

## **ENFOQUE DEL RESARCIMIENTO DESDE EL ÁMBITO LABORAL, EN POS DE UNA ADECUADA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO Y EN LA PERSPECTIVA DE UNA REPARACIÓN INTEGRAL**

(Bentivegna Saenz, Alejandro E.

Artículo publicado en Revista de Derecho Laboral; Actualidad; 2016-2; Rubinzal – Culzoni Editores; Santa Fé, 2016)

**Sumario: 1. Algunas consideraciones generales previas en torno del régimen específico. 2. El problema del daño y de la íntegra restitución. 3. A modo de epílogo.**

### **1. Algunas consideraciones generales previas en torno del régimen específico**

En la naturaleza y en lo social de un mundo móvil todo cuanto existe no sólo tiene un modo determinado de ser, sino también un tiempo y lugar de expresarlo; y los problemas fáctico-jurídicos no son una excepción. Entonces ¿cuál es el *marco referencial* de la tópica que ahora nos convoca? ¿Hacia dónde y cómo debemos fijar nuestra mirada intelectual, cuando pensamos adecuarla a lo real para poder así devolver *lo suyo* perdido a un sujeto especificado normativamente por su actividad típica?

De acuerdo con un enfoque *realista reflexivo*, es el *objeto* el que informa el conocimiento, sea *ciencia*, sea *arte* -ya útil, ya bello, o ambos a la vez-, y no viceversa. Por eso, para comprender adecuadamente los principios informantes del *Derecho Laboral* ha de partirse necesariamente de la noción misma de *trabajo*, el cual es *lato sensu*, según *Vázquez Vialard*,<sup>1</sup> *la acción del hombre desplegada para dominar la naturaleza y, con ello, obtener una reducción del racionamiento a que lo somete aquélla*. Y en tal sentido, *tanto la tarea manual como la intelectual, presentan fases: una interior o aspecto psicológico, y otra exterior, que refiere desde aquélla a la vida social, y ambas fases se hallan vinculadas a las virtudes de la prudencia y del arte*. Pero vale

aclarar que el trabajo en sí es sólo el *objeto material* remoto del Derecho del trabajo; pues su *objeto formal* ni siquiera es un mero *trabajo contractual*, que sería su *objeto material* próximo, sino un trabajo *dependiente*, y ello así en la órbita del Derecho privado, dado nuestro sistema legal positivo y vigente.

Se puede también definir en sentido amplio el *trabajo* como *toda actividad realizada por el hombre, con su esfuerzo físico o intelectual, que produce bienes y servicios y que tiene por objeto convertir las cosas, es decir, transformar la realidad*. Mas respecto del *Derecho del trabajo*, el concepto es más estricto. Se circunscribe a toda actividad lícita prestada a otro –persona física o jurídica (empleador individual o plural)- a cambio de una remuneración; de tal manera, se advierte sin dificultad que el *Derecho del trabajo* no se ocupa de todo el trabajo humano sino sólo del trabajo en relación de dependencia.<sup>2</sup> Y no obstante, aun dependiente, el *trabajo humano* no es un mero instrumento al servicio del interés particular de otro, ni una mercancía, tal como se presentaba en la esclavitud. Se trata de una actividad creadora de utilidad que tiene valor social. Constituye el lazo de unión entre el hombre y la sociedad: trabajar es entonces crear utilidad; el producto del trabajo realizado sirve a otros: es un servicio social, un acto de solidaridad humana.<sup>3</sup>

Pero sin perjuicio de tal horizonte, en el *trabajo oneroso* existe una relación de cambio de carácter patrimonial, ya que el trabajador desarrolla tareas para su subsistencia y la de su familia: trabaja por la remuneración. Aun así, persiste por encima de ello la dignidad humana del trabajador, la cual merece una valoración legal preferente, asumida no sólo en la legislación argentina, sino también en el derecho comparado, en los convenios y recomendaciones de la OIT y en distintos tratados internacionales.

Así, la dignidad humana se respeta al entender que el trabajador no es una máquina, ni una computadora, ni un robot, sino que es un hombre, cuyo trabajo conciente y libre ha de servir para sí y para la sociedad, porque ésta disfruta de los bienes y servicios producidos por aquél: es social por su fin y

*por su ejercicio. En consecuencia, las relaciones de trabajo se centran en satisfacer las necesidades del hombre y facilitar su desarrollo como persona, pues el hombre está dotado de inteligencia y de voluntad, de capacidad de acción para dominar su mundo y convertir las cosas según un orden racional y justo,<sup>4</sup> precisamente en la inteligencia jurídica de que el trabajo proviene de un ser digno por naturaleza, y contribuye, además, al mérito de esa naturaleza perfectible, tanto en lo personal individual, como en lo social.<sup>5</sup>*

Cabe destacar asimismo que, sin menoscabo del enfoque ontológico del objeto material del Derecho laboral, su *objeto propio* o *formal* es un cierto *trabajo dependiente*; y para su definición suele acudir a menudo *tautológicamente* a lo que dice la ley que debe ser considerado tal; si bien cabe, no obstante, asumir el esfuerzo reflexivo acerca de lo que es la *dependencia*, como definitoria de la *relación laboral, factum* y sustrato a su vez del contrato de trabajo; y desde una primera aproximación advertimos que esta *relación* consiste en un *servicio contractual*; el cual no sólo se presenta en el ámbito del Derecho laboral, sino también en otras ramas, entre ellas, en el Derecho civil; acaso sea por existir una misma *materialidad fáctica* bajo diversas *formalidades jurídicas*.

Ahora bien, históricamente hablando y lejos, sin duda, de una relación de servicio profesional casi paradigmática, *el Derecho del Trabajo conoce su génesis a partir de aceptar las diferencias existentes en la posición de negociación entre los sujetos contratantes;*<sup>6</sup> partes que desde remotas épocas no gozaban al contratar de *igual libertad e información para el caso en concreto; y por ello el Derecho estaba llamado a nivelar en Justicia esa relación, donde el trabajador presta su capacidad laboral a una estructura empresaria, subordinándose en forma técnica, jurídica y económica a la parte empleadora, quién aprovecha empresarialmente los resultados del trabajo de su empleado;*<sup>7</sup> de modo tal que *el trabajo humano dependiente implica su incorporación a la estructura empresaria organizada por el sujeto empleador; asumiendo este último los riesgos y beneficios del trabajo incorporado.*<sup>8</sup>

De acuerdo con tal esquema objetivo, el hecho del *trabajador dependiente de empresa privada, provoca el nacimiento del Derecho del Trabajo, aproximadamente en el siglo XIX*, y desde entonces esta situación fundamental *se mantiene sin variantes*. Y no obstante, en lo que podemos a su vez llamar el *ámbito especial de labores dependientes*, emerge también la situación del *empleado público, regulada por el Derecho Administrativo y extraña al Derecho del Trabajo, salvo que el Estado acepte expresamente la legislación laboral, o regule la actividad por un CCT*, tal como ocurre en el Derecho Argentino (*art. 2º inc. a, L.C.T.*).<sup>9</sup>

Aguzando entonces la mirada conforme con cierta doctrina laboralista<sup>10</sup> y desde un enfoque jurídico general, donde el Derecho del Trabajo se inserte no a la fuerza sino armónicamente, se debe también advertir *de conformidad con el art. 4 de la LCT*, que “*el contrato de trabajo tiene como principal objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí*”; y ello implica que el trabajo humano prestado en relación de dependencia laboral excede de una mera relación de cambio económico para convertirse en un objetivo de política nacional, que implica en su producción la necesaria complementación económica y de intercambio. Es decir, entonces, que en el marco del contrato de trabajo “*lo que define al sujeto trabajador es su condición de medio personal de una organización empresaria ajena*. Y de este modo, en situaciones dudosas, es menester ubicar dónde se encuentra la organización empresaria, quien es su titular, esto es, quién corre con los riesgos de la explotación y se apropia originariamente de los frutos de la actividad y cuál es el rol que el trabajador desempeña en el proceso productivo”.<sup>11</sup>

De tal suerte, es el contrato de trabajo el que coloca al asalariado bajo la autoridad de un empresario, que le da órdenes concernientes a la ejecución, controla el cumplimiento y verifica los resultados. Y lo expuesto debe correlacionarse con los arts. 26 y 5 de la LCT, porque el primero dispone que “*se considera empleador a la persona física o conjunto de ellas, o jurídica, tenga o no personalidad jurídica propia, que requiera los servicios de un*

*trabajador”, mientras que el segundo señala que empresa es la organización instrumental de medios personales, materiales, e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o beneficios, siendo empresario quien dirige la empresa. Y cabe en este sentido considerar que el principal factor de caracterización radica en la asunción del riesgo empresario, la propiedad de una organización de empresa, y en la solvencia económica. Por tanto, el empleador debe ser un empresario, por mínima que sea su organización.*<sup>12</sup>

De acuerdo con lo expresado precedentemente, el *objeto propio* –y en consecuencia, el régimen legal específico- del derecho laboral, esto es, el trabajo *dependiente* no estatal, reconoce como referente tópico esencial a la *empresa*, tanto en lo concerniente al ámbito contractual –con sus anejas vicisitudes, a menudo adversas para la parte más débil-, como respecto de las perjudiciales *contingencias* padecidas por un trabajador con relación a su *servicio dependiente empresarial*; emergencias que entran con frecuencia en tensión con los principios y fines mismos del ordenamiento laboral, en cuanto procure restablecer el equilibrio jurídico dónde se exhiba su carencia.

