

Reparación plena por los daños derivados de la ruptura incausada de la relación laboral.

**Universidad de Palermo. Facultad de Derecho.
Tesina Final Maestría en Derecho.**

Alumna: Jimena Andino Dorato

Tutor: Dr. Guillermo Gianibelli

ÍNDICE

1	INTRODUCCIÓN	5
2	NOCIONES DE DERECHO LABORAL	8
2.1	NOCIONES PRELIMINARES	8
2.1.1	<i>La Persona</i>	8
2.1.2	<i>El trabajo humano</i>	9
2.2	EL CONTRATO DE TRABAJO.....	10
2.3	EL DERECHO LABORAL.....	13
3	LOS DERECHOS CONSTITUCIONALMENTE TUTELADOS	16
3.1	LA CONSTITUCIONALIZACIÓN.....	16
3.2	LOS DERECHOS SOCIALES.....	16
3.2.1	<i>El artículo 14 bis de la Constitución Nacional</i>	18
3.3	NORMAS INTERNACIONALES	19
3.4	DISTINTAS CLASES DE ESTABILIDAD	22
3.5	APLICACIÓN NORMATIVA EN DERECHO COMÚN: LEY DE CONTRATO DE TRABAJO.....	24
3.5.1	<i>La indemnización laboral: art. 245 LCT</i>	25
3.5.2	<i>¿Quién carga con la "protección contra el despido arbitrario"?</i>	26
3.6	OTROS DERECHOS CONSTITUCIONALES.....	28
3.6.1	<i>Libertad de contratar</i>	28
3.7	¿CONFLICTO DE DERECHOS?.....	29
3.7.1	<i>Una interpretación armonizadora</i>	30
3.8	ACERCA DE LA DISCUTIDA CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 245 DE LA LCT ...	31
4	NOCIONES DE DERECHO PRIVADO	33
4.1	LA RESPONSABILIDAD	33
4.2	PRINCIPIOS DE LA RESPONSABILIDAD.....	34
4.2.1	<i>Alterum non laedere-Pacta sunt servanda</i>	34
4.2.2	<i>Mayor responsabilidad por dolo</i>	35
4.2.3	<i>Imputabilidad subjetiva</i>	36
4.3	DESLINDE DE ÓRBITAS - RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL.....	36
4.4	PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD.....	37
4.5	EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.....	38
4.6	ANTI JURIDICIDAD	39
4.7	FACTORES DE ATRIBUCIÓN	41
4.7.1	<i>Factores subjetivos</i>	41

4.7.2	<i>Factores objetivos</i>	45
4.7.3	<i>Prueba en los factores de atribución</i>	50
4.8	DAÑO.....	52
4.8.1	<i>Daño patrimonial y extrapatrimonial</i>	53
4.8.2	<i>Prueba de la existencia del daño</i>	55
4.8.3	<i>Prueba de la cuantía del daño</i>	56
4.9	RELACIÓN DE CAUSALIDAD	56
4.9.1	<i>Ruptura de la relación causal</i>	58
4.9.2	<i>Presunciones de causalidad</i>	59
4.10	LA INDEMNIZACIÓN.....	59
4.10.1	<i>Limitaciones de la responsabilidad</i>	60
5	MAYOR EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD ANTE EL DESPIDO INCAUSADO.	64
5.1	PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD APLICADOS A LA INDEMNIZACIÓN TARIFADA 64	
5.1.1	<i>Antijuridicidad</i>	64
5.1.2	<i>Factor de atribución</i>	66
5.1.3	<i>Daño</i>	69
5.1.4	<i>Relación de causalidad</i>	71
5.2	CASOS DE AMPLIACIÓN DEL TOPE LEGAL PREVISTOS POR LA LEGISLACIÓN LABORAL	72
5.3	DESPIDO DISCRIMINATORIO.....	73
5.4	PROPUESTAS DOCTRINARIAS Y JURISPRUDENCIALES PARA LA PROCEDENCIA DE UNA INDEMNIZACIÓN EXTRATARIFADA.	77
5.4.1	<i>Doctrina y Jurisprudencia negatoria</i>	78
5.4.2	<i>Aceptación amplia de la indemnización suplementaria por daño moral</i>	78
5.4.3	<i>Aceptación restringida del plus indemnizatorio</i>	79
5.5	SUPERACIÓN DEL DISTINGO CON EL HECHO ILÍCITO INDEPENDIENTE	82
5.6	RESPONSABILIDAD SUBJETIVA DEL EMPLEADOR.....	83
5.6.1	<i>Dolo</i>	85
5.6.2	<i>Culpa</i>	86
5.7	MAYORES DAÑOS.....	89
5.8	CUESTIONES CONSTITUCIONALES.....	91
5.9	CONTENIDO DEL PLUS INDEMNIZATORIO.....	91
6	CONSIDERACIONES FINALES	94
6.1	REENVÍO AL DERECHO PRIVADO (RESPONSABILIDAD CIVIL)	94
6.2	CONCLUSIONES.....	96

7	BIBLIOGRAFÍA	100
7.1	OTRAS REFERENCIAS.....	104
7.1.1	<i>Jornadas:</i>	104
7.1.2	<i>Jurisprudencia:</i>	104

1 INTRODUCCIÓN.

El siglo XX trajo aparejados importantes cambios en la vida de relación de la humanidad. Increíbles desarrollos tecnológicos y los medios de comunicación hicieron del paisaje urbano y rural algo total y absolutamente distinto del existente durante todos los siglos anteriores hasta los que se tiene razón.

Este siglo controvertido, al punto de no ponernos de acuerdo en cuándo terminó exactamente, no podía dejar de incidir en el desarrollo del Derecho. Así surgieron áreas destinadas al estudio de disciplinas especiales, algunas desconocidas hasta el momento, como ser: medio ambiente, defensa del consumidor y de la competencia, Derecho Aeronáutico y la escisión de ramas, como el Derecho Laboral.

Sin desvalorizar la importancia de los avances y progresos, el Derecho de fin de siglo presenta algunas deficiencias similares a la medicina de fin de siglo. Así, divididos por especialidades cuasi sagradas, compartimentos estancos y poca o nula comunicación entre sus distintas disciplinas, al igual que esos tratamientos dirigidos a órganos, miembros o células, olvidados del ser humano, tenemos derechos diferentes según la actividad. No es lo mismo un daño causado a un peatón por un automóvil particular, que el que sufre un pasajero de un avión en un accidente aéreo, ni mucho menos el que debe soportar un empleado durante la vigencia de su relación laboral.

Si resulta fácil olvidarse de la persona como una unidad psico-física, aún cuando el individuo está presente en el tratamiento médico, porqué el Derecho con sus normas generales, sus procedimientos judiciales impersonales, escritos y prolongados, iba a quedar al margen de esta tendencia.

Sin embargo, muchos profesionales de la salud han decidido abogar por la persona como ser único e indivisible, por su estudio global, por la interdisciplina y la interconsulta, y aparecieron tímidamente las medicinas

alternativas, la interacción entre médicos y psicólogos, y la revalorización del médico clínico o de la familia. El Derecho debe seguir este ejemplo.

No significa lo anterior un desprecio hacia la capacitación y el estudio dedicado a temas específicos. Por el contrario, todo trabajo de investigación está centrado en un tema específico con límites o barreras autoimpuestas, que de no existir harían imposible el desarrollo racional de cualquier idea, este trabajo no es la excepción. La diferencia, o mejor dicho el objetivo, es ampliar los horizontes y, porqué no, hacer el camino inverso de lo particular a lo general.

La respuesta en particular aquí buscada es si es procedente una reparación distinta o suplementaria a la tarifa legal en caso de despido. Para ello, es necesaria una tarea de interpretación y análisis de la LCT en su conjunto, de las demás normativas y principios laborales, a la luz de las normas constitucionales y tratados internacionales, así como las normas propias del Derecho Civil, también con sus principios, doctrina y jurisprudencia.

Por cuestiones metodológicas los primeros capítulos están destinados al análisis del origen del Derecho Laboral como disciplina autónoma, sus principios últimos y su razón de ser. El objetivo es recordar porqué nació esta rama del Derecho y si sus principios protectorios se dan en la actualidad, no en su finalidad misma, -la que sin duda sigue vigente-, sino si **de hecho** el trabajador está protegido.

Seguidamente, son analizados los derechos constitucionales en juego, su recepción en las normas de derecho común, -especialmente las distintas clases de estabilidad laboral-, así como el modo de zanjar posibles conflictos entre los distintos derechos.

A continuación son brevemente planteados los fundamentos de la responsabilidad, desarrollando fundamentalmente aquellos temas que resultan de interés para el meollo del trabajo que es el modo y causas de salir de los límites legales. El recurso, para ello, es la aplicación de ciertas nociones del Derecho de Daños al ámbito propio de la terminación de la relación laboral.

Por último, y concluyendo ya el trabajo, el reenvío al Derecho Privado, rama de la que se desprendió el Derecho Laboral, es planteado como una posible solución al tema.

Como ya expresara, existen límites propios para el presente trabajo. No se trata de un estudio sobre Derecho de Daños ni sobre Derecho Laboral, sino, tan sólo, un análisis de la aplicación de la primera disciplina a un supuesto específico de la segunda, cual es la finalización de una relación laboral por voluntad de una de las partes involucradas.

2 NOCIONES DE DERECHO LABORAL

2.1 *Nociones preliminares*

No es ocioso recordar, a la hora de realizar un breve desarrollo de los antecedentes y evolución del Derecho Laboral, el principio estructural de esta disciplina jurídica que es tender a proteger a la parte más débil de la relación: el trabajador.

Las diferencias sociales tienen antigua data en la historia de la humanidad y en su transcurrir han ido perfilándose importantes avances en política social, considerada como el arte de "solucionar las deficiencias sociales"¹. El desarrollo de las protecciones en materia social guarda cierto paralelismo con la evolución que ha tenido el concepto, noción y respeto hacia la persona.

Para lograr una mayor equidad en la sociedad aumentaron las protecciones en materia social en las constituciones modernas, se introdujeron distintos institutos desde los Congresos y Conferencias internacionales, y así, fue creciendo el Derecho Laboral, ya no como arte o política, sino como rama autónoma del Derecho.

Pero, antes de llegar a esta modernidad y a partir de allí analizar su actualidad, se impone realizar un fugaz recorrido por varios antecedentes.

2.1.1 La Persona

La evolución del concepto de persona, con su consiguiente respeto, no es ajena al desarrollo de la noción de trabajo.

¹ VÁZQUEZ VIALARD, Antonio. "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", Tomo I, Ed. Astrea, Bs. As., 1992, pag. 38.

Los antecedentes romanos muestran que, en muchos casos, la persona no era considerada como sujeto de derecho y obligaciones, sino como cosa, en coincidencia con la noción de esclavitud.

Si bien existen distintas opiniones en cuanto al origen del contrato de trabajo, no es posible olvidar que el arrendamiento de esclavos del Derecho Romano, que podría considerarse como un origen posible del contrato de trabajo, era una modalidad del arrendamiento de cosas.

De este modo, si el ser humano era considerado como cosa, lejos estaba la noción de proteger a la parte débil de la relación (lo que sí ocurre en el Derecho Laboral moderno), en tanto no sólo no se propendía a su protección, sino que ni siquiera era reconocido como parte de la relación en cuestión.

La difusión del cristianismo, al menos como doctrina que se extendió masivamente y no limitada a un pueblo o cultura, trajo consigo una nueva doctrina que se funda en la igualdad natural de los hombres y reivindicó de algún modo a la persona humana².

Fue necesario recomponer la noción de persona para, recién allí, poder adentrarse en el concepto moderno de relación de trabajo.

2.1.2 El trabajo humano

El trabajo puede considerarse como el fruto inevitable del desarrollo del ser humano en su lucha por dominar a la naturaleza, por facilitarse bienes que mejoren su nivel y calidad de vida. Vale decir que el trabajo es una derivación lógica y necesaria de la propia condición de ser humano.

En este sentido, siguiendo a Vázquez Vialard, el trabajo tiene una realidad extrínseca, objetiva: construye el mundo, y al mismo tiempo una intrínseca,

² Ver VÁZQUEZ VIALARD, Antonio "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social" T. 1, ob. Cit, pag. 17. Como se resalta más adelante sólo con marcados hitos en la evolución de los conceptos, sin pretender realizar un exhaustivo análisis de los mismos.

subjetiva, ya que mediante él el hombre se realiza como ser humano, se siente integrado a la comunidad o se destruye.

Haciendo hincapié en la persona, como el sustrato básico e imprescindible del Derecho, este autor ha expresado que "*las relaciones del trabajo, así como las de la vida socioeconómica, tienen por objeto satisfacer las necesidades del hombre y facilitar su desarrollo como persona*"³.

A partir de estas cuestiones fácticas, de la realidad de la existencia del trabajo humano desde tiempos remotos como medio imprescindible para el desarrollo de la persona, tanto en su esfera individual como social, el Derecho comienza, tímidamente al principio y con mayor fuerza en el último siglo, a intervenir en la regulación de esta particularísima relación.

Fue necesaria esta evolución en la relación de trabajo, para llegar a lo que hoy en el lenguaje jurídico usual se denomina *contrato de trabajo*.

2.2 *El contrato de trabajo*

Parece indudable que, para que actualmente exista contrato de trabajo, debe darse un acuerdo de voluntades entre dos personas, una de las cuales (el trabajador) debe ser física, con el objeto de realización por una de las partes (el trabajador) de determinada prestación a favor de la otra (el empleador), a cambio de una contraprestación (remuneración), teniendo el empleador ciertas facultades de dirección, pudiendo realizarse por un período determinado o no. No es ocioso recordar que esta moderna visión requiere, sin duda, para la validez y vigencia de dicho acuerdo de voluntades, cierta capacidad en los sujetos contratantes, así como su consentimiento, amén de la licitud del objeto y la causa.

³ VÁZQUEZ VIALARD, Antonio. "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social" T. 1. Ob. Cit. Pag. 3.

En sus orígenes⁴, el trabajo humano fue principalmente físico y considerado indigno de las personas libres. Así, en Grecia y Roma, este trabajo fue principalmente desarrollado por esclavos. Por su parte, el trabajo digno del hombre libre se prestaba en principio sin remuneración, o ésta era sólo voluntaria y no entendida como contraprestación.

La fuente en el Derecho de cosas y no de personas parece indudable en la contratación de esclavos. Pocos de los rasgos esenciales del concepto moderno de contrato de trabajo aparecen en esta época. Especialmente difícil resulta interpretar que existan partes, ante la calidad de cosa del esclavo.

La base de toda relación contractual moderna estaría ausente, ante la inexistencia de capacidad por parte del esclavo, así como la ausencia de consentimiento, que implica el discernimiento, y fundamentalmente la intención y la libertad. Dudoso es también si hoy sería considerado lícito el objeto y la causa, en tanto abdicación de libertad, pero, de todos modos, ante la ausencia de sujetos, -partes de la relación contractual-, resulta ocioso adentrarse en los otros elementos.

En la contratación de hombres libres podría verse aparecer tímidamente la facultad de dirección de una de las partes y el deber de realizar cierta prestación por parte de la otra. Pero, si bien es posible encontrar a los sujetos de derecho, no existe contraprestación a cargo de quien recibe la prestación, ante la voluntariedad de la remuneración, lo que también parece desnaturalizar a la relación como contrato de trabajo.

De lo expuesto se desprende que sí aparece la idea de trabajo en el período greco-romano, pero difícilmente pueda apreciarse el concepto, aún el esbozo del mismo, de contrato de trabajo.

Fue necesario comenzar a concebir a la actividad propia del trabajador como posible objeto -prestación- del contrato, separándola de la persona, para reconocer a ésta, en sí misma, como sujeto del contrato.

⁴ No son tratados antecedentes más allá de Roma o Grecia, ya que el objetivo de este capítulo es meramente introductorio y no realizar un exhaustivo análisis de la historia del Derecho del Trabajo, lo que excede en mucho el objetivo principal de estudio.

Von Gierke, partiendo, al menos parcialmente, de la distinción entre derecho de cosas y de personas, plantea los antecedentes del contrato de trabajo en el antiguo Derecho alemán y no en el Derecho Romano, precisamente por tratarse, en este último, de una derivación del Derecho de cosas.

En este sentido, el contrato de servicio fiel que *"consiste en la propia entrega a la prestación de un servicio sin sacrificio de la personalidad"* sería el antecedente de la locación de servicios y no la *locatio conductio operarum* romana que habría *"nacido de un desgajamiento del arrendamiento de cosas"*⁵.

Este autor pone de manifiesto las peculiaridades de este contrato, aún desde sus orígenes, expresando que el contrato de servicios del Derecho Alemán *"crea pretensiones del derecho de las obligaciones a la prestación de un trabajo para una parte y de retribución para la otra, originando una relación personal entre el 'señor' y el 'servidor'"*⁶.

Parecería que recién es posible encontrar los orígenes del contrato de trabajo, en el momento que el trabajador comienza a ser sujeto y no objeto del mismo. Esto no ha dejado de traer ciertas dificultades, ya que es indudable que la prestación, como objeto del contrato, no puede ser tan fácilmente "objetivizada", en tanto requiere inexorablemente de la persona del trabajador, quien debe poner su cuerpo, ya sea a través del esfuerzo físico o intelectual, a disposición de las órdenes de otra persona, abdicando de este modo de parte de su libertad. No deja de plantear serios interrogantes⁷ el hecho de que el cuerpo o la persona humana, -que por sí mismo no puede ser objeto del comercio-, resulte parte necesaria de la prestación, objeto válido del contrato.

Se considera que recién en marzo del año 1900, en una ley belga, comienza a utilizarse en el sentido moderno la expresión "contrato de trabajo", para

⁵ VON GIERKE, Otto "Las raíces del contrato de servicios" Ed. Civitas S.A., Madrid, 1982, pag. 13-15

⁶ VON GIERKE, Otto "Las raíces ..." ob. Cit. Pag. 29

⁷ SUPIOT, Alain. "Crítica del Derecho del Trabajo". Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid, 1996. Pag. 77 y sgtes.

distinguir este acuerdo de la locación de obra y de la de servicios citados en el Código de Napoleón⁸.

2.3 *El Derecho Laboral*

El contrato de trabajo, considerado como parte aún del contrato de servicios, continuaba en el ámbito propio del Derecho Civil.

Este postulado contractual de la relación laboral -ubicada dentro del Derecho Civil- en codificaciones de corte netamente liberal, partía del supuesto de la autonomía, libertad e igualdad en la contratación.

Lentamente, se puso de manifiesto que no existía tal igualdad, sino una notable desigualdad entre el trabajador y el empleador. La falacia del supuesto de la igualdad fue, tal vez, la que sirvió como punto de partida para esbozar la verdadera autonomía conceptual y de estudio del contrato de trabajo, a través de una rama del Derecho.

Así, el Derecho del Trabajo tomó un importante rol, precisamente para paliar las consecuencias alarmantes que acarreó el capitalismo, al producir un grave deterioro en la persona del trabajador, produciéndose *"una reacción que exige la intervención del Estado como árbitro, con el propósito de equilibrar el desnivel producido entre las partes"*⁹ y tendiendo a la protección del trabajador.

En este tramo de evolución, cumplió un rol fundamental la necesaria prestación personal a cargo del trabajador -muy diferente de lo que el Derecho Civil denomina las obligaciones *intuitu personae*-, que implicaba un riesgo para la persona y una abdicación de libertad.

⁸ SARDEGNA, Miguel A. "Ley de contrato de trabajo, comentada-annotada-concordada" Ed. Universidad, Bs. As., 1995, pag. 73.

⁹ VÁZQUEZ VIALARD, Antonio "Derecho del ..." ob. Cit. Pag. 22.

Así, comenzaron a esbozarse normas protectorias, primeramente dirigidas hacia el trabajo de menores y mujeres, que luego fueron haciéndose extensivas a los varones adultos.

Resulta esclarecedor lo expresado por Supiot en cuanto *"el derecho del trabajo surge con esta reaparición de los valores no patrimoniales en un intercambio económico: en primer lugar, el valor del cuerpo, 'sustrato de la persona', después el de la persona en general, es decir, del trabajador, que deja de ser considerado como un contratante ordinario. No hay ruptura en el paso de uno a otro: tan sólo una gradación que, a partir de la idea de seguridad física de la persona (la seguridad en el trabajo), se extiende a su seguridad económica (la seguridad por medio del trabajo), y después al respeto de su identidad, ..."*¹⁰

De este modo, a través de la necesidad de descartar o paliar los efectos de la desigualdad entre las partes, y de proteger a la persona humana aparece la autonomía del Derecho Laboral, al menos, tal como indudablemente hoy resulta identificada. No se trata de un *"derecho de excepción, pero sí un derecho especial, singular, que deroga el derecho común cuando no coincide con sus fines"*¹¹.

De este modo *"el propósito fundamental del Derecho del Trabajo siempre ha sido, y nos atrevemos a decir que siempre lo será, constituir un contrapeso que equilibre la desigualdad de poder negociador que es necesariamente inherente a la relación de trabajo"*¹².

La existencia de contrato de trabajo es la contraseña¹³ que permite aplicar a la relación en cuestión las normas propias del Derecho Laboral.

Posteriormente, en el desarrollo de la disciplina cobran mayor protagonismo las organizaciones sindicales, que agruparon a los trabajadores, quienes ya

¹⁰ SUPIOT, Alain. "Crítica del Derecho del Trabajo", ob. Cit. Pag. 89.

¹¹ SARDEGNA Miguel A. "Ley de contrato de trabajo, ..." ob. cit pag. 76

¹² Kahn-Freund, Otto "Trabajo y Derecho". Ed. Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid, 1987. Pag. 52

¹³ SUPIOT, Alain. "Crítica del Derecho del Trabajo" ob. Cit. Pag. 112.

no resultan meros destinatarios, sino actores en la elaboración de las políticas y normas a regir en materia de relaciones laborales. Este proceso resulta ajeno al presente trabajo.

En los últimos tiempos se da una paradoja en el Derecho Laboral. Por un lado se dio un fenómeno de constitucionalización de los denominados derechos sociales, ya sea a través de las modernas Constituciones o de los pactos internacionales, lo que traduce una importante preocupación y toma de conciencia de la importancia de proteger al trabajador. Sin embargo, por otra parte, apareció una gran desprotección hacia el trabajador, en virtud de la "flexibilización" laboral, también a raíz de la mayor relevancia que se da al acuerdo individual entre las partes (especialmente en cuestiones salariales o indemnizatorias), así como por la exclusión de varias relaciones de su ámbito de aplicación¹⁴.

¹⁴ MONEREO PÉREZ, José Luis, "Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del trabajo". Ed. Cuadernos Civitas, Madrid, 1996, pag. 82 y sgtes.

3 LOS DERECHOS CONSTITUCIONALMENTE TUTELADOS

3.1 *La constitucionalización.*

Parece casi una perogrullada recordar que los derechos que adquieren rango constitucional gozan de primacía sobre aquellos que surgen de normas inferiores.

Quedó expresado en el capítulo anterior que el último avance del Derecho Laboral se debió a la constitucionalización de algunos de los derechos, que ya habían sido desarrollados como sus pilares fundamentales, -a través de normas de Derecho Común-.

Éste fue, sin duda, un paso importante, loable y bienvenido. Lo que sigue, luego de la recepción constitucional es la tarea interpretativa.

El propósito, en este caso, es buscar cierta precisión sobre los alcances de esta regulación, para destacar, a continuación, qué otros derechos, también de rango constitucional, intervienen en esta particular relación, que es el contrato de trabajo, y luego revisar el posible "conflicto" existente entre ellos y algunas soluciones y/o interpretaciones viables.

3.2 *Los derechos sociales.*

La Constitución Nacional de 1853, coincidentemente con la tendencia de las modernas constituciones de la época, tuvo un neto corte liberal, lejana al intervencionismo estatal.

