



4° CONGRESO DE DERECHO LABORAL Y RELACIONES DEL TRABAJO



P o n e n c i a

VI

Congreso
Internacional de
ARTRA

X

Congreso
Nacional de la
SADL

VI

Encuentro de
MAESTRANDOS



El derecho de daños en el ámbito laboral¹

Leandro Fretes Vindel Espeche

¹ Ponencia presentada en el 1º Congreso del Trabajador Autónomo, organizado por ARTRA, FEMEBA y CAPTA, realizado en la Facultad de Ciencias Económicas de la UBA, el 23 de octubre de 2012, y en el 4º Congreso de Derecho Laboral y Relaciones del Trabajo - X Congreso Nacional de Derecho Laboral de la SADL (Sociedad Argentina de Derecho Laboral), VI Congreso Internacional de Relaciones del Trabajo de ARTRA (Asociación de Relaciones del Trabajo de la República Argentina) y VI Encuentro de Mastrandos (Maestría en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales de la Universidad Nacional de Tres de Febrero –UNTREF-), desarrollado en el Hotel Esplendor, Complejo Arena Maipu, Mendoza, los días 25, 26 y 27 de octubre de 2012.

I. A modo de introducción

En el derecho del trabajo argentino el sistema normativo de reparación de los daños sufridos por el trabajador, a consecuencia de un despido sin justa causa, sólo contempla - en principio- como resarcimiento la reparación tarifada que brinda el art. 245 de la ley 20.744.

Cabe entonces una primera aclaración, muchas de las veces la doctrina utiliza como sinónimos los términos: despido injustificado, arbitrario, *ad nutum*, sin causa, inmotivado; a los efectos de la presente definimos que todos ellos dan cuenta de la decisión unilateral del empleador de extinguir el vínculo contractual sin causa que se encuentre justificada por el ordenamiento laboral.

La normativa laboral argentina posee su principal regulación a través de la ley 20.744 (LCT) publicada en septiembre de 1974. La cual, pese al tiempo transcurrido desde su sanción, no ha sufrido cambios en cuanto al sistema de reparación de daños en el desarrollo de una relación de trabajo, el que -diremos en forma sintética- cuenta con una reparación tarifada por la ruptura contractual imputable al empleador.

Empero sin regulación en la ley de contrato de trabajo quedan otros tipos de daños que se le puedan ocasionar al hombre que trabaja. Nos referimos principalmente a aquellos daños que el empleador produce en el trabajador ya sea a raíz de un despido que se excede de una inejecución contractual, o bien de actos ejercidos con intención dañosa. En ninguno de estos casos trataremos de aquellos supuestos en que por generar una incapacidad en el trabajador se deriven al sistema de la ley de riesgos del trabajo (ley 24557).

Pues así planteado el tema, intentaremos desarrollar las principales ideas y teorías del derecho de daños actual en un esbozo de su aplicación al ámbito laboral.

II. Sistema reparatorio tarifado del despido sin causa

En primer término cabe adentrarnos en el análisis del sistema tarifado de reparación que contiene la ley de contrato de trabajo. Aclarando que para la investigación en curso tomaremos en análisis el supuesto de un contrato por tiempo indeterminado (art. 90 y 91 LCT), superado el período de prueba (art. 92 bis LCT), de un trabajador del ámbito privado.

Como punto inicial debemos significar que el contrato de trabajo protege a los

trabajadores contra la ruptura del vínculo contractual sin causa justificada. El sistema de la LCT lo hace instituyendo una indemnización tarifada² prevista en el art. 245 LCT. En este sentido, cabe recordar lo expuesto por la Corte Suprema en “Vizzoti”³ al significar “Que, por cierto, no hay dudas en cuanto a la validez constitucional de un régimen tarifado de indemnizaciones por despido sin justa causa, esto es, un sistema que resigne la puntual estimación del daño en pos de determinados objetivos, entre otros, la celeridad, certeza y previsibilidad en la cuantía de aquéllas. Con todo, si el propósito del instituto es reparar, tampoco hay dudas con respecto a que la modalidad que se adopte, en todo caso, debe guardar una razonable vinculación y proporción con los elementos fácticos que el propio legislador eligió como significativos para calcular la prestación”⁴.

Empero, bien resalta el Alto Tribunal que “En efecto, no podría considerarse que la ley lograra su declarada finalidad reparadora si terminara desconociendo la concreta realidad a la que quiso atender...”. Demarcando así la Corte, claramente la pauta de razonabilidad (art. 28 CN) para juzgar la reparación tarifada, “el resarcimiento del empleado debe ser equitativo, y ello importa afirmar que la reglamentación legal del derecho a la llamada estabilidad impropia, constitucionalmente reconocido, debe ser razonable, lo que a su vez quiere decir, adecuada a los fines que contempla y no descalificable por razón de iniquidad”⁵.

Debemos subrayar que, por la configuración especial del caso “Vizzoti”, la “adecuación a los fines” que se plantea la Corte Suprema es aplicable al caso de la pérdida del empleo (ruptura del derecho a la estabilidad). Pero la establecida pauta de razonabilidad es trasladable al supuesto en el cual el “fin” sea reparar un daño que sobrepase la pérdida del empleo.

De lleno en el análisis sistema laboral, subraya Fernández Madrid que “El momento final del contrato y la forma como han sido reguladas las causas de extinción permite caracterizar un determinado régimen jurídico laboral en orden a la mayor o menor autonomía atribuida a la voluntad de las partes (flexibilidad-rigidez) e indica un cierto

2 Sin ánimo en adentrarnos a discutir las actuales lecturas al sistema de estabilidad del empleado privado, por no ser objeto de la presente, sintéticamente decimos con Grisolia que “La *estabilidad impropia*- que es la aplicable en la legislación argentina- se da cuando *no se garantiza al trabajador la perduración del vínculo jurídico, pero sí una indemnización en caso de despido sin causa*; se trata, simplemente, de evitar el despido antijurídico al imponer una sanción indemnizatoria al empleador que lo dispone” (Grisolia, Julio, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, t. II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 939).

3 *Fallos* 327:3677.

4 CSJN, “Vizzoti”, Considerando 6, *Fallos* 327:3677.

5 El Tribunal lo hace citando al efecto el precedente “Carrizo c. Administración General de Puertos”, *Fallos* 304:972, 978 (CSJN, “Vizzoti”, Considerando 7, *Fallos* 327:3677).

estadio en la historia del derecho del trabajo”⁶.

Esta prístina aclaración nos permite vislumbrar que la flexibilidad o rigidez al momento de extinguir un contrato no sólo posibilita diferenciar distintos regímenes laborales, sino incluso nos concede una herramienta útil para diferenciar al contrato de trabajo de otros regímenes contractuales (civil, comercial), que por no ser pertenecientes a este derecho especial, sus normas serán de aplicación al régimen laboral sólo en supuestos especiales⁷.

Siguiendo la línea de análisis, coincidimos con Fernández Madrid en caracterizar a nuestro sistema como en extremo flexible⁸. Ello así desde que 1) para disponer los despidos, no es obligatoria ni vinculante la intervención del sindicato ni se requiere autorización administrativa. 2) En los casos en que se exige un sumario previo al despido, el incumplimiento sólo origina obligaciones indemnizatorias, pero no priva de validez al acto extintivo; 3) El despido arbitrario, sin preavisar, es eficaz y sólo acarrea el pago de indemnizaciones tarifadas en razón de su ilicitud, salvo que se trate de casos de discriminación alcanzados por la ley 23.592 o los de representantes sindicales tutelados por la ley 23.551⁹.

En cuanto a los caracteres de la indemnización se anota una triple función: *reparatoria*, *sancionatoria* y *disuasiva*. Así, Grisolia expone que es *reparatoria* porque resarce en forma parcial los daños y perjuicios ocasionados por el comportamiento antijurídico del empleador. Es *sancionatoria* o *punitiva* desde que castiga el comportamiento antisocial del empleador. Y es *disuasiva* desde que el costo económico de la indemnización pretende evitar los despidos directos sin causa¹⁰.

