadas a partir del entendimiento que la doctrina hace de ellas.

3.6.1 Análisis doctrinario de las diferentes teorías de la indemnización del daño moral.

De acuerdo a la primera teoría, se considera que el daño moral ya está contemplado en la indemnización tarifada del art. 245 de la LCT. Vázquez Vialard y De la Fuente afirmaron en las V Jornadas Argentinas del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebradas en la ciudad de Córdoba en el año 1980 que: “En lo que respeta 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 puede haber ocasionado al trabajador” (citados por Mosset Iturraspe, 1999, p.286).

Asimismo, de igual forma, la Cámara de Apelaciones de Neuquén se pronunció *in re* “Cardenas Fonseca Gerardo c/ AFJP Previnter SRL s/Despido”, manifestando que:

El sistema establecido por la ley de Contrato de Trabajo resulta omnicomprensivo de todas las situaciones que pueden plantearse ante la ruptura arbitraria del vínculo contractual, razón por la cual todo daño moral (desde el punto de vista contractual) se encuentra normalmente incluido en el concepto de injuria laboral y da derecho, exclusivamente, a una indemnización tarifada)³⁴.

Así también se ha sostenido que

³⁴ Cámara de Apelaciones de la Pcia de Neuquén “CARDENAS FONSECA GERARDO C/ AFJP PREVINTER SRL S/ DESPIDO”, (Expte. N° 755-CA-0).”

Se debe partir de una premisa fundamental, el despido incausado o arbitrario no es un acto ilícito penalmente reprochable, es un ilícito contrario a la ley de Contrato de Trabajo y se traduce en un resarcimiento tarifado. Entiendo que la reparación tarifada cubre todos los daños que genera el despido arbitrario, en tanto y en cuanto este se haya concretado mediante un ejercicio regular del legítimo derecho de despedir. Se ha respetado doctrinal y jurisprudencialmente que la indemnización tarifada constituye una reparación omnicomprendiva del *damnum emergens*, del *lucrum cesans* y del daño moral. (P.S. 1999II-275/281, Sala II). En consecuencia, el agravio será desestimado³⁵.

La segunda teoría, en oposición a la anterior, considera que la indemnización prevista por la LCT no permite la reparación de los daños sufridos al trabajador en su plenitud y de esta manera se aparta de los principios constitucionales de protección contra el despido arbitrario consagrado en el art. 14 *bis* de la Constitución Nacional y del principio del *alterum non laedere* del art. 19 del mismo cuerpo legal. A pesar de ello, gran parte de la doctrina no comparte esta teoría ya que se fundamenta que el módulo tarifado del artículo 245 L.C.T. mide todos los intereses del trabajador que se encuentran afectados (Mosset Iturraspe, 1999).

Por último, la teoría intermedia que considera excepcionalmente la reparación del daño moral por el despido cuando el mismo surge de hechos ilícitos adicional a la extinción del contrato. Así lo precisa Grisolia:

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 ilícito adicional al despido. La ilicitud se refiere a la antijuricidad de la conducta que se califica de injuriente, oprobiosa y, por ende, nociva para el trabajador. La prueba de la configuración de estas circunstancias recae en el trabajador. (citado por Mosset Iturraspe, 1999, p.1228).

También en las V Jornadas Argentinas del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, se concluyó:

1) En lo que respecta a la etapa de extinción del contrato, según Vázquez Vialard y De la Fuente, cuando media una situación de estabilidad relativa impropia, las indemnizaciones tarifadas cubren todos los daños, tanto materiales como morales. 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 bienes personales.

³⁵ Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial. Neuquén Sala II, del voto del Dr. GIGENA BASOMBRIO. “COIFIL ORLANDO OMAR c/ BANCO PROVINCIA DEL NEUQUEN S.A. s/COBRO DE HABERES”, Expte. N° 307487/4. Fallo 151/ 07. Consultado en la web oficial Poder Judicial Neuquén.

2) 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 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 (Mosset Iturraspe, 1999, p.285).

3.6.2 Jurisprudencia en materia de indemnización tarifada del artículo 245 de la LCT. La postura detractora

Conforme a la normativa del art. 245 LCT, se supo alegar en los estrados judiciales que, en principio, todos los perjuicios generados por el distracto deben ser resarcidos por la vía de la indemnización tarifada de la citada norma legal. Atento a ello, se impide reclamar mayores daños o eximirse de la responsabilidad indemnizatoria acreditando que la cesantía no produjo ninguno. Es decir, que el monto tarifado que fija la ley resarce el daño material y moral producido por el despido³⁶.