La reforma de 1957 introdujo modificaciones en la originaria Constitución, incluyendo, en lo que hace al tema en análisis, derechos sociales y fue, sin duda, la reforma de 1994, la que llevó a decir que "*nuestro país adscribe al*

modelo del constitucionalismo social y se determina como Estado social de derecho"¹⁵, tendencia que venía desarrollándose en el mundo.

Siguiendo al profesor Bidart Campos¹⁶ el término seguridad social puede designar diferentes orientaciones. Una primera, demasiado lata, es la que la equipara al bienestar general de la comunidad; la segunda, más ceñida, postula la necesidad de que el Estado garantice a todos los hombres la protección y cobertura de ciertos riesgos comunes, como enfermedad, accidente, desempleo, invalidez, muerte, etc.; y la tercera y más restringida la considera el sistema que ampara ciertos riesgos para una categoría de hombres, p.ej. trabajadores, en general mediante el pago de cotizaciones que dan derecho a las prestaciones correspondientes. En este último caso debe distinguirse el caso del seguro social (los beneficiarios pagan contribuciones) de los servicios públicos y asistencia social (no hay que pagar).

Por supuesto que *"al Derecho Constitucional le interesan los tres conceptos de seguridad social"*.

En cuanto Estado social de derecho, donde se detecta un "respeto a la legalidad" -carácter propio del Estado de Derecho-, desde la perspectiva social, el alcance e interpretación de los poderes del Estado debe hacerse en un sentido igualitario, cuyos cuatro vértices son: el principio de igualdad, el principio de justicia social, el principio protectorio, y el principio de progresividad.¹⁷

Así, el principio de igualdad estaría contenido en el artículo 75 inciso 23), primer párrafo de la CN: *"legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, el pleno goce y ejercicio de los derechos ..."*.

¹⁵ GIANIBELLI, Guillermo "Por un Derecho Constitucional del Trabajo (Los límites constitucionales a la desregulación laboral)" Ed. ERREPAR-DLE-N° 152-ABRIL/98-T. XII. Pag. 403.

¹⁶ BIDART CAMPOS, Germán "Derecho Constitucional. Realidad normativa y justicia en Derecho Constitucional, Ed. Ediar, Bs. As., 1964, Pag. 428 y ss.

¹⁷ Estos vértices, con su correspondiente referencia al articulado constitucional que los avala, están claramente desarrollados en GIANIBELLI, Guillermo "Por un Derecho Constitucional ..." ob. Cit. Pag. 404

Por su parte, el principio de la justicia social estaría receptado por el artículo 75, inciso 19), primera parte en relación con el “*desarrollo humano*” y el “*progreso económico*”.

En referencia a estos dos, y relacionando con los conceptos de seguridad social antes esbozados, parecería tratarse de una recepción de los dos primeros conceptos enunciados, dada su amplitud.

El principio protectorio, propio del ámbito del trabajo, receptado en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, -que se desarrollará más adelante- parecería aceptar la concepción más estricta de seguridad social.

Por último, el principio de progresividad, resultaría constitucionalizado por imperio del artículo 75, inciso 22, primer párrafo, por estar previsto en el artículo 2° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que impone adoptar medidas “*para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos*”. De este modo, a través de su armónica interpretación con el principio protectorio, este principio debería implicar que toda nueva regulación fuera más favorable para su destinatario¹⁸.

Si bien es usual pensar en el Derecho del Trabajo cuando se habla de derechos sociales, el fenómeno de la socialización del derecho puede apreciarse también en materia de Derecho de Daños, Derecho de Consumo, Derecho Ambiental¹⁹.

3.2.1 El artículo 14 bis de la Constitución Nacional

¹⁸ ver GIANIBELLI, Guillermo “Por un Derecho Constitucional ...” ob. Cit. Pag. 408/409, especialmente reflexiones de la nota 28, en cuanto al no cumplimiento de este principio en la realidad.

¹⁹ EWALD, François. “El concepto de derecho social”. Traducido por Christian Courtis. En Contextos Revista Crítica de derecho social. N° 1, Ediciones del Puerto, Bs. As., 1997, 101-134.

La incorporación del artículo 14 bis a la Constitución Nacional reflejó la tendencia hacia el constitucionalismo social, posteriormente consolidada en la reforma del año 1994.

Este artículo, íntimamente ligado con la protección del trabajo como Derecho fundamental, establece que el trabajo: *"... en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas; con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial ..."*.

De este modo, la Constitución indica el rumbo a seguir en las normas del Derecho de fondo, que deberán tender a proteger al trabajo; da pautas sobre el mínimo legal que deben contener las normas, sin especificar, -lo que sería impropio de un cuerpo constitucional-, el modo de hacer efectiva la protección que indica. Así, queda librado al legislador la regulación de los sistemas de protección, debiendo tenerse siempre en cuenta, -aunque no ocurra ello en los hechos-, el principio de progresividad.

Parecería que las primeras pautas constitucionales están referidas a la seguridad física en el trabajo, seguidas de preceptos netamente referidos a la seguridad económica, para concluir con los derechos gremiales.

Dentro de su acotado margen, esta investigación debe limitarse a la seguridad económica del trabajador, y específicamente dentro de ésta al supuesto de "protección contra el despido arbitrario".

3.3 Normas internacionales

A partir de la reforma constitucional de 1994, resulta indudable que los tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones

internacionales tienen jerarquía superior a las leyes (art. 75, inc. 22 CN). De este modo, todo tratado o instrumento de jerarquía similar conforme la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, ratificado por la Argentina, tendría un orden jerárquico superior al jurídico interno²⁰.

En cuanto a la incorporación al derecho interno de estas normas internacionales, a partir del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "Ekmekdjian c/ Sofovich"²¹, ha quedado receptada la tesis monista, según la cual no existe una separación entre el orden jurídico interno y el internacional, resultando de ello una automática aplicación de los tratados ratificados por el país.

Por otra parte, es de resaltar la inclusión de los instrumentos internacionales referidos a derechos laborales, dentro de la categoría de instrumentos que tratan derechos humanos. Es posible considerar que éstos no pertenecen solamente a la esfera de los Pactos entre los Estados, sino que han alcanzado la dimensión de *jus cogens*²². En este sentido, el Derecho de los derechos humanos, con independencia de la ratificación, en sentido de acuerdo internacional, constituiría un conjunto de normas supranacionales que se imponen a la soberanía de los Estados, un punto de convergencia entre el Derecho Internacional y el Derecho Constitucional.

La primera normativa a considerar son las disposiciones del Convenio OIT N° 158 y la Recomendación N° 166. La Argentina ha diferido la ratificación de este Convenio por encontrarse en curso de revisión la legislación del trabajo²³.

El Convenio se refiere a la "*terminación de la relación de trabajo*" (art. 3) por iniciativa del empleador, quedando fuera del campo de aplicación

²⁰ Ver ETALA, Carlos Alberto "Los convenios de la Organización Internacional del Trabajo y su interpretación". LL 29/11/2001.

²¹ LL 1992-C-540.

²² ERMIDA URIARTE, Oscar "La declaración sociolaboral del Mercosur y su aplicabilidad judicial" Revista Judicatura Montevideo 2000, N° 41 coincidiendo con Héctor Hugo Barbagelata.

²³ Oficina internacional del Trabajo "Protección contra el despido arbitrario. Conferencia internacional del trabajo 82". Ginebra, Suiza, 1995, Pag. 148

material del Convenio todas las demás modalidades de terminación de la relación de trabajo.

Si bien, el art. 2 prevé una aplicación amplia del Convenio, los apartados 2 y 4 prevén situaciones en las que resulta posible excluir todas a o algunas de sus disposiciones.

La norma en análisis dispone que *“no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”* (art. 4) enumerando ciertos motivos que no constituyen causa justificada (art. 5), haciendo especial referencia a cuestiones de discriminación. Esta exigencia de causa justificada es distinta del derecho del trabajador a recibir un preaviso, circunstancia que no exime al empleador de justificar la terminación.

En cuanto a la apreciación de la justificación o no de la terminación de la relación de trabajo el Convenio prevé que *“el trabajador no esté obligado a asumir por su sola cuenta la carga de la prueba de que su terminación fue injustificada”* (art. 9, ap. 2)

Ante la terminación injustificada de la relación de trabajo, si bien el art. 10 del Convenio da preferencia a la anulación de la terminación y a la readmisión, el mismo artículo prevé la posibilidad de *“una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada”*.

En el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, la Argentina ratificó por Ley N° 24.658 el “Protocolo de San Salvador”.

Este Protocolo prevé en su art. 7, inc. d, *“la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional”*.

En igual sentido que el Convenio 158 OIT, el Protocolo prevé la posibilidad de adaptación de sus disposiciones según "*las características de industrias y profesiones*", si bien no establece con la misma precisión que la primera norma, el modo de considerar estas situaciones.

Por último, resta mencionar la Declaración Sociolaboral del Mercosur del 10 de diciembre de 1998.

Esta Declaración enuncia una serie de Derechos tanto de los trabajadores como de los empleadores, no refiriéndose específicamente a la terminación de la relación laboral. Los arts. 14 y 15 se limitan a establecer el "fomento del empleo" y la "protección de los desempleados" a través del compromiso de los Estados Parte a "*... instituir, mantener y mejorar mecanismos de protección contra el desempleo, compatibles con las legislaciones y las condiciones internas de cada país ...*".

Sin bien no resulta sencillo establecer la naturaleza jurídica y eficacia de la Declaración²⁴, es conveniente expedirse en pro de su eficacia jurídica, ante la necesidad de otorgar seriedad y responsabilidad a la proclamación realizada por los Jefes de Estado de los países del Mercosur. En apoyo de ello es posible recurrir a: a) la tesis de la superioridad del Derecho Internacional y de la mayor jerarquía de las Declaraciones y b) el reconocimiento de que los derechos humanos forman parte del "jus cogens"²⁵.

3.4 Distintas clases de estabilidad

Pocas dudas caben sobre la indicación constitucional de proteger la permanencia en el empleo, el mantenimiento de la relación laboral. De este modo, el artículo 14 bis de la Constitución, haciendo eco de las tendencias

²⁴ ver von POTOBOSKY, Geraldo "La Declaración sociolaboral del Mercosur" DT-1999-A-769.

²⁵ Ver EMIDA URIARTE, Oscar "La declaración sociolaboral del Mercosur y su aplicabilidad judicial". Ob. Cit.

modernas en materia de derechos sociales, recepta la estabilidad en el empleo, haciendo una distinción entre el empleo público y el particular.

Históricamente, la estabilidad se originó, precisamente, en el empleo público, como mecanismo de garantizar al trabajador el mantenimiento de su fuente de trabajo independientemente de los vaivenes y cambios que la política imponía en sus empleadores.

Esta tendencia fue imponiéndose en las relaciones particulares o privadas, y estos trabajadores también fueron obteniendo algún mecanismo de defensa contra el despido arbitrario, preservando de ese modo el estado de ocupación, lo que ofrecía un cierta tranquilidad económica a los dependientes²⁶.

El modo de proteger la continuidad y permanencia en el empleo, a través del instituto de la estabilidad, presenta distintos grados.

Nuestra Constitución, desde su mismo articulado, marca una tajante distinción al expresar que se asegurará "*protección contra el despido arbitrario*" y "*estabilidad al empleado público*". No significa lo mismo uno que otro concepto.

La doctrina ha distinguido entre estabilidad absoluta, régimen por el cual, fuera de ciertas situaciones excepcionales, el distracto no produce efectos y permite en la práctica la reincorporación del trabajador, y la estabilidad relativa, donde la disolución del vínculo produce los efectos deseados (el alejamiento del trabajador de su empleo), pero ésta es "penada", dando lugar al pago de una indemnización²⁷.

A su vez, esta última clase de estabilidad, puede ser subclasificada. Se distingue, así, entre estabilidad relativa propia, por la cual el empleado puede solicitar su reincorporación, ya que la relación continúa en vigencia, pero el juez no puede disponerla compulsivamente; y estabilidad relativa impropia, que no permite la solicitud de reincorporación y se agota con el deber de pagar una indemnización.

²⁶ Ver MARTORELL, Ernesto "Indemnización del daño moral por despido" Ed. Hammurabi, Bs. As., 1994 pag.95

²⁷ VÁZQUEZ VIALARD, Antonio "Derecho ..." ob. Cit. Pag. 488.

3.5 Aplicación normativa en derecho común: Ley de Contrato de Trabajo.

Sin duda, la legislación común en Derecho Laboral, y por ende la Ley de Contrato de Trabajo, debe tender a proteger al trabajador, asegurarle el pleno goce de los derechos constitucionales enunciados, evitar posibles abusos por parte del empleador, paliar situaciones en las que pueda producirse una situación de injusticia.

Uno de los objetivos de la ley debe ser preservar el vínculo laboral, protegiendo de este modo el derecho fundamental a trabajar.

Su consagración surge claramente de la presentación del contrato de trabajo como contrato de tiempo indeterminado (art. 10), así como de las consecuencias que la ley impone a las partes, según quien dé por finalizada la relación. Las limitadas causas que puede alegar el empleador a fin de dar por terminada la relación que justifiquen o legitimen su actuar, radican en inconductas por parte del trabajador y en mucho menor medida en situaciones de crisis ajenas que, si bien no la justifican, disminuyen los montos indemnizatorios.

Por el contrario, el trabajador puede finalizar la relación contractual sin necesidad de alegar causa alguna, sin deber ninguna indemnización ante una renuncia sin causa.

La única obligación común o espejada está en preavisar, con la consiguiente indemnización dineraria en caso de incumplimiento.

Este principio de conservación del contrato de trabajo, con la consiguiente estabilidad en el empleo, prevista específicamente en los artículos 10 y 90 de la LCT, ha sido vista como *“uno de los medios que utiliza la política social para obtener la seguridad económica del trabajador y su integración dentro de la empresa”*²⁸

En similar sentido, precisando la recepción normativa de la estabilidad en el empleo se ha expresado que *“la regla del art. 10 debe relacionarse con el*

²⁸ SARDEGNA, Miguel A. “Ley de contrato de trabajo, ...” ob. cit pag.45.

art. 90 según el cual el contrato se entiende que en principio se celebra por tiempo indeterminado y con el artículo 242, que sólo admite la disolución del contrato en los casos en que exista injuria que por su gravedad no consienta la prosecución de la relación”²⁹

Así, la cualidad de tiempo indeterminado que la ley imprime al contrato de trabajo, resulta ser el modo de ejemplificar uno de los principios característicos del Derecho Laboral, cual es la estabilidad.

3.5.1 La indemnización laboral: art. 245 LCT

Corresponde analizar las consecuencias que acarrea la ruptura anticipada del contrato de trabajo. El artículo 245 LCT prevé, ante un despido incausado, una indemnización tarifada a favor del trabajador, calculada en función de la remuneración de éste y los años de antigüedad en el empleo, con topes máximos y mínimos.

De este modo, la norma regula la “protección contra el despido arbitrario”, a través de un modelo de estabilidad relativa impropia³⁰.

La obligación de mantener la vigencia de la relación se “sustituye por el pago de una indemnización por despido”³¹

Se ha invocado como fundamento de la indemnización, ante el distracto unilateral de la relación laboral por parte del empleador, su carácter asistencial o de seguridad social, a fin de paliar las consecuencias de la pérdida del empleo³² (con los consiguientes perjuicios de orden económico - falta de ingresos-, moral y psíquico que acarrea).

²⁹ FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos y CAUBET, Amanda B. “Leyes Fundamentales del Trabajo”. Ed. Pulsar, Bs. As. Comentario al artículo 10.

³⁰ MARTORELL, Ernesto “Indemnización del daño moral ...” ob. Cit, pag. 101, citando a Vázquez Vialard, Antonio; Goyena y Krotoschin.

³¹ SARDEGNA, Miguela. “Ley de contrato de trabajo ...” ob. cit pag.614

³² VÁZQUEZ VIALARD, Antonio “Derecho del ...” ob. Cit.

Así, la indemnización tarifada puede verse como la repuesta encontrada por la sociedad para evitar la desocupación de los trabajadores, y armonizar este último supuesto con la facultad que necesitaban los empleadores, en aras de la organización y dinámica empresaria, de resolver los contratos de trabajo por tiempo indeterminado, sin sufrir las consecuencias del "régimen de responsabilidad civil" instrumentado por la rama madre del derecho. De este modo, se lograba una indemnización "tarifada, mínima, segura y común", que atendía más al problema social que al individual³³.

Esto presenta a la indemnización como una herramienta de política social que tiende a paliar la indeseada situación de desempleo.

Sin embargo, no cabe olvidar la perspectiva individual y es importante rescatar la necesaria noción de reparación del daño sufrido por el trabajador que lleva ínsita la indemnización ante el despido³⁴, al menos, en los términos que se desarrollan en los siguientes capítulos en relación con estos daños.

3.5.2 ¿Quién carga con la "protección contra el despido arbitrario"?

Corresponde precisar cuál es el significado de "arbitrario", para luego pasar a revisar quién debería cargar con el deber de responder.

Pues bien, aquel vocablo es definido por la Real Academia Española como el "*que procede con arbitrariedad*" y esta última lo es en el sentido de "*acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho*".

Siguiendo el orden de la definición transcripta, en cuanto a la contradicción con la justicia y la razón, cabe tener en cuenta la posible incidencia de otros derechos de igual jerarquía normativa que impiden afirmar categóricamente

³³ conf. MARTORELL, Ernesto E. Citando a Isola, "Indemnización del daño moral por despido", Ed. Hamurabi, Bs. As., 1994, pag. 116.

³⁴ Se opta por esta postura, sin olvidar que existen distintas posturas en torno a la naturaleza jurídica de la indemnización. Ver MARTORELL, Ernesto E. "Indemnización del daño moral por despido", ob. Cit. Pag. 110 y sgtes.

que extinguir un contrato laboral es necesariamente un acto contrario a la justicia o la razón.

En cuanto a la violación de las leyes, no parece existir una prohibición normativa a la extinción anticipada del contrato de trabajo, de lo contrario se habría optado por un sistema de estabilidad absoluta.

Es sobre el último punto de la definición que quizá vale la pena realizar mayores consideraciones, en relación con la voluntad o capricho.

El art. 242 LCT, relativo a la justa causa hace referencia largamente a la estabilidad y hace hincapié en el hecho de que la injuria, para constituirse en tal, debe hacer imposible la prosecución de la relación contractual, permitiendo de este modo al empleador despedir a su empleado sin derecho por parte de éste a la indemnización, en un caso, o asistiendo al trabajador el derecho a darse por despedido debido a la conducta de su empleador, supuesto de despido indirecto³⁵. Vale decir que, a contrario sensu, cualquier situación que no represente una injuria que haga imposible la prosecución de la relación laboral no significa justa causa.

De este modo, la LCT, al reglamentar la protección constitucional contra el despido arbitrario, lo hace de un modo amplio, en tanto el acto dictado por la sola voluntad del empleador es considerado arbitrario, y por ende da lugar a la indemnización por despido incausado.

Resta ahora analizar quién tiene a su cargo, quién carga, con el costo de esta protección.

La normativa laboral pone a cargo del empleador, salvo contadas excepciones³⁶, el pago de las sumas destinadas a paliar la situación de desempleo, para proteger al trabajador ante un despido arbitrario. Podría decirse que se trata de un supuesto de asistencia social ya que el beneficiario de la contribución (el trabajador que resulta despedido) no tiene que contribuir con el sistema.

³⁵ FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos y CAUBET, Amanda B. "Leyes Fundamentales del Trabajo".

La cuestión pasa por si, sólo por política social se puso a cargo del empleador el pago de la indemnización, o si existen también otras razones para ello.

El planteo está relacionado con el interrogante sobre si el despido injustificado, inmotivado, sin causa, o "arbitrario" -en términos constitucionales-, constituye un "ilícito"³⁷ y cuál es el alcance de ello, así como con los distintos presupuestos de la responsabilidad y la noción de indemnización. Tema que será retomado, una vez desarrollados brevemente varios conceptos del Derecho Privado.

3.6 Otros Derechos constitucionales

3.6.1 Libertad de contratar

Conviene recordar que el Derecho no es, -mejor, no debería ser- una ciencia que presente compartimentos estancos, sin comunicación entre ellos. Aparecen así en escena otros derechos, además de los sociales ya analizados, también de raigambre constitucional, como la Libertad, con su variante de libertad de contratar.

Desde la perspectiva del empleador, no es posible olvidar la existencia de estos derechos, la necesaria libertad que debe primar en las contrataciones, la importancia de proteger la libertad de ejercer el comercio y la industria, como motor económico fundamental de toda sociedad. Desde esta óptica, es necesario respetar el grado de autonomía que requiere el hombre en el desarrollo y ejercicio de estos derechos, lo que involucra entre otras, la

³⁶ P. ej el sistema de capitalización previsto en la Ley N° 22.250, aplicable a la industria de la construcción.

³⁷ La doctrina se encuentra dividida en torno a la concepción de ilícito. Ver KAPIRUK, Héctor H. "Nuevas reflexiones sobre la indemnización prevista en el artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo" Errepar-DEL-N° 161- ENERO/99- T. XIII, pag. 54 y sgtes.

libertad en la elección de sus empleados y la duración de la relación según sus necesidades.

Sin embargo, *"en el ámbito del Derecho Laboral, el constitucionalismo social ha aceptado muchos límites al arbitrio convencional. ... las oscilaciones nos muestran cuán variable es en la dinámica constitucional, la suerte de los contratos y cómo puede modificarse el principio de la libertad de contratar"*³⁸

No obstante, los límites que el Derecho Laboral ha impuesto a la libertad de contratar, en modo alguno desnaturalizan la calidad de Derecho Constitucional de la que ésta goza.

3.7 *¿Conflicto de derechos?*

De lo expuesto en el apartado anterior parecería surgir un aparente conflicto de derechos entre la libertad de contratar y los derechos sociales.

Tradicionalmente³⁹, para resolver los conflictos de derechos, existen dos métodos interpretativos, el de jerarquizar los mismos y el de balancearlos. El primero de ellos establece jerarquías o categorías previas rígidas entre los derechos. El segundo pondera los bienes jurídicos en crisis en función de las circunstancias del caso, determinando en el caso concreto cual pesa más.

Si bien el segundo de estos métodos es menos traumático que el primero, ambos sistemas son coincidentes en colocar a algún derecho en posición preferida.

Una primera aproximación al tema podría llevar a concluir que la cuestión entre el posible conflicto entre el derecho a la libertad de contratar y los derechos sociales, habría sido resuelta otorgando mayor jerarquía o preeminencia, apriorísticamente, a estos últimos sobre la libertad individual.

³⁸ BIDART CAMPOS, Germán "Derecho Constitucional ..." ob. Cit. pag. 292 y conc.

³⁹ Ver TOLLER, Fernando "Propuestas para un nuevo modelo de interpretación en la resolución de conflictos entre derechos constitucionales" en Anuario de Derecho (Universidad Austral) Ed. Abeledo Perrot, Vol. 4, Bs. As., 1998, pags. 225-252.

Sin embargo, corresponde resaltar que en ciertos casos la Corte Suprema de Justicia de la Nación, priorizó la libertad de "gestión de empresa" sobre la estabilidad relativa propia⁴⁰.

En uno u otro supuesto, lo que está en juego es la necesaria puja entre ambos derechos, de la cual uno debe salir airoso y el otro relegado.

Sin embargo, no hay razón para concluir que ese haya sido el espíritu de la Constitución Nacional y mucho menos que resulte el único o mejor modo interpretativo.