## **2. El problema del daño y de la íntegra restitución**

De conformidad con estas aclaraciones previas en torno del ámbito de lo específico resarcible, cabe ya encaminarse hacia la cuestión que principalmente nos convoca; y con dirección analítica conviene consignar que se entiende comúnmente por *daño*<sup>13</sup> una lesión o perjuicio, de cualquier modo que se efectúe -aún contra sí mismo-; acepción que connota ya elementos que, si se vinculan con la alteridad basal del derecho, podrán referirse con precisión técnica al que causa una persona al menoscabar una *esfera* de libertad *ajena*,<sup>14</sup> de tal modo que tenga sentido pensar entonces en un resarcimiento o indemnización del perjuicio ocasionado, especificable según las diversas materias del derecho. Así, v.g., en *lo civil*, quien por su culpa cause un daño a otro estará obligado a repararlo, si bien se impone la reparación aún sin culpa,

cuando se debe responder conforme a la ley por daños causados por personas a cargo o por sucesos mediante cosas propias o en guarda. Y el perjuicio por incumplimiento obligacional -contractual o extra-contractual- se resuelve jurídicamente por medio del resarcimiento económico. Desde otro ángulo, en *lo penal*, quien delinque debe responder criminalmente, pero también civilmente -mediante la correspondiente *indemnización pecuniaria*- por el daño material y moral que ello irroge. Y ya en el ámbito de las relaciones *laborales dependientes*, los perjuicios derivados de ellas deberán asimismo repararse mediante el pago *indemnizatorio*,<sup>15</sup> aunque predeterminado por ley y estimado luego en concreto judicialmente, sea en casos de despido injustificado, falta de preaviso, o de accidentes y enfermedades de origen o agravamiento laborales.<sup>16</sup>

Y vale tener presente en un adecuado encuadre jurídico de la responsabilidad, que el *principio protectorio laboral*, plasmado en el orden *supraconstitucional*, asimismo en los arts. 14, 14 bis y acordes de la Constitución Nacional, en los arts. 39, 40 incs. 1) y 13), 59 y acordes de la Constitución de Río Negro y en la legislación específica en materia laboral (arts. 17, 63, 65, 68, 81, entre otros, de la LCT, y 8 de la ley 19587 – Condiciones de Higiene y Seguridad en el Trabajo-), no desplaza sino que subsume en el sistema legal laboral las implicancias de las previsiones establecidas en materia de hechos y *actos humanos* en los arts. 897, 898, 900, 902/906, 944, entre otros, del Código Civil (pautas jurídicas reformuladas en el nuevo CCyC; v. arts. 260, 1750, 1725/1726, 259, 1128) y sin perjuicio de lo previsto específicamente, v.g., en el art. 245 de la LCT, cumplidos sus presupuestos y exigencias y subordinados en todo al mentado *principio protectorio laboral* y al sistema jurídico correspondiente, resultan aplicables – entre otras- las previsiones de los arts. 1067 (1716, 1737, 1738, CCyC), 1071 (10, 1721, 1722, CCyC), 1078 (1741, CCyC), 1109 (1721, 1724, 1751, CCyC) y 1113 (1721, 1722, 1731, 1753, 1757, 1758, 1769, 2095, CCyC) del mismo Código.<sup>17</sup>

Ahora bien, en la *alteridad transaccional* inherente al *contrato de trabajo*, se observa que su sola extinción genera ya ciertos derechos y obligaciones, respectivamente en cabeza de cada una de sus partes, de suerte que corresponderá al *empleador* cumplir en tiempo propio obligaciones de pago de *haberes* y otros *beneficios* pendientes; y dado que el despido pone fin a la relación, deberá abonar al trabajador su *remuneración* hasta el día de la extinción, más los *adicionales* que correspondan -como *asignaciones familiares*-, la proporción de *salario anual complementario* y otros beneficios -como premios-, así como haberes por *horas extra* y *comisiones* y *participación en utilidades*, entre otros, aun fuera del tiempo normal de liquidación.

Deberá además indemnizar, cuando por la causal de extinción se prevea legal -o aun *convencionalmente*- el pago, como sucede con el *despido sin justa causa*, por el cual corresponde resarcir por *preaviso omitido*, *antigüedad*,<sup>18</sup> *proporcional* por *vacaciones no gozadas*, y otras *patrimonializaciones* por servicios prestados, como v.g. la *indemnización por clientela* de los *viajantes*.<sup>19</sup>

Por su parte, el trabajador resulta obligado a reintegrar los bienes del empleador, a suscribir recibos por dinero y efectos recibidos -si bien podría no aceptar una parcial cancelación- y, de contar con información de perjudicial divulgación, guardar reserva en el cauce de lo lícito. Y si rescindiera sin preavisar, estaría además a su cargo la correspondiente indemnización.<sup>20</sup>

Pero es de advertir que no toda extinción vincular genera crédito indemnizatorio. Así, no lo genera en principio el vencimiento del plazo cierto, ni el cumplimiento de la condición en contratos por obra y eventuales, ni el despido justificado, o por jubilación ordinaria, ni tampoco -en principio- el ocurrido durante el período de prueba, o por auténtica rescisión de mutuo acuerdo.

Mas de las causas que sí generan indemnización, las hay que la imponen de modo *reducido*,<sup>21</sup> *completo* -como el despido sin justa causa, el indirecto justificado y el resultante de una incapacidad absoluta.-, o *agravado*.<sup>22</sup>

De los mencionados, el despido directo sin justa causa como el indirecto justificado generan el deber de indemnizar en cabeza del empleador, ya que ambos giran en torno de una *injuria*, esto es, de una grave falta de cumplimiento de las obligaciones y deberes de conducta propios del vínculo laboral, que por su trascendencia impide la prosecución del vínculo laboral dependiente,<sup>23</sup> y que resulta, sin embargo, escasamente determinada por la ley, tanto que requiere concreta dilucidación judicial.<sup>24</sup>

Y cabe destacar que al *despido* -directo- sin justa causa, cual acto -libre- *unilateral y recepticio*, el sistema legal lo considera *válido* como generador de la ruptura vincular, pese a que, por motivarse en una *injuria*, resulte en definitiva *ilícito*, y ello en la medida misma que controvierta el bien jurídico salvaguardado por el sistema normativo laboral, esto es, la normal continuidad contractual. Esta *especie* gira entonces en torno de una *conducta lesiva de derechos fundamentales*, amparados por el *contrato de trabajo*, con gravedad suficiente para tornar imposible su prosecución,<sup>25</sup> porque los bienes jurídicos de *libertad e igualdad* ya no pueden ser observados normalmente en la *relación dependiente*.

Corresponde tener presente en este tema que existen además, en el plano de la responsabilidad jurídica del empleador, conductas ilícitas comprometidas con lo contractual y lo extra-contractual, que implican un claro apartarse de las obligaciones fundamentales de la LCT, como son las *inconductas* destinadas a afectar la dignidad personal del trabajador; las cuales generan la responsabilidad de la empleadora –cf. arts. 1109 (1721, 1724, 1751, CCyC) y 1113 (1721, 1722, 1731, 1753, 1757, 1758, CCyC), C.Civil- por el daño eventualmente provocado, y justifican en consecuencia el reconocimiento de la reparación de ese daño al margen del sistema tarifario previsto con relación a los incumplimientos de índole contractual, sin perjuicio de que, en ciertos casos, dicha *inconducta* pueda configurar *injuria laboral*,<sup>26</sup> que formalmente denunciada fundamenta el despido indirecto con justa causa, en el cauce del art. 246 de la L.C.T.; una situación de *hostilidad* tal hacia el



dependiente que incluso puede ocasionarle serio perjuicio psicosomático -reparable extra-contractualmente-, además de una grave *injuria* impediendo de la prosecución del vínculo laboral -indemnizable conforme al R.C.T.<sup>27</sup>