Por otra parte, el legislador, al establecer la indemnización tarifada del art. 245 LCT, previó mediante dicha sanción todo tipo de daño patrimonial o extrapatrimonial originado por la pérdida del trabajo. En ese sentido se ha sostenido que el argumento vertido por el actor para la pretensión de la indemnización por daño moral y que consistió en que ante la rescisión del contrato vería afectado su nivel de vida pues no contaría con sus ingresos habituales, no constituye un argumento eficaz en tal sentido por cuanto no se advierten conductas que, por su ilicitud, deban ser indemnizadas más allá de la reparación de la norma citada³⁷.

También se sostuvo que, en principio, las reparaciones previstas legalmente en forma tarifada para el despido sin justa causa cubren todos los perjuicios emergentes de la ruptura del contrato. La acumulación indemnizatoria del daño moral con aquella tarifa sólo será admisible si se acredita la confluencia de excepcionales condiciones capaces de localizar nítidamente el suceso fuera del estándar nocivo para el trabajador, que tuvo en cuenta el legislador al arbitrar el remedio consagrado en el art. 245 LCT³⁸.

³⁶ CNAT Sala I “Cheruzzo, Guillermo c/ Ceteco Argentina SA s/ despido” (2005); “Guila Alejandro Daniel c/E.P.S.A s/despido” (2006); entre otros

³⁷ CNAT Sala IX “Cappello, Alfonso c/ Ferro Enamiel Argentina SA s/ despido” (2003)

³⁸ CNAT Sala V “Abagnale, María c/ ferrocarriles Metropolitanos SA en liquidación s/ despido” (2004)

Cuando la injuria provocada por la empleadora se aprecia debidamente reparada por el régimen tarifado aplicable debe desestimarse el reclamo por daño moral, es otra idea que emana de la jurisprudencia. En orden a esta conclusión es necesario ponderar el criterio restrictivo con el que corresponde evaluar la invocación y prueba acerca de daños adicionales a los razonablemente contemplados en la tarifa, y también corresponde evaluar los términos precisos en que se trató y se desarrolló el litigio del que no surgen en el caso circunstancias específicas serias que involucren actitudes patronales que merezcan una reprobación particular y autónoma³⁹.

3.6.3 Fundamentación de la admisibilidad de la indemnización extra tarifada por daño moral

Así como se rechaza la procedencia del daño moral como rubro indemnizatorio extra tarifado al art. 245 de la LCT, hay jurisprudencia que supo sostener lo contrario. Así se reconoció que el cambio de tareas dispuesto por el principal constituyó un ejercicio notoriamente abusivo del *ius variandi* (art. 63 de la LCT), si omitió tratar específicamente los argumentos del actor, y la vinculación que en ella se efectúa entre la posibilidad de que el actor obtuviera una indemnización tarifada como consecuencia del despido y su reclamo de resarcimiento del daño causado por el cambio arbitrario de tareas durante la vigencia de la relación de trabajo, deviene meramente conjetural⁴⁰.

También se entendió que el trabajador se consideró despedido cuando fue trasladado de sede a pesar de que su estado de salud le impedía trasladarse por grandes distancias. La alzada entendió que correspondía reconocerle una indemnización por daño moral. Los magistrados interpretaron a tenor de la prueba recabada que la empresa postal debía indemnizar a un empleado que se consideró despedido porque debió aceptar una rebaja salarial y porque se lo trasladó de lugar de trabajo a pesar de que su estado de salud no lo recomendaba⁴¹.

Basándose en la libertad de opinión gremial, se supo considerar que contra la actora se cometió una conducta discriminatoria (configurándose un abuso del *ius variandi*) por la cual resulta procedente una indemnización por daño moral. Entre estas obligaciones de conducta genéricas, se entendió que deben incluirse también las que emanan los arts. 65, 66

³⁹ CNAT Sala VI “Demaría, Verónica y otro c/ Sworn College SA s/ despido” (2007)

⁴⁰ CSJN A 231 XXI “Álvarez Valdéz, Jorge c/ SADAIC” 19/3/87 Fallos 310:619.