3.7.1 Una interpretación armonizadora

En aras de superar la tradicional dicotomía entre los derechos constitucionales, es posible encarar la cuestión, a través del principio que Bidart Campos denomina de razonabilidad, compatible con lo que Toller, siguiendo la doctrina alemana, designa como un método de resolución a través del contenido esencial y finalidad de los derechos⁴¹.

Este modo de encarar el conflicto, excluye un análisis abstracto a priori de los derechos, y busca compatibilizar los mismos, precisamente mirando hacia la finalidad y ejercicio funcional de cada derecho, evitando que ninguno se vea totalmente frustrado.

Será el Poder Legislativo, a través del dictado de las normas, quien deba, en primer término, velar por la compatibilidad de los derechos constitucionales, cuidando de permitir el desarrollo de todos los que resulten constitucionalmente protegidos. La intervención del Parlamento resulta fundamental, debido a la representación de la sociedad que ejerce, lo que lleva a que sea este órgano el que decida, en aras de la protección de los derechos sociales, los sacrificios y concesiones que se exigen sobre cada

⁴⁰ "De Luca, José c/ Banco Francés" DT 1967-159 y "Figuerola, Oscar F. c/ Loma Negra CIA S.A.A s/ cobro de pesos" (4/sep/1984)

⁴¹ TOLLER, Fernando "Propuestas para ..." ob. Cit. Pag 234 y ss.

derecho absoluto, en función de la idea de transacción⁴² o armonización, a través del necesario equilibrio o racionalidad que debe imperar en sus decisiones.

Luego, será tarea del Poder Judicial, como último intérprete de la Constitución y máximo protector de los derechos fundamentales, verificar y controlar la razonabilidad de las normas dictadas, que no afecten derechos constitucionales, ahora sí en el caso concreto⁴³.

3.8 Acerca de la discutida constitucionalidad del artículo 245 de la LCT

Retomando la cuestión constitucional, es indudable que el trabajo es un Derecho básico del hombre, y como tal merece fundamental protección. También parece claro que, un modo de concretar esta protección es preservando al trabajador del goce de su categoría de tal, tendiendo a evitar el desempleo. Pues bien, la LCT, a través de los arts. 10 y 245, considera la relación de trabajo como de tiempo indeterminado.

Por su parte, el art. 245 LCT establece un sistema de estabilidad relativa impropia, lo que resulta razonable ante un sistema jurídico que también reconoce la libertad de empresa⁴⁴.

De este modo, el empleador que, sin causa justificada, da por finalizada una relación laboral, debe abonar al trabajador una indemnización.

Sin embargo, la indemnización prevista por el art. 245 LCT, ante la tarifación que dispone, parece bastante alejada de la noción genérica de indemnización, ya que no considera la existencia de daños y perjuicios, su

⁴² EWALD, François. "Concepto de derecho social". Ob. Cit. Pag. 109

⁴³ Es de lamentar que, especialmente a la luz de la realidad, en muchas ocasiones no resulte posible reconocer ni en los legisladores, ni en los jueces la necesaria prudencia jurídica (parafraseando a Toller) que en ellos debería existir. Pero es tarea de los trabajos de investigación recurrir a las ideas básicas del ordenamiento jurídico para aportar un rayo de luz y esperanza en los momentos que se están viviendo.

⁴⁴ SUPLOT, Alain. "Crítica del Derecho del Trabajo". Ob. Cit. Pag. 104

quantum no guarda relación alguna con los daños efectivamente sufridos y no es posible predicar que puedan volverse las cosas al estado anterior, en tanto el sistema no prevé la incorporación compulsiva del trabajador.

Desde otra óptica, también aparecen algunas dificultades para considerar a la indemnización ante el despido incausado desde la perspectiva de sanción.

La idea de sanción lleva ínsita la necesidad de una conducta disvaliosa, contraria al ordenamiento jurídico, repudiada por éste. Así, entran a jugar los demás derechos constitucionales, cual es la libertad de contratar por parte del empleador, que se vio restringida. No parece lo mismo restringir ciertos derechos para propender al mejor desarrollo de otros, que considerar disvaliosa una conducta que la Constitución Nacional en otras circunstancias considera digna de protección.

Parece, prima facie, que el artículo 245 de la LCT que permite al empleador dar por finalizada una relación laboral, siendo ello eficaz, y al mismo tiempo protege al trabajador de la indeseada situación de desempleo, es un modo razonable de compatibilizar los derechos fundamentales en juego y, por lo tanto, la norma guarda coherencia con las disposiciones constitucionales.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido a favor de la constitucionalidad de la norma y ha destacado que *"... corresponde al legislador, en cumplimiento del deber constitucional del Estado de asegurar la protección del trabajador contra el despido arbitrario (art. 14 bis de la Constitución Nacional), establecer las bases jurídicas que reglamentan las relaciones de trabajo y las consecuencias que se derivan de la ruptura del contrato laboral ..."*⁴⁵

⁴⁵ CSJN, "Villarreal, Adolfo c/ Roemmers s/ cobro de salarios", 10/12/1997, (Fallos 202.XXXIII), considerando 5°

4 NOCIONES DE DERECHO PRIVADO

4.1 La Responsabilidad

El vocablo responsabilidad puede dar a entender variados conceptos, desde los no pertenecientes al ámbito jurídico, a los jurídicos.

La Real Academia Española define responsabilidad teniendo en cuenta varias nociones jurídicas, como: "*deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal. Cargo u obligación moral que resulta para uno del posible yerro en cosa o asunto determinado*". Ya en el ámbito específico del derecho la define como la "*capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente*".

También en sentido corriente, no científico jurídico, se definió a la responsabilidad como el respeto a la palabra dada, o situación económica holgada⁴⁶.

En lo jurídico propiamente dicho, existe una concepción amplia y una restringida.

Desde el primer punto de vista se considera como responsable a todo el que debe cumplir, así alcanza con identificar un deber y alguien que deba cumplirlo para hablar de responsable.

Un paso más adelante se encuentra la posibilidad de calificar como responsable al deudor que no ha cumplido, y está sujeto a las acciones del acreedor.

Se incluye en este tramo de la responsabilidad, la ejecución específica, -ya sea compeliendo al deudor a realizar el comportamiento debido e incumplido (ejecución forzada), o haciéndose procurar el bien objeto de la obligación por

⁴⁶ BOFFI BOGGERO, Luis M. "Tratado de las Obligaciones", Ed. Astrea, Bs. As., 1981, T. 5, pag. 374.

otro a costa del deudor (ejecución por un tercero)-, o bien, ingresando en el ámbito de satisfacción por equivalente, el reclamo de una indemnización.

En sentido estricto, se denomina responsable a quien, por no haber cumplido, se le reclama indemnización⁴⁷.

En estos últimos supuestos es necesaria la existencia de un deber previo, genérico o específico, incumplido.

Las últimas dos acepciones de responsabilidad llevan implícitas la idea de sanción, en cuanto se habla de responsabilidad recién cuando alguien ha incumplido un deber a su cargo.

El término responsabilidad en el presente trabajo se utiliza en su acepción estricta.

Ahora bien, además de la noción de sanción antedicha, la responsabilidad, al referirse a la indemnización, se conecta con la idea de reparación del perjuicio sufrido por alguien, resultando ello uno de sus rasgos distintivos.

4.2 Principios de la responsabilidad

Los principios son proposiciones básicas que sirven como reglas que permiten elaborar un sistema, y una vez elaborado éste sirven para juzgarlo e interpretarlo.

Los enunciados a continuación no pretenden agotar la lista, sino que son aquellos que pueden resultar de utilidad, como marco de reenvío al Derecho Civil en caso de resultar ello necesario.

4.2.1 Alterum non laedere-Pacta sunt servanda

⁴⁷ ALTERINI Atilio A., AMEAL, Oscar J., LÓPEZ CABANA, Roberto M., "Derecho de Obligaciones. Civiles y Comerciales", Ed. Abeledo Perrot, 1ª Ed., Bs. As, 1995. Pag. 143.

Uno de los tradicionales principios, que los romanos denominaban "neminem laedere", es el deber de no dañar a otro, que deriva de la relatividad de los derechos subjetivos, y garantiza la paz en la convivencia social.

*"El alterum non laedere es un principio general del derecho. Y éste carácter no se pierde por el hecho de que dicho principio esté formulado en la ley, o de que fluya del derecho positivo, y en ese último caso, sea que se lo induzca de unas normas particulares, bien se lo extraiga por deducción sistemática (principio dogmático)..."*⁴⁸.

Se ha considerado que este principio de no dañar a otros tiene jerarquía constitucional⁴⁹.

Del neminem laedere deriva otro principio que es el deber de mantener la palabra empeñada, de cumplir con la convención de las partes, que los romanos denominaban "pacta sunt servanda".⁵⁰

4.2.2 Mayor responsabilidad por dolo

Reviste particular interés el principio de agravación de la responsabilidad por dolo. Parece razonable considerar que no es igual la situación de quien culposamente produce un daño, cuya conducta puede ser considerada injusta, que quien perjudica a un tercero queriendo causar el mal o, al menos, obrando en forma deliberada de tal modo que normalmente se produzca ese daño⁵¹.

⁴⁸ BUERES, Alberto J. "El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta" en "Derecho de Daños". Ediciones La Rocca, Bs. As., 1989, Directores: Félix A. Trigo Represas y Rubén S. Stiglitz. Pag. 156

⁴⁹ GALDÓS, Jorge María. "Reparación y cuantificación del daño en la responsabilidad civil por actos lícitos" en "Cuantificación del Daño" Revista de Derecho de Daños. Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001. Pag. 165.

⁵⁰ BUERES, Alberto J. "El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta" en "Derecho de Daños". Ob cit. Pag. 150

⁵¹ ALTERINI Atilio A., AMEAL Oscar J. y LÓPEZ CABANA Roberto M., "Derecho de Obligaciones" ob. Cit. Pag. 149, citando a Aristóteles.

4.2.3 Imputabilidad subjetiva

Un clásico principio de la responsabilidad civil, que ha ido superándose en la actualidad es la imputabilidad subjetiva, que predica que no hay responsabilidad sin culpabilidad, siguiendo el tradicional sistema francés de "*pas de responsabilité sans faute*".

Dada la importancia de la evolución de la noción subjetiva de imputabilidad hacia la aceptación de un sistema de atribución objetivo, la cuestión merece un apartado especial, más adelante.

4.3 Deslinde de órbitas - Responsabilidad contractual y extracontractual.

Dentro de la responsabilidad civil, según su distinta génesis, se distingue la órbita contractual de la extracontractual o aquiliana. En el primer caso se está ante el incumplimiento de una obligación preexistente; en el segundo supuesto aparece la violación de un mero deber no obligacional.

Es indudable y precisa la diferencia en su origen y estructura, pero esto no implica, inexorablemente, la existencia de sistemas jurídicos diferentes. De hecho, los distintos proyectos de reforma al Cód. Civ.⁵², en coincidencia con la tendencia doctrinaria mayoritaria⁵³, proponen la unificación de regímenes.

⁵² Ver nota de Elevación del Proyecto de Código Civil de la comisión redactora. "Proyecto de Código Civil de la República Argentina. Unificado con el Código de Comercio". Editado por la Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad de Buenos Aires, Bs. As., 1999, pag.15 y sgtes.

⁵³ ver ALTERINI Atilio A. y LÓPEZ CABANA Roberto M. "Responsabilidad contractual y extracontractual: de la diversidad a la unidad" LL 1989-C 1186 citando a Arturo Acuña Anzorena, Luis M. Boffi Boggero, Pedro Cazeaux, Félix A. Trigo Represas, Jorge Bustamante Alsina, Enrique T. Bianchi, Juan C. Venini. YZQUIERDO TOLSADA Mariano "La unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual (Visión europea)" "Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al Prfesor Atilio A. Alterini". Ed. Abeledo Perrot, Bs.As., 1997, pags. 105/111. DE ÁNGEL YÁGÜEZ Ricardo. "Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil". Editorial Civitas. Madrid. 1995. Pag. 25 y sgtes.

Sin embargo, es preciso resaltar que nuestro Código Civil establece una tajante división entre uno y otro supuesto. Así, el art. 1107 Cód. Civ. impide el paso de una órbita a la otra, salvo en los casos en que el incumplimiento contractual implica a la vez un delito criminal.

De las múltiples diferencias que se han destacado entre ambas órbitas⁵⁴, las que parecen merecedoras de destacar son: la carga de la prueba de la culpa, la extensión del resarcimiento y el plazo de prescripción⁵⁵.

4.4 Presupuestos de la responsabilidad

Para que exista responsabilidad que dé lugar a indemnizar es necesario que concurren ciertos presupuestos. Éstos dan sostén al sistema y son los pilares para que proceda la indemnización.

⁵⁴ ver ALTERINI Atilio A. y LÓPEZ CABANA Roberto M. "Responsabilidad contractual y extracontractual: .." ob. cit. TRIGO REPRESAS Félix A. "Extensión de la responsabilidad por incumplimiento contractual" en "Revista de Derecho Privado y Comunitario. Responsabilidad Contractual I. N° 17" Dr. Alegría-Mosset Iturrape. Ed. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 1998. Pag. 11

⁵⁵ En relación con la carga de la prueba de la culpa, la regla general indica que en la órbita contractual la tiene el deudor, quien debe probar su ausencia de culpa para liberarse de responsabilidad, bastándole al acreedor probar la obligación preexistente y su incumplimiento.

Un detalle más preciso de la cuestión lleva a distinguir entre obligaciones de medio y de resultado, tema tratado más adelante.

Por su parte, la regla en la órbita extracontractual es que el acreedor deberá probar la culpa del deudor, salvo en los supuestos de intervención de cosas, En este último, si el daño es producido con intervención de la cosa se presume la culpa del deudor y si es causado por el riesgo o vicio de la cosa se prescinde de la noción de culpa, conforme lo dispuesto en el artículo 1113 del Cód. Civ.

Respecto a la extensión del resarcimiento, ésta es mayor en la órbita extracontractual, la que, puede incluso, en caso de dolo, abarcar las consecuencias casuales si éstas habían sido tenidas en mira por el autor del hecho.

En relación con el plazo de prescripción en el ámbito extracontractual rige el plazo genérico de dos años (art. 4037 Cód. Civ.), y en el contractual el de diez (art. 4023 Cód. Civ.), sin perjuicio de los plazos especiales que para cada contrato se establezcan.

Si bien existen diferencias doctrinarias sobre cuáles son estos presupuestos⁵⁶, sin entrar en un detalle pormenorizado que se realizará más adelante, es posible considerar que éstos son⁵⁷: 1) la antijuridicidad o incumplimiento objetivo; 2) un factor de atribución; 3) el daño, y; 4) una relación de causalidad jurídicamente relevante.

4.5 Evolución de la responsabilidad civil.

Como expresara el profesor peruano Fernández Sessarego "... *El derecho, como ciencia social, está siempre en constante cambio, en continuos replanteamientos, de conformidad con los vaivenes de la vida colectiva. El derecho no se halla en el "congelador" desde que él no se reduce a las normas que integran un determinado ordenamiento jurídico positivo. Las normas son el resultado de la primaria valoración axiológica de la vida humana social...*"⁵⁸

Precisamente los cambios en la sociedad, especialmente los operados en la Era Industrial, -de los que mayormente se hizo cargo el Derecho Laboral- y en la Era Tecnológica, llevaron a modificar el concepto de responsabilidad civil de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización⁵⁹. El eje

⁵⁶ ver un esquema de las distintas posturas en VÁZQUEZ FERREYRA Roberto, "Responsabilidad por daños", Ed. Depalma, Bs. As., 1993, pag. 101 y sgtes.

⁵⁷ En coincidencia con VÁZQUEZ FERREYRA Roberto, "Responsabilidad por daños" ob. Cit. pag. 111. ALTERINI Atilio A., AMEAL Oscar J. y LÓPEZ CABANA Roberto M., "Derecho de Obligaciones", ob. Cit. pag. 158. MARTORELL Ernesto E., "Indemnización del daño moral por despido" ob. Cit. pag. 48.

⁵⁸ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. "La "antijuridicidad" como problema" en "Obligaciones y Contratos en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor doctor Roberto M. López Cabana". Director Oscar J. Ameal, Coordinadora Silvia Y. Tanzi. Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2001. Pag. 149

⁵⁹ ALTERINI Atilio A., LÓPEZ CABANA Roberto M., "Temas de Responsabilidad Civil" Co-Ed. Ciudad Argentina y Departamento de Publicaciones Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Buenos Aires, Bs. As., 1995, pag. 13

fue desplazado del análisis del sujeto responsable al objeto de la responsabilidad: la reparación de los daños⁶⁰.

Consecuencia de esta moderna tendencia de enjuagar el daño injustamente, sufrido con independencia del actuar de quien lo haya causado, son las ideas solidaristas.

Como ejemplos relevantes de la evolución planteada en torno a la protección de la parte débil de la relación, la recepción de los factores objetivos de atribución y la tendencia a resarcir el daño injustamente sufrido y no concentrada en la búsqueda de culpables, se destacan las Leyes de Defensa del Consumidor, N° 24240, especialmente a la luz de la incorporación del artículo 40, originariamente vetado, por la Ley N° 24.999 y la Ley sobre Actos Discriminatorios N° 23592.

Así, se emancipa el régimen de responder del régimen de la ilicitud⁶¹, perdiendo parcialmente interés la idea de sanción, la necesidad del reproche.

Se han considerado como puntos relevantes de esta evolución⁶², entre otros, la unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual (tema ya abordado), la dilución del requisito de antijuridicidad, la revisión del papel de la teoría de la culpabilidad, la recepción de la responsabilidad objetiva y la protección del derecho a la indemnización.

4.6 Antijuridicidad

La antijuridicidad es un concepto objetivo que implica contrariedad al ordenamiento jurídico, entendido éste en su totalidad. Este presupuesto también denominado incumplimiento objetivo o material, reviste especial

⁶⁰ LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. "La evolución de la responsabilidad civil de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización" Publicado en "Revue trimestrielle de Droit Civil", Paris, 1987. Traducido por Eliana A. Núñez.

⁶¹ LÓPEZ OLACIREGUI José M.. "Esencia y fundamento de la responsabilidad civil" Responsabilidad civil y seguros. Ed. La Ley, Bs. As., 1999. Pag. 173

⁶² ALTERINI Atilio A., LÓPEZ CABANA Roberto M., "Temas de Responsabilidad Civil" ob. Cit. Pag. 13 y sgtes.

interés, en tanto entraña una observación previa y primaria del acto, ajena a toda consideración de la voluntariedad y culpabilidad del agente⁶³.

Desde un punto de vista axiológico finalista se ha expresado que *"lo antijurídico se da cuando una conducta violatoria del ordenamiento jurídico no encuentra en él o en su contexto valorativo una causa de justificación"*⁶⁴.

Es decir que, ante la contrariedad con el ordenamiento jurídico, sólo se excluirá la antijuridicidad si se acredita la existencia de una causal de justificación, resultando intrascendente la culpabilidad o subjetividad del autor de la conducta objetable.

Ahora bien, el hecho de que exista una justificación que excluya este presupuesto no implica que automáticamente desaparezca el daño acaecido, en tanto éste se refiere a una realidad fáctica que no puede diluirse por el sólo hecho de existir una justificación en la conducta que lo ocasionara, *"y aun en este supuesto puede existir daño resarcible o irresarcible"*⁶⁵.

El traslado del eje de la responsabilidad civil hacia la protección del daño injustamente sufrido ha llevado, como ya se expresara, a colocar en jaque al análisis de la ilicitud de la conducta. Por esto, ha sido replanteada la noción tradicional de antijuridicidad como sinónimo de ilícito o prohibido⁶⁶, e incluso se ha puesto en duda la necesidad de la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad⁶⁷.

⁶³ ALTERINI A. A., AMEAL O. J., LÓPEZ CABANA R. M., "Derecho de Obligaciones", ob. Cit. pag. 159. Alberto J. Bueres, "El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta" en Derecho de Daños" ob. Cit. Pag. 151.

⁶⁴ GHERSI Carlos, "Teoría general de ..." ob. Cit. Pag. 98.

⁶⁵ BUERES Alberto J.. "El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta" en "Derecho de Daños" ob. Cit. Pag. 168.

⁶⁶ Es éste uno de los temas más discutidos modernamente por la doctrina, cuyo exhaustivo estudio excede el objeto del presente. Ver BUERES Alberto J.. "El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta" en "Derecho de Daños" ob. Cit. GALDÓS Jorge M. "Reparación y cuantificación ..." en "Cuantificación del daño" ob. Cit. FERNÁNDEZ SESSAREGO Carlos "La "antijuridicidad" como problema" en "Obligaciones y Contratos en los albores ..." ob. Cit. PARDO Alberto Juan "La antijuridicidad civil como elemento del hecho ilícito" en "Obligaciones y Contratos en los albores ..." ob. Cit. LÓPEZ OLACIREGUI José M. "Esencia y Fundamento ..." ob. Cit.

⁶⁷ Ver especialmente DE LORENZO Miguel F. "El daño injusto en la responsabilidad civil", Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1996.

Vale decir que, desde esta perspectiva que hace pivotear los presupuestos de la reparación en la existencia de daño jurídico, la importancia de la ilicitud se relativiza, debiendo éste ser reparado aún siendo consecuencia de actos lícitos, o directamente reelaborando el fenómeno resarcitorio a partir de la prescindencia de la antijuridicidad⁶⁸ como presupuesto de la responsabilidad. Por ello, si bien no es de descartar la relevancia que la cuestión tiene, (p.ej al analizar si se dan los requisitos para que exista legítima defensa, o considerar la ilicitud de la conducta de un menor de 10 años o un demente⁶⁹), no resulta prioritaria la discusión sobre la licitud o ilicitud de la conducta a la hora de indemnizar a la víctima del daño.

4.7 Factores de atribución

El factor de atribución como presupuesto de responsabilidad implica la búsqueda de una razón suficiente para asignar el deber de reparar⁷⁰, la necesidad de encontrar algún fundamento que justifique imponer al sujeto el deber de indemnizar⁷¹.

Este presupuesto es generalmente denominado en plural, como factores de atribución, ya que existen diversas razones o fundamentos para asignar el deber de reparar, lo que lleva a distinguir entre factores subjetivos (culpabilidad) y objetivos.

4.7.1 Factores subjetivos

⁶⁸ DE LORENZO Miguel F. "El daño injusto en la responsabilidad civil". Ob. Cit. Pag. 22 y sgtes.

⁶⁹ ALTERINI A. A., AMEAL O. J., LÓPEZ CABANA R. M., "Derecho de Obligaciones", ob. Cit. pag. 161

⁷⁰ ALTERINI A. A., AMEAL O. J., LÓPEZ CABANA R. M., "Derecho de Obligaciones", ob. Cit. pag. 158.

⁷¹ VÁZQUEZ FERREYRA, "Responsabilidad por daños" ob. Cit. pag. 114.

El factor subjetivo está basado en la culpabilidad en sentido genérico, incluyendo culpa y dolo.

La conducta culpable presupone una actitud voluntaria del sujeto, cuya conducta es contraria a la que impone el Derecho.

En este caso está presente la idea de reproche, que "... *entraña la posibilidad de conciencia de la antijuridicidad ...*"⁷².

4.7.1.1 Culpa

La culpa ha sido magníficamente definida por Vélez Sarsfield en el artículo 512 del Cód. Civ. al decir que la misma "... *consiste en la omisión de aquellas diligencia que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar*".

Si bien el artículo parcialmente transcrito comienza expresando "*la culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación*", por lo que parecería referirse exclusivamente al ámbito contractual, existe consenso en considerar aplicable dicha noción de culpa al campo extracontractual.

Nuestro Derecho recepta un criterio de apreciación de culpa en concreto⁷³, descartando que la misma "*pueda ser clasificada por datos abstractos y por una medida invariable y absoluta*"⁷⁴, alejándose de la graduación de culpas propia del Derecho Romano.