Y en ciertos casos se trata de un fenómeno relativamente *nuevo* en las relaciones laborales *dependientes*, definido como *acoso laboral* (asimismo denominado *mobbing*, *acoso moral*, *psicoterror* y *bullying*), esto es, una conducta *genérica* (según métodos diversos) *hostil* o intimidatoria, *reiterada* y *persistente*, hacia un trabajador, obrada desde una posición de influencia jurídica o fáctica, que se ejerce adversamente por una o varias personas, para obtener ilícitamente su desvinculación de la empresa; accionar ilícito que causa daño indemnizable con prescindencia, en su caso, de la desvinculación concreta del trabajador acosado, toda vez que las normas laborales, de por sí protectorias del trabajador obviamente no deben obstar la acción civil por dicho ilícito.<sup>28</sup>

En efecto, la virtualidad causal perjudicial de un *acoso laboral* -los trastornos que efectúa en la salud personal del trabajador afectado-, puede trascender la *injuria laboral* y el *daño moral* y ocasionar asimismo *daño psíquico*, *psico-somático*, o aun la *muerte* del trabajador acosado. De manera tal que el *acoso laboral*, por el deterioro ilícito personal que efectúa -individual y colectivo- en el seno empresarial -tanto de víctimas, como de victimarios, por su envilecimiento y degradación como personal idóneo de la empresa-, y por el consecuente trastorno en la producción que ocasiona, importa una situación fáctico-jurídica de interés jurídico no sólo individual sino también colectivo, que por tanto linda con las denominadas *acciones de clase*, cuya procedencia resulta ordenada a la tutela de derechos de incidencia colectiva, referentes a intereses individuales homogéneos -*acciones de clase*- que requieren de la verificación de una causa fáctica común, en tanto exista (cf. doctrina CSJN *in re* “Halabi”, del 24-02-2009) un fuerte interés estatal en la adecuada protección, por su trascendencia social y particulares características de los sectores afectados.<sup>29</sup>

Como puede advertirse, la *indemnización*, como genérico *instituto jurídico* surgido para *reparar el daño*, asimila en *lo laboral* el matiz propio del *principio protectorio*, ordenándose precisamente a contrarrestar el daño referido al *sujeto* que pierde su trabajo injustamente, pues aun cuando haya sido éste *preavisado* del cese,<sup>30</sup> ello sólo podría darle un breve margen temporal para buscar un nuevo empleo, vencido el cual y de no hallarlo, carecerá de su derecho a trabajar -dada la *validez* otorgada por la L.C.T. al distracto injustificado como desvinculante- y consecuentemente estará privado de su salario, sustento de carácter alimentario.<sup>31</sup> Y en este sentido, el *instituto resarcitorio* -proveniente del *derecho privado* en general al específico laboral- se orienta a contrarrestar todos los perjuicios ocasionados, tanto la *lesión positiva* patrimonial -*damnum emergens*-, como también la *lesión negativa* respecto de su aumento -*lucrum cessans*-,<sup>32</sup> si bien corresponde asimismo y de modo distintivo al requerimiento del *principio de estabilidad y permanencia en el empleo*, consustanciado con el *derecho al trabajo*, atributo del actual Derecho Laboral, asumido ya por varias constituciones como garantía *supralegal*.<sup>33</sup>

No obstante, según se advirtiera con perenne agudeza hace más de medio siglo, la legislación del trabajo, en su afán por contemplar todas las especiales situaciones prácticas, ha recurrido a veces a soluciones de carácter transaccional, renunciando al ideal de exacta aplicación del *derecho abstracto*, en favor de una *realización fácil y segura* -aunque imperfecta- de sus *principios*.<sup>34</sup> Y es precisamente con dicho fin que en las leyes laborales se previera una *solución tarifada*, partiendo tanto de la idea de que la *reparación* no ha de ser *total* sino *parcial*, como del *principio de la supresión del arbitrio judicial*, estableciendo resarcimientos mediante pautas de cálculo predeterminadas normativamente.

Tal sistema, particularmente utilizado en materia de *extinción contractual*, es sin duda susceptible de ocasionar situaciones alejadas del ideal de justicia, en tanto la reparación podría resultar excesiva si el trabajador, poco

después del cese, encontrara nueva y mejor ocupación, mientras que, de no ser así, será a menudo insuficiente. Mas estas situaciones se predicen -según la perspectiva señalada- *compensadas* por ventajas *hacia todos*, como la *seguridad de los derechos* y la *facilidad de su realización*. Y sin embargo, pese a su invocada simplicidad, la previsión normativa bajo examen no resulta exenta en su aplicación de notables dificultades, que contrapesan acentuadamente tanto la *sencillez* como la *seguridad* jurídicas invocadas. Y en este sentido emergen problemas tales como la manipulación salarial mínima, su falta de actualización, o la pronunciada fisura entre el salario real y el tope resarcitorio, que no podían sino ocasionar diversos planteos de inconstitucionalidad con relación, bien a dichos dispositivos legales, bien al concreto importe del *módulo computable*;<sup>35</sup> un contexto histórico incoado por la ley 11.729 -sancionada en 1934-, que reguló en general ciertos aspectos del contrato laboral,<sup>36</sup> determinando que ante un *despido directo sin justa causa* correspondía el pago de una *indemnización*, criterio mantenido en las leyes posteriores y asimismo receptado en la *Ley de Contrato de Trabajo*.

De tal modo, se entendió *reglamentada* la disposición constitucional del *art. 14 bis*, en cuanto prevé la *protección contra el despido arbitrario*; y se sujetó el pago de ese importe a una *tarifa* referida tanto a la *antigüedad en el servicio* como al *salario percibido*, limitándose además dicho parámetro mensual a un tope máximo, y el total de la reparación, a un piso mínimo. Y así, las sucesivas leyes, para determinar el *tope máximo anual*, apelaron a diversos criterios, tales como -originariamente- el de aplicar una *suma fija*, que dio paso por su frecuente *desactualización monetaria* a la adopción del *salario mínimo vital móvil*, que a su vez y en razón de no actualizarse con la debida frecuencia, dio ocasión a la C.S.J.N. a declararlo inconstitucional, respecto en especial de las indemnizaciones en concepto de accidentes y enfermedades laborales -también referidas a ese parámetro-; con posterioridad, el art. 245, LCT, reformado por el art. 153 de la ley 24.013 y vigente según la ley 25.877,<sup>37</sup> sujetó el monto de la referida indemnización al *promedio de todas las*

*remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador al momento del despido por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad.*<sup>38</sup> Y de esta manera, según el carácter tarifario impuesto, la *indemnización laboral* se alejó del *real perjuicio* -mayor o menor- sufrido por el trabajador, aun cuando se predicara comprensiva tanto del *daño material* como también -a priori- del *moral*; debiendo consecuentemente pagarse aunque el trabajador encontrara de inmediato un nuevo y mejor empleo.

Y fue, pues, frente a perspectivas disvaliosas, que la C.S.J.N. desechó en definitiva el criterio de la *proporcionalidad* entre el tope y la remuneración efectivamente percibida -causa *Marianetti*-, y profundizó -casos *Paluri, Ulman, Grosso, Vega c/D'Angiola* y *Villarreal*- en la *razonabilidad* del módulo y en la concreta significación económica del resarcimiento resultante, de forma que para dilucidar una afectación constitucional referida al tope, habría de considerarse si la variable determinante era *razonable* o *arbitraria*, y si de la aplicación del tope resultaba o no la *desnaturalización* o *pulverización* crediticia laboral.<sup>39</sup>

Así, en acertado correlato se ponderó que -como regla- la *indemnización tarifada del art. 245 de la LCT cubre, por imperio legal, los daños producidos por la ruptura injustificada del vínculo laboral y no caben -en principio- reparaciones adicionales. Y sin embargo, también es verdadero que existe una regla que dice que los derechos -en el caso, a despedir- no son absolutos; por lo que el principio admitiría excepciones o, cuando menos, no sería excluyente del juzgamiento de ciertas situaciones desde una perspectiva que -sin desconocer aquél- también lo compatibilice con otras normas, que acuerdan a quienes han padecido un daño -de distintas y anormales connotaciones- un derecho y una acción para alcanzar su reparación, pues ciertamente no hay precepto invocable para no hacerse cargo de la responsabilidad por el daño causado.*<sup>40</sup>

Fue en esta misma línea argumental que se manifestó luego -con fecha 14.09.04- de modo trascendente la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando declaró -en contra del *Dictamen Fiscal*- en autos *Vizzoti, Carlos A. c. AMSA S.A. s/despido* la inconstitucionalidad del art. 245 de la L.C.T. con relación al tope allí previsto, es decir -en concreto- al límite de *tres veces el salario promedio del convenio colectivo de la actividad*. Y el fallo además modificó la proyección del sistema legal, determinando que ese parámetro no podía resultar inferior al 67% de la *remuneración mensual, normal y habitual*.

No abrogó pero sí modificó entonces el *Máximo Tribunal* su anterior criterio -sustentado desde *Villarreal, Adolfo c. Roemmers S.A.*, del 10.12.97- por el cual estimaba *razonable* el *sistema de topes* de módulos indemnizatorios, atribuyéndolo a una *competencia legislativa* y no judicial;<sup>41</sup> criterio general que no ha variado hasta la fecha.