⁴¹ CNAT. Sala X. “Vago, Pablo c/ Correo Oficial República Argentina S. A” (2005)

y 68 de la L.C.T., que disponen que el empleador en el ejercicio de las facultades de dirección debe preservar y mejorar los derechos personales y patrimoniales del trabajador y al introducir cambios relativos a la forma y modalidades de la prestación de trabajo debe evitar todo proceder que cause perjuicio material o moral al trabajador, en virtud del principio de indemnidad que es propio del vínculo laboral y que está receptado por las normas ya citadas y también por los arts. 76 y 77 de la LCT⁴²

3.7 El reclamo de la indemnización del daño moral en el fuero laboral

Respecto a esta temática sostiene Carcavallo que al aplicar supletoriamente normas del derecho civil en juicios laborales “se destruye el carácter de especificidad que tiene el derecho del trabajo” y agrega que al fundamentarse las indemnizaciones laborales “perderá su razón de ser la existencia del régimen tarifado establecido en la ley de contrato de trabajo” (2007, s.d).

En otro orden de idea, Vázquez Vialard destacó que

Por ello, si en algún ámbito del derecho el concepto de “daño moral” puede tener alguna aplicación, es precisamente en el del trabajo. Una de las finalidades elementales del Derecho del Trabajo es el de asegurar el respeto de la dignidad de la persona del trabajador, por lo que cualquier lesión que se le infiera, exige una reparación...”, continua diciendo el autor “es sabido que el trabajador debe cumplir personalmente la principal prestación a cargo y por lo general no en forma ocasional, como ocurre en las restantes contrataciones, sino permanente, incorporándose a una organización ajena con la obligación de prestar sus tareas en el lugar y condiciones que fijen, sometido en todo momento a las facultades de dirección y disciplinarias que ley reconoce al empleador... es decir, en el contrato de trabajo el trabajador, por la situación de dependencia personal en la que se encuentra, arriesga permanentemente sus bienes personales más valiosos (vida, integridad física, honor, dignidad, etc) (1988, p.755)

En la causa “Viñoles, María Amalia c/ Averbuch, Mario s/daño moral”⁴³ se señaló que se desprende que el hecho dañoso se produjo en el marco de un vínculo laboral entre las partes del pleito, por lo que el juicio debe radicarse por ante la justicia nacional del trabajo. Ello, pues no puede negarse la vinculación directa con la litis que tendría la dilucidación de cuestiones relacionadas con el derecho del trabajo y las normas que lo reglamentan. En oposición, se consideró que la presente se basaba en un reclamo centrado en normas del derecho civil; circunstancia que determina la incompetencia de la justicia

⁴² CNAT SALA III “Almazan Alejandra c/ Atento Argentina S.A. y otro s/ despido” (2006)

⁴³ C.S.J.N., C. 420. XXXV. “VIÑOLES, María A. c. AVERBUCH, Mario” (2000) Texto completo en web CSJN: www.csjn.gov.ar/jurisprudencia

laboral por cuanto el supuesto que se analiza no encuadra dentro de lo normado por el art. 20 de la Ley 18.345 de Organización y Procedimiento de la Justicia Nacional del Trabajo. El Procurador se expidió manifestando que:

En el caso de autos, el daño moral invocado se funda en un agravio que se produce en ocasión al despido, de ello se desprende, prima facie, que existe una cierta vinculación entre ambos juicios ya que la sentencia que se dicte en los autos sobre despido, puede tener cierto grado de influencia en el juicio por agravio moral, pues la actora consideró que los dichos vertidos en la respuesta a su reclamo (en los que negaba la existencia de un contrato de trabajo), la dañaron moralmente. Encontrándose en trámite entre las mismas partes un juicio de despido es razonable que deban tramitar ambos reclamos por ante el mismo magistrado, a fin de evitar el posible escándalo jurídico que podría darse en el caso de sentencias contradictorias.

3.8 Jurisprudencia de la provincia de Córdoba

3.8.1 Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba “Pereyra Elizabeth Roxana c. Brocatto S.A. s/ ordinario - despido - recurso de casación”

La trabajadora⁴⁴ interpuso recurso de casación en contra de la sentencia que tuvo por injustificada la decisión que quebró el contrato de trabajo con sustento en el ejercicio abusivo del *ius variandi*. Fundó su agravio en que el *a quo* omitió valorar las demás causales que integraron la misiva remitida al empleador.

El TSJ de Córdoba revocó el pronunciamiento recurrido y la sentencia que tuvo por injustificado el despido indirecto por uso abusivo del *ius variandi* y por la que se interpretó debía ser dejada sin efecto la demanda.

Es dable destacar que los agravios que presentó la quejosa se fundaban en que la Cámara había abordado una sola de las causas esgrimidas, y no tuvo en cuenta que en la misma misiva examinada se reclamó la falta de pago de rubros salariales derivados de una errónea categorización y de la real jornada de labor. Sostuvo en ese sentido que el pronunciamiento vulneró las reglas de la sana crítica racional al tratar las causales de injuria invocadas por la trabajadora.