Es justamente el carácter *reparatorio* del régimen indemnizatorio tarifado de la LCT el que nos interesa analizar, tanto en qué es lo que resarce, cómo en aquello que deja de resarcir. Y sí, como dice Grisolia, la indemnización tarifada sólo resarce en forma parcial los daños y perjuicios ocasionados por el comportamiento antijurídico del empleador,

6 Fernández Madrid, Juan Carlos, *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, t. II, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 1795.

7 Ver mi trabajo Fretes Vindel Espeche, Leandro, “Enfoque contemporáneo de la aplicación del derecho civil en el derecho del trabajo”, *Summa Laboral*, Grisolia (director), t. III, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 2723.

8 Respecto al derecho español, Montoya Melgar observa que las formas de extinción de los contratos laborales (y específicamente la ordenación de los despidos), constituye en Europa “el núcleo central de la polémica flexibilidad-rigidez de las condiciones de trabajo, hasta el punto de que para muchos flexibilizar el marco de las relaciones laborales equivale lisa y llanamente a liberalizar el despido, a ampliar el poder del empresario para decidir la extinción de los contratos de trabajo. (Duran López, F., Montoya Melgar, A., Sala Franco, T. “El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario”, citado por Fernández Madrid, Juan Carlos, *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, t. II, p. 1799).

9 Fernández Madrid, Juan Carlos, *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, t. II, p. 1799.

10 Grisolia, Julio, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, t. II, ps. 950 y 951.

entonces concluir si desde el principio constitucional de no dañar a otro (*alterum non laedere*¹¹) cabe, en supuestos especiales, la construcción de una reparación adicional a la tarifa indemnizatoria o el diseño de un nuevo paradigma resarcitorio.

II.a Alcance resarcitorio de la tarifa contenida en el art. 245 LCT

Ante todo creemos necesario adentrarnos en el análisis del alcance reparatorio de la tarifa, que por despido injustificado, manda a pagar el art. 245 LCT. Delimitar qué resarce la tarifación de la indemnización por despido injustificado, nos permitirá descubrir los posibles daños que quedarían fuera de su espectro. En concreto cuál es el daño resarcido por el artículo 245 y qué no es reparado.

Entiende Grisolia que la LCT dispuso una reparación tarifada abarcativa de todos los daños y perjuicios que pueda haber causado la decisión rescisoria. Refiere así que la protección contra el despido arbitrario se reduce en principio a una indemnización basada en el salario mensual y la antigüedad del trabajador, por ello, afirma que en la práctica existe un régimen de libertad de despido con indemnización tarifada que cubre los daños y perjuicios ocasionados por el mismo¹².

Por otra parte, en clara crítica al sistema y partiendo desde un punto de vista cercano a la política de empleo, para Fernández Madrid la indemnización por despido debería proteger contra el despido arbitrario, sirviendo como elemento disuasivo para el empleador, según lo ha previsto el art. 14 bis de la CN; pero para ello su monto tendría que ser adecuado al cumplimiento de dicho objetivo, lo cual sólo ha ocurrido en la época en que se tomaba la mejor remuneración del trabajador, ello sin tope alguno. Empero, refiere el autor, en el momento actual el sistema no cumple con las finalidades básicas que se han atribuido a este resarcimiento forfatorio, porque ni resarce los daños derivados del incumplimiento del contrato, ni cubre al trabajador del riesgo del desempleo, ni compensa por la pérdida de la antigüedad y los beneficios a ella conexos. No debe olvidarse -nos expresa- que todo el que ejecuta un hecho que por su culpa o negligencia (y con mayor razón dolo) ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio (arts. 506, 511, 1072 y 1109 del Cód. Civil)¹³.

Piroló, a su vez, opina que la tarifa legal permite determinar la indemnización que

11 Sin dudas aplicable en el ámbito del derecho del trabajo, ver CSJN, 14/9/2004, "Vizzoti Carlos A. c. AMSA SA p/despido", La Ley online.

12 Grisolia, Julio, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, t. II, p. 949.

13 Fernández Madrid, Juan Carlos, *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, t. II, p. 1987.

corresponde percibir al trabajador como consecuencia del despido sin justa causa, lo cual exime de analizar y determinar la medida del daño realmente ocasionado al trabajador. Por lo tanto, explica el autor, el trabajador no puede reclamar una reparación que supere la tarifa por los daños y perjuicios que derivan normalmente de un despido sin causa; y del mismo modo -aunque en el sentido contrario- el empleador tampoco puede argumentar en su defensa que el trabajador no resultó perjudicado por el despido, ni que, de acuerdo al efectivo menoscabo derivado de éste, le pueda corresponder una indemnización inferior a la legal¹⁴.

Por otra parte, Álvarez considera que la indemnización tarifada del art. 245 de la ley de contrato de trabajo está llamada a reparar todo tipo de daño patrimonial o extrapatrimonial originado en la pérdida del empleo¹⁵.

Refieren Machado y Ojeda, que la fórmula del mencionado artículo 245 LCT, no es más que uno de los productos de una disciplina con normas de contenido transaccional, en la que se tarifican los daños con carácter de presunción de *iure*, a cambio de los beneficios de la certeza (a fin de que el trabajador no tenga que probarlos) y de la inmediatez. Advierten los autores, que con la fórmula en cuestión se pretende reparar los daños contractuales provocados por la ruptura injustificada del vínculo por parte del empleador, ya sea por una denuncia sin causa, como por el despido indirecto injustificado, es decir, por la violación manifiesta u oblicua del derecho a la estabilidad del trabajador¹⁶.

En posición restrictiva, De la Fuente expresa "...como una manifestación del carácter transaccional del derecho del trabajo, nuestra ley ha adoptado un régimen tarifario para reparar los perjuicios que ocasiona al trabajador la pérdida de su empleo, estableciendo así indemnizaciones fijas y predeterminadas que se calculan en función de la antigüedad y remuneración del trabajador (art. 245, LCT); criterio objetivo que prescinde tanto del factor subjetivo (conducta del empleador), como de los daños efectivamente ocasionados, que en realidad pueden no existir o ser inferiores o superiores a la tarifa legal"¹⁷.

Para De La Fuente la ley de contrato de trabajo se separa del derecho común, ya que en su opinión el régimen del contrato de trabajo prescinde por completo del aspecto

14 Pirolo, Miguel A., *Tratado jurisprudencial y doctrinario, Derecho del Trabajo, Relaciones Individuales*, Pavlov (coord.) t. I, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 498.

15 Álvarez, Eduardo, en su dictamen como Fiscal General del Trabajo, autos "Laguna, Miguel Ángel c. Syncro Argentina SA" Expte. 43288 ante la CNAT, sala I, fecha 28/2/95.

16 Machado, Daniel, y Ojeda, Horacio, *Tratado de Derecho del Trabajo*, Ackerman (dir), Tosca (coord), t. IV, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, ps. 274 y 275.

17 De La Fuente, Horacio H., "El daño moral en el contrato de trabajo", DT 1981-B, 1161.

subjetivo (conducta del empleador) por ser esencialmente variable, lo que -aduce el autor en cita- le hubiese impedido consagrar indemnizaciones fijas y predeterminadas¹⁸.

Rodríguez Mancini, en clara posición restrictiva, manifiesta que la adopción del criterio de indemnizar el despido sin causa ha venido acompañada desde que se instauró el sistema a través de la modificación por la ley 11729 al art. 157 del Código de Comercio, lo cual se mantuvo a través del tiempo con las sucesivas modificaciones. Refiere que el instituto de la tarificación, técnica tomada del derecho comparado, comprende un resarcimiento en el cual su importe no depende de la acreditación y dimensión del daño padecido por la víctima de un acto de incumplimiento obligacional -y también de un hecho ilícito extracontractual- en la forma que lo exigen las normas del derecho común (arts. 520, 521, 901, 1069, 1078 del Cód. Civil), sino que la ley reemplaza tales exigencias y pruebas por una doble presunción: la de que el acto de incumplimiento ha producido un daño y que la dimensión de éste se debe medir tomando como elementos la antigüedad del trabajador y su remuneración¹⁹. Este sistema, explica el autor, por definición impide que la parte perjudicada por el despido sin justa causa, alegue haber padecido con motivo de esa rescisión, un daño superior o distinto del que resulta compensado por la tarifa. La eventual injusticia resultante del cálculo tarifado se ha dicho que queda compensada no tanto en el caso particular sino en el conjunto del sistema, por las ventajas ya mencionadas antes²⁰.