Sin embargo, en varias normas del propio Cód. Civ. asoma el concepto de culpa in abstracto, p.ej. en los arts. 902, cuando existe un mayor deber de

⁷² BOFFI BOGGERO Luis M.. "Tratado de las obligaciones". T. 2. Ob. Cit. Nota 103. Pag. 114.

⁷³ BOFFI BOGGERO Luis M.. "Tratado de las obligaciones". T. 2. Ob. Cit. Pag. 199. ALTERINI A. A., AMEAL O. J., LÓPEZ CABANA R. M., "Derecho de Obligaciones", ob. Cit. pag. 184/5. LLAMBÍAS, Jorge Joaquín "Tratado de Derecho Civil - Obligaciones". Tomo I. Ed. Perrot, Bs As., 5ª Edición Actualizada, 1994, pag.195.-

⁷⁴ nota al art. 512 Cód. Civ.

obrar con prudencia, o en el 909 ante supuestos de confianza especial entre las partes⁷⁵. Por su parte el art. 2202, referido al depósito y el art. 2291, referido a la gestión de negocios toman en cuenta la culpa leve en concreto. Asimismo debe reconocerse que el juez siempre compara la conducta concreta con la diligencia debida⁷⁶.

Por otra parte, la culpa grave es aplicable a la responsabilidad del tutor y del curador (arts. 461 y 475 Cód. Civ.), en materia de seguros para excluir el derecho del asegurado o del beneficiario a la indemnización y fue aplicada también por la Ley N° 24.028⁷⁷ y, la culpa leve en abstracto aparece en el art. 59 de la Ley de Sociedades que impone a sus administradores y representantes "obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios".

4.7.1.2 Dolo⁷⁸

El Cód. Civ. en su artículo 1072, define al delito civil como el hecho ilícito cometido "a *sabiendas y con intención de dañar*".

Sin duda este artículo define el dolo en materia extracontractual, quedó a cargo de la doctrina definir el dolo contractual o dolo obligacional. Mayoritariamente se entiende que, en este caso, resulta suficiente la intención deliberada del deudor de no cumplir, pudiendo hacerlo⁷⁹, sin necesidad del requisito de "intención de dañar".

⁷⁵ BOFFI BOGGERO Luis M.. "Tratado de las obligaciones". T. 2. Ob. Cit. Pag. 201

⁷⁶ BOFFI BOGGERO Luis M.. "Tratado de las obligaciones". T. 2. Ob. Cit. Pag. 201, coincidiendo con Mosset Iturraspe.

⁷⁷ ALTERINI A. A., AMEAL O. J., LÓPEZ CABANA R. M., "Derecho de Obligaciones", ob. Cit. pag. 185

⁷⁸ Existen acepciones del vocablo dolo ajenas a los factores de atribución, como la referida al dolo como vicio de la voluntad, prevista en el art. 931 del Cód. Civ. como "... toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero ...".

⁷⁹ ALTERINI A. A., AMEAL O. J., LÓPEZ CABANA R. M., "Derecho de Obligaciones", ob. Cit. pag. pag. 194/5. LLAMBIÁS Jorge J. "Tratado de Derecho Civil - Obligaciones". Tomo I, pags. 181/182

4.7.1.3 Dispensa de la culpa y el dolo

Según la Real Academia Española, dispensa significa "*privilegio, excepción graciosa de lo ordenado por las leyes generales*". En este sentido, la dispensa de estos dos factores de atribución se refiere a la exclusión del deber de indemnizar ante la existencia de uno de ellos. En ambos casos, se trata de la dispensa anticipada del deber de responder y no de una posterior renuncia al ejercicio de las acciones indemnizatorias.

El artículo 507 del Cód. Civ. expresa que "*el dolo del deudor no podrá ser dispensado al contraerse la obligación*". Los fundamentos⁸⁰ de esta prohibición radican en la importancia del respeto de la palabra empeñada, cuya violación dolosa, sin que ello acarree consecuencias, implicaría una desnaturalización del vínculo obligacional, asimilable a una condición puramente potestativa, prohibida por el art. 542 Cód. Civ., así como una conducta contraria a la moral y las buenas costumbres (art. 953 Cód. Civ.) y a la buena fe (art. 1198 Cód. Civ.).

Si bien el Cód. Civ. nada prevé en relación con la dispensa de la culpa, se ha entendido que no resulta válida la dispensa total, basándose en similares fundamentos que los expresados en cuanto a la dispensa del dolo. Sí resultaría válida la dispensa parcial de la culpa, dentro del margen de la autonomía de la voluntad, siempre que ello no encubra una dispensa total de la culpa⁸¹.

⁸⁰ ALTERINI A. A., AMEAL O. J., LÓPEZ CABANA R. M., "Derecho de Obligaciones", ob. Cit. pag. pag. 189. GHERSI Carlos A. "Teoría general de la reparación de daños" ob cit. Pag. 139. BOFFI BOGGERO Luis M. "Tratado de las obligaciones". Ed. Astrea, Bs. As., 1973, T. 2, pag. 189.

⁸¹ ALTERINI A. A., AMEAL O. J., LÓPEZ CABANA R. M., "Derecho de Obligaciones", ob. Cit. pag. pag. 189. LLAMBÍAS Jorge J. Tratado de Derecho Civil - Obligaciones". Tomo I, ob.cit Pag. 214

4.7.2 Factores objetivos

Los factores objetivos de atribución surgen "*cuando la justicia conmutativa de la responsabilidad es impotente para reparar la fatalidad de la desgracia*"⁸².

Ante la evolución del maquinismo y el industrialismo, aumentó notoriamente el índice de dañosidad. Los cánones tradicionales fueron insuficientes para reparar los daños acaecidos, en tanto éstos resultaban cada vez más independientes de la conducta del hombre. La diligencia de éste, y su consiguiente culpabilidad si ésta faltaba, eran absolutamente ajenas a la causación de los daños. De este modo, con criterio solidarista, la responsabilidad objetiva viene a facilitar el acceso a una reparación ante un daño injustamente sufrido, con prescindencia de la subjetividad del agente que lo causa⁸³. Se pasa de la noción de culpabilidad a la de causalidad⁸⁴, resultando significativo y tipificante en los factores objetivos de atribución, la imposibilidad de liberarse de responsabilidad probando la ausencia de culpa.

En ciertos casos, no sólo se prescinde de la culpabilidad, sino del requisito de antijuridicidad. Vale decir que, en varias ocasiones, la actividad o hecho antecedente del daño se encuentra realizada dentro del marco del derecho y, sin embargo, por el hecho de causar daños injustos, el autor debe indemnizar a la víctima, aún cuando no ha existido quebrantamiento alguno con el ordenamiento jurídico. Dentro de estos supuestos se incluyen, pero no en forma exclusiva, las conductas amparadas por una causal de justificación.

⁸² ALTERINI A. A., AMEAL O. J., LÓPEZ CABANA R. M., "Derecho de Obligaciones", ob. Cit. pag. 181 citando a Yvonne Lambert-Faivre.

⁸³ Ver GHERSI Carlos A. "Teoría general de la reparación de daños" ob cit. Pag. 141 y sgtes. AGOGLIA María M., BORAGINA Juan C., MEZA Jorge A.. "Responsabilidad por incumplimiento contractual" Dir. BUERES Alberto J.. Ed. Hammurabi, Bs. As., 1993, Pag. 121 y sgtes.

⁸⁴ ALTERINI A. A., AMEAL O. J., LÓPEZ CABANA R. M., "Derecho de Obligaciones", ob. Cit. pag. 181.

Existe consenso doctrinario que los factores objetivos de responsabilidad se presentan tanto en la órbita contractual como extracontractual⁸⁵.

Los distintos factores objetivos de atribución se abrieron paso en nuestra legislación, -originariamente de corte netamente subjetivo-, fundamentalmente en normas especiales, y en modificaciones y reinterpretaciones de varias disposiciones del Cód. Civ.

La teoría del riesgo, tal vez el más importante factor objetivo de atribución - al menos cuantitativamente-, fue recogida por el Código de Minería, el Código Aeronáutico y, posteriormente, por la modificación del art. 1113 C.C. por la Ley N° 17.711.

Sin duda, el Derecho Laboral cumplió un rol importantísimo en la recepción de los factores objetivos de atribución. El Derecho del Trabajo surgió para imponer seguridad en el trabajo, con el consiguiente "*desarrollo extraordinario de una responsabilidad civil "objetiva", es decir fundada en la idea de riesgo, y no en la de falta*"⁸⁶

Así, la Ley de Accidentes de Trabajo N° 9688, del año 1915, impedía la liberación del principal por los accidentes sufridos por sus dependientes aunque probara su ausencia de culpa. Las posteriores modificaciones en la materia mantuvieron el carácter objetivo de la responsabilidad.

En similar sentido parece ubicarse la Ley de Contrato de Trabajo que, en materia de despido incausado, limita taxativamente la eximición de responsabilidad a la existencia de una justa causa, no resultando suficiente la ausencia de culpa.

⁸⁵ ALTERINI A. A., AMEAL O. J., LÓPEZ CABANA R. M., "Derecho de Obligaciones", ob. Cit. pag. 200, 788 y conc. AGOGLIA María M., BORAGINA Juan C., MEZA Jorge A. "Responsabilidad por incumplimiento contractual". Ob. Cit. Cap. IV. BOFFI BOGGERO Luis M.. "Tratado de las obligaciones". T. 2. Ob. Cit. Pag. 212

⁸⁶ SUPIOT, Alain "Crítica del Derecho del Trabajo". Ob. Cit. Pag. 92.

4.7.2.1 Supuestos de factores objetivos de atribución⁸⁷: Seguridad, Indemnidad y Garantía

Estos tres factores objetivos pueden ser considerados como autónomos e independientes, pueden también agruparse bajo un mismo concepto o pueden resultar distinguibles en un grado de género a especie o por simples matices del lenguaje.

Desde esta última perspectiva, se engloba en una misma noción a seguridad e indemnidad y la noción de garantía es considerada como una especie dentro del género.

La seguridad implica el compromiso de los cocontratantes a mantenerse sanos y salvos, ya sea en su persona o en sus bienes, durante la vigencia del contrato, así como al momento de su extinción⁸⁸.

Este compromiso de indemnidad resulta independiente de la conducta del agente, debiendo responder el autor, ante el daño que produzca, salvo que pruebe la ruptura del nexo causal⁸⁹.

Se discute si es posible aplicar el factor de atribución seguridad a supuestos de responsabilidad extracontractual⁹⁰.

⁸⁷ Sólo son analizados aquellos que resulten de utilidad a los fines del presente trabajo. Por ello, pese a la relevancia que reviste, no se analiza la teoría del riesgo, que pone el deber de reparar a cargo de quien obtiene ventajas de la realización de cierta actividad o utilización de cierta cosa (Riesgo provecho) o, de quien, simplemente, introduce en la sociedad un elemento con aptitud de para dañar, aumentando la potencialidad de que ello ocurra. (Riesgo creado).

⁸⁸ ver GHERSI Carlos A., siguiendo a VÁZQUEZ FERREYRA, "Teoría general de la reparación de daños" ob. Cit. Pag. 206 y conc. ALTERINI A. A., AMEAL O. J., LÓPEZ CABANA R. M., "Derecho de Obligaciones", ob. cit, pag. 784, 788 y conc.

⁸⁹ GHERSI Carlos A., "Teoría general de la reparación de daños" ob. Cit., para los supuestos de la relación jurídica contractual (laboral, de transporte de pasajeros o de mercaderías) o de consumo (productos medicinales) Pag. 206 y conc. ALTERINI A. A., AMEAL O. J., LÓPEZ CABANA R. M., "Derecho de Obligaciones", ob. cit, para responsabilidad de las clínicas, pag. 784, para responsabilidad derivada del contrato de transporte, pag. 788, etc. AGOGLIA María M., BORAGINA Juan C., MEZA Jorge A. "Responsabilidad por incumplimiento contractual". Ob. Cit. Pag. 188 y sgtes.

⁹⁰ GHERSI Carlos A., "Teoría general de la reparación de daños" ob. Cit., se expresa en modo afirmativo. Pag. 206 y conc. Negativamente se expiden AGOGLIA María M., BORAGINA Juan C., MEZA Jorge A. "Responsabilidad por incumplimiento contractual". Ob. Cit. Pag.162.

Por su parte, la noción de garantía implica que es posible *"que corresponda reparar un daño sobrevenido por caso fortuito"*⁹¹. Como se ve, en este supuesto, la eximición de responsabilidad resulta más dificultosa para el agente dañador, en tanto no es suficiente la ruptura genérica del nexo causal. Dentro de la noción de garantía es posible verificar situaciones propias del ámbito contractual como la garantía de evicción y vicios redhibitorios y de la órbita extracontractual como la responsabilidad del principal por los hechos de sus dependientes.

4.7.2.2 Abuso del derecho.

El art. 1071 Cód. Civ. (reformado por la Ley N° 17711) considera ejercicio abusivo de los derechos *"al que contraríe los fines que aquella -la ley- tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres"*.

El ejercicio abusivo puede ser calificado como acto ilícito diferente del ilícito típico⁹² en tanto la transgresión al ordenamiento jurídico es solapada, *"disimulada por una apariencia de licitud, la conducta abusiva se muestra fenomenológicamente como normal, acorde con lo dispuesto por el sistema"*⁹³. La génesis del acto abusivo se encuentra en una conducta inicialmente lícita⁹⁴, de lo contrario se estaría directamente ante un acto ilícito típico y no abusivo.

La razón de considerar al abuso del derecho como un factor objetivo de atribución radica en adoptar un criterio finalista para determinar la regularidad en el ejercicio de un derecho, prescindiendo de toda referencia a

⁹¹ ALTERINI A. A., AMEAL O. J., LÓPEZ CABANA R. M., "Derecho de Obligaciones", ob. cit, pag. 200.

⁹² ALTERINI A. A., AMEAL O. J., LÓPEZ CABANA R. M., "Derecho de Obligaciones", ob. cit, pag. 207.

⁹³ MARTORELL, Ernesto "Indemnización del daño moral por despido" ob. Cit. Pag. 88

⁹⁴ GHERSI, Carlos A. "Teoría general de la reparación de daños" ob. Cit. Pag. 198

la subjetividad del sujeto actuante⁹⁵, resultando inútil la prueba de haber obrado sin culpa⁹⁶.

4.7.2.3 Criterios económicos.

Desde una concepción económica, se critican las posturas que consideran la incorrección de las acciones, como la razón para obligar a compensar los daños causados a bienes de terceros sin su consentimiento. Estas teorías que pueden agruparse bajo el rótulo de concepción retributiva, ya sea que se tome en cuenta la reprochabilidad moral del autor, o tomando un parámetro objetivo, son pasibles de crítica, desde la perspectiva economicista, por el *"... retraso y la incertidumbre de la indemnización ..."* lo que *"obstaculiza la rehabilitación de las víctimas e incrementa notablemente los costes secundarios de los accidentes"*⁹⁷, además de resultar *"un sistema excesivamente costoso y que no produciría el fraccionamiento de las pérdidas"*⁹⁸.

En general, las concepciones economicistas están relacionadas con la eficiencia en la asignación de los recursos, que implica una relación entre los beneficios y sus costes⁹⁹.

Calabresi hace una distinción entre costos primarios (que equivaldrían a los daños tal como los conocemos), secundarios (sería mejor que el daño sea distribuido entre varios que, que recaiga en cabeza de una sola persona) y

⁹⁵ GHERSI Carlos A. "Teoría general de la reparación de daños" Ob. Cit. pag. 197

⁹⁶ ALTERINI A. A., AMEAL O. J., LÓPEZ CABANA R. M., "Derecho de Obligaciones", ob. cit, pag. 207

⁹⁷ CALABRESI Guido, "El coste de los accidentes", Ed. Ariel, Barcelona, 1984, pag. 58.

⁹⁸ CALABRESI, Guido "El coste de los accidentes". ob. cit. pag.243.

⁹⁹ ALTERINI A. A., AMEAL O. J., LÓPEZ CABANA R. M., "Derecho de Obligaciones", ob. cit, pag. 211. LORENZETTI Ricardo L., "La responsabilidad por daños y los accidentes de trabajo" Bs. As.1993, Pag. 31

terciarios (costos del sistema de administración entre los primarios y los secundarios).

El objetivo de las normas de responsabilidad para este autor es la minimización de todos los costos, así, hace soportar el daño a quien pudo haberlo evitado de manera más económica, pero reconoce que existe un problema ya que, al minimizar un costo, generalmente aumenta otro. Lo importante es minimizar costos óptimamente, es decir la suma de los tres.

Al dar relevancia a los costes secundarios, introduce una concepción de justicia, fundada en la equidad, no limitándose a la reducción de costes primarios, a cuyo fin alcanzaría con la idea de eficiencia.

En palabras de Calabresi el objetivo es "*descubrir la mejor combinación de costes primarios, secundarios y terciarios posible, sin olvidar aquello a lo que debemos renunciar para alcanzar la reducción que de esta forma se produciría*"¹⁰⁰

Los argumentos de la concepción económica resultan objeto de críticas, desde una óptica que toma fundamentalmente en cuenta la relevancia moral de las acciones¹⁰¹.

4.7.3 Prueba en los factores de atribución.

Una vez que la cuestión es llevada a instancia judicial, en los casos que el juez carezca de probanzas que le den certeza sobre los hechos fundantes de su decisión, la teoría del "onus probandi" resulta vital y trascendente para determinar quién está precisado de producir prueba, para que el demandado sea condenado o liberado de responder.

¹⁰⁰ CALBRESI Guido, "El Coste ...". Ob. cit. pag. 46.

¹⁰¹ ver ALTERINI A. A., AMEAL O. J., LÓPEZ CABANA R. M., "Derecho de Obligaciones", ob. cit, pag. 214

Aparece así la importancia de la carga de la prueba, entendiendo por carga "el imperativo del propio interés".

Estas reglas tienen un carácter estrictamente normativo ya que su apreciación no debe ser dejada al libre arbitrio del intérprete.

Si bien la cuestión referida a los problemas de prueba resulta propia de todos los presupuestos de la responsabilidad¹⁰² este apartado se refiere exclusivamente a lo relativo a los factores de atribución.

Cabe, por último, destacar que en ciertos supuestos existen presunciones legales iure et de iure, en cuyo caso la situación se asemeja a las ficciones, que son hechos que no precisan ser probados¹⁰³.

4.7.3.1 Incidencia de las obligaciones de medio y de resultado.

En el ámbito contractual, la cuestión referida a la carga de la prueba guarda estrecha vinculación con la tradicional clasificación, originada en Demogue, entre obligaciones de medios, -por las que el deudor sólo se compromete a una actividad diligente-, y obligaciones de resultado, -por las que el deudor se compromete al cumplimiento de un determinado objetivo, consecuencia, resultado -opus-¹⁰⁴.

El régimen genérico en la materia pone a cargo del deudor la carga de la prueba de su no culpa para liberarse de responsabilidad, y parece coincidir con las obligaciones de resultado.

¹⁰² La cuestión ha sido ampliamente desarrollada por AGOGLIA María M., BORAGINA Juan C., MEZA Jorge A.. "Responsabilidad por incumplimiento contractual" ob. Cit. Cap. VI, sosteniendo en relación con las obligaciones de resultado la existencia de una responsabilidad objetiva (ver pag. 74) que no coincide en su totalidad con la que se desarrolla a continuación.

¹⁰³ ALTERINI Atilio A., "Temas de Responsabilidad Civil" ob. Cit. Pag. 160/3. En igual sentido AGOGLIA María M., BORAGINA Juan C., MEZA Jorge A. "Responsabilidad por incumplimiento contractual" ob. Cit. Pag. 227.

¹⁰⁴ ver ALTERINI A. A., AMEAL O. J., LÓPEZ CABANA R. M., "Derecho de Obligaciones", ob. cit, pag. 498 y sgtes.

Dentro de estas obligaciones de resultado, la actual doctrina francesa distingue entre obligaciones de resultado ordinarias o de régimen normal; atenuadas o aligeradas; y agravadas, absolutas o de régimen severo¹⁰⁵. En esta línea de clasificación, y en relación con la carga de la prueba, en las obligaciones de resultado atenuadas al deudor le basta con probar su ausencia de culpa para liberarse; en las ordinarias, el deudor debe probar la ruptura del nexo causal y, en las agravadas, se requiere un hecho calificado para tener por roto el nexo causal¹⁰⁶. Por su parte, en los supuestos de garantía, el deudor sólo puede invocar la culpa de la víctima ya que el caso fortuito no lo libera¹⁰⁷. De modo inverso a la regla general, en las obligaciones de medios el acreedor se verá precisado de probar la culpa del deudor para acreditar el incumplimiento, y por ende resultar éste responsable.

4.8 Daño

Existe consenso en cuanto a que el daño es el más importante presupuesto de la responsabilidad.

El daño puede ser definido como *"el menoscabo que, a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio"*¹⁰⁸

Resulta indudable que el concepto de daño involucra la noción de menoscabo, perjuicio, lesión. Sin embargo no toda lesión constituirá un daño jurídico y resarcible; para ello, es preciso que el mismo reúna ciertos requisitos¹⁰⁹.

¹⁰⁵ ALTERINI Atilio A., LÓPEZ CABANA, Roberto M. "Temas de Responsabilidad Civil" ob. Cit. Pag. 164

¹⁰⁶ ALTERINI A. A., AMEAL O. J., LÓPEZ CABANA R. M., "Derecho de Obligaciones", pag. 188

¹⁰⁷ ALTERINI Atilio A., LÓPEZ CABANA, Roberto M. "Temas de Responsabilidad Civil" ob. Cit. Pag. 165.

¹⁰⁸ ZANNONI Eduardo, "El daño en la responsabilidad civil". Ed. Astrea, Bs. As., 1982, Pag.1

Dentro de estos requisitos, el que presenta una interesante evolución ya que ha influido notoriamente en la definición del daño mismo, es la "afectación a un interés legítimo". Tradicionalmente, para que procediera la reparación del daño, era menester que el mismo recayera sobre un derecho subjetivo, vale decir, que estuviera previsto su ejercicio en una norma positiva.

La cuestión ha ido evolucionando a la par de la ampliación de la legitimación activa y hoy es indudable la procedencia de la indemnización del daño cuando resulte afectado un interés legítimo¹¹⁰, resultando relevante la reforma a la Constitución Nacional del año 1994, que recepta los intereses colectivos y difusos.

De este modo, el concepto moderno de daño se refiere al menoscabo que afecta un interés legítimo o un simple interés, y no exclusivamente un derecho subjetivo.

4.8.1 Daño patrimonial y extrapatrimonial.

Entre las distintas clases de daño¹¹¹, la que reviste mayor interés a los fines del presente trabajo, es la tradicional distinción entre daños patrimoniales y extrapatrimoniales o morales.

¹⁰⁹ Siguiendo a ALTERINI A. A., AMEAL O. J., LÓPEZ CABANA R. M., ("Derecho de Obligaciones", ob. Cit. Pag. 259 y sgtes.), estos requisitos son: cierto (por oposición al eventual o conjetural, debe resultar con suficiente probabilidad de cumplimiento), subsistente (no debe haber sido reparado por el responsable), propio (debe haber sido sufrido por la víctima, o ser posible destinataria de una acción futura de quien lo recibió directamente), significativo (se descarta la reparabilidad del daño insignificante), en relación causal jurídicamente relevante y debe afectar un interés legítimo.