Además, la agraviada cuestionó la conclusión a la que llegaron los magistrados a que debió optar por la acción sumaria que contempla el art. 66 de la LCT, toda vez que la situación en la que se encontraba –recién convertida en madre- le impedía aguardar el

⁴⁴ TSJ, de la provincia de Córdoba “Pereyra Elizabeth Roxana c. Brocatto S.A. s/ ordinario - despido - recurso de casación” 27/05/2014 LL AR/JUR/28120/2014

resultado de un proceso que en la mayoría de los casos se vuelve ordinario y sin que tampoco estuviera garantizada su continuidad laboral.

Agregó que carece no resulta suficiente el reproche que le efectuó el tribunal el no haber retirado del correo la carta documento enviada por su empleadora si en ella se plasmaba que no tenía interés en restituir las cosas a su estado anterior. Lo propio señala respecto de la circunstancia de haber conseguido trabajo a dos días luego del despido, lo que no puede presuponer que había sido concertado este hecho previamente y por eso el distracto fue premeditado.

Adujo asimismo que las declaraciones testimoniales no eran susceptibles de ser consideradas idóneas para desvirtuar la confesión que surge de la contestación sobre el horario de comercio que realizaba. Además, destacó que el cambio dispuesto por la patronal implicaba que tendría que trabajar los sábados y domingos, lo que implicaba una modificación sustancial de su contrato; es decir, se presentaba un ejercicio abusivo del *ius variandi*.

El problema que llega a manos del TSJ es que el *a quo* derivó de la prueba informativa que Pereyra actuó de mala fe y descalificó también a las testigos propuestas por la parte actora. En cambio, ponderó conteste la confesión en cuanto a la jornada de 6 hs. y que podían cambiarse los horarios entre las empleadas sin necesidad de solicitarlo a los dueños. Luego, concluyó que la accionante no probó los agravios que le producía el cambio de lugar y horario de prestación de tareas por lo que la denuncia del contrato de trabajo, a la luz del art. 242 de la LCT, devino injustificada. Agregó, que la conducta resolutoria del contrato era abusiva pues la accionante disponía de otros medios para hacer valer sus derechos (art. 66 LCT).

Como resultado de esa interpretación, se rechazaron las indemnizaciones derivadas del distracto y las sanciones previstas en los arts. 1 y 2 de la Ley N° 25.323. Asimismo, se desestimaron las diferencias salariales y las horas suplementarias.

Atento al panorama comentado, el TSJ entendió que en orden a la situación de despido indirecto en que se colocó la parte actora, desvirtúa el contexto fáctico y probatorio de la causa. Así, de las misivas remitidas recíprocamente surge clara la postura de ambas partes con relación a los reclamos que efectuaba la accionante y que estaban referidos no sólo a las modificaciones en las condiciones laborales (horario y lugar de trabajo) sino

también a la falta de pago de rubros salariales derivados de una errónea categorización y de la real jornada de labor.

Sin embargo, el *a quo* al momento de discernir sobre la legitimidad del despido indirecto, examinó solamente la causa esgrimida relativa al *ius variandi* mencionando superficialmente al resto. En ese sentido, se puso énfasis en la negativa de la actora a recibir la carta documento que la empleadora remitió, pero no reparó en el contenido de dicha misiva en la cual, la accionada, rechazó en todos sus términos las peticiones de la trabajadora, intimándola además a presentarse al nuevo destino laboral, bajo apercibimiento de configurar abandono de trabajo.

Señaló el TSJ que tampoco es eficaz para sustentar el decisorio finalmente adoptado aferrándose al argumento relacionado con el inicio de una nueva relación laboral con otro empleador, a pocos días del despido indirecto. Es que, lo afirmado en orden a que la trabajadora había programado la rescisión del contrato de trabajo con la intención de obtener un beneficio, es una dilucidación personal que proviene de la íntima convicción del *a quo*, la cual, a su vez, no se condice con el hecho desencadenante del intercambio comunicacional a cargo de la patronal.

En cuanto a la valoración de la prueba testimonial, no surge completo el razonamiento del *a quo* teniendo en consideración la modalidad contractual (contrato de trabajo a tiempo parcial). Asimismo, con respecto a las expresiones relacionadas con la existencia de otros medios legales para reclamar por sus derechos (art. 66 LCT), “devienen dogmáticas”, de conformidad al modo en que se sucedieron los hechos.