Por su parte, Vázquez expresa que la indemnización que prevé el art. 245 LCT se ubica fundamentalmente en el contexto del contrato de trabajo en su perfil de intercambio económico y que la cuantificación que organiza sólo mensura el daño *patrimonial* que provoca la *pérdida del empleo* y el *moral* que naturalmente experimenta cualquier persona que ingresa en situación de desempleo, ante la incertidumbre que genera la posibilidad futura de obtener medios económicos de subsistencia²¹.

A su vez, Vázquez Vialard anota que cuando la ley tarifa el monto de la reparación, se refiere a las consecuencias normales del hecho (vgr. despido arbitrario), pero no contempla las que exceden ese ámbito²².

18 De La Fuente, Horacio H., "El daño moral en el contrato de trabajo", DT 1981-B, 1161.

19 Rodríguez Mancini, Jorge, *Ley de Contrato de Trabajo. Comentada, anotada y concordada*, Rodríguez Mancini (dir), Barilaro (coord), t. IV, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 413.

20 Rodríguez Mancini, Jorge, *Ley de Contrato de Trabajo*, Rodríguez Mancini (dir), Barilaro (coord), t. IV, p. 415.

21 Vázquez, Gabriela A., *Tratado jurisprudencial y doctrinario, Responsabilidad civil y penal en el derecho laboral*, Pavlov (coord.) t. I, p. 52.

22 Vázquez Vialard, Antonio, "El daño extrapatrimonial en el derecho del trabajo", *Tratado jurisprudencial y doctrinario, Responsabilidad civil y penal en el derecho laboral*, Vázquez (dir), Pavlov (coord.), t. II, p. 532.

En una particular postura Guisado, trayendo un texto de Rouast et Givod, refiere que el sistema de la indemnización tarifada o *forfaitaire*, parte de dos supuestos fundamentales: la idea de que la reparación no debe ser total sino parcial y el principio de la supresión del arbitrio judicial mediante el establecimiento de indemnizaciones fijas. Así, expresa que la aplicación de este régimen es susceptible de provocar situaciones injustas, ya que la reparación puede resultar excesiva cuando el trabajador, días después del despido, encuentra nueva y mejor ocupación y, en caso inverso, puede ser insuficiente. Empero, para el autor la arbitrariedad en la fijación del monto es menor a los inconvenientes del sistema del derecho civil, que además resultaría particularmente desventajoso para la parte más débil de la relación laboral, el trabajador, sobre quien pesaría la difícil carga de la prueba de los perjuicios sufridos. Sin embargo, el propio Guisado nos advierte de que escapa a su trabajo el análisis de las situaciones en que, a título de excepción, se reconoce la procedencia de indemnizaciones superiores a las tarifadas, conforme al derecho común, en cuanto se trate de perjuicios no vinculados causalmente con la rescisión arbitraria, sino con un acto ajeno a ella²³.

II.b Sobre el carácter lícito o ilícito del despido sin causa justificada

Realizado el repaso por las anteriores posiciones doctrinarias, corresponde exponer nuestra postura a fin de avanzar en la cuestión propuesta, comenzaremos por establecer el carácter lícito o ilícito del despido sin causa que lo justifique.

Expresa el art. 245 LCT que “En los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa [...] éste deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a un (1) mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres (3) meses...”; el artículo en cuestión entonces tarifa la ruptura contractual, imputable al empleador en forma directa o indirecta, producida sin causa que se encuentre justificada por el ordenamiento laboral.

El acto extintivo del despido en su naturaleza es un acto jurídico (944, Cód. Civil), que lleva por objeto extinguir el vínculo laboral. Una amplia discusión se ha formulado durante largo tiempo sobre el carácter lícito o ilícito del despido, trataremos de explicar nuestra posición al respecto.

En cuanto a la controversia planteada, enrolado en la posición que calificamos de *restrictiva*, para Rodríguez Mancini “Despedir sin justa causa no está prohibido, es un

23 Guisado, Héctor C., “Cálculo de la indemnización por despido arbitrario (art. 245 de la LCT)”, *Tratado jurisprudencial y doctrinario, Relaciones Individuales*, Pirolo (dir), Pavlov (coord.), t. II, p. 1319.

derecho del empleador que viene acompañado de una obligación indemnizatoria porque el trabajador pierde un empleo, es decir sufre un daño. Pero lo mismo sucede con cualquier contrato dentro de cuyas posibilidades está la del incumplimiento y el resarcimiento, sin que ello signifique que no pagar el precio de una compra venta, o el alquiler de una locación, configuren actos ilícitos en el sentido que esta expresión tiene en el terreno de las obligaciones²⁴.

Respecto de esta posición restrictiva podemos advertir que la misma parte de un error. Si atendemos a la primera parte del párrafo bajo crítica, parecería que el autor pone en cabeza del empleador una indemnización por acto lícito, esto sería indemnizar por un daño injusto aún siendo el acto *generador del daño* un acto lícito, el acto injusto estaría constituido por la pérdida del empleo sin justificación. La indemnización por despido sin justificar sería una suerte de reparación que el legislador puso a cuenta del empleador, desde que para esta posición restrictiva el despido es un derecho del empleador²⁵. Pero también otras críticas le son atribuibles, entre ellas, es el olvido de que el incumplimiento contractual constituye un acto antijurídico, en materia civil, laboral o comercial, con lo cual ésta teoría no explicaría -al menos- el supuesto en el cual es el trabajador quién declara el despido indirecto por un incumplimiento del empleador (art. 242 LCT). Es que la teoría del despido-derecho no explica la dicotomía que produce al forzar que en los casos de despido indirecto (incumplimiento contractual del empleador) existe acto antijurídico del empleador y por ello se debe indemnizar²⁶, pero cuando es el empleador quién despide

24 Rodríguez Mancini, Jorge, *Ley de Contrato de Trabajo*, Rodríguez Mancini (dir), Barilaro (coord), t. IV, p. 405.

25 La teoría expuesta por Rodríguez Mancini nos recuerda -salvando muchas distancias- a la que expuso hace tiempo Aguiar, cuando sostuvo que mientras la antijuridicidad es un requisito específico de los delitos, no lo es de los cuasidelitos, en los que basta una conducta culpable, aunque no sea contraria a la norma. A lo cual, dice Kemelmajer de Carlucci, este axioma inicial lo lleva a sostener la existencia de hechos lícitos con consecuencias ilícitas. Es decir, que la conducta culpable puede ser objetivamente contraria a derecho o no serlo. Para ello, Aguiar funda en que, mientras el art. 1072 define al delito como el acto ilícito, el art. 1109 no requiere esa ilicitud inicial. Así, p. ej., quemar las malezas sería un acto lícito, pero las consecuencias que puede producir ese acto pueden resultar dañosas y reparables si se lo ha realizado con culpa o negligencia. Sin embargo, la CSJN ha repudiado expresamente el criterio de Aguiar, resolviendo que el art. 1109 presupone un acto contrario a derecho en los términos del art. 1066 (Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Código Civil y leyes complementarias*, Belluscio (dir), Zannoni (coord), t. V, ps. 5 y 6).