En aquél contexto se sostuvo con vehemencia -frente a opiniones adversas del pronunciamiento- que yerran quienes piensan que puede ocasionar efectos *inadecuados en el llamado mercado de trabajo, cuando no en el mercado económico en general*, puesto que las estadísticas denotan que los costos laborales están en su piso histórico mientras que la productividad ha aumentado; y por ello no sería acertado desatender los criterios de otras legislaciones *latinoamericanas* que no prevén indemnizaciones por despido con topes máximos.<sup>42</sup>

Resultaría así acertado -desde el mismo enfoque- el argumento de *Vizzoti* al destacar al trabajador como *sujeto preferente de tutela*, en lúcida inteligencia del precepto constitucional del *art. 14 bis*, máxime que en el art. 28 se postula la supremacía constitucional cuando se dispone claramente que *los principios, garantías y derechos reconocidos constitucionalmente no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio*, de suerte que al consignarse que *el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes*, no cabe soslayar que dicho mandato se refuerza con la indicación de que esas mismas leyes deben asegurar la *protección contra el despido*

*arbitrario*, lo cual obstara a una ley a desamparar al trabajador frente al despido arbitrario de su patrón; de suerte que las definiciones del fallo parecen retornar a la interpretación originaria del art. 14 bis, en franca prevalencia del *principio protectorio* y del *orden público laboral* por sobre el denominado *orden público económico* y las *leyes del mercado*. Pero además –se advirtió en el fallo- la norma legal analizada también puede volverse inconstitucional cuando por la concreta proyección del tope se violente el derecho de propiedad del trabajador despedido -cf. art. 17, C.N.- resultando la *pulverización* del real contenido económico de su crédito indemnizatorio.

Asimismo -conforme al criterio sostenido en fallos anteriores- la Corte ha vuelto a señalar que el legislador, al establecer la *indemnización por despido*, dispone computar por un lado el *mejor salario mensual, normal y habitual*, y por el otro, su *antigüedad*, parámetros que permitirían fijar una reparación justa ante el despido arbitrario, pues si bien consagra una tarifa con todos los beneficios que esta conlleva, personaliza el resarcimiento con pautas vinculables con logros del trabajador individualmente estimado, en tanto de acuerdo con su desempeño laboral, serán supuestamente también su antigüedad y nivel remuneratorio. Y en este sentido cabe destacar que el *Convenio 158 de la OIT* dispone que todo trabajador cuya relación se de por terminada tiene derecho a una indemnización cuya cuantía habrá de fijarse en función -entre otras cosas- del tiempo de servicios y del monto salarial.<sup>43</sup>

Y en sintonía argumental señaló la Corte que *es posible en tales condiciones que la fijación de un importe máximo a la mentada base pueda producir tensiones con los propósitos de alcanzar la reparación en concreto antes indicada*, de modo que la *evaluación legal del daño*, que en un primer momento busca, naturalmente, anclar en la realidad por vía del cómputo de la *"mejor remuneración mensual normal y habitual"* del trabajador despedido, comienza entonces a alejarse de dicha realidad, a desentenderse de ésta por el obrar de un tope; ello en medida directamente proporcional al cuántum en que dicha remuneración supere el promedio citado; por lo cual añadió la Corte

que, en virtud de la finalidad del art. 245, *tampoco hay dudas con respecto a que la modalidad que se adopte, en todo caso, debe guardar una razonable vinculación y proporción con los elementos fácticos que el propio legislador eligió como significativos para calcular la prestación*. No obstante -acotó- no todo apartamiento por parte del régimen de topes de los aspectos de la realidad a los que remite, justificaría el reproche constitucional, sino sólo el que traspasare ciertos límites cuantitativos -luego establecidos por el mismo Tribunal-.<sup>44</sup>

Restaría señalar, a tenor del criterio sentado por el Máximo Tribunal y en la perspectiva del *jus cogens*, que la noción que reputa al *trabajador sujeto de preferente atención constitucional* no es conclusión sólo impuesta por el art. 14 bis, sino por el renovado ritmo universal que representa el Derecho Internacional de los Derechos Humanos,<sup>45</sup> el cual posee jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994 (cf. art. 75, inc. 22), añadiendo la Corte que son pruebas elocuentes de ello la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 23/25), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XIV), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 6 y 7), a lo que deben agregarse los instrumentos especializados, como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 11) y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 32); resultando asimismo del todo destacable el precepto del art. 6 del citado Pacto, pues de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 23.1) enuncia el *derecho a trabajar* (art. 6.1), que obviamente comprende el de no ser privado arbitrariamente del empleo -generalmente considerado-.

Así, pues, sentados tales criterios hermenéuticos, procedió la Corte a determinar de modo claro un límite concreto que importa, de ser traspasado, una contradicción con los principios constitucionales señalados. Postuló en consecuencia que *no resulta razonable, justo ni equitativo que la base salarial prevista en el primer párrafo del citado art. 245 de la L.C.T., vale decir, 'la*

*mejor remuneración<sup>46</sup> mensual, normal y habitual percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor', pueda verse reducida en más de un 33% por imperio de su segundo y tercer párrafos; y se trató de un porcentaje conformado a jurisprudencia antecedente en materia de confiscatoriedad. Aspecto en torno del cual consideró empero que correspondía aplicar de todas maneras un tope, y que la limitación a la base salarial prevista en los párrafos segundo y tercero del citado art. 245 de la L.C.T. debe establecerse, aunque sólo hasta el 33% de la mejor remuneración mensual normal y habitual computable.<sup>47</sup>*

Mas esta actitud de la Corte Suprema de establecer un nuevo tope en reemplazo del legal, considerado no razonable en tanto los derechos reglamentados no pueden ser desnaturalizados por vía reglamentaria, se hallaría en concreto más lejos de transgredir la potestad legislativa que de mantener prudentemente su intención de limitar las altas remuneraciones por medio de un tope del módulo resarcitorio, el cual parte, por lo demás, de los promedios de las remuneraciones mensuales de los convenios. Se trataría así de un ejercicio auténtico del *control de constitucionalidad* conforme con nuestro sistema constitucional, donde no todas las normas tienen la misma jerarquía, sino que posee diferentes grados, siendo el más elevado el constitucional;<sup>48</sup>e implica ello que la validez del ordenamiento jurídico todo del Estado se subordina formal y sustancialmente a la Ley Fundamental, por observancia de dicho principio que se constituye así en garantía de libertad y dignidad personales, al sujetar los poderes constituidos y sus acciones según las reglas prescriptas por la Ley Fundamental.<sup>49</sup>

Por ende no cabría reputarle al respecto *activismo judicial*, sino tan sólo el mentado *control genuino de constitucionalidad*, según fuera previsto por nuestros constituyentes, que siguiendo la tradición americana, resulta asumido por la *función judicial* del poder estatal, y ejercido *de modo difuso*, al estar en cabeza de todos los magistrados, tanto de los nacionales y federales como de los provinciales,<sup>50</sup> cualquiera sea la jerarquía del tribunal que integren, y sin



perjuicio de ser la C.S.J.N. el *intérprete final*, en virtud de su deber de velar por la *supremacía constitucional*, pronunciándose por la inaplicabilidad de toda norma que no se ajuste a sus principios, según lo ha manifestado la misma Corte desde su fallo *Municipalidad v. Elortondo* -del 5 de Diciembre de 1865-, desarrollando el criterio de que *es elemento de nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la constitución para averiguar si guardan o no su conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentra en oposición con ella.*<sup>51</sup>

Por lo demás, a fin de aventar toda duda sobre su potestad, ha indicado además el *Máximo Tribunal*, con acento en esta línea argumental, que debe dejarse de lado el viejo criterio relativo a la imposibilidad de declarar la inconstitucionalidad de oficio, pues *si bien es exacto que los tribunales judiciales no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta en la cual deba o pueda efectuarse la aplicación de las normas supuestamente en pugna con la Constitución, no se sigue de ello la necesidad de petición expresa de la parte interesada, pues, como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente -trasuntado en el antiguo adagio iura novit curia- incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31 de la Carta Magna) aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir, la constitucional, desechando la de rango inferior.*<sup>52</sup>

De conformidad con esta tesitura y en materia propiamente juslaboral, paradigma de obra judicial en pos de soluciones equitativas ha sido a la sazón la labor de la Corte en torno de accidentes y enfermedades laborales encauzados legislativamente por la Ley 24557, de *Riesgos del Trabajo*, en razón de los múltiples y diversos planteos efectuados ante la Justicia para

obtener prestaciones o indemnizaciones, a causa de infortunios laborales; de suerte tal que, frente a planteos sin respuesta legal adecuada, la doctrina de la Corte se constituyó en verdadera *vía de solución* de situaciones derivadas de dichas *contingencias*, en paralelo a la *vía legal*, conformada por el sistema entonces vigente para quienes lo aceptaran, sin cuestionarlo ante la Justicia según la *vía jurisprudencial*, para que así, de cara a un sistema normativo *cerrado*, los jueces pudieran, invocando la referida doctrina de la Corte y a consecuencia de una declaración de inconstitucional pertinente, llegar a superar dicha cerrazón mediante la apertura de posibilidades jurídicas más adecuadas a los casos particulares.