En consecuencia, se entendió que correspondía anular el pronunciamiento en los aspectos de que se trata y, entrando al fondo del asunto (art. 105, CPT), reenviar la causa a la Sala de Trabajo pertinente, o a la que le siguiere si aquélla fuere la *a quo*, a fin de que resuelva acerca de la procedencia de los rubros derivados del distracto.

Consideraciones parciales del capítulo 3

De este tercer capítulo queda como conclusión que la relación empleado-empleador suele conllevar conflictos y muchos de ellos terminan en reclamos judiciales. Desde un tiempo a esta parte, la justicia laboral ha sentado varios precedentes favoreciendo cada vez más a los dependientes. Y entre estos fallos sobresalen los que han sido objeto de estudio

en el presente trabajo y que tienen que ver con el *ius variandi* y la procedencia del daño moral cuando se den algunas de las variables que implican esta facultad propia del empleador que, en algunas circunstancias, puede afectar los derechos fundamentales de los trabajadores.

En muchos casos, si las modificaciones a las condiciones laborales no son debidamente compensadas, pueden derivar en un reclamo judicial por parte de los dependientes que por ella, tal como se adelantara, se ven perjudicados. Así se menciona a título meramente ilustrativo, un cambio de lugar de trabajo, la modificación del horario o de funciones y/o sector dentro de la empresa, entre demás razones. Entonces, si los trabajadores ven vulnerados sus derechos, pueden considerarse despedidos y presentarse ante la justicia laboral para reclamar sus acreencias.

Luego de esta somera introducción, se destaca que, a los fines de dilucidar la procedencia de la indemnización por daño moral, es necesario determinar si en el acto de despido confluyeron circunstancias por las cuales se produzca ilícita y culpablemente daños con respecto a derechos del trabajador, distintos de la pérdida del empleo.

En el caso que se invoque una causal gravemente injuriante y no probada, al quebrantarse otros derechos extrapatrimoniales (el honor, la dignidad, el buen nombre) del trabajador despedido, distintos de la compensación tarifada, se introduce un elemento de daño independiente del cubierto por la tarifa y se lo introduce ilegítimamente, dicha ilicitud, al producir un daño, debe ser reparada.

Conclusiones

En el transcurso de la investigación y estudio de la problemática presentada en los siguientes términos: ¿Con qué herramientas legales cuenta un trabajador ante el uso abusivo por parte del titular del *ius variandi* que lo agravia moralmente?; ¿es resarcido el trabajador, íntegramente de acuerdo a la indemnización del art. 245 de la LCT? y, si no fuera así, ¿qué solución se podría ofrecer al empleado?, tomando como base la amplia doctrina y jurisprudencia del mundo del derecho laboral que se ha analizado, se han ido adquiriendo vastos conocimientos para lograr, en lo posible, una acertada conclusión.

Para poder resolver estos cuestionamientos, se partió de la hipótesis que afirmaba que en caso de materializarse el ejercicio abusivo del *ius variandi* por parte del empleador,

este puede provocar en el trabajador, además de perjuicios materiales, un daño moral. De allí que, ante tal arbitrariedad y gravedad de la lesión, uno de los mecanismos legales de defensa de los derechos laborales del dependiente se encuentra en el art. 246 de la LCT y que no es más que el considerarse despedido indirectamente. Con motivo de ello, la indemnización pertinente es la del art. 245 de la LCT que no resarce el daño moral ni justa ni equitativamente; por tanto, se infiere la necesidad de incorporarle una indemnización extra tarifada por daño moral en casos excepcionales y debidamente fundados y acreditados los hechos de despidos intempestivos (tal a situación de abuso *ius variandi*). Todo ello atento que dicha ruptura de la relación laboral es perjudicial desde el costado patrimonial pero también anímica y moralmente para el trabajador.

Luego del desarrollo teórico de los contenidos que configuraron la presente investigación pudo concluirse que la indemnización tarifada del art. 245 de la LCT es autoritaria, carece de toda equidad cuando se refiere al daño moral ocasionado al trabajador cuando, por causa de los abusos cometidos por el titular de la facultad que le otorga el instituto del *ius variandi*, se ve obligado a recurrir al despido indirecto del art. 246 del mismo cuerpo legal, pues este carácter indemnizatorio tarifado le consiente indemnidad al empleador.