26 Así, sin decirlo expresamente, el propio Rodríguez Mancini habla de incumplimientos contractuales a derechos del trabajador, que sin dudas constituyen un actuar antijurídico del empleador, de otra manera habría que admitir la figura del "incumplimiento lícito" a derechos contractuales. Expresa el autor que "Los incumplimientos del empleador que entran en la categoría de injurias graves que no consientan la continuación del vínculo, no están enumerados como tales pero resultan perfectamente identificables por la contravención de los deberes que la ley desarrolla como propios del contrato de trabajo, en el capítulo 7 del título segundo de la LCT. En efecto, basta recorrer los arts. 62 y sgtes. Para reconocer cuáles y cómo deben ser ejercidos los derechos y los deberes del empleador y a partir de allí, individualizar de qué modo, con qué intensidad, aquél ha inobservado sus obligaciones y luego de valorarlas proceder en consecuencia -previos los recaudos que las circunstancias impongan- a resolver el contrato por culpa del empleador Rodríguez Mancini, Jorge, *Ley de Contrato de Trabajo*, Rodríguez Mancini (dir), Barilaro (coord), t. IV, ps. 491 y 492.

sin justificación no hay acto antijurídico (sino un derecho del empleador) y la indemnización lo es por el “daño injusto” producido por la pérdida del empleo. Cabe decir que, desde la teoría, la única posibilidad de no considerar al incumplir como un acto antijurídico resulta de la adopción -por el intérprete- de un criterio en extremo formalista sobre la antijuridicidad, situándose en las antípodas de las actuales concepciones en la materia²⁷.

En este sentido avancemos sobre el concepto de antijuridicidad, Mosset Iturraspe enseña que para una corriente, calificada como elemental, la injusticia es sinónimo de *ilegalidad*. Entonces un daño es injusto (y nace el deber de reparar) cuando es producto de la violación de una norma jurídica imperativa o prohibitiva. Criterio que parece ser el recogido por codificador civil -fuente necesaria del derecho del trabajo- en el art. 1066 Cód. Civil. Esta postura se basa en la tipicidad del ilícito que importa una doble previsión: el comportamiento debe estar anticipado por el legislador, como también la sanción resarcitoria. Quienes la sostienen la fundan en el valor seguridad y encuentran correlato en la interpretación literal de los arts. 19 de la Constitución Nacional y 53 del Cód. Civil: *todo lo que no está expresamente prohibido se encuentra permitido*²⁸.

Así, respecto de la *antijuridicidad material*, como opuesta a la *formal*, para Mosset Iturraspe se llega a este segundo estadio, o momento en la evolución jurídica, cuando la ilicitud deja de confundirse con la ilegalidad. Cuando se comprende que el Derecho no se agota en la legalidad. Cuando se integra el ordenamiento jurídico o plexo normativo, dando cabida a las otras fuentes del Derecho: las buenas costumbres, la moral social, los principios generales del Derecho²⁹. En similar sentido se expresa Kemelmajer de Carlucci, para quien aún cuando la conducta no aparezca expresamente vedada por las normas jurídicas, si resulta de la consideración armónica del sistema jurídico como plexo normativo, el requisito legal debe considerarse suficientemente cumplido³⁰. De ahí,

27 Bien recuerda Mosset Iturraspe que por la aplicación de la visión formal se sostuvo entre nosotros hasta muy avanzada la década del treinta, y nada menos que por Bielsa, la irresponsabilidad del Estado por los daños causados por sus funcionarios y empleados; como también dio pie para sostener la inexistencia del “daño a la privacidad”, forzando la sanción legislativa del art. 1071 *bis* (Mosset Iturraspe, J., *Responsabilidad civil*, Mosset Iturraspe (dir), Kemelmajer de Carlucci (coord), 2a. reimpresión, Hammurabi, Buenos Aires, 1997, p. 59).

28 Mosset Iturraspe, J., *Responsabilidad civil*, Mosset Iturraspe (dir), Kemelmajer de Carlucci (coord), p. 59.

29 Por ello bien se dijo que la antijuridicidad no es otra cosa que el causar un daño a otro sin causa de justificación. No es necesario que haya una norma expresa que prohíba una determinada conducta, pues es suficiente que se cause un daño sin justificación (CNCiv, sala D, 29-2-96, LL 1996-D-24, con nota de Jorge Bustamante Alsina; DJ 1996-2-644; citado por Medina, Graciela, Flores Medina, Pablo, *Código Civil Comentado*, Rivera-Medina -directores-, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 30).

30 Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Belluscio (dir), Zannoni (coord), t. V, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1984, p. 4.

expresa la excelsa profesora, que si la conducta contraría a la costumbre cuando ésta es fuente de las obligaciones (art. 17 Cód. Civil), debe entenderse que existe antijuridicidad³¹. Éste, nos parece el criterio más adecuado.

Por otra parte, retomando la discusión sobre el acto jurídico del despido y partiendo desde una concepción moderna, el despido resulta antijurídico -si se quiere- desde dos puntos de vistas. Desde el punto de vista contractual, ya que rompe con la obligación contractual de continuidad del vínculo laboral, haciendo nacer el deber de reparar la ruptura injustificada³². Ello, desde que, en *sentido amplio* y sistémico, el despido sin justificar contraría al ordenamiento laboral en cuanto implica la ruptura al *principio de continuidad* (art. 10 LCT), y al de *indeterminación del plazo* (art. 90 a 92, LCT), reglamentarios de la manda constitucional que garantiza la *estabilidad* del trabajador (art. 14 bis CN).

A su vez, y aunque desde un “riguroso” punto de vista saldríamos del ámbito contractual, nos conduce a similar conclusión considerar que el *daño injusto* convierte al acto de despido en antijurídico³³, esto lo es por violar el deber genérico de no dañar a otro, *alterum non laedere*. No puede desconocerse hoy el carácter de derecho humano del trabajo, su necesidad alimentaria para el trabajador y su familia, base actual y fundamental del proyecto de vida del ser humano, entonces que, sin lugar a dudas, extinguir -sin causa que lo justifique- un contrato de trabajo causa un daño, se viola el *alterum non laedere*.

Como lo ha expresado una jurisprudencia mayoritaria, el deber genérico de no

31 Empero, bien delimita Kemelmajer de Carlucci cuando refiere que otros autores, en cambio, amplían esta noción, no sólo a lo prohibido por el orden jurídico, sino también a las normas de cultura reconocidas por el Estado. Estas normas de cultura están constituidas por las normas de la religión, la moral y las costumbres, así como también por las normas reguladoras del comercio social y las profesiones. Mas no hay razón, nos dice la autora mendocina, para recurrir a nociones tan resbaladizas y, por ende, peligrosas. Basta remitirse al orden jurídico en su plenitud para encontrar soluciones adecuadas y equilibradas, evitando de esta manera la confusión entre los diversos órdenes de la conducta humana (Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Código Civil y leyes complementarias*, Belluscio (dir), Zannoni (coord), t. V, p. 4).

32 En abono a nuestra posición traemos a colación las palabras de Bustamante Alsina, quien explica que “Lo ilícito es lo contrario a la ley. La antijuridicidad significa lo contrario al derecho y el derecho positivo es la plenitud del ordenamiento legal vigente en un Estado. Luego el concepto de antijuridicidad es sinónimo de ilicitud, aunque puede entenderse con una mayor comprensión por abarcar no solamente los casos de violación directa de la ley, sin las hipótesis de infracción del deber impuesto por la voluntad de las partes en el contrato. Expresa Santos Briz que si la palabra ley se toma en sentido lato incluyendo los pactos contractuales que son ley para los contratantes, puede llegarse a un concepto aceptable de antijuridicidad” (Bustamante Alsina, Jorge, “El perfil de la responsabilidad civil al finalizar el siglo XX”, LL 1997-C, 1029).

33 Así, bien se dijo que el concepto de ilícito civil para el Derecho de Daños excede el rígido marco del artículo 1066 del Cód. Civil, pues bastará que se haya provocado un daño injusto o que el autor no pueda justificarlo para que nazca la obligación de reparar (JCCom, Nro. 9 de San Isidro, 2-5-2003, RCyS 2003-VI-146; citado por Medina, Graciela, Flores Medina, Pablo, *Código Civil Comentado*, Rivera-Medina -directores-, p. 30)

dañar a otro constituye un principio general del derecho (CSJN, *in re* "Aquino"³⁴), con lo cual, y haciendo nuestra la concepción sobre antijuridicidad que expresara Kemelmajer de Carlucci, podemos decir que la violación al principio general de no dañar a otro constituye un acto antijurídico, ya sea que el acto violatorio se enmarque en una relación contractual o extracontractual³⁵. Posiblemente si se enmarca en una relación contractual el propio contrato prevea la reparación contra dicho acto, que es lo que sucede en el contrato de trabajo.