¹¹⁰ Es interesante la relación que establece ZANNONI, entre derecho subjetivo e interés legítimo. ("El daño ..." ob. Cit. Pag. 6 y sgtes)

¹¹¹ Nuevamente siguiendo a ALTERINI A. A., AMEAL O. J., LÓPEZ CABANA R. M., ("Derecho de Obligaciones", ob. Cit. Pag. 215 y sgtes.) es posible distinguir entre daño actual y futuro (según haya éste ocurrido o no, pero que su causa generadora se encuentre presente), patrimonial o extrapatrimonial (en cuanto repercute sobre el patrimonio o tenga proyección moral), común y propio (según que lo habría sufrido cualquier persona o un acreedor determinado), intrínseco y extrínseco (depende si se proyecta sobre el bien que recae la prestación y otros bienes del acreedor), moratorio y compensatorio (según exista cumplimiento tardío o inejecución definitiva), inmediato mediato y remoto (en función de si

El daño moral es daño no patrimonial y "no puede ser definido más que en contraposición al daño patrimonial. Daño no patrimonial, en consecuencia con el valor negativo de su misma expresión literal, es todo daño privado que no puede comprenderse en el daño patrimonial, por tener por objeto un interés no patrimonial, o sea que guarda relación a un bien no patrimonial"¹¹².

Esta definición implica un concepto amplio de daño moral, equiparable al extrapatrimonial¹¹³, en cuanto lesión a intereses no patrimoniales provocada por el evento dañoso, tomándose en cuenta los efectos o consecuencias de aquella, ya sea que lo afectado resulte un derecho subjetivo patrimonial o extrapatrimonial.

En un breve pasaje por algunos puntos relevantes de este instituto, la distinción entre daño y agravio moral parece ser meramente semántica y no resulta de mayor utilidad para el análisis de la cuestión¹¹⁴, si bien existió una larga discusión al respecto durante la vigencia del Código de Vélez, y aún fue sostenida la distinción, por importante doctrina, con posterioridad a la reforma de la Ley N° 17711¹¹⁵.

Otra cuestión, también muy debatida, se relaciona con el fundamento de la reparación, distinguiéndose entre la teoría del resarcimiento, que toma fundamentalmente en cuenta a la víctima, y la teoría de la sanción

deriva del incumplimiento en sí mismo o presenta una conexión más o menos lejana con otro hecho), previsible e imprevisible, al interés positivo y al interés negativo (según involucre aquello con lo que contaba el acreedor para el caso de cumplimiento o aquello que éste no habría sufrido si la obligación se hubiese constituido).

¹¹² ZANNONI Eduardo A., citando a De Cupis, "El daño en ..." ob. Cit. Pag. 231

¹¹³ De este modo es posible dividir genéricamente en dos categorías de daño, sin entrar a considerar la especial distinción entre daño a la persona, daño psicológico, etc. (Conf. ALTERINI A. A., AMEAL O. J., LÓPEZ CABANA R. M., "Derecho de Obligaciones" ob. Cit. Pag. 217)

¹¹⁴ ZANNONI Eduardo, "El daño en la responsabilidad civil". Ob. Cit. Pag. 258. ALTERINI A. A., AMEAL O. J., LÓPEZ CABANA R. M., "Derecho de Obligaciones" ob. Cit. Pag. 292

¹¹⁵ LLAMBÍAS Jorge. J. "Tratado de Derecho Civil - Obligaciones". Tomo I, ob.cit pag. 350.

ejemplar¹¹⁶, que limita la reparación a los supuestos en que debe ser sancionado quien causó el daño. Ante esta dicotomía, es dable optar por una consideración funcional que tenga en cuenta el ángulo del ofensor, pero también los daños sufridos por el lesionado, de donde es posible construir el esquema normativo¹¹⁷.

Otro debate se refería a la procedencia de la indemnización por daño moral en la órbita contractual. En la actualidad, es indudable su procedencia a partir de la modificación al art. 522 del Cód. Civ. por la Ley N° 17711, que expresa que *"en los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiese causado"*.

Sin embargo, la redacción del art. 522 dio origen a discusión en torno a las facultades del juez en la materia, ya que, el art. 1078 Cód. Civ., propio de la órbita extracontractual, lisa y llanamente dispone que la indemnización *"comprende ... la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima"*. Este aparente matiz entre una y otra órbita ha tendido a diluirse tanto doctrinaria como jurisprudencialmente¹¹⁸.

La jurisprudencia se inclina por aplicar un criterio más restrictivo en materia de indemnización por daño moral en la órbita contractual, pero descartando la discrecionalidad del juez, en tanto se haya probado su existencia¹¹⁹.

4.8.2 Prueba de la existencia del daño

¹¹⁶ Tesis principalmente defendida por LLAMBÍAS Jorge. J. "Tratado de Derecho Civil - Obligaciones". Tomo I., págs 335/336.

¹¹⁷ ZANNONI Eduardo, "El daño en la responsabilidad civil". Ob. Cit. Pag. 252

¹¹⁸ ALTERINI A. A., AMEAL O. J., LÓPEZ CABANA R. M., "Derecho de Obligaciones" ob. Cit. Pag. 292

¹¹⁹ CNCom. Sala C, 10/05/94. CApel. CC Rosario, Sala II, 8/03/95, ED revista 16/08/96. CNCiv. Y Com Fed. Sala III, 31/03/98 ED revista 3/03/99. CNCom. Sala A, 12/11/99 ED revista 14/04/00.

La regla general indica que quien invoca un daño lleva la carga de probar su existencia.

Sin embargo, existen situaciones en las que el daño es presumido, por ser ello consecuencia inmediata del hecho generador, de la cláusula penal, o en circunstancias en las que el legislador optó por presumir la existencia de éstos, p.ej. los intereses en las deudas de dinero (art. 622 Cód. Civ.).

Estas presunciones, que pueden ser *iuris tantum* o *iure et de iure*, simplifican la tarea de fijar la existencia de los daños, y *"constituyen un mecanismo tendiente a facilitar al damnificado la obtención del resarcimiento"*¹²⁰.

Todos estos casos implican también la presunción de la relación de causalidad a nivel de adecuación, ya que, *"al presumirse la magnitud del daño, se presume, correlativamente, su adecuación al hecho antecedente"*¹²¹

4.8.3 Prueba de la cuantía del daño

Una vez acreditada la existencia del daño, el importe de los perjuicios reclamados será fijado por la sentencia (conf. art. 165, 3ª parte Cód. Proc.). Sin embargo, así como existen presunciones en materia de existencia del daño, que desvirtúan la regla general en materia de prueba, también es posible verificar supuestos en los que la prueba de la existencia de los daños no es relevante, se trata de las limitaciones a la cuantía de los daños, ya sea como topes o tarifas indemnizatorias (tema que será tratado más adelante).

4.9 Relación de causalidad

¹²⁰ Despacho de la Comisión N° 2 de las Jornadas en homenaje al Prof. Dr. Roberto H. Brebbia, realizadas en Rosario, 6 y 7 de noviembre de 1986, "Responsabilidad Civil", Editorial Vélez Sarsfield, Rosario, 1988, pag. 126.

¹²¹ Ponencia de los Dres. ALTERINI Atilio A. y LÓPEZ CABANA Roberto M., presentada en las Jornadas en homenaje al Prof. Dr. Roberto H. Brebbia, ob. Cit., pag.86.

Resulta indudable que la relación de causalidad constituye uno de los presupuestos de la responsabilidad, sin perjuicio del vasto desarrollo de la teoría de la causa, tanto en derecho comparado como local¹²².

El análisis, en esta instancia, está dirigido a considerar si es posible atribuir, en forma directa o indirecta, un determinado resultado dañoso a un sujeto dado.

Existe coincidencia en que nuestro Cód. Civ., a partir de la reforma de la Ley N° 17711, recepcionó la teoría de la causalidad adecuada¹²³, considerando que todo daño es atribuible a una conducta que acostumbra suceder según el curso normal y ordinario de los acontecimientos. Se recepta esta teoría en su versión objetiva, que toma en cuenta las condiciones que el sujeto normal, en abstracto, debe prever.

De este modo, el fenómeno de la causalidad parece ser analizado desde el consecuente hacia el antecedente.

A diferencia de lo expuesto, los partidarios de concepciones económicas suscriben una concepción de la causa "ex ante", -visión probabilística de la causa-, en cuanto a la "*existencia de una determinada probabilidad de que si se produce una determinada acción o evento se producirá un determinado resultado*"¹²⁴.

Esta concepción de la relación causal opera como incentivo para realizar conductas que probabilísticamente presenten mayores beneficios que costos; contrariamente, disuade a practicar actividades cuyos costos puedan ser mayores que sus beneficios. Se evitan así las consecuencias indeseadas de la perspectiva tradicional "ex post", que requiere que una vez producido el resultado, se analice si éste se hubiera producido igual si la acción que lo

¹²² BOFFI BOGGERO Luis M., "Tratado de las Obligaciones", T. 2 ob. Cit. Pag. 339. Este autor desarrolla en el capítulo XVII del T. 2 un extenso desarrollo de las distintas posturas.

¹²³ ALTERINI A. A., AMEAL O. J., LÓPEZ CABANA R. M., "Derecho de Obligaciones", ob. Cit. pag. 224/5. GHERSI Carlos A. "Teoría general de la reparación de daños", ob. Cit. Pag. 76/7.

¹²⁴ ROSENKRANTZ Carlos, "El Riesgo y la Responsabilidad Extra-contractual", nota 26.

causó no hubiera existido. Por supuesto que, por razones conceptuales, es necesario que el resultado se produzca, aún desde una concepción "ex ante", pero a los fines de considerar la relación causal basta saber si dicha acción ha aumentado considerablemente el riesgo del resultado, independizado esto del análisis "ex post" de supresión de la acción para saber si ésta es o no causa del resultado acaecido.

Por otro lado, la adopción de la perspectiva "ex ante" facilita la explicación de porqué resulta adecuado, en ciertos casos, compensar a la víctima y expande el número de responsables por los daños.

4.9.1 Ruptura de la relación causal.

La ruptura del nexo causal implica destruir la posibilidad de atribuir determinado hecho a un sujeto dado, en tanto el resultado dañoso fue provocado por un acontecimiento distinto.

Los ejemplos usuales de circunstancias que rompen la cadena causal y, por ende, eximen de responsabilidad al sindicado como responsable son: la culpa de la víctima, la culpa de un tercero por quien no se debe responder y el caso fortuito.

El primer caso, previsto en el art. 1111 Cód. Civ., no debe ser confundido con el mero hecho de la víctima, pues, para que exista esta culpa el actuar de la víctima debe ser considerado a la luz de las disposiciones del art. 512 Cód. Civ. En similar sentido debe apreciarse la culpa del tercero y, siempre será imprescindible, para la ruptura del nexo causal, que el sindicado como responsable no tenga un deber legal de responder por el actuar de ese tercero.

El caso fortuito es definido por el art. 514 Cód. Civ. como aquel "que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse"¹²⁵. Es éste el supuesto por excelencia de ruptura del nexo causal con la consiguiente liberación de responsabilidad.

4.9.2 Presunciones de causalidad.

En tanto la relación de causalidad se refiere a la autoría del daño (quién lo causó), y a su adecuación (de qué consecuencias se responde), es posible encontrar presunciones tanto en un caso como en el otro.

La presunción de adecuación se refiere fundamentalmente a la previsibilidad de ciertas consecuencias y se encuentra vinculada con la extensión del resarcimiento que marca el orden jurídico.

Por su parte, en los casos en los que se presume la magnitud del daño, se involucran a su vez presunciones de adecuación¹²⁶.

4.10 La indemnización

Analizados los presupuestos de la responsabilidad, es preciso adentrarse en el campo de la indemnización, que "consiste en la reparación del daño, el prefijo *in denota lo contrario con relación al daño*"¹²⁷.

¹²⁵ Para que un hecho sea considerado caso fortuito es necesario que sea imprevisible, inevitable o irresistible, extraño o ajeno al actuar del presunto responsable, sobreviniente e insuperable. BOFFI BOGGERO, Luis M. "Tratado de Obligaciones" T. 2, ob. Cit. Pag. 226. ALTERINI, Atilio A., AMEAL, Oscar J., LÓPEZ CABANA, Roberto M. En "Derecho de Obligaciones". Ob. Cit. Pag. 357-9.

¹²⁶ Despacho de la Comisión N° 2 de las Jornadas en homenaje al Prof. Dr. Roberto H. Brebbia, (punto 8) "Responsabilidad Civil", ob. Cit. Pag. 126.

¹²⁷ ALTERINI A. A., AMEAL O. J., LÓPEZ CABANA R. M., "Derecho de Obligaciones", ob. Cit. pag. 250.

En el campo contractual ésta aparece como efecto anormal que satisface al acreedor por equivalente y no con la prestación que era objeto de la obligación incumplida. En el ámbito extracontractual, es el contenido de la obligación misma, a cargo de quien debe responder ante la víctima.

En ambos casos *"es indispensable un daño a terceros como una de las bases de la responsabilidad, nunca un daño ocasionado a sí mismo"*¹²⁸.

La indemnización como sanción civil, a diferencia de la penal tiene un carácter preeminentemente resarcitorio, tiende a devolver a la víctima las cosas al estado anterior.

La noción de reparación implica que siempre el límite de la reparación está dado por la entidad del daño, aún en los casos de dolo, cuya mayor extensión, si bien involucra una idea de sanción, en tanto agrava la responsabilidad, encuentra su límite está en los perjuicios sufridos que se encuentren en una relación de causalidad jurídicamente relevante.

4.10.1 Limitaciones de la responsabilidad.

La reparación, ya sea por cuestiones fácticas (imposibilidad de volver las cosas al estado anterior), o jurídicas (vinculadas a la causalidad jurídica), siempre encuentra ciertos límites.

Surge así la idea de reparación plena, que implica que *"sólo son reparables los daños con la plenitud que cada ordenamiento permite"* por oposición al tradicional concepto de reparación integral que *"es una expresión dogmática que pretende dar a entender que todo el daño debe ser reparado"*¹²⁹, lo que nunca resultaría posible.

Uno de los principales límites se encuentra en la teoría de la causalidad adecuada. Es éste un supuesto de limitación cualitativa, regulada por la

¹²⁸ BOFFI BOGGERO, Luis M. "Tratado de las Obligaciones", T. 5, pag. 381.

¹²⁹ Despacho de la Comisión N° 2 de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 23 al 25 de Septiembre de 1999.

inmediatez o la mediatez de los daños¹³⁰, siempre teniendo en cuenta que no es posible responder por todo daño, sino sólo en función de la extensión del resarcimiento que el ordenamiento jurídico considera adecuada.

Este es el criterio adoptado por el Código Civil. Los arts. 520 y 521, propios de la órbita contractual, establecen, respectivamente, el deber de indemnizar las consecuencias inmediatas y necesarias, y las mediatas, si la conducta fuera maliciosa. Similar parámetro surge de los arts. 903 y 904, aplicables a la órbita extracontractual, que establecen el deber de reparar las consecuencias inmediatas y mediatas para los supuestos de culpa. Estos artículos también son considerados aplicables para la atribución objetiva de responsabilidad, en tanto lo relevante es la previsibilidad del resultado, circunstancia común a la culpabilidad y la causalidad¹³¹. Por su parte, las consecuencias casuales, es decir aquellas que no pueden preverse (conf. art. 901 Cód. Civ.), sólo son excepcionalmente imputables al autor del hecho, si las mismas "*debieron resultar, según las miras que tuvo al ejecutar el hecho*" (art. 905 Cód. Civ.).

Por otra parte, existen supuestos de limitación cuantitativa de la responsabilidad, por la cual el responsable sólo está obligado a pagar la indemnización hasta cierto monto máximo¹³².

Es posible considerar que estos topes vienen de la mano de la teoría del mercado y la necesaria predictibilidad de los costos, así como el traslado de los mismos, en función de las teorías económicas esbozadas anteriormente.

Doctrinariamente¹³³ ha sido aceptada la posibilidad de limitar cuantitativamente los montos indemnizatorios, en los supuestos de alta

¹³⁰ ALTERINI Atilio A., "La limitación cuantitativa de la responsabilidad civil". Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, pag. 41

¹³¹ ALTERINI, Atilio A., AMEAL, Oscar J., LÓPEZ CABANA, Roberto M. En "Derecho de Obligaciones". Ob. Cit. 268/270.

¹³² ALTERINI Atilio A., "La limitación cuantitativa de la responsabilidad civil". Ob. Cit. Pag. 47.

¹³³ ALTERINI Atilio A., "La limitación cuantitativa de la responsabilidad civil" ob cit. Nota 108 citando, a Jorge J. Llambías, Roberto H. Brebbia, Roberto M. López Cabana, Graciela Messina de Estrella Gutiérrez, César A. Lombardi, Julio C. Rivera (h), Matilde Zavala de González, Ramón D. Pizarro, Matilde Zavala de

siniestralidad, en los que rigen factores objetivos de atribución, siempre con la posibilidad de ampliar el monto ante la concurrencia de factores subjetivos.

Es preciso distinguir entre limitación cuantitativa y tarifación, implicando ésta "*determinar qué porcentaje de incapacidad produce cada uno de los daños sufridos*"¹³⁴. Esta última situación se presenta en materia de infortunios laborales, previstos por la Ley N° 24.557, no parece ser así en la LCT, que plantea netamente una limitación cuantitativa en relación con los topes a aplicar para el cálculo indemnizatorio pero no una tarifa preestablecida, pese a que en el lenguaje jurídico usual, aquí mantenido, se habla de la indemnización tarifada del art. 245 LCT.

Recapitulando, parece aconsejable que exista un tope cuantitativo de indemnización, que permita prever la extensión del deber de reparar, con la consiguiente facilidad para asegurar dichas eventualidades, en los supuestos de factores objetivos de atribución, especialmente ante la prescindencia de subjetividad e incluso de la antijuridicidad. Sin embargo, la contracara de esta limitación es la posibilidad de acceso a la reparación sin topes prefijados, siempre que exista un factor subjetivo de atribución de responsabilidad, especialmente ante la existencia de dolo¹³⁵.

De este modo, la admisibilidad de los topes indemnizatorios debe estar sujeta a: "*a) que se apliquen exclusivamente en supuestos de atribución objetiva de responsabilidad; b) que el damnificado tenga la libertad de optar por una indemnización mayor en los casos de responsabilidad subjetiva, en especial, si se omiten las medidas técnicas idóneas de prevención*"¹³⁶

González, Alfredo Orgaz, Adela Seguí, M. Belén Japaze, Héctor Zucchi, Augusto M. Morello, Félix A. Trigo Represas, Carlos A. Parellada, Rubén y Gabriel Stiglitz, Jorge Bustamante Alsina.

¹³⁴ ALTERINI Atilio A., "La limitación cuantitativa de la responsabilidad civil" ob cit. Pag. 99.

¹³⁵ ALTERINI A. A., AMEAL O. J., LÓPEZ CABANA R. M., "Derecho de Obligaciones", pag. 199. GHERSI Carlos A. "Teoría general de la reparación de daños" ob. Cti. Pag. 142

¹³⁶ Despacho de la Comisión N° 2 de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, cit.

5 MAYOR EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD ANTE EL DESPIDO INCAUSADO.

5.1 Presupuestos de la responsabilidad aplicados a la indemnización tarifada

La indemnización por despido incausado, prevista en el art. 245 de la LCT, aparece como fenómeno resarcitorio ante el incumplimiento de la obligación de otorgar trabajo por tiempo indeterminado por parte del empleador.

Ante la necesidad de concurrencia de ciertos presupuestos de responsabilidad para la procedencia del deber de indemnizar, corresponde ahora relacionar los distintos presupuestos desarrollados en los capítulos anteriores, aplicados a la indemnización laboral.

5.1.1 Antijuridicidad

Si bien la LCT dispone que del contrato de trabajo es por tiempo indeterminado, no resulta sencillo, a la luz de las consideraciones vertidas en relación con los derechos constitucionales vinculados con la cuestión (derecho a trabajar y libertad de contratar), considerar que la decisión del empleador, de dar por finalizada anticipadamente la relación laboral, constituye un acto contrario al ordenamiento jurídico, globalmente considerado.

Aún más difícil resulta afirmar que tal decisión resulte contraria a la normativa laboral (en cuanto Derecho Común), en tanto es posible interpretar que el art. 245 LCT permite el despido contra el pago de una "indemnización" tarifada, es decir, que se está en presencia de un supuesto de estabilidad relativa impropia, donde el despido resultaría permitido y no prohibido.

Podría, así, interpretarse que no existe en el caso un supuesto de antijuridicidad. En realidad, la discusión pasa fundamentalmente por enfocar la cuestión a través del prisma del "desvalor de la acción" o "desvalor del resultado"¹³⁷. Si lo único a tomar en cuenta es la valoración de la conducta en sí misma considerada, resultará difícil considerar que el despido es un acto ilícito, en tanto el mismo, lejos de ser una conducta prohibida o contraria al ordenamiento jurídico, aparece como un acto permitido.

Siendo posible considerar que la antijuridicidad, entendida como ilicitud, no resulta un presupuesto imprescindible para que aparezca la responsabilidad, y que la atención se ha desplazado hacia el eje de la reparación del daño injustamente sufrido¹³⁸, la discusión sobre el carácter de lícito o ilícito del despido no resulta determinante a la hora de establecer el deber de reparar el daño que la situación de desempleo acarrea.

Considerar al despido como acto ilícito presenta serios escollos, ya que el ordenamiento jurídico confiere eficacia al acto, en tanto produce la extinción de la relación contractual. Por ello, ha sido criticada esta solución, considerando que el deber de indemnizar, derivado del despido, encuentra fundamento en la doctrina que dispone que deben repararse los daños provocados por actos lícitos¹³⁹, permitidos por el ordenamiento jurídico.

Ante la indiscutible procedencia del deber de reparar por actos lícitos¹⁴⁰, la noción de antijuridicidad, que instintivamente lleva a la calificación de ilícito, pierde fuerza; por ello, resulta esclarecedora y, tal vez, más apropiada, la terminología utilizada por Alterini-Ameal-López Cabana, al

¹³⁷ BUERES, Alberto J. "El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta". Ob. Cit. Pag. 159 y sgtes.

¹³⁸ DE LORENZO Miguel F. "El daño injusto en la responsabilidad civil". Ob. Cit. Pag. 27.

¹³⁹ VÁZQUEZ VIALARD, Antonio. "La responsabilidad en el derecho del trabajo". Ed. Astrea, Bs. As., 1988. Pags. 53/54

¹⁴⁰ Ejemplos claros de esta circunstancia son: el deber de reparar aún cuando se ha obrado existiendo causales de justificación en la conducta o ante la responsabilidad del Estado por actos lícitos.

considerar que este primer presupuesto de la responsabilidad no es otra cosa que un incumplimiento objetivo, desprovisto de la noción de ilicitud.

De este modo, la "observación previa y primaria del acto" lleva a considerar que, objetivamente, el hecho de finalizar anticipadamente la relación laboral por parte del empleador, implica un incumplimiento que, prima facie, sin tomar en cuenta su voluntariedad o subjetividad, y sin involucrar la noción de ilicitud, acarrea el deber de indemnizar. El núcleo está dado en el daño injusto, donde el despido, como acto permitido, y por ende lícito, involucra una conducta cuyos indeseados resultados constituyen la clave para asignar a su autor el deber de responder. Vale decir, el acto (despido) no es contrario a la norma, que lo permite y lo torna eficaz, sino que son los resultados derivados los que son indeseados o disvaliosos para el ordenamiento jurídico, por eso, la conducta constituye un incumplimiento objetivo, pero no un ilícito.

5.1.2 Factor de atribución

Pocas dudas caben en cuanto a que el Derecho Laboral fue precursor en la recepción de los factores objetivos de atribución, (especialmente en relación con los infortunios laborales).

Específicamente en materia de despido, a poco que se destaca la mínima atención que se presta a la conducta del empleador que disuelve la relación laboral, prima facie, parecería que se trata, en el caso, de una atribución objetiva de responsabilidad.