En tal sentido, frente a la restricción de acceso a la justicia prevista en la Ley 24557 (sólo la Justicia Federal, previo paso por comisiones médicas federales), la Corte habilitó la instancia judicial local, tal como tramitan los pleitos laborales, en el caso “Castillo”;<sup>53</sup> no atribuyó el valor de *cosa juzgada* a una declaración de constitucionalidad en abstracto del art. 39.1 de la LRT (caso “Sotelo”;<sup>54</sup> 13.11.09); autorizó la prestación inmediata (caso “Milone”<sup>55</sup>); frente a prestaciones limitadas y mezquinas, habilitó el acceso a indemnizaciones plenas (casos “Aquino”,<sup>56</sup> “Llosco”,<sup>57</sup> “Arostegui”<sup>58</sup> y “Trejo”); ante restricciones sobre *contingencias cubiertas*, admitió la posibilidad de reclamo por todo lo que en los hechos constituyera contingencia laboral (casos “Silva”, “Rodríguez”<sup>59</sup> y “Trejo”); y habilitó la posibilidad de reclamar contra los empleadores (caso “Aquino”) y contra los aseguradores (casos “Cura”,<sup>60</sup> “Soria”,<sup>61</sup> “Galván”<sup>62</sup> y “Torrillo”<sup>63</sup>); por fin, ante la restricción tarifaria excesiva, habilitó la posibilidad de demostrar con amplitud los daños en cada caso (casos “Arostegui” y “Aquino”).

Y en sintonía con tal cadencia, trató en su oportunidad el S.T.J. R.N.<sup>64</sup> el síndrome de *burn-out* o *desgaste profesional*,<sup>65</sup> al determinar que su falta de inclusión en el listado anexo de la LRT no podía erigirse en argumento eximente de responsabilidad para la A.R.T., máxime en tanto acreditado el nexo causal entre las circunstancias laborales y la enfermedad contraída por la

trabajadora; ello así conforme la jurisprudencia señera del *Máximo Tribunal* acerca de la posibilidad de reclamar por todo hecho constitutivo de *contingencia laboral*, plasmada en “Silva, Facundo Jesús c. Unilever de Argentina S.A.”; “Rivarola, Mabel A. c. Neumáticos Goodyear S.A.” (del 11-07-2006); y “Trejo, Atilio Amadeo y otro c. Gulf Oil Argentina S.A. y otro” (del 31-03-2009).<sup>66</sup>

Por último –a la fecha-, sin perjuicio de lo dicho, un nuevo capítulo se ha iniciado a partir de la integración del régimen específico de *riesgos del trabajo* con ciertos dispositivos de la ley 26773 y normativa reglamentaria, al preverse ajustes de importes con incidencia resarcitoria que mejoran notoriamente los anquilosados lindes previos del mismo sistema tarifado referido a *contingencias* laborales.

### **3. A modo de epílogo**

Asumiendo con este panorama jurídico la idea directriz inicial, es de advertir ahora con mayor claridad que difícilmente alcanzará una *indemnización* a ser *integral* en sentido estricto, si se la confronta sin más con la cruda realidad del daño sufrido, sobre todo al considerar un daño efectuado por acto ilícito, puesto que aquel mismo *bien* que el daño ha suprimido, si no resultara de índole exclusivamente pecuniaria o patrimonial, ¿cómo podría estimarse compensado adecuadamente mediante una suma de dinero, aunque abundante?

Además, cuando un ser humano padece, lo dañado se trata no de un mero objeto de derecho, sino de un sujeto de derecho, un sujeto personal y, en última instancia y principalmente, –más que *ficto-jurídica*- de una persona humana, de complejidad integral psico-somática, con dignidad esencial, con dignidad operativa y con afectos.<sup>67</sup> Perspectiva antropológica que ciertamente no obsta deslindar entre un *daño* meramente *material*, o un *daño psico-somático o psiquiátrico*, o un *daño psíquico*, o aún, un *daño moral*, sea puramente actual, o todavía, como *daño al proyecto de vida*.<sup>68</sup>

Ahora bien, *reparar* por un ilícito no es lo mismo que cumplir con una obligación pactada, donde *lo suyo* del *otro* ha sido predeterminado por el consenso de las mismas partes contractuales; "*indemnizar*", en cambio, el daño ocasionado por un ilícito configura un auténtico *problema jurídico*,<sup>69</sup> no sólo de índole laboral -como se ha visto precedentemente-, sino del derecho *in genere* considerado. Y no obstante, eso es lo que parece aún pretenderse al proyectar el principio *in integrum restitutio*, v.g., sobre el instituto de la *indemnización* por despido directo sin justa causa, o sobre ciertos *infortunios*. Mas -cabe observar de nuevo- se trata no de un problema aislado, sino atinente a todas las ramas del derecho; baste aquí con mentar siquiera el caso de la pena ante el delito, pues al margen de su incidencia en el victimario, ¿podrá acaso reparar plenamente el daño causado a la víctima por la culpa o dolo de aquél?

Así, pues, más allá del incumplimiento obligacional contractual, y sobre todo en las regiones de lo ilícito resarcible, la cuantificación se yergue en auténtico problema jurídico: ¿Cómo dar *lo suyo* -resarcir integralmente- al que sufrió un ilícito?; tanto más cuando se trata de resarcir daños que afectan realidades personales no materiales -o extensas- (y no susceptibles, por ello, de ser medidas pecuniariamente), como ocurre con el daño psíquico y, tanto más, con el *daño moral*, el cual refiere a las *mores* de una persona, es decir, que afecta su dignidad operativa y sus afectos, realidades éstas no materiales ni extensas (y por ello, de suyo muy lejanas del *denominador común* del dinero).

Se requiere adoptar entonces una suerte de *denominador común* entre realidades de distinto orden, como lo son el *daño moral*, por un lado y, por otro, el *resarcimiento pecuniario*, algo más afín con el *daño material*. Y en tal sentido, en la cuantificación del *daño psíquico*, la *medida* de la reparación estaría referida en justicia a la gravedad de la lesión funcional del pensar o del querer que fehacientemente se determine en la persona. En cambio, en lo tocante al *daño moral*, deberá referirse el resarcimiento del perjuicio indemnizable hacia aspectos menoscabados de la *dignidad operativa* -reputación, podría decirse- y de los legítimos afectos personales, y encarar a

suerte de comienzo de disolución del problema la cuantificación por una *vía refleja*, es decir, por una suerte de traducción entre una realidad *moral* y una *extensa y cuantitativa*, por remisión –refleja- a la misma *sustancia personal* que les sirve de base existencial a ambas *realidades accidentales*, la persona concreta que ha sido dañada. Así, desde el daño que reside en la dignidad y los afectos hacia sus consecuencias perturbantes en la persona íntegramente considerada y, desde ella, por conversión reductiva hacia el vestigio reflejo perjudicial representado en trastorno económico.<sup>70</sup>

Como puede apreciarse ya, se trata en consecuencia, al aplicar un régimen dado, de la ardua y constante voluntad de proporcionar lo justo, lo debido al otro, pese a que no resulte del todo asequible, mas procurando no obstante restablecer siempre de algún modo legítimo el mal que ha venido a desvirtuar la equidad en una relación interpersonal dada. Y esta es tarea genuinamente judicial, tan veterana como nueva, tan perfectible como inacabable...