La nueva idea de una indemnización extra-tarifada del daño moral admitida ya por una vasta jurisprudencia del fuero laboral, tal como quedó establecido, actualizaría aquella rígida y arbitraria indemnización tarifada, humanizando el trabajo y dignificando al ser humano como tal, sea cual fuere su condición laboral. De este modo se integra el derecho del trabajo a un ordenamiento más amplio: los derechos humanos que contempla a la persona humana en toda su esencia. Entonces, al estar el daño moral inmerso en el género de las relaciones humanas, se advierte es perfectamente viable petitionarlo y otorgarlo cuando haya sido requerido.

Va de suyo que en la provincia de Córdoba corre la misma suerte el *ius variandi* que la mayoría de las jurisdicciones que se han abordado, donde no solo se lo admite cuando la causa por la que se lo reclama tiene significativos y adecuados fundamentos, sino también que se le da curso al ámbito del resarcimiento del daño moral extra tarifado.

Lo antes dicho lo es en concordancia con la tesis intermedia que sostiene esta idea de una indemnización extra-tarifada por el daño moral y que admite una doble función: la

de resarcir al perjudicado y sancionar al causante que obre con ilicitud, pues se reconoce el resarcimiento integral y equitativo al afectado, cuyo reclamo debe ser independiente de los efectos normales del despido y de los daños patrimoniales resarcidos por la indemnización tarifada del art. 245 de la LCT.

En otro orden de ideas, se destaca que la tramitación de la acción del reclamo de la indemnización extra tarifada por daños morales debe ser de tramite puramente del fuero laboral, atento a que dicha acción surge del incumplimiento del contrato de trabajo, y más específicamente del incumplimiento del empleador de los requisitos y límites del instituto del *ius variandi*, instituto creado por la LCT, reforzándose esta idea en los precedentes de la vasta jurisprudencia expuesta en el derrotero investigativo.

Como corolario de todo lo expuesto es importante resaltar que si se parte de la justicia social, de los principios generales del derecho del trabajo como la equidad, la buena fe, la seguridad jurídica, la continuidad laboral y que han sido impuesto por una necesidad de eficacia jurídica; y si todo contrato laboral se desarrollara a la luz de estos principios se estaría ante la presencia del respeto por los derechos tanto del trabajador como así también del empleador, y de esta manera se afianzaría la seguridad jurídica, la equidad laboral y la justicia social.

Atento al tenor de estas breves reflexiones, queda por afirmar que la hipótesis de trabajo ha sido corroborada. Y esto es precisamente lo que permite que se pueda presentar a continuación una propuesta superadora que aporte a la comunidad jurídica y también a los trabajadores, principales afectados en situaciones como las analizadas en el presente trabajo.

Así, una de estas propuestas consiste en llevar adelante ajustes periódicos a la relación laboral, que beneficien tanto a los intereses del sector empresario y a los del propio trabajador, conservándose de este modo dicho vínculo, y a pesar de los cambios externos o internos que se puedan ir dando con el derrotero de los tiempos. Para ello, la ley debería –partiendo del principio de indemnidad- reconocer al empleador la facultad de ejercer el *ius variandi*, pero sujetándolo a ciertos y determinados límites; esto evitaría un ejercicio arbitrario o abusivo que altere modalidades esenciales del contrato perjudicando gravemente al trabajador en sus derechos.

De acuerdo a lo dicho, cabe tener presente que si bien resulta imposible determinar taxativamente una lista de condiciones que pueden ser modificadas en el marco de una relación laboral sin que el ejercicio del *ius variandi* se torne antijurídico, en la actualidad –y de la mano de la doctrina, la jurisprudencia y del propio ordenamiento normativo el que, vale recordar, a través del art. 66 de la LCT dispone que el empleador puede introducir cambios en la relación laboral siempre que estos no importen un ejercicio irrazonable de dicha potestad, ni alteren modalidades esenciales del contrato, ni causen perjuicio al trabajador - podría perfectamente delimitarse el ámbito de ejercicio del *ius variandi* quedando el mismo regulado en una norma a incorporar en el Ley de Contrato de Trabajo.

En este sentido, se constituiría una restricción más a los límites previstos por la legislación dentro de los cuales el empleador puede hacer uso de su facultad directiva discrecional, estableciendo los lineamientos e imponiéndose así los principios de razonabilidad, no alteración del eje central del contrato, indemnidad, continuidad, flexibilidad y objetividad.