Resulta razonable que, ante la significancia de los derechos en juego, que involucran el derecho básico de alimentos, vivienda y dignidad del hombre, la "*justicia distributiva de la solidaridad tome la posta*" y se prescinda de toda consideración sobre la culpabilidad del agente, a la hora de preservar la reparación de un trabajador que queda en situación de desempleo.

Ahora bien, desde la perspectiva de política de seguridad social, existen distintos modos de proteger al trabajador ante una situación de desempleo,

que no necesariamente implican que la reparación quede a cargo del empleador.

En este sentido, podría instrumentarse un sistema de fondo de capitalización, formado con aportes efectuados, a lo largo de la relación laboral, por el trabajador, el empleador o ambos, para que el primero o sus causahabientes lo perciba al momento de la finalización de la relación¹⁴¹.

En la normativa laboral vigente existen sistemas que no ponen a cargo del empleador el deber de reparar, como ser el de la industria de la construcción (Ley N° 22.250), en caso de finalización de la relación laboral, y en materia de infortunios laborales, el régimen previsto por la Ley N° 24.557, recientemente declarada constitucional por la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re "Gororsito c/ Riva S.A. s/ daños y perjuicios"¹⁴², luego de un arduo debate doctrinario y jurisprudencial

Sin embargo, el art. 245 LCT, ante el despido incausado, sin duda, hace recaer el deber de reparar sobre el empleador.

Resta profundizar sobre el porqué de ello, destacando que la solución no se basa exclusivamente en la seguridad social, sino, precisamente, en la noción misma de responsabilidad, para cuya procedencia es necesario que exista, entre otros presupuestos, un factor de atribución suficiente, e involucra la necesaria idea de reparación que la indemnización laboral¹⁴³ lleva implícita.

Desde esta óptica, rescatando el hecho de que la resolución incausada de la relación laboral por parte del empleador entraña un supuesto de responsabilidad que, dado su origen, es contractual, resultaría aplicable la noción de garantía, teniendo en cuenta que este factor de atribución objetivo implica que la ruptura genérica del nexo causal no libera al sindicado como responsable, quien debe responder aún ante el caso fortuito.

¹⁴¹ ver KARPIUK Héctor H.. "La cuenta de capitalización. ¿Una propuesta superadora de la indemnización prevista en el artículo 245 del régimen de contrato de trabajo?" Errepar-DLE- NRO. 156 Agosto-98 T. XII.

¹⁴² Fallos 987:XXXVI. LL 18/02/2002 con comentario de Antonio Vázquez Vialard.

¹⁴³ VÁZQUEZ VIALARD, Antonio. "La responsabilidad en el derecho del trabajo". Ob. Cit. Pag. 669.

Pues bien, en materia de despido incausado, el empleador debe responder ante el caso fortuito, que, en ciertos casos, a lo sumo, sólo disminuye el monto indemnizatorio (art. 247 LCT).

Así, el empleador (deudor) sólo puede invocar culpa de la víctima (que coincidiría con la noción de justa causa prevista en el art. 242 LCT) para exonerarse de responsabilidad¹⁴⁴.

Resulta, sin duda, razonable que el empleador, que se encuentra en mejor situación que el trabajador, asuma el compromiso de mantener indemne al trabajador ante la disolución del vínculo laboral, no pudiendo liberarse aún por caso fortuito.

Desde un punto de vista economicista, es posible considerar que el legislador optó por la solución del art. 245 LCT sobre la base de la eficiencia del sistema, haciendo soportar al daño al empleador que es quien puede evitarlo de modo más económico.

El interrogante pasa por "*¿quién debe soportar los riesgos, y los costes, del mantenimiento y de la reproducción de la fuerza de trabajo? La respuesta del Derecho Civil de contratos (los riesgos pesan exclusivamente sobre el trabajador, puesto que la fuerza de trabajo es parte de su patrimonio) produjo las monstruosidades y revueltas que ya conocemos. De ahí que fuese necesario atribuir a otros una parte de tales riesgos*"¹⁴⁵, lo que podría haberse hecho en dirección al empleador o hacia otros.

Dentro de la perspectiva económica y, en función del equilibrio que debe existir en los distintos costos, la distribución entre personas que no pueden evitar el daño, puede resultar ineficiente. Incluso, la distribución entre varios, que reduciría el costo secundario, puede implicar un aumento del costo primario, ante la falta de disuasión en la provocación del daño, y consiguiente aumento de éstos.

¹⁴⁴ ver acápite 4.7.3.1 (Incidencia de las obligaciones de medio y de resultado)

¹⁴⁵ SUPIOT, Alain "Crítica del Derecho del Trabajo". Ob. Cit. Pag. 97

Por ello, resulta más justo y equitativo que el empleador soporte el costo de la indemnización consecuencia del despido incausado que, que lo haga el propio trabajador o terceros, como ser la sociedad en su conjunto.

Resta decir que, ya sea desde la teoría tradicional de los factores objetivos de atribución o recurriendo a criterios económicos, parece claro que el art. 245 LCT debe ser interpretado prescindiendo de la subjetividad del empleador; es decir que la procedencia de la indemnización es ajena al análisis de la conducta del empleador, quien debe abonarla al trabajador, que pierde su empleo incausadamente, con independencia de toda consideración sobre el actuar del primero.

5.1.3 Daño

Otra premisa importante, que no presenta mayores márgenes de duda, es el hecho de que el trabajador seguramente sufrirá un menoscabo o perjuicio ante la ruptura anticipada de la relación laboral, que se presentaba como un vínculo destinado a perdurar por tiempo indeterminado. Desde el punto de vista patrimonial pierde sus ingresos, es decir la remuneración o contraprestación que percibía por poner a disposición del empleador su capacidad de trabajo. Además, la ruptura incausada de la relación laboral le traerá aparejado un cierto daño moral o extrapatrimonial, en tanto, deberá dar *"una explicación (lo que sin duda supone una situación embarazosa) para evitar que la ruptura del vínculo se interprete como una consecuencia de un incumplimiento o falta grave imputable a él"*¹⁴⁶.

Aún desde la perspectiva tradicional del daño como vulneración de un derecho subjetivo, resulta previsible la afectación del derecho a trabajar, previsto en la Constitución Nacional, en tanto se lo priva de su situación de trabajador, pasando a encontrarse, al menos temporaria y/o parcialmente, en

¹⁴⁶ VÁZQUEZ VIALARD, Antonio. "La responsabilidad en el derecho del trabajo". Ob. Cit. Pag. 670.

situación de desempleo. La necesidad de protección de la situación de desempleo deriva implícitamente de la Constitución Nacional y explícitamente de normas internacionales¹⁴⁷.

Dado este alto grado de posibilidad de sufrir un perjuicio por parte del trabajador, la legislación laboral optó por una clara presunción en cuanto a la existencia de este daño, en tanto la indemnización, calculada en función del salario y antigüedad en el empleo, prescinde de toda consideración del real daño sufrido por el trabajador. Se trata de una presunción iure et de iure, ya que el empleador no puede liberarse de su deber de indemnizar probando que el trabajador no sufrió perjuicio alguno, o incluso se benefició con el distracto.

Desde la perspectiva del trabajador, tampoco parece posible apartarse de esta presunción, ya que no se encuentra facultado a accionar por una indemnización mayor, salvo en supuestos especiales que son analizados más adelante.

Esta presunción coincide con el espíritu protectorio del Derecho Laboral, ya que, al facilitar la prueba de la existencia y liquidación del daño, el trabajador podrá acceder de modo más inmediato a la indemnización, no pudiendo el empleador alegar la inexistencia del daño o dificultad en su cuantificación para eximirse de abonar la indemnización ante el despido incausado.

Son indudables las ventajas que la indemnización tarifada implica para el trabajador, en tanto facilita la inmediata determinación del monto, condicionándolo a elementos de juicio objetivos y limitando la prueba del daño¹⁴⁸. Por esto, resulta loable que el legislador presuma el daño sufrido por

¹⁴⁷ Ver acápite 3.3 (Normas internacionales).

¹⁴⁸ VÁZQUEZ VIALARD, Antonio. "La responsabilidad en el derecho del trabajo". Ob. Cit. Pag. 14 y sgtes. Si bien este autor presenta serios reparos a esta presunción del daño o tarifación legal, en tanto esta simplificación habría contribuido a no profundizar el materia de responsabilidad en el Derecho del Trabajo, las ventajas que el sistema involucra parecen indiscutibles, y sus consecuencias no deseadas deben ser solucionadas, precisamente, a través del estudio de la responsabilidad en general en materia laboral, pero no

el trabajador ante una situación de despido incausado, como manera de preservarlo de los indeseados perjuicios que, seguramente, se generarán como consecuencia de ello.

Por otra parte, también resulta de buena técnica legislativa limitar cuantitativamente la indemnización ante la existencia de un factor objetivo de atribución de responsabilidad¹⁴⁹.

5.1.4 Relación de causalidad

Este presupuesto implica, en el caso, la posibilidad de atribuir al empleador el resultado dañoso originado en el hecho del despido incausado.

De la presunción de daño desarrollada en el punto anterior, deriva que la relación causal, al nivel de adecuación, también resulta presumida¹⁵⁰. Por ello, resulta presumido, iure et de iure, que el empleador responderá ante el trabajador por las consecuencias que la ley prevé como adecuadas y éstas son precisamente calculadas del modo previsto por el art. 245 LCT.

Desde una perspectiva probabilística de la causa, analizada "ex ante", parece razonable incentivar el mantenimiento de la relación laboral por tiempo indeterminado, protegiendo la permanencia en el empleo, por lo que resulta eficiente, en tanto presenta mayores beneficios que costos, considerar que existe relación causal suficiente para colocar el deber de indemnizar a cargo del empleador ante un distracto incausado.

El objeto protectorio del Derecho Laboral se ve claramente logrado de este modo, en tanto de una forma u otra (presumiendo la adecuación causal, a través de la presunción del daño, o recurriendo al análisis de la causa "ex ante") el empleador deberá responder, resultando limitados los modos de

desvirtuando los méritos que la tarifa representa para la necesaria protección del trabajador que ve finalizada incausadamente su relación laboral.

¹⁴⁹ ALTERINI A. A., AMEAL O. J., LÓPEZ CABANA R. M., "Derecho de Obligaciones" ob. Cit. Pag. 201.

¹⁵⁰ ver acápite 4.9.2 (Presunciones de causalidad)

eximirse de responsabilidad, lo que fomenta el mantenimiento de la relación laboral, previniendo de este modo el indeseado desempleo.

5.2 Casos de ampliación del tope legal previstos por la legislación laboral

La LCT, para situaciones que se ven como especialmente disvaliosas para el trabajador, prevé una indemnización mayor que la del artículo 245 de la LCT. Supuestos de esta índole se aprecian, entre otros, en los capítulos II y III del Título VII de la LCT. El primero de ellos está dirigido hacia la protección de la maternidad, en cuyo caso existe una presunción de despido por causa de embarazo (art. 178 LCT) y en el segundo establece la "prohibición del despido por causa de matrimonio".

La Ley N° 25.013 prevé en su art. 11 un nuevo supuesto de indemnización "agravada", para el caso de despido discriminatorio. Dada la actualidad de la cuestión, y las posibles confluencias con la norma general en materia de discriminación, el tema es analizado por separado.

Resta destacar que, la reforma laboral de la Ley N° 25.013 modificó el art. 245 LCT en cuanto al modo de cálculo de la indemnización, sin modificar sustancialmente la naturaleza de la misma.

En estos casos, el factor de atribución también sería la garantía, no pudiendo el empleador liberarse de responsabilidad probando ni la ausencia de culpa de su parte, ni la ruptura genérica de la relación causal, siendo su responsabilidad inexcusable.

Asimismo, en estos supuestos se deja de lado la consideración del daño efectiva o realmente sufrido por el trabajador; vale decir que, nuevamente, se estaría en presencia de una presunción jure et de jure del mismo. De este modo, se trata de situaciones por las que se agrava la indemnización, pero no de los supuestos de mayor extensión de la responsabilidad que ocupan los párrafos siguientes. En estos casos, de darse las condiciones más adelantes planteadas, las soluciones propuestas en relación con la procedencia de una indemnización extratarifada, también le serán aplicables. En este sentido

Vázquez Vialard considera que "aún en los casos de agravación de la indemnización tarifada, el hecho no es óbice para que ... se admita un plus indemnizatorio"¹⁵¹, si bien las situaciones por las que este autor prevé la posibilidad de procedencia de una indemnización extratarifada difieren de las desarrolladas en este trabajo.

Por otra parte, existe una sanción al empleador desleal¹⁵² que pierde el juicio cuando se declarara maliciosa o temeraria la conducta por éste asumida (conf. art. 275 LCT). Este supuesto es análogo al art. 45 del CPCCN y guarda relación exclusivamente con la conducta procesal de las partes, resultando totalmente ajeno al distracto en sí mismo y a los daños sufridos por el trabajador.

5.3 Despido discriminatorio.

Previo al análisis de la reforma de la Ley N° 25.013, es necesario realizar ciertas precisiones en materia de discriminación.

Ya se vio cómo los tradicionales principios propios de la Revolución francesa de libertad, igualdad y fraternidad, debieron ser reinterpretados, frente a las situaciones disvaliosas en las que derivaban.

En los primeros capítulos fue analizada la cuestión referida fundamentalmente a la libertad que el trabajador abdica en la relación laboral. En esta oportunidad, el objeto de estudio se relaciona con la igualdad ante la ley, declarada por la Constitución Nacional en su art. 16.

Las primigenias consideraciones de igualdad, de los iguales en igualdad de circunstancias e igualdad de oportunidades, fueron cediendo lugar en el constitucionalismo moderno y las Declaraciones Internacionales a la noción

¹⁵¹ VÁZQUEZ VIALARD, Antonio. "La responsabilidad en el derecho del trabajo". Ob. Cit. Pag. 727.

¹⁵² SARDEGNA Miguel A. "Ley de contrato de trabajo, comentada-anotada-concordada". Ob. Cit. Pag. 697.

de discriminación, donde la protección ante situaciones desiguales se hace cada vez más rigurosa.

A raíz del genocidio que tuvo lugar durante la Segunda Guerra Mundial, surgió la Declaración de Derechos Humanos de 1948 que utilizó por primera vez la expresión "discriminación", aunque no en forma generalizada. No hizo expresa mención a la cuestión, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del mismo año¹⁵³.

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo estableció que uno de sus fines era la supresión de toda discriminación entre los trabajadores en el Convenio de Política Social de 1947 (art. 10), dictando posteriormente el Convenio N° 111 sobre discriminación en el empleo y la ocupación, considerando que el término discriminación comprende a cualquier distinción, exclusión, preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional o de origen social, que tenga por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo o la ocupación, no siendo considerados actos discriminatorios las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en la calificación exigida para un empleo determinado.

El Protocolo de San Salvador también prevé el compromiso de no "*discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*" (art. 3).

También la Declaración Sociolaboral del Mercosur prevé específicamente la cuestión de la "no discriminación" en su artículo 1.

En el ámbito interno, la Ley N° 23.592, del año 1988, obliga, a pedido del interesado, a dejar sin efecto, cesar en su realización y reparar los daños ocasionados a "*quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional*" (art. 1) considerando

¹⁵³ MARTÍNEZ VIVOT, Julio "La discriminación laboral. Despido discriminatorio". Ed. Ciudad Argentina y USAL, Bs. As., 2000, pag. 20/21

"particularmente los actos y omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos". Es importante resaltar que la ley requiere de la arbitrariedad en el acto, lo que dejaría fuera supuestos de desigualdad fundados en diferenciaciones que no tengan un fin irrazonable o persecutorio, p.ej: la contratación de maestros y profesores que profesen una determinada religión en colegios religiosos¹⁵⁴.

La LCT prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivos de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad (arts. 17, 81 y 172). Por supuesto que también esta normativa debe ser considerada de modo de que no basta apreciar la existencia de una diferencia de trato (elemento cuantitativo exterior), sino que es necesario determinar si la diferenciación no se justifica en razones de carácter objetivo (elemento cualitativo)¹⁵⁵ para que exista discriminación. No existen en la LCT sanciones específicas ante el incumplimiento de la normativa referida a la discriminación lo que, en principio, sólo daba lugar a un despido indirecto. Sin embargo, doctrinariamente¹⁵⁶, se aprecia una tendencia a considerar procedente la reparación de los daños, especialmente el cese del acto discriminatorio.

Por supuesto que, una vez dictada, la Ley N° 23.592, norma de carácter general, la misma pudo ser aplicada a las relaciones laborales, en caso de despido directo o indirecto¹⁵⁷. Sin embargo, *"la misma ha sido prácticamente ignorada por los jueces y litigantes en el fuero laboral. ... y si ello ocurre,*

¹⁵⁴ GELLI, María Angélica. "Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada". Ed. La Ley. Bs. As. 2001. Pag. 78.

¹⁵⁵ VÁZQUEZ VIALARD, Antonio. "La responsabilidad en el derecho del trabajo". Ob. Cit. Pag. 223.

¹⁵⁶ VÁZQUEZ VIALARD, Antonio. "La responsabilidad en el derecho del trabajo". Ob. Cit. Pag. 224/5.

¹⁵⁷ Resulta remarcable un fallo de la Sala II CI°Civ.yCom. de Mar del Plata del 10 de agosto de 2000 que realiza un minucioso análisis de la normativa interna e internacional aplicable en materia de discriminación publicado en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros LL Año III N° III. Mayo-Junio de 2001. pag. 61 con un elogioso comentario de GOLDEMBERG Isidoro.

*es nada más que para marcar el espíritu que preside la misma, mas no para aplicar efectivamente sus normas, a la relación laboral sometida a proceso*¹⁵⁸. En el fuero civil sí aparecieron sentencias que condenaron a pagar una indemnización como consecuencia de un despido. Resulta sin embargo objetable esta disociación entre fueros en casos en los que la discriminación en sí es consecuencia del despido, hecho eminentemente laboral¹⁵⁹.

Diez años después de la sanción de la Ley N° 23.592, la cuestión del despido discriminatorio fue receptada expresamente en la normativa laboral, por el artículo 11 de la Ley N° 25.013 que establece una indemnización agravada.

Una vez más, se trata de un plus calculable aritméticamente (incremento del 30% de la indemnización por antigüedad), que no toma en cuenta el daño que sufre el trabajador.

Esta norma es pasible de fuertes críticas. Para empezar, se aleja de las modernas teorías y pone a cargo de quien invoca la causal discriminatoria su prueba, lo que coloca al trabajador en la dura situación de probar que el despido se debió a una conducta discriminatoria por parte del empleador, siendo que es altamente probable que éste haya cuidadosamente disimulado, ocultado o falseado la realidad.

Por otra parte, es criticable el casuismo en la enumeración de las posibles causas de discriminación, opuesto a la amplitud prevista por la ley N° 23.592. Más objetable aún resulta el veto del Poder Ejecutivo, que limitó los supuestos de discriminación previstos por la norma a cuestiones de "raza, sexo o religión", con la clara intención de excluir del supuesto de despido discriminatorio a varias de las situaciones originariamente previstas por el legislador.

¹⁵⁸ MARTÍNEZ VIVOT, Julio. "La discriminación laboral..." ob. Cit. Pag. 88

¹⁵⁹ MARTÍNEZ VIVOT, Julio. "La discriminación laboral..." ob. Cit. Pag. 90, coincidiendo con VÁZQUEZ VIALARD, Antonio en TSS 1998-1047.

Parecería entonces que la cuestión de la discriminación goza de una débil y deficiente protección en materia laboral, y la norma en análisis puede, ella misma, ser considerada discriminatoria¹⁶⁰.

Asimismo, es criticable que la norma resulte sólo aplicable a los contratos celebrados a partir de la entrada en vigencia de la ley (art. 5). Esto "*podría haberse obviado, ya sea no habiendo introducido tal reforma, innecesaria y no requerida, o disponiendo que la misma fuera de aplicación para todos los trabajadores*"¹⁶¹.

Tal vez, la operatividad de la norma termine limitada, a lo sumo, a una posibilidad de algunos trabajadores de prevalerse de una indemnización tarifada que comprende la presunción del daño, ante ciertos supuestos considerados discriminatorios. Sin embargo, ante la carga de la prueba que se impone al trabajador, no parece que la norma vaya a tener gran aplicación.

Por otra parte, tampoco parece razonable en estos casos predicar una atribución objetiva de responsabilidad, en tanto el análisis del elemento cualitativo en la conducta del empleador, implica siempre considerar su subjetividad, lo que conllevará la posibilidad de reclamar una indemnización extratarifada por los daños efectivamente sufridos, en virtud de las razones seguidamente desarrolladas.

5.4 Propuestas doctrinarias y jurisprudenciales para la procedencia de una indemnización extratarifada.

Existen distintas tendencias en la materia que se refieren, principalmente, a la reparación del daño moral y hacen pivotear la cuestión sobre la distinción entre distracto contractual y hecho ilícito independiente.

¹⁶⁰ ELFMAN, Mario "La responsabilidad del empleador: modelo para re/armar" ponencia presentada en las XXV^a Jornadas de Derecho Laboral. Cit. Pag. 134.

¹⁶¹ MARTÍNEZ VIVOT, Julio. "La discriminación laboral..." ob. Cit. Pag. 118

5.4.1 Doctrina y Jurisprudencia negatoria.

En el ámbito doctrinario¹⁶², varios autores niegan la procedencia de cualquier apartamiento de la indemnización tarifada. Mario L. Deveali, sostiene que jamás habría que estudiar la procedencia de un mayor daño resultante por el despido (incluido el daño moral) considerando a la indemnización tarifada como "fija", cerrando la posibilidad de una reparación adicional.

En igual sentido se expide Ernesto Krotoschin, quien entiende que la reparación extratarifada introduciría "inseguridad jurídica" en el sistema, lo que tendría "imprevisibles consecuencias".

También considera inaceptable la indemnización extratarifada Julio J. Martínez Vivot¹⁶³, sea o no imputable al daño moral. Coincide con este autor Herrera.

Jurisprudencialmente surge nítidamente esta teoría en la disidencia de Fleitas (h) en el plenario N° 168 "Katez de Echazarreta, Catalina c. ENTel"¹⁶⁴, quien sostuvo que la tesis que admite la procedencia del plus, mayoría en el plenario, "entroniza una doctrina desquiciante del sistema".

En pocos fallos se puede ver la recepción de esta tesis, en cuanto no aceptan de modo alguno una indemnización por daño moral¹⁶⁵.

5.4.2 Aceptación amplia de la indemnización suplementaria por daño moral.

En la antípoda de la postura anterior, se encuentra la doctrina que considera que la indemnización tarifada establece un mínimo, por lo que resulta posible recurrir a las disposiciones del Cód. Civ. cuando, a través de ellas, es posible obtener una reparación mayor. En este sentido se ha entendido que la

¹⁶² Ver desarrollo realizado por MARTORELL, Ernesto "Indemnización del daño moral por despido" ob. Cit. pag. 145 y sgtes.

¹⁶³ Comentario a un fallo de la CNTrab, Sala III, E.D. 6 de noviembre de 1998.

¹⁶⁴ LL 144-332. DT 1971-814.

¹⁶⁵ SC Buenos Aires, nov. 3-1981 DT, 982-265.

indemnización laboral comprende exclusivamente los daños patrimoniales que el despido arbitrario genera al trabajador. Esta posición, defendida por Mauricio Birgin, Gabriel Binstein y Guillermo Gil Navarro, no ha logrado muchos adeptos¹⁶⁶. En general, toda la jurisprudencia que recepta la procedencia del plus indemnizatorio lo hace de modo excepcional, y considerando que la tarifa sí prevé su reparación, si bien en ciertos casos debe proceder esa mayor indemnización, difiriendo en los fundamentos de esto.