- <sup>1</sup>Cf. Vázquez Vialard, Antonio; *El trabajo humano* –prólogo-, EUdeBA, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1979.
- <sup>2</sup> Cfr. Grisolia, Julio A.; *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, tomo I*, Décima Edición, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004; pág. 1.
- <sup>3</sup> Cfr. Grisolia, Julio Armando; *Ibíd.*
- <sup>4</sup> Cfr. Grisolia, Julio Armando; *Ibíd.*; págs. 1/3.
- <sup>5</sup> De tal modo y de acuerdo con la índole perfectiva humana del trabajo, aun en la relación dependiente, para que el realizado sea debidamente retribuido, no basta con otorgar una compensación económica suficiente (contraprestación material –remuneración–), sino que se debe brindar cierta satisfacción al trabajador; a esto se denomina “salario psicológico”, que puede consistir en el reconocimiento de aquél a quien va dirigido el resultado del esfuerzo realizado. Cfr. Grisolia, Julio Armando; *Ibíd.*
- <sup>6</sup> Cfr. Coppoletta, Sebastián C., *La relación de dependencia laboral: ¿criterio subjetivo u objetivo?*; Fallo Comentado: Cámara de Apelaciones en lo Laboral de Rosario, sala III (CLabRosario)(SalalIII) ~ 2005/04/15 ~ Núñez, Graciela J. c. Sanatorio Neuropático S.R.L.; Publicado en: LLLitoral 2005 (octubre), 930
- <sup>7</sup> Cfr. Coppoletta, Sebastián C., *Ibíd.*
- <sup>8</sup> Así, siempre que objetivamente se dé esa incorporación, el trabajo será considerado dependiente y será regulada la relación entre las partes por el Derecho del Trabajo, independientemente del carácter subjetivo de las partes. Ello sin perjuicio que una vez determinada la relación de trabajo dependiente y sometida la regulación de la relación jurídica al Derecho del Trabajo, el carácter subjetivo de las partes sea relevante en ciertos institutos del Derecho Laboral. Pero en definitiva, la relación de dependencia que posibilita la aplicación del Derecho del Trabajo es considerada, bajo un criterio objetivo, relacionada con la efectiva prestación del trabajo y su incorporación a una empresa ajena al trabajador, sin importar las condiciones personales de la persona que trabaja. Ello, claro está, hasta que el Derecho del Trabajo cambie su paradigma; y determine que las partes contratantes no siempre están en desigualdad de poder de negociación. En este caso, el examen del caso se realizará, seguramente, bajo un criterio subjetivo; Cfr. Coppoletta, S., *Ibíd.*
- <sup>9</sup> Cfr. Altamira Gigena, Raúl E., *Hacia un nuevo ámbito personal del derecho del trabajo*, Publicado en: DT2007 (agosto), 833
- <sup>10</sup> González (h.), Ricardo O., *Cuidado de enfermos a domicilio. ¿Locación de servicios o contrato de trabajo?*, Publicado en IMP 2001-3, 129.
- <sup>11</sup> Cfr. CNTrab., sala VI, 1987/07/31, TSS 1997:917; voto de Fernández Madrid.
- <sup>12</sup> Cf. González (h.), Ricardo O., *Ibíd.*
- <sup>13</sup> Daño (l. *damnum*, *i*), denota menguar, disminuir; Cf. *ENCICLOÉDIA JURÍDICA OMEBA, TOMO V, Editorial Bibliográfica Argentina SRL*, Buenos Aires, 1968; voz: Daño.
- <sup>14</sup> Cfr., art. 1.111, C. Civil
- <sup>15</sup> Cfr. Manuel Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*, veinteaava edición actualizada, corregida y aumentada, Guillermo Cabanellas de Las Cuevas, Ed. Ruy Diaz S.A.E.I.C., Bs. As, 199 , voz Indemnización.
- <sup>16</sup> Tanto el accidente de trabajo como la enfermedad de trabajo, son dos especies de un género: los riesgos de trabajo, que tienen en común manifestarse en un estado patológico del cuerpo humano, una lesión o trastorno del organismo, cuya causa se encuentra en el trabajo. Cf. Enciclopedia Jurídica Latinoamericana, 1ra. Ed., , Universidad Nacional Autónoma de México, 2007; Rubinzal-Culzoni Editores, de Rubinzal y Asociados S.A., Buenos Aires; Tomo VI, H-K, voz Indemnización por accidente de trabajo.
- <sup>17</sup> Cfr. STJRNSL: SE. 68/09 “BRONZETTI NUÑEZ, A. O. C/ FUN.BA.PA S/ Reclamo S/ Inaplicabilidad de Ley”; 31-08-09-.
- <sup>18</sup> Para el cómputo indemnizatorio se ha resuelto que no cabe incluir la incidencia del S.A.C.: <30209>; en cuanto al alcance del art. 245 de la LCT, se dice que: “... tampoco hay que tomar en cuenta los rubros que, aunque tienen carácter remuneratorio, se abonan al trabajador en períodos mayores que los mensuales, como el S.A.C., que aunque normal y habitual, es de pago semestral, por lo cual no cabe computar su parte proporcional para determinar la mejor remuneración mensual, base de la indemnización por antigüedad”. (Cf. Tratado de Derecho del Trabajo, tomo 5, p. 277, autores varios, obra dirigida por V. Vialard). STJRNSL: SE. <23/99> “V. E. c/ REMBRER SA s/ COBRO DE HABERES Y DESPIDO s/ INAPLICABILIDAD DE LEY” (30-03-99); y asimismo se ha decidido: <30210> Debe excluirse la parte proporcional del aguinaldo en la base indemnizatoria del art. 245, LCT, ya que “... el adjetivo ‘mensual’, que califica a la remuneración, parece referirse a la periodicidad de la percepción y no a la medida del salario, a la que hace alusión la expresión ‘mes de sueldo’, utilizada en el mismo párrafo del art. 245. De otro modo, el empleo del calificativo mensual parecería como sobreabundante y reiterativo”. (Cf. H. Guisado, DT XLIV - B, p. 1091 y ss). STJRNSL: SE. <23/99> “V. E. c/ REMBRER SA s/ COBRO DE HABERES Y DESPIDO s/ INAPLICABILIDAD DE LEY”, (30-03-99). No obstante, sí se ha admitido la Bonificación Anual por Eficiencia: Cfr. "ORTIZ, PASCUAL GUILLERMO C/ EDERSA Y OTROS S/ RECLAMO S/ INAPLICABILIDAD DE LEY" (Expte. Nº 20418/05), STJ, TOMO: III, SENTENCIA: 89, FOLIO Nº: 675 a 699, SECRETARIA: 3.

<sup>19</sup> Además, existen obligaciones tales como la de certificar el trabajo prestado, mediante la entrega, de oficio, del certificado que prevé el art. 80, LCT, con destino al sistema previsional y, a pedido del propio trabajador, de otro destinado a acreditar los servicios ante futuros empleadores, sin perjuicio del deber de reintegrar al trabajador sus efectos y documentos en poder de la empresa, tales como libreta de ahorro, de fondo de desempleo, o similares.

<sup>20</sup> Cfr. *Curso de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Rodríguez Mancini, director; colaboradores: Ackerman, Confalonieri, L. Gnecco, Gómez Paz, R. Gnecco, Guisado, E. Herrera, Izquierdo, Litterio, Pirolo, Ramírez Bosco, Rimoldi, Rocha, Zuretti; Quinta edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2004; Cap. VII, Extinción de la relación laboral, Obligaciones vinculadas al hecho de la extinción, pág. 427-8.

<sup>21</sup> V.g., el vencimiento del plazo cierto, la renuncia de la trabajadora al término de la licencia por maternidad, el despido por fuerza mayor o falta o disminución de trabajo, el despido por quiebra o concurso -según calificación-, la muerte del empleador, la inhabilitación del trabajador, y la muerte del trabajador.

<sup>22</sup> V.g., despidos por maternidad, por matrimonio, el acaecido durante la licencia por enfermedad, el sin justa causa de representantes sindicales, y por causa discriminatoria; además, existe agravante de indemnización ante la falta de pago de las indemnizaciones correspondientes. Cfr. *Curso de derecho del trabajo y de la seguridad social*, *Ibid.*, pág. 423-4.

<sup>23</sup> Cfr. López, Justo, *Ley de Contrato de Trabajo comentada*, 2da. ed., t. II, págs. 1211.

<sup>24</sup> En este sentido, el despido debe ser proporcional a la falta y contemporáneo a ella, sin perjuicio de antecedentes de faltas de conducta menos graves que puedan oportunamente resultar acumulados, pero la determinación de la injuria en cuanto tal resulta en última instancia una prerrogativa judicial, a tenor de lo preceptuado en el art. 242 de la LCT. Cfr. Tratado de Derecho del Trabajo, Ackerman, director, Tosca, coordinador, Tomo IV, La relación individual de trabajo - III, pag. 193 y ss., Rubinzal - Culzoni, Bs. As., 2005.

<sup>25</sup> Diversos son los sistemas adoptados respecto de la indemnización a abonar; pero, en general, se basan en la permanencia del trabajador en la empresa. En realidad, la reparación pecuniaria que se paga al empleado u obrero por el despido injusto, más que una sanción al empresario, trata de evitar las consecuencias funestas del acto, a saber, que cesada la relación laboral, el empleado queda desocupado y no siempre le es fácil encontrar inmediatamente ocupación, ni la misma remuneración anterior y, por otra parte, pierde irremediamente los beneficios que la antigüedad le había otorgado.

<sup>26</sup> Cfr. Se. STJ 37/2012, del 10.05.2012, in re “DUFÉY, ROSARIO BEATRIZ C/ ENTRETENIMIENTOS PATAGONIA SA S/ SUMARIO S/ INAPLICABILIDAD DE LEY”.