Lo expuesto nos permite concluir que la ruptura al vínculo contractual permanente por el acto de despedir -sin causa que lo justifique- convierte a dicho despido en antijurídico. Así tenemos que el despido, sea por el incumplimiento contractual provocado por el empleador al despedir sin justificación antes del plazo al cual se reputa celebrado (hasta el momento de jubilación del trabajador, art. 92 LCT), o bien por el daño injusto (transgresión al *deber de no dañar a otro*³⁶) que padece el trabajador despedido sin causa amparable en el ordenamiento, dicho acto de despedir arbitrariamente es antijurídico. Sin embargo, tenemos para nosotros que en el caso del despido injustificado el acto es antijurídico por violar el deber contractual a la permanencia del vínculo, el cual es un deber específico propio del contrato laboral, y que en este supuesto particular subsume o principia al deber genérico de no dañar a otro. Empero, mutan de roles cuando el daño al trabajador ya no configura un mero incumplimiento al deber específico contractual sino la

34 Allí, por su considerando 3, se dijo: Que el art. 19 de la Constitución Nacional establece el "principio general" que "prohíbe a los 'hombres' perjudicar los derechos de un tercero": *alterum non laedere*, que se encuentra "entrañablemente vinculado a la idea de reparación" (CSJN, 21-9-04, "Aquino Isacio c. Cargo Servicios Industriales SA", Fallos 327:3753, La Ley online AR/JUR/2113/2004).

35 Como, en forma prístina, enseñara Bustamante Alsina, "Conforme a lo que llevamos expuesto lo que ubica a la responsabilidad en el ámbito reglado como contractual o fuera de él, en el ámbito extracontractual, delictual o aquiliano, no es la fuente de la obligación violada sino el carácter de ella. Si el deber preexistente es específico y determinado con relación al objeto de la obligación y al sujeto obligado cualquiera sea la fuente, la responsabilidad entra en el ámbito contractual. Si el deber es genérico de no dañar e indeterminado en cuanto a los sujetos pasivos de ese deber, la violación queda en el ámbito extracontractual o delictual que es la regla en materia de responsabilidad civil. Cualquier hipótesis de responsabilidad por daño causado que no entre en el ámbito contractual que es de excepción, cae en el ámbito delictual que es de derecho común" (Bustamante Alsina, Jorge, "El perfil de la responsabilidad civil al finalizar el siglo XX", LL 1997-C, 1029).

36 Aclaremos que lo dicho no implica una confusión entre la responsabilidad "contractual" y la responsabilidad "extracontractual". Mayo bien explica que para la doctrina más antigua sobre estos dos campos en los que se divide la responsabilidad civil, surgiría una diferencia ontológica entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual, fundada básicamente, en que en la primera existe la violación de un "deber" específico, mientras que en la segunda la violación es de un deber genérico -no dañar a "otro"-, agregándose la diversa regulación legal de una y otra. Modernamente, puede decirse que la diferencia sobre la naturaleza del derecho lesionado, en el sentido de que si se trata de un derecho absoluto la responsabilidad es extracontractual y si es relativo la responsabilidad es contractual. Sin embargo, se advierte que autorizadas opiniones sostienen que no existe diferencia fundamental entre los dos órdenes de responsabilidades, sino sólo algunas diferencias accesorias (Mayo, Jorge, *Código Civil y leyes complementarias*, Belluscio (dir), Zannoni (coord), t. II, p. 619).

ruptura del *alterum non laedere*, y por ello mismo debe cambiar su forma reparatoria.

Buena parte de la doctrina que coincide en calificar al despido como acto ilícito³⁷, plantea que su consecuencia debiera ser la nulidad del acto, principalmente, se basan para ello en las previsiones del art. 18 del Cód. Civil³⁸.

Sin embargo, en principio, no coincidimos con dicha afirmación. Ello desde que el art. 18 del Cód. Civil contiene la sanción de nulidad para los actos prohibidos por las leyes, salvo el caso de que una norma prevea otra consecuencia para la transgresión. Su funcionamiento sería el de una nulidad decretada en general, como parte integrante de todas las normas de carácter prohibitivo, para de esta forma evitar la necesidad de establecer en cada una de ellas la sanción correspondiente³⁹, sobre todo considerando que “los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las que en este Código se establecen” (art. 1037 Cód. Civil).

Explica Lavalle Cobo que la nulidad priva al acto de sus efectos propios, y por ello si un acto jurídico ha trasgredido expresas disposiciones legales, por lógica consecuencia, y como regla general, el acto no debe producir el efecto querido. Pero por múltiples causas, la ley contempla excepciones a la regla general, permitiendo que el acto produzca sus efectos propios y estableciendo sanciones de distinta especie⁴⁰.

Lo anterior nos lleva a la siguiente conclusión, que el art. 245 LCT contenga la sanción resarcitoria para el despido sin causa que lo justifique no quiere significar que el acto sea lícito, como lo expresa algún sector de la doctrina, sino que la norma prevé la consecuencia resarcitoria para el acto antijurídico, en el juego de opciones que deja el art. 18 Cód. Civil, la norma laboral optó por reparar la transgresión a la violación de deberes contractuales, empero si no contuviera dicha opción el acto sería nulo por aplicación del art. 18 Cód. Civil.

Entiéndase que el análisis lo efectuamos sobre la base del despido sin causa justificada, dónde el acto de transgresión está contenido en la violación al vínculo de

37 Nos permitimos disentir, al menos por una cuestión menor como la terminológica, con la fórmula del excelso profesor Justo López, para quien el despido constituye un acto ilícito pero eficaz. A nuestro entender preferimos decir que el despido es un acto antijurídico, desde que si bien ilicitud y antijuridicidad son sinónimos, el termino antijuridicidad se distingue por ser una infracción por actuación o carácter al ordenamiento (Kemelmajer). Quizás esta diferencia permita a parte de la doctrina laboralista admitir que el despido como acción se vuelve contrario al ordenamiento (ruptura de un pacto que rige a las partes como la ley misma, conforme al art. 1197 Cód. Civ.) pero en un sentido estático no se corresponde a un acto ilícito.

38 Dejamos para otra oportunidad, por exceder la pretensión de este trabajo, la discusión sobre la estabilidad y la posible reinstalación del trabajador por aplicación de Tratados Internacionales, Convenios de la OIT, que garantizan el empleo.

39 Lavalle Cobo, Jorge, *Código Civil y leyes complementarias*, Belluscio (dir), Zannoni (coord), t. I, p. 18.

40 Lavalle Cobo, Jorge, *Código Civil y leyes complementarias*, Belluscio (dir), Zannoni (coord), t. I, p. 18.

permanencia laboral y en segundo plano al deber de no dañar a otro, y no existe más que un incumplimiento contractual por el empleador. A su vez cabe aclarar que no coincidimos con la postura que entiende al acto de despido sin causa justificada en una especie de *bill de indemnidad*, con deformaciones en la lógica que llegan a plantear la falta de importancia de la causa ilícita en un despido, o bien de carácter discriminatorio, o violatorio de derechos fundamentales, no admitiendo la posibilidad de otro tipo de indemnización, basados en que al empleador siempre la asiste la posibilidad de despedir “sin expresión de causa”, entendiendo a dicha expresión como caja de absorción de cualquier acto, aún el más grave, y como si al no “expresar” la causa la misma no existiera. A nuestro juicio no le asiste ninguna razón a dichas posiciones, desde que bajo el velo de la “no expresión de causa” se permitiría esconder a los actos más aberrantes contra la dignidad del trabajador, y dejarlos impune a guisa de un mero reparo tarifado como cualquier otro despido. El mencionado silogismo funciona -si se quiere- en función económica, pero olvida uno de los principios generales de nuestro orden jurídico el “no dañar a otro”. Y por último, que el empleador despida “sin causa” no significa que ella no exista, o que esté prohibido en el ámbito laboral la determinación judicial de las causas de los actos jurídicos de despido, en una especie de “anticausalismo” laboral.