5.4.3 Aceptación restringida del plus indemnizatorio.

La mayoría de los autores y gran parte de la jurisprudencia¹⁶⁷ aceptan la reparación extratarifada.

Un hito importante en la procedencia de un plus indemnizatorio lo marcó el citado plenario N° 168 de fecha 18 de octubre de 1971, si bien se trató de una reparación en especie. En este caso, ante la publicación del despido en el boletín de la empresa, se consideró admisible que *“se haga constar en su legajo personal y se publique en el mencionado boletín que el despido fue injustificado”*. Es de destacar lo expresado en su dictamen por Humberto A. Podetti en cuanto a que *“el resarcimiento debe cubrir todos los perjuicios sufridos, entre ellos, en el contrato de trabajo, los de carácter moral resultante de la desvalorización emergente de difundirse una cesantía con imputación de un hecho éticamente desdorado”*.

¹⁶⁶ Ver desarrollo realizado por MARTORELL, Ernesto “Indemnización del daño moral por despido” ob. Cit. pag. 164 y sgtes. Citando a los mismos autores, VÁZQUEZ VIALARD, Antonio “La responsabilidad en el derecho del trabajo”. Ob. Cit. Pag. 705.

¹⁶⁷ SC Bs. As. Ago 21 1990 “Lerena, César A. C. Club Hípico Mar del Plata y otro” DT 1990-A-909; SC Bs. As. Ago 26 1997, LLBA 1997-1254; CNTrab, Sala I, jul 31 1990, DT 1991-A-612; CNTrab, Sala II, feb 15 1993, JA 1994-II-706; CNTrab, Sala III, feb. 21 1983 DT 1983-822 ; CNTrab, Sala III, nov. 27 1989; CNTrab, Sala IV, mar 23 1992 DT 1992 B 1232; CNTrab, Sala V, nov 24 1993, DT 1994-A-742; CNTrab, Sala VI, jul 10 1998 Rev. Resp. Civ. Seg. LL Año I, N° 1 pag. 95, CNTrab, Sala VI, feb 12 1999, DJ 2000-1-881, entre otros.

En las V Jornadas Argentinas de Derecho del Trabajo y Seguridad Social (Córdoba, octubre de 1980) se aprobaron las siguientes recomendaciones: "1) *En nuestro ordenamiento jurídico la personalidad y dignidad del trabajador ha sido objeto de una especial protección, garantizándose así sus intereses morales o ideales. Conforme a los principios generales el empleador ha de responder por el daño moral que cause si por su dolo o culpa se lesionan esos intereses o bienes no patrimoniales. Para que proceda la reparación, el daño moral causado debe tener la entidad suficiente para afectar la personalidad del trabajador en cualquiera de sus manifestaciones; 2) el daño moral puede ser ocasionado durante la ejecución del contrato y aun durante el período pre o post contractual, sea que la responsabilidad consiguiente tenga que regirse por los principios de la responsabilidad contractual o extracontractual, según el caso; 3) en lo que respecta a la etapa de extinción del contrato, cuando media una situación de estabilidad relativa impropia, las indemnizaciones tarifadas cubren todos los daños, tanto materiales como morales, que la pérdida del empleo pueda haber ocasionado al trabajador. Pero si contemporáneamente con el despido el empleador incumple con 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; 4) para todos estos casos y situaciones debe destacarse la opinión de algunos participantes que consideran que la reparación del daño moral debe apreciarse con criterio restrictivo, de tal modo que sólo ha de proceder en situaciones excepcionales; 5) el trabajador también ha de responder por el daño moral que a causa de su dolo o culpa se ocasione a los bienes no patrimoniales del empleador*"¹⁶⁸.

En general, se considera que la reparación extratarifada sólo procedería ante un ilícito adicional de índole extracontractual, en cuyo caso cabría un

¹⁶⁸ Conf. ZANNONI, Eduardo "El daño ..." ob. Cit. Pag. 285

resarcimiento instrumentado por la vía pertinente que determina el derecho común.

En este sentido, Vázquez Vialard expresa que existen dos situaciones en las que se ha aceptado en el Derecho del Trabajo la procedencia de la reparación del daño moral¹⁶⁹. Una de ellas, la más frecuente, en la que se reclama la reparación del infortunio laboral por vía del derecho común (art. 1113 Cód. Civ.). La otra, corresponde a los casos en los despidos en que el empleador ha acumulado a la declaración del distracto un ilícito contractual, extracontractual o una clara actitud abusiva. Este autor considera que la suma debida en exceso de la tarifa legal corresponde a la reparación tanto de un daño extrapatrimonial o patrimonial, sea éste directo o indirecto¹⁷⁰.

Coincidiendo en este punto con Vázquez Vialard, Martorell¹⁷¹ desarrolló profundamente la penalización del abuso del derecho, ante el despido incausado, con el consiguiente plus indemnizatorio por daño moral. Sin embargo, parece diferir con aquel autor, en cuanto a calificar de extracontractuales a los ilícitos generados por el abuso patronal, incluyendo, por su parte la cuestión, dentro de la órbita contractual. Este autor recurre a la teoría del abuso del derecho, partiendo de considerar a la tarifa legal -que comprende todos los daños originados por el despido incausado- como la consecuencia negativa de una conducta antijurídica, para concluir que al producirse un "despido abusivo" nace un ilícito generador de un daño adicional que no halla cobertura dentro del ordenamiento laboral¹⁷².

¹⁶⁹ VÁZQUEZ VIALARD, Antonio. El daño extrapatrimonial en el Derecho del trabajo. L.L. 1996-E 428.

¹⁷⁰ VÁZQUEZ VIALARD, Antonio "La responsabilidad en el derecho del trabajo". Ob. Cit. Pag. 716.

¹⁷¹ MARTORELL, Ernesto "Indemnización del daño moral por despido" ob. Cit. pag. 189

¹⁷² MARTORELL, Ernesto "Indemnización del daño moral por despido" ob. Cit. pag. 212

5.5 Superación del distingo con el hecho ilícito independiente

De las distintas propuestas que tienden a ampliar la indemnización, antes analizadas, surge que, apreciando la diferencia en el origen de la reparación, es decir, si existe un hecho independiente a la relación contractual el tema no presentaría mayores inconvenientes.

Sin embargo, puede resultar complicado distinguir si se trata de un incumplimiento contractual y al mismo tiempo se da un hecho ilícito independiente, y más complejo aún resulta distinguir cuándo un supuesto de injuria suficiente para configurar un despido indirecto, se perfila como un mero incumplimiento de obligaciones emergentes del contrato de trabajo, y cuándo, al mismo tiempo, se da un hecho independiente constitutivo de un hecho ilícito.

En estos últimos dos supuestos será el juez quien, de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, establezca si existe o no un hecho ilícito independiente al despido, directo o indirecto.

Ahora bien, la cuestión parece revestir mayor interés prescindiendo de esta discusión y manteniendo el tema dentro del marco del contrato de trabajo, ya que, sin perjuicio de la limitada aplicación de la distinción entre ambas órbitas, desde un análisis de su génesis parece indudable que en el caso de extinción de un contrato de trabajo válido entre un trabajador y su empleador, la responsabilidad debe ser entendida como contractual, salvo supuestos excepcionales, los que, precisamente por ello, deben ser analizados en concreto y no de modo generalista.

Por supuesto que, a diferencia de las relaciones contractuales usuales, no existe aquí igualdad alguna entre las partes contratantes, y no todas las prestaciones a cargo de cada una de ellas se expresan en el acuerdo individual de voluntades, el que por otra parte, rara vez se instrumenta. En realidad, gran parte de las prestaciones surge de normas de orden público, - como ser la duración de la jornada de trabajo, salario mínimo según convenio, licencias, etc.-. No obstante, estas disposiciones no son normas

genéricas en el sentido del "neminem laedere", sino verdaderas pautas integrativas de la relación individual, que nació del acuerdo de partes¹⁷³.

Dentro del marco autoimpuesto de la órbita contractual, al revisar la procedencia de un plus indemnizatorio sobre la tarifa legal, o indemnización extratarifada, sin recurrir a la teoría del hecho ilícito independiente, es posible apreciar dos grandes líneas para abordar la cuestión, una hace hincapié en los daños efectivamente sufridos por la víctima, y la otra pone el acento en la conducta del autor de esos daños.

En este trabajo, el análisis es centrado precisamente en estas dos cuestiones, siempre dentro del marco contractual, evitando recurrir a la consideración del ilícito independiente, que rara vez podrá ser apreciado, ya que, en general, la conducta del empleador es un componente de la ruptura del nexo contractual laboral, incumplimiento propio del ámbito de la responsabilidad contractual. Pues bien, la relevancia del análisis de la conducta del empleador al momento del distracto, en lugar de derivar en el análisis del hecho ilícito independiente, lleva a considerar que la llave para la procedencia de la indemnización extratarifada está en la existencia de factores subjetivos de atribución. Esta última apreciación también implica prescindir de la cuestión referida al abuso de derecho, que es considerado como un factor objetivo. Una vez planteada la relevancia de la conducta del agente aparece también la revisión de la suficiencia de la indemnización.

5.6 Responsabilidad subjetiva del empleador.

En este acápite la cuestión es analizada desde el punto de vista de la conducta del empleador, partiendo de ciertas premisas que fueran desarrolladas en los apartados anteriores.

¹⁷³ VÁZQUEZ VIALARD, Antonio "La responsabilidad en el derecho del trabajo". Ob. Cit. Pag. 46/47.

En este sentido, el deber de reparar establecido por el art. 245 LCT aparece como una atribución de responsabilidad objetiva hacia empleador, fundada en el deber de garantía.

Por su parte, la indemnización tarifada es considerada como una presunción de todo daño sufrido por el trabajador, resultando, prima facie, una limitación cuantitativa de responsabilidad válida.

Desde esta perspectiva, corresponde recordar que los límites establecidos por la ley en materia de limitaciones de la responsabilidad, ante supuestos de atribución objetiva de responsabilidad, deben ceder cuando concurren factores subjetivos de atribución.

Ahora bien, la cuestión de la procedencia de la indemnización extratarifada puede resultar muy controvertida a la luz de la jurisprudencia de la CSJN, especialmente luego del fallo Gorosito. Sin embargo, es importante resaltar que, en esa oportunidad, la mayoría, en todo momento hizo hincapié en la no demostración de alguna postergación o frustración del derecho al resarcimiento por daños (considerando 11°, 17°), así como en la imposibilidad de predicar, en abstracto, que el precepto impugnado condujera invariablemente a la concesión de reparaciones menguadas con menoscabo de derechos de raigambre constitucional (considerando 18°). También es importante destacar que la CSJN puntualizó que se trata de un sistema destinado a reparar los daños que de manera objetiva puedan ser atribuidos al hecho u ocasión del trabajo (considerando 13°), así como que la propia LRT cuestionada prevé la posibilidad de salir de la tarifa en caso de dolo del empleador.

De este modo, resulta posible predicar, aún luego de este fallo, la posibilidad de procedencia de una indemnización extratarifada en ciertos casos, a la luz de la vulneración de derechos constitucionales, ante indemnizaciones cuyos montos resulten irrisorios o, tomando en cuenta la relación entre responsabilidad objetiva y subjetiva que debe imperar en los sistemas de limitación de responsabilidad.

En este apartado, la cuestión pasa precisamente por esa necesaria relación, ya que en casos de limitación cuantitativa, ante un fundamento objetivo de la responsabilidad, corresponde su no aplicación cuando aparecen factores subjetivos de atribución¹⁷⁴.

Partiendo de esta premisa genérica, cabe analizar puntualmente los casos de dolo y culpa.

5.6.1 Dolo

Es posible encontrar buenas y suficientes razones para considerar que el empleador que dolosamente incumple sus obligaciones, no debe ser deudor de una indemnización idéntica de quien lo hace sin culpa. Lo mismo es válido para quien, aún poniendo total diligencia en sus obligaciones, debe dar por finalizada una relación laboral en supuestos de caso fortuito, -entendido éste en su acepción genérica, que no necesariamente coincide con la fuerza mayor propia de la órbita laboral-, ya que no resulta razonable que el deber de responder sea igual en estos casos que en supuestos de dolo.

Admitir que la indemnización resulte idéntica en todos los casos constituiría una dispensa parcial del dolo, prohibida por el art. 507 del Código Civil. Cabe destacar que, ante el despido del trabajador, el dolo debe ser interpretado en la acepción propia del ámbito contractual, que no implica necesariamente intención de dañar, por lo que bastaría, para la configuración del dolo, la intención deliberada del empleador de no cumplir, pudiendo hacerlo.

Es importante recordar que la prohibición de dispensa anticipada del dolo encuentra sustento no sólo en la citada norma del Cód. Civ., sino también en la necesidad de impedir la desnaturalización del vínculo obligacional, así como en la buena fe, la moral y las buenas costumbres¹⁷⁵.

¹⁷⁴ Ver acápite 4.10.1 (Limitaciones de la responsabilidad).

¹⁷⁵ Ver acápite 4.7.1.3 (Dispensa de la culpa y el dolo)

Vale decir entonces que, ante el incumplimiento doloso, corresponde dejar de lado las limitaciones cuantitativas de responsabilidad, en este caso la indemnización tarifada prevista por el art. 245 LCT, y analizar la plena reparación de los daños, so pena de incurrir en una actitud contraria al ordenamiento jurídico.

5.6.2 Culpa.

Aún partiendo de la necesidad de superar los límites impuestos por la tarifa legal cuando aparecen supuestos de responsabilidad subjetiva, ante la existencia de culpa en sentido estricto por parte del empleador, la situación se presenta un tanto más compleja.

Así, puede considerarse que no procedería una indemnización suplementaria ya que la extensión del resarcimiento es idéntica en supuestos de atribución objetiva de responsabilidad que ante un incumplimiento culposo en sentido estricto¹⁷⁶.

Sin embargo, esto puede ser desvirtuado, ante la existencia de límites legales que alejan a la indemnización de la reparación plena, que es la que toma en cuenta la adecuada extensión del resarcimiento que establece el Cód. Civ.

Por otra parte, al ser admitida la dispensa parcial de la culpa, también podría argumentarse que los topes legales pueden ser interpretados en este sentido, siempre que ello no implique una dispensa total, -lo que debería ser revisado a través de la cuantificación de los daños-, y por ende no procedería una indemnización diferente que la tarifada.

No obstante, a pesar de estos argumentos, no parece razonable que el empleador siempre se vea liberado de la proporción que exceda los límites legalmente establecidos, si despidió al trabajador omitiendo las diligencias debidas.

¹⁷⁶ Ver acápite 4.10.1 (Limitaciones de la responsabilidad), especialmente en referencia a la limitación cualitativa de responsabilidad.

Tal vez, cabe aquí utilizar las tradicionales graduaciones de culpa del Derecho Romano, ya que, si bien éstas son, en principio, ajenas a nuestro sistema jurídico¹⁷⁷, pueden resultar de utilidad, teniendo siempre en cuenta cuál era la conducta debida -mantener al trabajador en su empleo por tiempo indeterminado- y la debida diligencia que ello implica.

La tesis de la graduación de la culpa ha tenido recepción en materia laboral, especialmente la noción de culpa grave, que fuera receptada en relación con los infortunios laborales, a partir de la Ley N° 9688¹⁷⁸.

Así, si existiera culpa grave del empleador, entendida como una enorme desaprensión¹⁷⁹ o negligencia grosera¹⁸⁰, considerando que, tradicionalmente, la culpa grave puede ser asimilada al dolo, el empleador no podría ampararse en las limitaciones legales y debería la indemnización plena. En este caso, resultarían aplicables similares fundamentos a los ya expuestos, en cuanto a la necesaria seriedad que debe tener el vínculo jurídico y la posible violación a la moral y buenas costumbres que implica la posibilidad de limitar la reparación ante conductas que demuestran tal desaprensión que prácticamente pueden ser asimiladas al dolo.

Para el supuesto de existir culpa leve, siguiendo aquí la tradicional distinción del Derecho Romano, es importante resaltar que la utilidad del contrato de trabajo es común a ambas partes.

En este caso, corresponde adoptar extrema prudencia, y como expresa Martorell, al analizar la procedencia de la reparación extratarifada, es preciso recordar que "*esto surge como un remedio excepcional, como una medicina que hay que administrar con cuentagotas y en muy limitadas ocasiones*"¹⁸¹.

¹⁷⁷ Ver acápite 4.7.1.1 (Culpa)

¹⁷⁸ VÁZQUEZ VIALARD, Antonio "La responsabilidad en el derecho del trabajo". Ob. Cit. Pag. 57

¹⁷⁹ ALTERINI A. A., AMEAL O. J., LÓPEZ CABANA R. M., "Derecho de Obligaciones" ob. Cit. Pag.184.

¹⁸⁰ GHERSI Carlos, "Teoría general de ..." ob. Cit. Pag. 110

¹⁸¹ MARTORELL, Ernesto "Indemnización del daño moral por despido" ob. Cit. pag. 214.

La cuestión debe ser analizada a la luz de las disposiciones de los arts. 902 y 909 Cód. Civ., ya que se aprecia indubitadamente el "*deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas*" por parte del empleador, en una situación tan delicada como colocar a una persona en situación de desempleo, así como "*la especial confianza entre las partes*" que un contrato laboral necesariamente implica.

Así, si la conducta del empleador, comparada con la debida en los términos antedichos, se presenta como contraria u opuesta a ésta, podría considerarse procedente, en forma excepcional, una indemnización extratarifada. Por ello resultaría procedente la plena reparación de los daños, en atención de esta atribución subjetiva de responsabilidad que hace ceder los límites legales.

Acuden en apoyo de la inaplicabilidad del límite cuantitativo, cuando el responsable no haya actuado diligentemente, los criterios de la legislación especial, p.ej. en materia de transporte acuático¹⁸².

En realidad, el argumento fundamental para la procedencia de una indemnización extratarifada en este caso, es la necesidad de prevenir el daño, es decir las consecuencias indeseadas y perjudiciales de la situación de desempleo. De este modo, se evita que el empleador, al saber que su deber de indemnizar tiene un techo, relaje "*el cumplimiento de los deberes de diligencia, ... ya que ... tendría igual significado jurídico la conducta antisocial del sujeto negligente, que la conducta adecuada -y socialmente deseable- del sujeto diligente*"¹⁸³.

Por el contrario, no resultaría procedente una indemnización extratarifada en los casos de culpa levísima o mínima desaprensión. En estos supuestos que se requeriría la actitud de un "super hombre", el objetivo de preservar lo adecuado de la conducta y tender a evitar o prevenir el daño se desdibuja, en tanto ya no resultaría razonable la conducta teóricamente exigida que excedería de la razonable diligencia requerida.

¹⁸² ALTERINI Atilio A., "La limitación cuantitativa de la responsabilidad civil". Ob. Cit. Pag. 87

Relacionando estas consideraciones, con lo expresado al comienzo de este apartado, en cuanto a la similitud de la extensión del resarcimiento en los supuestos de responsabilidad objetiva y subjetiva, y especialmente ante la posibilidad de dispensar la culpa, -salvo que ello encubra una dispensa total de la misma-, cabe precisar que, siempre la verificación de la procedencia de la indemnización extratarifada estará íntimamente relacionada con el análisis de los daños efectivamente sufridos. Por ello, la posibilidad de perseguir una indemnización plena no implica necesariamente percibir un monto mayor que el tarifado¹⁸⁴, en cuanto siempre debe estar presente la adecuada relación causal, así como la efectiva prueba de la existencia del daño.

Pues bien, dentro de las limitaciones desarrolladas, existen, al igual que en los supuestos de dolo, buenas razones para considerar procedente una indemnización extratarifada cuando el empleador actúa culposamente en un despido incausado. En este sentido, es necesario dar seriedad al vínculo obligacional, resulta fundamental evitar conductas desaprensivas que atenten contra las buenas costumbres y la buena fe, y es primordial la tendencia a evitar la causación de daños.

5.7 Mayores daños.

A la hora de verificar la procedencia de una reparación ante la existencia de mayores daños, es importante precisar, como punto de partida del análisis, que la indemnización tarifada comprende la reparación tanto del daño moral como patrimonial, y que la misma se presenta como reparación íntegra de todo daño. Lo opuesto podría hacer perecer el sistema, ya que si el trabajador pudiera probar siempre un mayor daño también podría el empleador probar

¹⁸³ ALTERINI Atilio A., "La limitación cuantitativa de la responsabilidad civil". Ob. Cit. Pag. 87.

¹⁸⁴ En este sentido se ha expedido la CSJN in re Gorosito al expresar que el resarcimiento en sede civil "no es necesariamente mayor al previsto en las reglamentaciones del sistema de la LRT" (considerando 15°)

uno menor, o incluso inexistente y se desnaturalizaría la razón de ser de la presunción del daño, que es la protección del trabajador y el fácil acceso a la indemnización.

Ahora bien, esta regla general debe ceder en ciertos supuestos excepcionales. Por ejemplo si se aprecia un ilícito independiente, ya que, precisamente, por existir un hecho distinto que origina el daño, éste no podrá quedar sin reparar, pero no habría en estos casos un plus sobre la indemnización, en sentido estricto, sino simplemente la reparación ante el acaecimiento de un hecho que, en sí mismo, da origen al deber de reparar, con independencia del distracto mismo.

Otros supuestos son las situaciones en las que el incumplimiento se refiere a cuestiones diferentes de las cubiertas por la indemnización tarifada, en vista a su naturaleza, como ser la buena fe al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato (art. 63 LCT); la no discriminación entre los trabajadores (art. 17 LCT); la prohibición de obligar al trabajador a manifestar sus opiniones políticas, religiosas o sindicales (art. 73 LCT). Estos casos deben apreciarse cuidadosamente y para ser procedente una indemnización suplementaria, debe existir una verdadera y directa vulneración de los derechos del trabajador, como consecuencia inmediata y necesaria de un incumplimiento contractual, diferente de la vulneración del mantenimiento de la relación por tiempo indeterminado, supuesto cubierto por la indemnización tarifada.

Estas situaciones, en general, se relacionan con el análisis subjetivo de la conducta del empleador, donde no sólo aparece el incumplimiento objetivo del mantenimiento de la relación laboral, atribuyéndole a aquel responsabilidad con fundamento objetivo, basado en la garantía, sino el incumplimiento de ciertas diligencias debidas, que denotan un supuesto de culpa.

Por las razones antes expuestas, la tarifa legal debe ceder en estos casos, debiendo probarse, tanto los mayores daños, como la falta de diligencia, ya que desaparece la presunción de aquellos y lo que está en juego no es el

resultado de mantener la relación laboral por tiempo indeterminado, sino precisamente el análisis de la conducta del empleador.

5.8 Cuestiones constitucionales.

Naturalmente, la regla general de la suficiencia de la indemnización tarifada, también debe ceder si la aplicación de la tarifa conculca el derecho de propiedad, tutelado por el art. 17 CN, siempre recordando que la existencia de una limitación indemnizatoria, calculada en función de montos máximos a aplicar, no vulnera, per se, derechos constitucionales, "... siempre y cuando no concurren circunstancias que autoricen su descalificación y en tanto no se demuestre que la remuneración fijada configure la supresión o desnaturalización del derecho que se pretende asegurar, ni que dicho importe sea establecido en forma absurda o arbitraria ..." ¹⁸⁵.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ratificado esta postura, en relación con la validez de las limitaciones a la reparación plena, en este caso en virtud de las previsiones de la LRT, siempre que no "*se compruebe un menoscabo sustancial a la garantía que invoca el interesado*" ¹⁸⁶

De este modo, en supuestos que la indemnización laboral, como única reparación, implique una negación del derecho constitucional de propiedad (previsto en el art. 17 CN), procedería de modo excepcional una indemnización extratarifada.