<sup>27</sup> Cfr. Se. STJ 37/2012, in re “DUFÉY”.

<sup>28</sup> Cfr. STJRNSL: SE. 68/09 “BRONZETTI NUÑEZ, A. O. C/ FUN.BA.PA S/ Reclamo S/ Inaplicabilidad de Ley”; 31-08-09-.

<sup>29</sup> Cfr. STJRNSL: SE. 68/09.

<sup>30</sup> Sobre el tópico se ha observado que “La indemnización por falta de preaviso constituye el resarcimiento del daño ocasionado por la ruptura arbitraria, sin aviso previo, de la relación jurídica de trabajo. En lo que al empleado se refiere, es indudable que el legislador, al establecer el preaviso, quiso asegurarle un plazo, que supuso suficiente, para que encontrase nueva ocupación y, a tal efecto, concedió el derecho a una licencia diaria, dentro de la jornada normal de trabajo, sin que por ello disminuyese su remuneración. Si se viola esa norma, el trabajador sufre un daño que se le debe indemnizar, y la indemnización a que nos referimos representa el *quantum* de daños que sufre la parte que se ve privada, por voluntad de la otra, del correspondiente período de preaviso; de ahí que la indemnización consiste en una suma igual a la que el empleado habría ganado durante dicho período. No debe olvidarse que, sin la percepción del salario, el trabajador no podría subsistir, y que el preaviso tiende precisamente a hacer posible la continuidad de esa percepción”. Cf. García Martínez, F. Y J. A., *El contrato de trabajo*, págs. 491 y 492, Bs. Aires, 1945; Cf. *ENCICLOÉDIA JURÍDICA OMEBA, TOMO XV, Editorial Bibliográfica Argentina SRL*, Buenos Aires, 1961; voz: Indemnización por despido.

<sup>31</sup> Cfr. *ENCICLOÉDIA JURÍDICA OMEBA, ibid.*

<sup>32</sup> Cfr. Benítez de Lugo y Reymundo; Op. Cit., pág. 222

<sup>33</sup> La *estabilidad* se ha constituido en una institución jurídica por la cual el despido injustificado importa obligación de indemnizar. Y al respecto no puede hablarse de indemnización sino cuando existe culpa o dolo; la indemnización presupone el carácter ilícito del despido y tal ilicitud presupone a su vez el derecho del trabajador a la conservación del empleo hasta que intervenga una causa que justifique la disolución de un vínculo contractual de cualquier naturaleza. Pero no se sigue de esto que la indemnización tenga carácter de sanción, sino más bien de compensación por falta de retribución económica, cuando sobreviene una separación injusta. Cf. Enciclopedia Jurídica Latinoamericana, 1ra. Ed., Universidad Nacional Autónoma de México, 2007; Rubinzal-Culzoni Editores, de Rubinzal y Asociados S.A., Buenos Aires; Tomo VI, H-K, voz Indemnización laboral.

<sup>34</sup> Cf. Deveali, Mario L., *Lineamientos de derecho del trabajo*, p. 43, Buenos Aires, 1948.

<sup>35</sup> Cfr. Guisado, H., *El tope de la indemnización por despido en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, DT 2000-A, 827

- <sup>36</sup> Anteriormente, no había norma de carácter general, aunque sí sobre determinados sectores, v.g., marítimos -C. de Comercio- y trabajo a domicilio -ley 12.713-.
- <sup>37</sup> La ley 25.877 mantuvo el tope indemnizatorio de tres veces el promedio de las remuneraciones del convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador.
- <sup>38</sup> Cfr. Vázquez Vialard, A., Fallo comentado: C.N.A.Comercial, sala B (CNCom)(SalaB) ~ 2003/04/16 ~ Requena, Diana E. s/inc. de rev. en: Obra Social del Personal de la Industria del Plástico s/conc. Prev.; publicado en: LA LEY 2003-E, 598
- <sup>39</sup> Cfr. Guisado, Héctor C., *Ibíd.*
- <sup>40</sup> Cfr. Fallo del S.T.J. de R.N.: <30769>; STJRNSL: SE. <163/00> "R. E. F. Y OTROS c/ BANCO DE RIO NEGRO S. A. s/ RECLAMO s/ INAPLICABILIDAD DE LEY", 16-11-00.
- <sup>41</sup> Según cierta opinión, la Corte podría haber determinado la inconstitucionalidad del art. 245, L.C.T. en el caso concreto, si el monto total de la indemnización hubiese sido exiguo, aunque no debería haber establecido una nueva pauta o tope general, propia del poder legislativo, pues así invadiera la esfera de otro poder del Estado; tanto menos, establecer un parámetro basado en la teoría de la confiscatoriedad, propia del régimen impositivo, ajeno al laboral. Cfr. Etala (h.), Juan José, "La limitación de los topes indemnizatorios: Vulneración del principio de separación de poderes", DT 2004 (septiembre), 1169 - IMP 2004-B, 2514
- <sup>42</sup> Se afirma que puede demostrarse a partir de los siguientes datos: De acuerdo a un estudio realizado por el Juez de Trabajo, doctor Héctor Genoud, en 1946 la indemnización mínima por despido le permitía al trabajador la posibilidad de adquirir 3333 kilos de pan. Hoy, aun con el aumento del salario mínimo, sólo podría comprar 225. Esto es solo un símbolo de lo que reflejan las estadísticas. Cfr. Recalde, Héctor P. - Recalde, Mariano, Fallo comentado: C.S.J.N. (CS) ~ 2004/09/14 ~ Vizzoti, Carlos Alberto c. AMSA S.A., Sup.Especial La Ley 2004 (setiembre), 7 - DT 2004 (septiembre), 1173 - IMP 2004-B, 2518
- <sup>43</sup> Cfr. Recalde, *Ibíd.*
- <sup>44</sup> Señaló la Corte sin apartarse sustancialmente de la doctrina "Villarreal c. Roemmers" que la constitucionalidad del tope queda supeditada al caso concreto y análisis de "ciertos límites cuantitativos".
- <sup>45</sup> Destacó así claramente la Corte que "el hombre no debe ser objeto de mercado alguno, sino señor de todos éstos"; que los mercados "sólo encuentran sentido y validez si tributan a la realización de los derechos del hombre y del bien común" y que, por lo tanto, "no debe ser el mercado el que someta a sus reglas y pretensiones las medidas del hombre ni los contenidos y alcances de los derechos humanos" sino que, por el contrario, "es el mercado el que debe adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en la ilegalidad".
- <sup>46</sup> En lo atinente a la conformación de la mejor remuneración mensual normal y habitual, cfr.: "BRANDT FREY, ARMIN CONRADO Y OTRO C/ CONSOLIDAR AFJP S.A. S/RECLAMO S/INAPLICABILIDAD DE LEY", STJ, TOMO: III, SENTENCIA: 190, FOLIO N°: 888 a 894, SECRETARIA: 3
- <sup>47</sup> Lo cual se produce cuando la presión fiscal excede el señalado porcentaje (Fallos 209:114, 125/126 y 210:310, 320, considerando 6°, entre muchos otros). Cfr. Recalde, *ibíd.*
- <sup>48</sup> Cfr. Cornaglia, Ricardo J., artículo publicado en: LA LEY 20/10/2004, 1
- <sup>49</sup> El principio de la supremacía constitucional, medio eficiente para mantenerla, fue creación pretoriana de la Corte Suprema de Estados Unidos, en ilustre sentencia en el caso "Marbury vs. Madison" (2) de 1803. Cfr. Sanabria, Pablo D, Fallo comentado: C.N.A.T., Sala VII ~ 2006/04/20 ~ Arabales, Raúl E. c. Pereira Argentina S.A.; LA LEY 04/09/2006, 11.
- <sup>50</sup> En este sentido, cfr. el fallo: "ORTIZ, PASCUAL GUILLERMO C/ EDERSA Y OTROS S/ RECLAMO S/ INAPLICABILIDAD DE LEY", STJ, TOMO: III, SENTENCIA: 89, FOLIO N°: 675 a 699, SECRETARIA: 3.
- <sup>51</sup> Cfr. Sanabria, *Ibíd.*
- <sup>52</sup> Cf. CS, "Banco Comercial Finanzas S.A. (en liquidación Bco. Central de la R. A.) s/quiebra"; 19.VIII.2004; y "Mill de Pereyra, Rita Aurora; Otero, Raúl Ramón y Pisarello, Angel Celso c. Estado de la Provincia de Corrientes s/demanda contenciosa administrativa" -LA LEY, 2001-F, 891; 2002-A, 31; 2003-A, 234-). Cfr. Recalde, *Ibíd.*
- <sup>53</sup> Cfr. CSJN, "Castillo, Ángel Santos c/Cerámica Alberdi S.A." (07.09.2004); caso llevado a su conocimiento luego de la sentencia de la S.C.J. de Mendoza, que rechazó un recurso interpuesto por una ART, dejando firme la declaración de inconstitucionalidad del art. 46, inc.1, LRT (sobre el rechazo de una excepción de incompetencia de la justicia provincial).
- <sup>54</sup> Cfr. CSJN, caso "Sotelo c/Gonzalvez y otros" (13.10.2009), donde el STJ de Misiones dejó firme la decisión que declaró la cosa juzgada respecto del planteo de inconstitucionalidad del art. 39.1 de la LRT y se inhibió de entender en la acción con fundamento en el derecho común. Pero la Corte revocó el pronunciamiento y estableció (cf. Art. 16, Ley 48) la competencia de la justicia laboral local en el asunto.
- <sup>55</sup> Cfr. CSJN, caso "Milone, Juan Antonio c/Asociart S.A. Aseguradora de Riesgos del Trabajo s/accidente - ley 9688" (26.10.2004), donde se discutía la inconstitucionalidad del art. 14.2.b, LRT, en cuanto establecía el



pago únicamente en renta para la situación de un trabajador de 55 años, conductor de taxi, con un 65% de incapacidad (por pérdida de la visión de un ojo).