Con ello sólo queremos advertir que lo expuesto respecto al art. 18 del Cód. Civil, para el caso del despido sin causa justificada, no rige respecto de otros tipos de despidos ilícitos como el del despido discriminatorio, en el cual si bien su nulidad se encuentra en la previsión normativa (art. 1 Ley 23592), la ilicitud que conlleva un acto discriminatorio excede el ámbito del incumplimiento contractual y a cualquier reparación que prevea el régimen convencional. Esto último porque la reparación de tipo contractual seguramente estará diseñada sobre el equilibrio económico del contrato de trabajo, pero no contendrá, su fórmula, la contemplación del daño a la dignidad del trabajador discriminado.

Cabe entonces atender que el mecanismo del art. 245 LCT difiere del sistema de responsabilidad contractual del Código Civil. De la Fuente ha manifestado que la LCT adopta un criterio objetivo de responsabilidad que prescinde de tanto del factor subjetivo (conducta del empleador), como de los daños efectivamente ocasionados, los cuales -asegura- pueden no existir o ser inferiores o superiores a la tarifa legal⁴¹.

Para nosotros, en cambio, la LCT adopta en el art. 245 lo que se denomina presunción de culpa ante el incumplimiento, esto significa que ante un incumplimiento la

41 De la Fuente, Horacio H., “El daño moral en el contrato de trabajo”, DT 1981-B, 1161.

ley presume la culpa del empleador. La idea de culpa presunta se encuentra a mitad de camino entre la responsabilidad de base subjetiva y la puramente objetiva o responsabilidad sin culpa, ello en la medida de que admite la prueba en contrario, la prueba de la no culpa⁴².

Esto, que para algunos parecerá una disquisición de laboratorio, juzgamos de suma relevancia práctica⁴³. Es que si partimos de que el art. 245 LCT establece una responsabilidad objetiva, ante el incumplimiento, al deudor (empleador) sólo cabe -a fin de desligar su responsabilidad- la prueba del caso fortuito o fuerza mayor. En cambio, en el supuesto de culpa presunta, al empleador le cabe probar que el incumplimiento se ocasionó por un caso fortuito o de fuerza mayor, o bien su no culpa, y ante la prueba de tales extremos se podría liberar de responsabilidad. Encuadramos allí el supuesto de falta o disminución de trabajo, desde que probado por el empleador su falta de culpa (la adopción de las diligencias necesarias) su incumplimiento no es sancionado por el art. 245 sino por el art. 247, con una indemnización reducida. Hay una evidente valorización de la conducta del empleador ante el incumplimiento contractual, lo que no sucedería en un supuesto de responsabilidad objetiva.

Entonces, la ley de contrato de trabajo establece un criterio de culpa presunta para establecer la reparación en el supuesto, que engloba la casuística, de incumplimiento de las obligaciones convencionales. Aquí se encuentra el núcleo de la tarifa legal, ante un incumplimiento de las obligaciones que amerite la denuncia (art. 242 LCT) se hace menester la reparación tarifada, presumiéndose por el incumplimiento, la culpa del empleador. Sin embargo, no podría la ley de contrato de trabajo regular (cuantificar, tarifar) daños que no sean provenientes del incumplimiento contractual, porque estaría excediendo el marco contractual. Sí puede, y efectivamente lo hace, remitir o auxiliarse del sistema general de reparación de daños (Código Civil) para indemnizar determinados supuestos, pero ello es muy distinto a cuantificar lo que excede del ámbito contractual⁴⁴.

II.c. Sistema de responsabilidad del art. 245 LCT

42 Mosset Iturraspe, Jorge, *Responsabilidad por daños, Parte General*, t. I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 128.

43 Que además resulta de ejercicio diario por los jueces, en el análisis de las causas, desde que siempre observan el actuar de las partes ante la denuncia de incumplimiento (art. 62, 63, 68, 84 y 242 LCT).

44 Por ello juzgamos, verbigracia, que en caso de despido discriminatorio de la mujer embarazada la tarifa a la cual remite el art. 178 presenta serias objeciones constitucionales por aplicación del principio *alterum non laedere*, en todo caso constituye una parte de la reparación que debe ser integral; con la posibilidad de que con base en el paradigma constitucional de los derechos humanos se plantee la aplicación de la normativa antidiscriminación.

Ahora bien, el incumplimiento contractual para el cual la LCT establece una reparación -a través de la responsabilidad por presunción de culpa- es aquel que procede de una conducta culposa del empleador (o imputable a él) pero no un incumplimiento basado en una conducta dolosa o maliciosa⁴⁵.

Por razones éticas-axiológicas toda reparación tarifada (establecido por un sistema de responsabilidad por riesgo, garantía, o presunción de culpa) sólo contempla en su base conductas culposas, así atribuye responsabilidad por riesgo, garantía o presunción de culpa, pero reduce la cuantificación imponiendo topes. De otra manera daría lo mismo al autor actuar dañando con negligencia que a sabiendas, generando una interpretación teleológica, o contrasentido, no querido por el legislador. Desde que como bien lo expone Trigo Represas, la conducta humana debe ser juzgada según el querer del individuo y en función de pautas valorativas de tipo ético, porque el paradigma del valor justicia no se puede alcanzar fuera de lo moral y con desprecio de lo esencialmente humano, subestimando o dejando de lado lo más valioso del individuo: su conciencia⁴⁶. Por ello toma una gran significación lo que enseñara Llambías “el Derecho no es una física de las acciones humanas”.

Pues entonces concluimos que, en cuanto a la responsabilidad contractual, el art. 245 LCT repara el despido sin causa justificada proveniente de un actuar culposo del empleador (o imputable a él), que incumple obligaciones contractuales, quedando fuera de la regulación del art. 245 LCT el actuar doloso o malicioso del empleador en la inejecución de la obligaciones laborales. Asimismo, distinto es el caso del accionar del empleador que infringe el deber jurídico extracontractual de no dañar a otro, para este supuesto la responsabilidad (extracontractual) resulta aún de un actuar culposo del empleador, más aún del doloso, y su reparación no se encuentra en la LCT⁴⁷.

45 Explica Ray que “La limitación es quebrantable cuando el responsable ha actuado con dolo o culpa temeraria como lo disponen las convenciones internacionales. Cito como ejemplo en nuestro derecho la ley de navegación que en varios casos hace caer la limitación si el responsable incurre en ese tipo de culpa inexcusable. Y se entiende que hay culpa temeraria cuando el responsable ha actuado con conciencia de la probabilidad de que el daño se produciría y, a pesar de ello, intencionadamente incurre en la falta que determina el daño”. “De aquí que en nuestro derecho existe el principio de la calificación de la culpa, a pesar de que el Código Civil no la ha consagrado y todo depende de cómo se consideren los hechos en el caso concreto para juzgar si hubo o no culpa temeraria que es aquella realmente inexcusable” (Ray, José D., “La responsabilidad objetiva en los albores del siglo XXI”, Academia Nacional de Derecho 1999, 1/1/1999, 415).

46 Trigo Represas, Félix A., *Código Civil Comentado*, Trigo Represas-Compagnucci de Caso (directores), t. I, p.136.

47 Explica Bustamante Alsina que la culpa contractual supone una obligación concreta, preexistente, formada por la convención de las partes y que resulta violada por una de ellas. La culpa extracontractual es independiente de una obligación preexistente y consiste no en una violación concreta sino en la violación de un deber genérico de no dañar. De allí que la culpa contractual es simplemente un efecto anormal de la obligación y, en cambio, la culpa extracontractual es fuente de una obligación nueva (Bustamante Alsina, Jorge, “El perfil de la responsabilidad civil al finalizar el siglo XX”, LL 1997-C, 1029).

III. Alcance de la indemnización tarifada contenida en el art. 245 de la ley de contrato de trabajo

III.a. Repaso de la doctrina laboral

Pirola expresa que cuando la actitud patronal está acompañada de otros componentes dirigidos a afectar la dignidad o a menoscabar las cualidades morales del trabajador (por ejemplo, imputaciones delictuales manifiestamente falsas; o difamación o difusión en boletines internos de la empresa o en medios periodísticos de supuestos incumplimientos del trabajador); o incluso, agrega Pirola, cuando está acompañada de ciertas agresiones verbales y/o físicas destinadas a “desalojar” al dependiente de su lugar de trabajo (“aprietes”, golpizas), el daño que provocan tales actos constituye un ilícito (extracontractual) que no se encuentra contemplado en los límites de la tarifa y que debe ser resarcido en base al derecho común (arg. art. 1078 y 1109 Código Civil)⁴⁸.