5.9 Contenido del plus indemnizatorio.

¹⁸⁵ CSJN, considerando 7° in re "Villarreal, Adolfo c/ Roemmers s/ cobro de salarios" cit.

¹⁸⁶ CSJN, considerando 17° in re "Gorosito, Juan R. C/ Riva S.A. y otros", feb 1° 2002, revista LL 18/02/2002, con comentario de Antonio Vázquez Vialard.

Resta considerar qué significa, en cuanto a su contenido, el resarcimiento de la indemnización plena, en los casos antes analizados en los que la indemnización tarifada cede.

Dentro de este esquema cabe la reparación de todo daño que reúna los requisitos necesarios para ser considerado resarcible. En virtud de ello, procede la reparación tanto del daño patrimonial como del daño moral.

La clave en estos casos, está dada en la prueba de los presupuestos que permiten superar la tarifa (dolo o culpa del empleador), y en la entidad de los perjuicios sufridos, los que ya no son presumidos, así como en la presencia de los demás requisitos del daño resarcible, entre los que se destaca la existencia de una relación causal adecuada.

Cabe puntualizar que la salida de la tarifa legal no debe redundar en un indebido lucro o beneficio por parte del trabajador. Siempre la reparación del daño quedará enmarcada en la extensión del resarcimiento que el orden jurídico prevea como adecuada y la efectiva prueba de su existencia¹⁸⁷.

En este sentido, el propósito es indemnizar el daño que no resulte resarcido por la indemnización tarifada, no debiendo acumularse una y otra reparación. De este modo, una vez analizada la extensión del deber de reparar y cuantificado el daño, resta sumar al monto de la indemnización legal la diferencia no cubierta por ella, es decir, el porcentaje que excede del monto cubierto por la tarifa¹⁸⁸.

No se trata de indemnizaciones independientes, en tanto lo que aquí se analiza es la reparación debida, consecuencia de un acto único —el despido incausado—. A través del análisis de la conducta del empleador se establece el deber de reparar, en función de una atribución subjetiva de responsabilidad, en lugar de objetiva, siendo posible una limitación a la reparación en este caso, a través de la tarifa, no así en el primero.

¹⁸⁷ Ver acápite 4.8.2 (Prueba de la existencia del daño)

¹⁸⁸ ALTERINI Atilio A., "La limitación cuantitativa de la responsabilidad civil". Ob. Cit. Pag. 91.

La misma situación se presenta al analizar la insuficiencia de la indemnización tarifada, cuando su aplicación conculca el derecho de propiedad del trabajador, en cuyo caso también el plus deberá calcularse en función de la cuantía de la reparación plena, debiendo sumarse a la tarifa, el monto no cubierto por ésta, pero nunca sumando ambas indemnizaciones como supuestos distintos.

Distinta puede ser la situación cuando se presentan hechos ilícitos independientes, donde, dada esta característica, aparece una indemnización diferente. Por esta razón, es necesaria una gran prudencia al analizar la existencia de hechos ilícitos independientes, ya que, como quedara expresado, en general, los supuestos ilícitos distintos se confunden con la actitud o conducta del empleador que no deja de ser parte integrante del acto de disolución contractual. Debe evitarse obligar al empleador a reparar dos veces por el mismo hecho.

6 CONSIDERACIONES FINALES

6.1 *Reenvío al Derecho Privado (Responsabilidad Civil)*

En los primeros capítulos quedó de manifiesto que el Derecho Laboral surgió como rama autónoma del Derecho Civil, a fin de otorgar mayor protección a los trabajadores, con el objetivo de no aplicar los clásicos principios civiles a las relaciones del trabajo.

En aquel momento, el Derecho Civil consideraba como factor de atribución por excelencia a la culpa, resultando insignificante cualquier referencia a los factores objetivos de atribución; centraba toda su atención en el autor del daño y no en la víctima; se orientaba fundamentalmente a la responsabilidad individual, limitando la legitimación pasiva y dejando de lado la tutela de derechos colectivos; previendo la indemnización por daño moral únicamente en supuestos de delitos dolosos; etc.

En esa instancia, el Derecho Laboral fue precursor en receptar los factores objetivos de atribución.

Actualmente, las limitaciones propias del Derecho Privado fueron revirtiéndose, surgiendo un 'nuevo Derecho de Daños', y gran parte de las normas que quisieron evitarse dentro del ámbito laboral, han ido evolucionado en materia civil en favor del damnificado, siempre teniendo en cuenta el daño injustamente sufrido y la necesaria protección de la parte débil de la relación.

Pues bien, a la luz de las disposiciones laborales se da la paradoja de que en muchos casos, en situaciones similares, las indemnizaciones pueden considerarse más íntegras y plenas en sede civil que en sede laboral. Sobre la base de estas consideraciones cabe replantear los fundamentos protectorios del Derecho Laboral, bajo la óptica de esta nueva realidad en materia civil, conforme sus nuevos principios, así como también los tradicionales.

Parafraseando a Alterini¹⁸⁹, parece que los viejos odres resultaron insuficientes para contener las soluciones apropiadas a los tiempos cambiantes.

En la Era Industrial, la respuesta más singular resultó de la legislación laboral. Cuando se entró en los albores de la Era Tecnológica fueron repensadas ideas generalmente tenidas por válidas, y se procuró dar soluciones adecuadas a los nuevos requerimientos, muchas veces mediante la relectura de los antiguos textos.

Conviene, tal vez, a la luz de la evolución de los principios del Derecho Civil, que justamente en los albores del Derecho Laboral quisieron evitarse, pensar en un reenvío a las normas generales, como herramientas útiles y necesarias para el mejor logro de la esencia y finalidad de los derechos en juego.

De este modo, es posible interpretar que el Derecho Laboral no se desprendió totalmente de la rama que le dio origen, sino que simplemente buscó especificidad para conseguir el cumplimiento de sus fines protectorios, y si esto se ve de algún modo amenazado, corresponde buscar las respuestas en sus orígenes.

Esta vuelta a los orígenes puede ser vista a partir de una "*interdisciplinarietà jurídica intrínseca*" del Derecho del Trabajo de aquel del que se desprendió¹⁹⁰.

La aplicación de la responsabilidad civil a cuestiones laborales fue ampliamente receptada en materia de infortunios laborales, a través de la aplicación del art. 1113 Cód. Civ. y fue debatida, de modo genérico, durante las XXV^a Jornadas de Derecho Laboral¹⁹¹.

¹⁸⁹ ALTERINI, Atilio A., LÓPEZ CABANA, Roberto M. "Temas ..." ob. Cit.

¹⁹⁰ MONEREO PÉREZ, José Luis, "Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del trabajo". Ob. Cit. pag. 58.

¹⁹¹ Ponencias, Plenario II, "Hacia una teoría general del daño en las relaciones laborales" XXV^a Jornadas de Derecho Laboral organizadas por la Asociación de Abogados Laboralistas, 11, 12 y 13 de noviembre de 1999. Mar del Plata, Bs. As. Ed. La Ley, pag. 116 y sgtes.

Ante la inexistencia de normativa específica laboral referida a obligaciones y responsabilidad, la necesidad de recurrir a las normas propias del Código Civil, aparece forzosamente, en la medida en que no sean incompatibles con los principios del Derecho del Trabajo¹⁹².

En este sentido, "... la teoría general del daño aplicable a las relaciones laborales, debe construirse sobre la base de dos aspectos que le sean fundacionales, a saber: 1) la admisión y construcción de formas de responsabilidad objetiva para la cual pueda determinarse la tarificación ... 2) la admisión y construcción complementaria de formas de responsabilidad subjetiva, por culpa en el obrar del agente activo de la conducta reprochable, que impliquen la reparación de los daños nominales y compensatorios sin límite..."¹⁹³

La aplicación de los principios de la responsabilidad civil a las relaciones laborales, a modo de reenvío a la rama del Derecho que dio origen a la disciplina laboral, debe ser interpretada en modo restrictivo y no como un modo de burlar las disposiciones propias de la legislación especial¹⁹⁴.

6.2 Conclusiones.

El objetivo de este último apartado no es arribar a una conclusión, con la idea de acabar o finalizar el tema, sino como la oportunidad de realizar ciertas reflexiones, a modo de resolución sobre las meditaciones antes desarrolladas.

¹⁹² VÁZQUEZ VIALARD, Antonio "La responsabilidad en el derecho del trabajo". Ob. Cit. Pag. 9/10.

¹⁹³ Ponencia de los Dres SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, Teodoro y PEREYRA Alejandro Fabio. XXVª Jornadas de Derecho Laboral organizadas por la Asociación de Abogados Laboralistas. Cit. Pag. 147.

¹⁹⁴ MAZEAUD Henri y TUNC León y André "Tratado Teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual". Ed. Jurídicas Europa-América, Bs. As., 1977, Pag. 30.

Volviendo sobre algunas ideas vertidas en la introducción, era importante centrar el análisis en la persona, recordando que el ser humano, en realidad su conducta, es el fin último del Derecho; dirigir el foco central hacia la situación de desempleo en la que se encuentra el trabajador despedido, y los daños que puede sufrir por la pérdida de su lugar de empleado.

Una vez detectado que, en algunos casos de despido incausado aparecían situaciones fácticas que denotaban una cierta desigualdad y que la protección buscada por el Derecho Laboral no estaba resultando efectiva, pareció razonable buscar respuestas en otras ramas del Derecho, intentando realizar algún aporte sobre la cuestión.

El desafío consistió en encontrar un equilibrio entre las ventajas que representa la indemnización laboral tarifada, para ambas partes de la relación laboral, y las posibles injusticias que su aplicación automatizada podía acarrear.

Para analizar los casos en los que procedía la indemnización tarifada, previamente hubo que sentar ciertas premisas. Como las herramientas a utilizar provenían fundamentalmente del Derecho de Daños, éste fue el parámetro para fijar los presupuestos del deber de reparar ante el despido incausado, siendo clave la evolución del Derecho Civil para propiciar el reenvío a sus normas.

Un primer paso consistió en quitar la connotación de acto ilícito al despido incausado, ya que la conducta del empleador que, incausadamente, despide al trabajador, en tanto conducta permitida por el ordenamiento jurídico, puede ser encuadrada dentro de los supuestos de actos lícitos que generan el deber de reparar. Esto puede ser precisado, a través de utilizar el término incumplimiento objetivo, en lugar de antijuridicidad. Desde esta perspectiva la conducta del empleador es un incumplimiento, en tanto no cumple con el deber de otorgar empleo por tiempo indeterminado, que es considerado de modo objetivo, sin analizar su subjetividad y alejando la cuestión de la noción de ilicitud.

Siguiendo el desarrollo de este primer presupuesto de la responsabilidad, pasando al segundo de ellos, el factor de atribución de la misma, o razón para ser asignada, fue considerado objetivo, en virtud de la noción de garantía, en tanto el empleador no puede liberarse de su deber de responder ante el trabajador, como consecuencia del despido incausado, probando la ruptura genérica del nexo causal. Esta atribución objetiva de responsabilidad aparece como razonable, ante la mejor situación en la que se encuentra el empleador frente al trabajador que es colocado en situación de desempleo, y resulta adecuada en virtud de la limitación cuantitativa de responsabilidad que la norma establece.

En relación con el daño y la relación causal, ambos presupuestos fueron considerados presumidos por la norma. Esto encuentra razones fundadas en las ventajas que la tarifa legal representa para el trabajador, así como la importancia de proteger y evitar la situación de desempleo con sus consecuencias negativas.

En la generalidad de los casos, la indemnización laboral, tarifada, como única reparación de los daños sufridos por el trabajador, se presenta como una adecuada solución dada por el Derecho Laboral.

Sin embargo, ante situaciones de irrazonabilidad o injusticia, donde la indemnización laboral resulta irrisoria y vulnera derechos básicos del hombre, la tarifa debe ceder y debe dar lugar a la plena reparación de los daños. En estos supuestos, la protección constitucional de la propiedad viene en apoyo de la salida de los límites legales. Esta cuestión no resulta controvertida, desde un análisis piramidal de la normativa jurídica, ya que, si la aplicación de una norma inferior, en este caso la LCT, lleva a consecuencias contrarias a la CN, la solución debe ser reencausada.

Ahora bien, en ciertos supuestos, la razón para la procedencia de una indemnización extratarifada, no surge del resultado arribado por la aplicación de las limitaciones a la responsabilidad, sino esencialmente de las características del acto que dio origen al daño, entonces, la aplicación de la atribución de responsabilidad fundada en factores subjetivos, que toman en

cuenta el actuar del agente dañoso, vino en auxilio como correctivo de esas injusticias.

Así, partiendo de la atribución objetiva de responsabilidad y de la consiguiente limitación cuantitativa de la indemnización que ésta acarrea, fue posible considerar procedente una indemnización extratarifada, ante el actuar doloso o culposo del empleador. Para ello, fue necesario retomar, por un lado, la noción de sanción que también involucra la indemnización, así como la necesidad de otorgar seriedad al vínculo obligacional, impidiendo conductas que impliquen prácticamente someter a la mera voluntad del deudor la decisión de cumplir.

En este sentido, el empleador que despide a su empleado, p.ej. por cuestiones de reorganización empresarial, actuando diligentemente al resolver la relación laboral, no debe responder de igual modo que quien omite las diligencias debidas, o peor aún, que aquel que actúa con máxima desaprensión o dolosamente.

Por supuesto que la aplicación del Derecho de Daños como modo de superar la tarifa legal resulta controvertida, pero es un intento de preservar el espíritu protectorio del Derecho Laboral. Una vez más, a raíz de la necesaria búsqueda del equilibrio, es preciso resaltar que la indemnización extratarifada, que pueda concederse, debe ser vista como una excepción, y debe guardar relación con los daños efectivamente sufridos y que estén en una adecuada relación causal con el hecho que los originó. Debe ser un modo de corregir injusticias y no una herramienta para ocasionarlas.

7 BIBLIOGRAFÍA

- AGOGLIA María M., BORAGINA Juan C., MEZA Jorge A.
"Responsabilidad por incumplimiento contractual" Dir. BUERES
Alberto J.. Ed. Hammurabi, Bs. As., 1993
- ALTERINI Atilio A., *"La limitación cuantitativa de la responsabilidad
civil"*. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997
- ALTERINI Atilio Aníbal, AMEAL Oscar José y LÓPEZ CABANA Roberto
M., *"Derecho de Obligaciones. Civiles y Comerciales"*, Ed. Abeledo
Perrot, 1ª Ed., Bs. As., 1995.
- ALTERINI Atilio A., LÓPEZ CABANA Roberto M. *"Responsabilidad
contractual y extracontractual: de la diversidad a la unidad"*, L.L.,
1989-C, 1186/1196
- ALTERINI Atilio A., LÓPEZ CABANA Roberto M., *"Temas de
Responsabilidad Civil"* Co-Ed. Ciudad Argentina y Departamento de
Publicaciones Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de
Buenos Aires, Bs. As., 1995
- BIDART CAMPOS, Germán *"Derecho Constitucional. Realidad normativa y
justicia en Derecho Constitucional"*, Ed. Ediar, Bs. As., 1964
- BOFFI BOGGERO Luis M.. *"Tratado de las obligaciones"*. Ed. Astrea, Bs.
As., 1973
- BOFFI BOGGERO, Luis M. *"Tratado de las Obligaciones"*, Ed. Astrea, Bs.
As., 1981
- BUERES, Alberto J. *"El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta"*
en *"Derecho de Daños"*. Ediciones La Rocca, Bs. As., 1989, Directores:
Félix A. Trigo Represas y Rubén S. Stiglitz.
- CALABRESI Guido, *"El coste de los accidentes. Análisis económico y
jurídico de la responsabilidad civil"*, Ed. Ariel, Barcelona, 1984.

- DE ÁNGEL YÁGÜEZ Ricardo. *"Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil"*. Editorial Civitas. Madrid. 1995.
- DE LORENZO Miguel F. *"El daño injusto en la responsabilidad civil"*, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1996.
- ERMIDA URIARTE, Oscar *"La declaración sociolaboral del Mercosur y su aplicabilidad judicial"* Revista Judicatura Montevideo 2000, N° 41
- ETALA, Carlos Alberto *"Los convenios de la Organización Internacional del Trabajo y su interpretación"*. LL 29/11/2001.
- EWALD, François. *"El concepto de derecho social"*. Traducido por Christian Courtis. En Contextos Revista Crítica de derecho social. N° 1, Ediciones del Puerto, Bs. As., 1997
- FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos y CAUBET, Amanda B. *"Leyes Fundamentales del Trabajo"*. Ed. Pulsar, Bs. As.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *"La "antijuridicidad" como problema"* en *"Obligaciones y Contratos en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor doctor Roberto M. López Cabana"*. Director Oscar J. Ameal, Coordinadora Silvia Y. Tanzi. Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2001.
- GALDÓS, Jorge María. *"Reparación y cuantificación del daño en la responsabilidad civil por actos lícitos"* en *"Cuantificación del Daño"* Revista de Derecho de Daños. Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001.
- GELLI, María Angélica. *"Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada"*. Ed. La Ley. Bs. As. 2001
- GHERSI Carlos A., *"Teoría general de la reparación de daños"*, Ed. Astrea, Bs. As., 1997
- GIANIBELLI, Guillermo *"Por un Derecho Constitucional del Trabajo (Los límites constitucionales a la desregulación laboral)"* Ed. Errepar - DLE - N° 152 -abril/98-T. XII.



- KAHN-FREUND, Otto *"Trabajo y Derecho"*. Ed. Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987.
- KARPIUK Héctor H. *"La cuenta de capitalización. ¿Una propuesta superadora de la indemnización prevista en el artículo 245 del régimen de contrato de trabajo?"* Errepar -DLE - NRO. 156 Agosto-98 T. XII.
- KARPIUK, Héctor H. *"Nuevas reflexiones sobre la indemnización prevista en el artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo"* Errepar - DLE - N° 161- enero/99- T. XIII.
- LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. *"La evolución de la responsabilidad civil de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización"*. "Revue trimestrielle de Droit Civil", París, 1987. Traducido por Eliana A. Nuñez.
- LLAMBÍAS, Jorge Joaquín *"Tratado de Derecho Civil - Obligaciones"*. Tomo I. Ed. Perrot, Bs. As., 5ª Edición Actualizada, 1994.
- LÓPEZ OLACIREGUI José M. *"Esencia y fundamento de la responsabilidad civil"* Responsabilidad civil y seguros. Ed. La Ley, Bs. As., 1999.
- LORENZETTI Ricardo L., *"La responsabilidad por daños y los accidentes de trabajo"* Bs. As. 1993.
- MARTÍNEZ VIVOT, Julio *"La discriminación laboral. Despido discriminatorio"*. Ed. Ciudad Argentina y USAL, Bs. As., 2000.
- MARTORELL, Ernesto *"Indemnización del daño moral por despido"*. Ed. Hammurabi, Bs. As., 1994.
- MAZEAUD Henri y TUNC León y André *"Tratado Teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual"*. Ed. Jurídicas Europa - América, Bs. As, 1977.
- MONEREO PÉREZ, José Luis, *"Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del trabajo"*. Ed. Cuadernos Civitas, Madrid, 1996.

- Oficina Internacional del Trabajo "*Protección contra el despido arbitrario. Conferencia internacional del trabajo 82^a*". Ginebra, Suiza, 1995.
- ROSENKRANTZ Carlos, "*El Riesgo y la Responsabilidad Extra - contractual*".
- SARDEGNA, Miguel A. "*Ley de contrato de trabajo, comentada - anotada - concordada*" Ed. Universidad, Bs. As., 1995.
- SUPIOT, Alain. "*Crítica del Derecho del Trabajo*". Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid, 1996.
- TOLLER, Fernando, "*Propuestas para un nuevo modelo de interpretación en la resolución de conflictos entre derechos constitucionales*". Anuario de Derecho (Universidad Austral) Ed. Abeledo Perrot, Vol. 4, Bs. As., 1998.
- TRIGO REPRESAS Félix A. "*Extensión de la responsabilidad por incumplimiento contractual*" en "Revista de Derecho Privado y Comunitario. Responsabilidad Contractual I. N° 17" Dir. Alegría-Mosset Iturrapé. Ed. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 1998.
- VÁZQUEZ FERREYRA Roberto, "*Responsabilidad por daños*", Ed. Depalma, Bs. As., 1993
- VÁZQUEZ VIALARD, Antonio. "*Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*", Ed. Astrea, Bs. As., 1992.
- VÁZQUEZ VIALARD, Antonio. "*El daño extrapatrimonial en el Derecho del trabajo*". L.L. 1996-E 428.
- VÁZQUEZ VIALARD, Antonio. "*La responsabilidad en el derecho del trabajo*". Ed. Astrea, Bs. As., 1988
- VON GIERKE, Otto "*Las raíces del contrato de servicios*" Ed. Civitas S.A., Madrid, 1982.
- Von POTOBSKY, Geraldo "*La Declaración sociolaboral del Mercosur*" DT-1999-A-769.

CSJN, "Villarreal, Adolfo c/ Roemmers s/ cobro de salarios", 10/12/1997, (Fallos 202.XXXIII),

Fallos 987:XXXVI. LL 18/02/2002 con comentario de Antonio Vázquez Vialard.

SC Bs. As. Agosto 21 1990 "Lerena, César A. C. Club Hípico Mar del Plata y otro" DT 1990-A-909

SC Bs. As. Agosto 26 1997, LLBA 1997-1254

SC Buenos Aires, noviembre 3-1981 DT, 982-265.

CNCiv. y Com Fed. Sala III, 31/03/98 ED revista 3/03/99.

CNCom. Sala A, 12/11/99 ED revista 14/04/00.

CNCom. Sala C, 10/05/94. CApel. CC Rosario, Sala II, 8/03/95, ED revista 16/08/96.

CNTrab, plenario N° 168 de fecha 18 de octubre de 1971.

CNTrab, Sala I, julio 31 1990, DT 1991-A-612

CNTrab, Sala II, febrero 15 1993, JA 1994-II-706

CNTrab, Sala III, febrero 21 1983 DT 1983-822

CNTrab, Sala III, noviembre 27 1989

CNTrab, Sala IV, marzo 23 1992 DT 1992 B 1232

CNTrab, Sala V, noviembre 24 1993, DT 1994-A-742

CNTrab, Sala VI, febrero 12 1999, DJ 2000-1-881

CNTrab, Sala VI, julio 10 1998 Rev. Resp. Civ. Seg. LL Año I, N° 1

C1ªCiv.y Com. Sala II de Mar del Plata del 10 de agosto de 2000 publicado en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros LL Año III N° III. Mayo-Junio de 2001.

YZQUIERDO TOLSADA Mariano *"La unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual (Visión europea)"*
"Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al Profesor Atilio A. Alterini". Ed. Abeledo Perrot, Bs.As., 1997.

ZANNONI Eduardo, *"El daño en la responsabilidad civil"*. Ed. Astrea, Bs. As., 1982.

7.1 Otras Referencias

7.1.1 Jornadas:

Jornadas en homenaje al Prof. Dr. Roberto H. Brebbia, realizadas en Rosario, 6 y 7 de noviembre de 1986, "Responsabilidad Civil", Editorial Vélez Sarsfield, Rosario, 1988,

XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 23 al 25 de Septiembre de 1999.

XXVª Jornadas de Derecho laboral organizadas por la Asociación de Abogados Laboralistas. 11, 12 y 13 de noviembre de 1999. Mar del Plata, Bs. As. Ed. La Ley.

7.1.2 Jurisprudencia:

CSJN "De Luca, José c/ Banco Francés" DT 1967-159

CSJN "Figuerola, Oscar F. c/ Loma Negra CIA S.A.A s/ cobro de pesos" (4/sep/1984)

CSJN, "Gorosito, Juan R. C/ Riva S.A. y otros", febrero 1º 2002, revista LL 18/02/2002, con comentario de Antonio Vázquez Vialard.