<sup>56</sup> Cfr. CSJN, caso “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A.”, donde la Corte confirmó la declaración de inconstitucionalidad del art. 39.1, LRT, respecto de quien sufrió una incapacidad absoluta y resultaba acreedor del monto máximo previsto por el texto original de la LRT.

<sup>57</sup> Cfr. CSJN, caso “Llosco, Raúl c/ Irmi S.A. y otra” (12.06.2007), donde el STJ de Jujuy rechazó el recurso del actor con fundamento en el art. 39, inc. 1, LRT, para obtener resarcimiento por incapacidad permanente, al entender –aplicando la doctrina de los actos propios– que el actor había abdicado de su derecho a formular el mencionado reproche de inconstitucionalidad, dado su acatamiento voluntario de la vía procesal regulada por el citado cuerpo legal. Pero la Corte consideró procedente el recurso extraordinario señalando que se había aplicado inadecuadamente dicha doctrina, persistiendo un agravio que debía ser reparado.

<sup>58</sup> Cfr. CSJN, caso “Arostegui, Pablo Martín c/ Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y Pamental Peluso y Compañía S.R.L. (08.04.2008), donde la Corte criticó el enfoque reduccionista de la Sala III, CNAT –que aplicó la famosa fórmula “Vuoto, Dalmero c/ Telefonken Argentina S.A.”, del 16.06.1978, para calcular la reparación del derecho civil–, como opuesto frontalmente al régimen jurídico que pretendía aplicar, donde debía también tenerse en consideración incluso la pérdida de “chance” laboral futura. En la Provincia de Río Negro, debe destacarse STJRNS3 Se108/10 “PEREZ BARRIENTOS”, que recoge y adecua al ámbito local la pauta de cálculo de “Vuoto II” o “MENDEZ” de la misma Sala III CNAT; y al respecto, véase también STJRNS3 Se22/15 “MORCHIO”; expte. 26055/12-STJ.

<sup>59</sup> El máximo Tribunal se pronunció sobre la específica configuración de los supuestos del art. 1113, C.C. en reclamos por accidentes de trabajo en la causa “Rodríguez, Ramón c/ Electricidad de Misiones S.A. (21.04.2009), reiterando la doctrina que expuso en 2006 en “Rivarola, Mabel Angélica c/ Neumáticos Goodyear S.A.”, y reafirmando en concreto que respecto de la responsabilidad del art. 1113, C.C., “basta que el damnificado pruebe el daño y el contacto con la cosa dañosa, para que quede a cargo de la demandada, como dueña o guardiana del objeto riesgoso, demostrar la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder”.

<sup>60</sup> Cfr. CSJN, caso “Cura, Hugo Orlando c/Frigorífico Riosma S.A. s/ accidente – acción civil” (14.06.2005), donde la Corte, siguiendo lo dicho en “Aquino”, descalificó una sentencia de cámara que después de declarar la inconstitucionalidad del art. 39.inc.1, LRT, y condenar por ello a la empleadora del reclamante, absolvió a la aseguradora del empleador en la inteligencia de que el contrato de seguro celebrado entre éstas no comprendía la responsabilidad civil del segundo. La Corte manifestó que de la inconstitucionalidad del art. 39, inc.1, en cuanto exime de responsabilidad civil al empleador, no se sigue que las aseguradoras de riesgos del trabajo no deban satisfacer las obligaciones que han contraído en el marco de la LRT.

<sup>61</sup> Cfr. CSJN, caso “Soria, Jorge Luis c/ RA y CES S.A. y otro” (10.04.2007), donde la Corte determinó por mayoría y para el caso concreto que la absolución de la aseguradora (respecto del art. 1074, C.C.) basada exclusivamente en descartar la relación de causalidad entre el daño y la conducta de aquélla en la observancia de sus obligaciones, omitió el –necesario– examen de las circunstancias de hecho propias de la causa.

<sup>62</sup> Cfr. CSJN, caso “Galván, Renée c/ Electroquímica Argentina S.A. y otro” (30.10.2007), donde la Sala III de la CNAT mantuvo la condena fundada en el derecho civil contra Electroquímica Argentina S.A. por daños padecidos por el actor, cuando cayó sobre un piso mojado con líquidos que contenían sustancias irritativas (sufriendo lesiones en las manos y los pies, determinantes de incapacidad del 10%); pero exoneró de responsabilidad a Liberty ART S.A., a la cual se había afiliado la empleadora. La Corte consideró atendibles los agravios que imputaban arbitrariedad a la sentencia por haber rechazado el reclamo dirigido contra la aseguradora con fundamento en el art. 1074, C.C.

<sup>63</sup> Cfr. CSJN, caso “Torrillo y otro c/ Gulf Oil Argentina S.A. y Otro” (31.03.2009), donde la Sala VI de la CNAT condenó a la empleadora en los términos del art. 1113, C.C. y a la ART según el art. 1074, C.C. y la CSJN desestimó la queja por recurso extraordinario denegado, descartando la existencia de arbitrariedad y señalando que la prevención es objetivo primario y central de la LRT (cf. Art. 1.2. LRT y 14 bis, C.N.).

<sup>64</sup> Cfr. Se. STJ 101/2010, in re “GIAVEDONI, MARIA L. C/ PROVINCIA ART S/ APELACION LEY 24557 S/ INAPLICABILIDAD DE LEY”; y previamente, en la causa “MALDONADO, LIDIA BEATRIZ C/ COMISIÓN MÉDICA N° 9 S/ APELACIÓN LEY 24557 S/ INAPLICABILIDAD DE LEY” (Se. N° 88 del 08-VII-2010, Sec. N° 3).

<sup>65</sup> Se dijo que las personas con *burnout* suelen generar una aversión a su trabajo y al sitio donde se provocó el desgaste, de suerte que el reestablecimiento del potencial profesional no queda finalizado hasta que la persona recupera la motivación y encuentra un sentido a su trabajo, pese a que en muchas ocasiones esta motivación sea distinta de la que presentaba la misma persona antes del desgaste profesional, circunstancia que no conviene soslayar desde una adecuada política socio-laboral, máxime ante un problema que ciertamente puede implicar preocupación creciente, puesto que además de la incapacidad que ocasiona en la persona del trabajador, lo cual es ya muy importante socialmente, es indudable también que la adecuada productividad de los trabajadores es un tema fundamental además para la economía, que no puede desatender que –según dicen los expertos– el “burnout” es el máximo exponente del stress laboral. Cf. Se. STJ 101/2010, in re “GIAVEDONI, MARIA L. C/ PROVINCIA ART S/ APELACION LEY 24557 S/

INAPLICABILIDAD DE LEY").

<sup>66</sup> Cf. Se. STJ 101/2010, in re "GIAVEDONI".

<sup>67</sup> Conviene por ende determinar con precisión el sujeto pasivo del daño resarcible para efectuar apropiadamente la discriminación de su vulnerabilidad.

<sup>68</sup> Cfr. STJRNSL: SE. 68/09 "BRONZETTI NUÑEZ, A. O. C/ FUN.BA.PA S/ Reclamo S/ Inaplicabilidad de Ley"; 31-08-09-) y asimismo cfr. C.S.J.N., in re "Arostegui", del 08-04-2008.

<sup>69</sup> En este sentido, cfr. *ESTADO ACTUAL DEL SISTEMA DE RELACIONES LABORALES EN LA ARGENTINA, Grupo de Expertos en Relaciones Laborales; Cap. X: La Estabilidad del Contrato de Trabajo; Insuficiencia de la tarifa reparadora ante el despido injustificado; Rubinzal-Culzoni Editores, Bs.As., 2008.*

<sup>70</sup> Cfr. STJRNSL: SE. 68/09.