Por último, y ante la imposibilidad de establecer taxativamente una enumeración de las condiciones, aspectos o modalidades del contrato de trabajo que pueden o no pueden ser modificadas unilateralmente por el empleador, se estima oportuno sugerir que, junto con apoyarse en la jurisprudencia, en las garantías constitucionales y en la propia ley, se busque un modo de controlar preventivamente el ejercicio del *ius variandi*, pudiendo, al efecto, implementarse distintos programas de capacitación tanto para los empleadores como para los dependientes y a modo de política pública. De tal forma, se evitaría -o se morigeraría al menos-, la incidencia en la fase jurisdiccional y/o administrativa que se activa frente a las acciones judiciales que se incoan en ocasión del ejercicio de un *ius variandi* abusivo.

Bibliografía

Doctrina

Arese, C. (2009) Derecho de defensa, discriminación y tutela judicial efectiva en el contrato de trabajo, en *Revista de Derecho Laboral*, (N° 2009-1), *Discriminación y violencia laboral – II*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni

Brebbia, R. H. (1950) *El daño moral. Doctrina. Legislación. Jurisprudencia. Precedido de una teoría jurídica del daño*. Buenos Aires: l Bibliográfica Argentina.

- Bueres, A. J. (1992) *Responsabilidad por daños. Homenaje al profesor doctor Bustamante Alsina*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Cabanellas de Torres, G. (2001). *Compendio de Derecho Laboral*, (tomo I, 4ª edición) Buenos Aires: Heliasta Editores
- Caubet, A. (2006) “Nuevas reflexiones sobre la modificación del artículo 66 de la ley de contrato de trabajo” - ERREPAR - DLE - T. XX - N° 255 - noviembre/2006
- Caubet, A. (2013) *Trabajo y Seguridad Social*. Buenos Aires: La Ley
- Carcavallo, E. (2007) Despidos: cada vez más casos de indemnización por daño moral. *IProfesional*. Recuperado el 10/12/2018 de <https://www.iprofesional.com/notas/39480-Despidos-cada-vez-mas-casos-de-indemnizacion-por-dano-moral>
- Dáttoli, D. (2009) El ejercicio del Ius Variandi. Recuperado el 14/11/2018 de <http://estudiodattoliyasoc.com.ar/category/publicaciones/Archivo/iusvariandi.doc.pdf>
- De Diego, J. (2011) *Manual de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social* (5ta Edición Actualizada) Buenos Aires: LexisNexis – Abeledo – Perrot
- Fernández Madrid, J.C. (2009) *Ley de Contrato de Trabajo Comentada*. Buenos Aires: La ley
- Godinho, M., (2008) *Curso de Derecho de Trabajo*, San Pablo: LTr
- Grisolía, J. (2007) *Derecho del Trabajo y la Seguridad Social* (T.I) Buenos Aires: Lexis Nexis
- Grisolia, A. (2016) *Manual de Derecho Laboral* (7ºed.) Buenos Aires: Abeledo Perrot
- Keeselman, S. (2004) Un nuevo pronunciamiento acerca de la procedencia del daño moral en el campo del Derecho del Trabajo (nota al fallo) *Revista Semanario Jurídico* (nº1460, 03/06/2004), cuadernillo 20, T89, año 2004, p 675
- Litterio, H. (2008) *Tratado de Derecho del Trabajo*, (T. V) Buenos Aires: Rubinzal Culzoni
- Llambias J. “El precio del dolor”, J.A. 1950.III-358.
- Llambías, J., (1995) *Tratado de derecho civil argentino*, (6ª ed.), Buenos Aires: Abeledo Perrot
- López, J. (1987) *Ley de contrato de trabajo comentada*, (T. I, 2ºed.) Buenos Aires: Contabilidad Moderna