A contrario, con foco en el daño, Fernández Madrid expresa que cuando el monto de la indemnización resulte irrisorio en el contexto actual de alto desempleo, debería computarse como daño más grave la imposibilidad de conseguir otro puesto. De ahí, manifiesta el profesor, que podría revisarse la doctrina tradicional en materia de lucro cesante⁴⁹.

Grisolia resume la posición mayoritaria, que hace foco en la conducta del empleador, y de tal manera manifiesta que -excepcionalmente- podría otorgarse otra reparación (agravada o extratarifada) o inclusive decidirse la reinstalación en el trabajo. Esta decisión podría fundamentarse en casos de discriminación (ley 23.592), acoso sexual, *mobbing*, conductas que generan daño moral, si la falta de aportes al sistema impiden acceder al subsidio por desempleo, daño por agresión física y verbal (concepto de agravio a la persona, art. 1078, CCiv.), imputación de un ilícito penal: hecho doloso del empleador por una denuncia injustificada que constituye un ilícito extracontractual: violación del deber general de no dañar (art. 1109, CCiv). Asimismo, refiere que para que se configure *daño moral* la jurisprudencia excepcionalmente entendió que es necesario que exista una conducta adicional del empleador ajena al contrato, de naturaleza dolosa, es decir un acto ilícito adicional al despido. La ilicitud se refiere a la antijuridicidad de la conducta que se califica de injuriantes, oprobiosas y, por ende, nocivas para el trabajador. Y así, que la prueba

48 Pirola, Miguel A., Tratado jurisprudencial y doctrinario, Derecho del Trabajo, Relaciones Individuales, Pavlov F. (coord.) t. I, p. 504.

49 Fernández Madrid, Juan Carlos, *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, t. II, p. 1999.

de la configuración de estas circunstancias recae en el trabajador⁵⁰.

Para Vázquez, en modo alguno puede verse en el ámbito de la tarifa una función resarcitoria de perjuicios, ya materiales, ya morales, que se relacionen con la lesión a los derechos personalísimos del trabajador y que puedan resultar afectados como consecuencia del incumplimiento de los deberes contractuales que los involucran. Desde ya, que tampoco la tarifa comprende en su *quantum* a las derivaciones dañosas de antijuridicidades ajenas al contrato, o sea de naturaleza extracontractual⁵¹.

A su vez, Álvarez entiende que la tarifa no comprende los perjuicios materiales e inmateriales emergentes de conductas ilícitas del empleador, contemporáneas con el despido, como pueden ser las conductas injuriantes autónomas que puedan producirse en ocasión del despido, las cuales deben ser resarcidas; de tal modo, la tarifa no podrá convertirse en un precio neutralizante de una conducta injuriosa y gratuita ni una suerte de franquicia para agredir la esfera de la persona del trabajador⁵².

En cambio, refiere Vázquez Vialard que aún en los casos a que se refiere la ley, cuando se ha violado el ejercicio funcional del derecho y a la situación indicada en la norma, se agrega un ilícito extracontractual o un grave incumplimiento contractual, procede la reparación del daño extrapatrimonial⁵³.

Vázquez Vialard añade un supuesto a las posiciones antes reseñadas, así expresa que cuando la parte sufre un menoscabo extrapatrimonial dentro del desarrollo de la relación laboral, puede reclamar la correspondiente reparación aún sin tener necesidad de rescindir el contrato en virtud de la gravedad del incumplimiento en el que incurrió la otra. Por supuesto, agrega Vázquez Vialard, no se descarta la posibilidad de que se dé un daño extrapatrimonial indirecto como reflejo de la violación de un bien o interés legítimo patrimonial. En ese caso, podría solicitarse la reparación del daño, cuando el empleador hubiere incurrido en un dolo obligacional⁵⁴.

En posición aislada, para Rodríguez Mancini podría haber responsabilidad del empleador, fuera de la tarifada, cuando se tratara de un acto ilícito ajeno a las

50 Grisolia, Julio, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, t. II, p. 949.

51 Vázquez, Gabriela A., *Tratado jurisprudencial y doctrinario, Responsabilidad civil y penal en el derecho laboral*, Pavlov F. (coord.) t. I, p. 52.

52 Álvarez, Eduardo, en su dictamen como Fiscal General del Trabajo, autos "Laguna, Miguel Ángel c. Syncro Argentina SA" Expte. 43288 ante la CNAT, sala I, fecha 28/2/95.

53 Vázquez Vialard, Antonio, "El daño extrapatrimonial en el derecho del trabajo" LL 1996-E, 428; Vázquez, Gabriela A. (dir), Pavlov F. (coord.), *Tratado jurisprudencial y doctrinario, Responsabilidad civil y penal en el derecho laboral*, t. II, p. 532.

54 Vázquez Vialard, Antonio, "El daño extrapatrimonial en el derecho del trabajo" LL 1996-E, 428; Vázquez, Gabriela A. (dir), Pavlov F. (coord.), *Tratado jurisprudencial y doctrinario, Responsabilidad civil y penal en el derecho laboral*, t. II, p. 535.

obligaciones contractuales, porque en ese caso y sólo en el caso -remarca el autor- si se trata de un acto ilícito *strictu sensu* y no de un incumplimiento contractual, cabría extraer de la responsabilidad extracontractual, una obligación resarcitoria adicional a la tarifa del 245 LCT⁵⁵.

III.b. Nuestra opinión

Más arriba expusimos que el sistema adoptado por el art. 245 LCT repara en forma tarifada la ruptura contractual no justificada presumiendo la culpa del empleador. Dicha tarifa además contiene topes como el proveniente del sistema de elección de la “mejor” remuneración base del cálculo (tope indirecto) y el establecido a través del promedio de remuneraciones salariales que publica el Ministerio de Trabajo de la Nación (tope directo). La tarifa contenida en el art. 245 LCT sólo viene a reparar las rupturas contractuales injustificadas generadas en la negligencia o culpa del empleador, presumiendo en última instancia que el incumplimiento obligacional se debe a su actuar culposo.

Fuera de la regulación del art. 245 LCT queda el actuar doloso o malicioso del empleador en el incumplimiento de sus obligaciones contractuales. También distinta regulación tendrá el caso del accionar del empleador que infrinja un deber jurídico extracontractual traspasando el marco obligacional.

Al no estar regulado por la LCT el supuesto de incumplimiento doloso del empleador, cabe la aplicación subsidiaria del Código Civil a fin de encontrar las normas que regulen dicho supuesto⁵⁶. Este proceder a otras fuentes normativas también se juzga acorde a la adopción de la teoría única del responder⁵⁷, y por lo que además no existe óbice en la norma laboral que impida la aplicación del derecho madre.

Pues en dicha búsqueda nos encontramos con el sistema adoptado por el Código Civil para regular la responsabilidad contractual, en el cual el actuar doloso (inejecución maliciosa) del contratante genera la responsabilidad por los daños producto de consecuencias mediatas, rompiendo la ecuación responsabilidad contractual por culpa/daños de consecuencia inmediata y necesaria.

55 Rodríguez Mancini, Jorge, *Ley de Contrato de Trabajo*, Rodríguez Mancini Jorge (dir), Barilaro Ana (coord), t. IV, p. 417.

56 Fretes Vindel Espeche, Leandro, “Enfoque contemporáneo de la aplicación del derecho civil en el derecho del trabajo”, *Summa Laboral*, Grisolia (director), t. III, p. 2723.

57 La cual implica el reconocimiento de la existencia de principios comunes que dominan los daños causados; cuando las actividades en cuyo ámbito los daños se causan son similares, no hay razones para trazar una línea divisoria irreductible según esa actividad pertenezca al ámbito del derecho administrativo, derecho civil, derecho comercial o derecho laboral; por el contrario, hay una teoría general, una teoría única de responder (Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Dilemas de la responsabilidad civil”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28, nro. 4, Sección Estudios, 2001, pp. 671-679).

Explica Trigo Represas que, salvo la posición de Borda -inspirador de la reforma- y Mosset Iturraspe, para la mayoría de la doctrina civilista la inejecución “maliciosa” es equivalente o sinónimo de inejecución “dolosa”, ello no sólo por el significado del vocablo “malicia”, además por cuanto de lo contrario -como bien lo señalara Alterini- quedaría desconectada la norma de imputación de daños del artículo 506 del Código Civil que sólo contempla el “dolo” del deudor, de la que ahora establece los límites o extensión del resarcimiento, que es el artículo 521, el que habla de “malicia” y no de “dolo”⁵⁸.

El art. 520 del Código Civil al establecer que los daños e intereses comprenderán también las consecuencias mediatas, nos está remitiendo a lo que prescribe el art. 904 del Cód. Civil que es el que las regula.

Pero también, debemos decir que todo acto dañoso del empleador que exceda cualitativamente la inobservancia de obligaciones (vgr. el abuso del derecho en la relación⁵⁹) no es reparado por la tarifa. Bien dicen Alterini y López Cabana que los criterios rectores, que descalifican las cláusulas limitativas -o eximentes- de responsabilidad cuando afectan *standards* fundamentales de orden público, moral y buenas costumbres, en especial si versan sobre daños a la vida o a la integridad corporal, son aplicables tanto si la relación causal surge de un contrato, como si le es ajena⁶⁰.

Como también coincidimos con Vázquez, en que de modo alguno puede verse en el ámbito de la tarifa una función resarcitoria de perjuicios -materiales o morales- que se relacionen con la lesión a los derechos personalísimos del trabajador, y que puedan resultar afectados aún como consecuencia de un incumplimiento obligacional⁶¹.

Por último, aplicando una concepción “actual” del derecho de daños⁶², la misma conlleva hacer fincar la respuesta resarcitoria en el daño padecido por la víctima (trabajador), ella nos conduciría a la siguiente respuesta: sí el daño no es mayor al producto de una mera inejecución contractual, entonces se corresponde la tarifa legal, empero si el daño es mayor en entidad, entonces se abre la necesidad de la reparación de ese daño injusto, superando de esta manera la reparación tarifada. El daño injusto deberá poseer una entidad suficiente, a criterio de valoración del juez. Su fundamento

58 Trigo Represas, Félix A., *Código Civil Comentado*, Trigo Represas-Compagnucci de Caso (directores), t. I, ps. 219 y 220.

59 Fretes Vindel Espeche, Leandro, “El abuso del derecho en las relaciones laborales”, *Summa Laboral*, Grisolia (director), t. I, p. 79.

60 Alterini, Atilio A, López Cabana, Roberto M., “Responsabilidad contractual y extracontractual: de la diversidad a la unidad”, LL 1989-C, 1186.

61 Vázquez, Gabriela A., *Tratado jurisprudencial y doctrinario, Responsabilidad civil y penal en el derecho laboral*, Pavlov F. (coord.) t. I, p. 52.

62 Que en realidad lleva años siendo propuesta por Mosset Iturraspe en el derecho de daños, ver Mosset Iturraspe, Jorge, *Responsabilidad por Daños*, t. I, p. 34 y sgtes.

deriva de la aplicación del principio constitucional *alterum non laedere* y el principio de reparación integral⁶³.

Ésta última posición con núcleo en la víctima de un daño injusto, luce como más equitativa, empero implicaría un cambio profundo al sistema actual de reparación tarifada, generando -sin lugar a dudas- no pocas resistencias.

IV. Conclusiones

A lo largo de lo expuesto hemos visto que la indemnización tarifada por despido arbitrario en el derecho del trabajo argentino se anota una triple función: *reparatoria*, *sancionatoria* y *disuasiva*. Que el sistema de reparación de despidos injustificados es calificado como en *extremo flexible*. La indemnización por despido debería proteger contra el despido arbitrario, sirviendo como elemento disuasivo para el empleador, según lo ha previsto el art. 14 bis de la CN; pero para ello su monto tendría que ser adecuado al cumplimiento de dicho objetivo.

Sin embargo, a favor de la tarifa legal podemos decir que la misma permite determinar con celeridad la indemnización que corresponde percibir al trabajador como consecuencia del despido sin justa causa, de forma tal que exime de analizar y determinar la medida del daño realmente ocasionado al trabajador.

Empero, el problema se suscita cuando el trabajador padece daños que no encuentran reparo en la tarifa legal.

Hemos observado, como nos dijera Vázquez, que la indemnización que prevé el art. 245 LCT se ubica fundamentalmente en el contexto del contrato de trabajo en su perfil de intercambio económico y que la cuantificación sólo mide el daño *patrimonial* que provoca la *pérdida del empleo* y el *moral* que naturalmente experimenta cualquier persona que ingresa en situación de desempleo, ante la incertidumbre que genera la posibilidad futura de obtener medios económicos de subsistencia.

En lo referido al acto jurídico del despido, y partiendo desde una concepción moderna, concluimos que el despido resulta antijurídico desde dos puntos de vistas. Desde el punto de vista contractual, ya que rompe -entre otras- con la obligación contractual de continuidad del vínculo laboral. Pero también, la ruptura injustificada del

63 En la doctrina civil se discute la aplicación del principio de la reparación integral en los supuestos de responsabilidad contractual. Al comentar el art. 521, expresa Trigo Represas que ante el supuesto de que la "inejecución de la obligación fuese maliciosa" queda más abierta la posibilidad de la actuación del principio de la integralidad reparatoria (Trigo Represas, Félix A., *Código Civil Comentado*, Trigo Represas-Compagnucci de Caso (directores), t. I, p. 220). En igual sentido ver Mosset Iturraspe, Jorge, *Responsabilidad por Daños*, t. I, p. 41.

contrato de trabajo constituye un daño injusto que convierte al acto de despido en antijurídico, esto lo es por violar el deber genérico de no dañar a otro, *alterum non laedere*.

En cuanto a la responsabilidad contractual, el art. 245 LCT repara el despido sin causa justificada proveniente de un actuar culposo del empleador (o imputable a él por presunción de culpa), que incumple obligaciones contractuales, quedando fuera de la regulación del art. 245 LCT el actuar doloso o malicioso del empleador.

Así, tampoco puede considerarse que la tarifa resarce los daños materiales o morales que se relacionen con la lesión a derechos personalísimos del trabajador, aún cuando estos resulten afectados como consecuencia de un incumplimiento obligacional.

Por último, desde una concepción moderna del derecho de daños, hemos referido que la respuesta resarcitoria del daño padecido por la víctima (trabajador), podría nuclearse en el concepto del daño injusto. Entonces, sí el daño no es mayor al producto de una mera inexecución obligacional, se correspondería la tarifa. Por el contrario, si el daño injusto es mayor en entidad, entonces se abre la necesidad de reparar ese daño injusto, superando de esta manera la reparación tarifada. El daño injusto debe poseer una entidad suficiente, a criterio de valoración del juez, y su fundamento deriva de la aplicación del principio constitucional *alterum non laedere* y el principio de reparación integral.

La tarifa es la cosificación patrimonial de la pérdida del empleo, abstracción que permitió fijar un *quantum* en forma genérica para el universo de los trabajadores, logrando a su favor que no hubieran (muchos) planteos sobre su constitucionalidad, no así en algunos de sus aspectos (vgr. Tope a la base de cálculo). Podemos decir que a grandes rasgos cumplió con sus objetivos, reparar con celeridad la pérdida del empleo por despido arbitrario, implicando para el empleador un cálculo seguro del costo de despedir. Empero, no pocos habrán sido los casos que bajo su generalidad sufrieron daños injustos que quedaron sin reparar, y es allí dónde el valor seguridad conseguido para el empleador debe ceder ante el valor integridad del ser humano. Y aunque pocos fueran los casos en que un trabajador recibe daños que no se reparan con la tarifa, un sistema normativo que se juzgue justo y protector de los derechos del hombre trabajador, en su óptica actual, no debe permitirlo.