- Medina, G. (s.f) Jurisprudencia sobre daño moral. *Graciela Medina*. Recuperado el 22/12/2018 de <http://www.gracielamedina.com/assets/Uploads/resena-jurisprudencial/dano-moral.pdf>
- Miroló, R. (2002) *Variación de las condiciones de trabajo (Ius variandi)*. Córdoba: Mediterránea.
- Miroló, R. (2003) *Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. (T.I) Córdoba: Advocatus.
- Morato García, R. (2011) *Derecho de resistencia y ejercicio irregular del poder de dirección*. Granada: Comares
- Mosset Iturraspe, J. (1999) *Responsabilidad por daños. El daño moral*. (T.V.) Santa Fe: Rubinzal Culzoni
- Olmedo de Lupica, m.i (s.f) Ius Variandi: alcances, límites y plazos de reincorporación – Colección de Tesis – Hemeroteca – UNTREF. Recuperado el 13/1/2018 de <http://www.untref.edu.ar/documentos/tesisposgrados/Olmedo%20de%20Lupica.pdf>
- Orgaz A. (1980) *El Daño Resarcible*. Córdoba: Lerner.
- Plá Rodríguez, A., (1978) *Los principios del Derecho del Trabajo*, Buenos Aires: Depalma
- Pizarro, R., Vallespino, G. (1998) *Instituciones de Derecho Privado*, (T2) Buenos Aires: Hammurabi
- Rodríguez Mancini, J., (2007) “La discriminación y el contrato de trabajo”, en *Revista Derecho del Trabajo*, Buenos Aires: La Ley, (año LXVII, n° 1, enero de 2007, pp. 1/6)
- Tosto, G. (2010) *Ley de Contrato de Trabajo, Comentada y Concordada. El problema de la igualdad de trato* (T.I) Buenos Aires: Errepar
- Trigo Represas, F.; López Mesa, M. (2004) *Tratado de la Responsabilidad*, Buenos Aires: La Ley
- Zannoni, E. (1993). *El daño en la responsabilidad civil* (2°ed). Ciudad de Buenos Aires: Astrea
- Zavala de González M. (1994) *Daños a la persona*, (t. 2c.) Buenos Aires: Hammurabi.
- Zavala de González M. (1994) *Resarcimiento de Daños*, (t. 2b.= Buenos Aires: Hammurabi.
- Zavala de González M. (2010) *Daño moral por muerte*. Buenos Aires: Hammurabi.

Jurisprudencia

C.S.J.N., C. 420. XXXV. “VIÑOLES, María A. c. AVERBUCH, Mario” (2000) Texto completo en web CSJN: www.csjn.gov.ar/jurisprudencia

TSJ, de la provincia de Córdoba “Pereyra Elizabeth Roxana c. Brocatto S.A. s/ ordinario - despido - recurso de casación” 27/05/2014 LL AR/JUR/28120/2014

SCJBA, Ac. 57.531, 16-2-99, “Sffaeir, L. C/Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Salud y Acción Social) s/demanda contencioso administrativa”.

SCJBA, Ac. 56.328, 5-8-97, “Bernard, T. c/Banco Municipal de La Plata s/ds. y ps”

CNAT Sala II, “Romo, Armando c/ Aerolíneas Argentinas SA s/ sumarísimo” (2006).

CNApTrab, Sala III, “Himelfard, Marcelo Norberto c/ Fábrica de Muebles Edwyn de Vigarny S.A. y otros/ Despido” (1986)

CCiv. y Com. San Martín, Sala 2, 5-3-98, Corbelleri, R. c/Ancillotti, A. s/ds. y ps.”

CNCiv., Sala A, “Barbosa, Herminia c. Arancibia, Alfredo R.”, LL 1980-D-7654

CSJN, “Santa Coloma, Luis F. y otros c. Ferrocarriles Argentinos”, 5/8/86 JA, 1986-IV-624

CNCiv, Sala D, “Escudero, José G. c/Da Costa, Lauro A”, LL 1992-C-242

CNCiv. y com. Fed., Sala III, “Pajon, Luis O. c. Estado Nacional-Estado Mayor General de la Armada”.LL.1990-A-489

CAp, Pcia de Neuquén “CARDENAS FONSECA GERARDO C/ AFJP PREVINTER SRL S/ DESPIDO”, (Expte. N° 755-CA-0).”

CAp en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial. Neuquén Sala II, del voto del Dr. GIGENA BASOMBRIO. “COIFIL ORLANDO OMAR c/ BANCO PROVINCIA DEL NEUQUEN S.A. s/COBRO DE HABERES”, (2007)

CNAT Sala I “Cheruzzo, Guillermo c/ Ceteco Argentina SA s/ despido” (2005); “Guila Alejandro Daniel c/E.P.S.A s/despido” (2006); entre otros

CNAT Sala IX “Cappello, Alfonso c/ Ferro Enamiel Argentina SA s/ despido” (2003)

CNAT Sala V “Abagnale, María c/ ferrocarriles Metropolitanos SA en liquidación s/ despido” (2004)

CNAT Sala VI “Demaría, Verónica y otro c/ Sworn College SA s/ despido” (2007)

CSJN A 231 XXI “Álvarez Valdéz, Jorge c/ SADAIC” 19/3/87 Fallos 310:619.
CNAT. Sala X. “Vago, Pablo c/ Correo Oficial República Argentina S. A” (2005)
CNAT SALA III “Almazan Alejandra c/ Atento Argentina S.A. y otro s/ despido”
(2006)

Legislación

Constitución Nacional Argentina

Código Civil y Comercial

Ley de Contrato de Trabajo