



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

FACULTAD DE DERECHO

TRABAJO FINAL DE MAESTRIA

**PROCEDENCIA DEL DAÑO MORAL EN CASOS DE
DESPIDO**

MAESTRIA EN DERECHO DEL TRABAJO

Maestrando: Abog. Francisco Pérez Dellepiane

Director: Dr. Juan Eduardo Salvador

Codirectora: Dra. Ana María Salas

Mendoza, Argentina 2025

Dedicatoria y Agradecimientos

El presente trabajo es fruto de mucho esfuerzo personal pero también de muchas personas que me han ayudado en este desafío.

En primer lugar, agradezco a Dios que siempre me anima a seguir adelante y a encauzar todo el sacrificio a través de innumerables causas que fueron motivando terminar el posgrado de la mejor manera posible.

Agradezco muy especialmente a mi esposa por su apoyo incondicional y sacrificio a la par para permitirme estudiar y finalizar de esta manera la tesis de maestría tan esperada.

Lo dedico a mis hijos Luis María, Joaquín, Tomás y Rafael de 9, 7, 5 y 3 años respectivamente y a Britani de 2 años con todo el cariño que les tengo.

Aprovecho para agradecer particularmente a mi padre y abogado, a la Dra. Ana María Salas y al Dr. Juan Salvador que me acompañaron y guiaron durante la investigación.

INDICE

1. INTRODUCCIÓN	5
a. PROBLEMATICA Y FUNDAMENTACION	5
b. MARCO METODOLÓGICO.....	7
2. DAÑO MORAL	8
a. ORIGEN DE SU RECONOCIMIENTO	8
b. CONCEPTO	9
c. DIFERENCIA ENTRE DAÑO MORAL Y PSICOLOGICO	9
3. EXTINCION DEL CONTRATO DE TRABAJO - DESPIDO	12
a. DESPIDO.....	12
3.a.1. CONCEPTO.....	12
3.a.2. CLASIFICACIÓN DEL DESPIDO.....	13
3.a.2.i. DIRECTO CON CAUSA	13
3.a.2.ii. DIRECTO SIN CAUSA	15
3.a.2.iii. INDIRECTO.....	20
3.a.3. DAÑOS DERIVADOS DEL DESPIDO.....	21
4. PROTECCION DEL TRABAJADOR	23
a. PRINCIPIOS RECTORES	23
B. ENCUADRE LEGAL DEL DAÑO MORAL	29
4.b.1. MARCO CONSTITUCIONAL.....	29
4.b.2. ALCANCES EN EL CODIGO CIVIL DE VELEZ SARFIELD, REFORMA DEL AÑO 1968, ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO UNIFICADO DEL AÑO 2011 Y EN EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN	32
4.b.2.i. Código Civil de Vélez Sarsfield	32
4.b.2.ii. Reforma del año 1968	33

4.b.2.iii. Anteproyecto de Código Unificado del año 2011	36
4.b.2.iv. Código Civil y Comercial de la Nación ley 26.994	38
4.b.3. NORMATIVA ANTIDISCRIMINACION APLICABLE AL DAÑO MORAL EN MATERIA LABORAL	41
5. SUPUESTOS DE INDEMNIZACIÓN	52
a. ANALISIS DE LA REPARACION	52
b. POSTURAS SOBRE LA PROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑO MORAL	59
5.b.1. A favor	59
5.b.2. En contra	60
5.b.3. Tesis intermedia	65
6. JURISPRUDENCIA	68
a. Improcedencia	68
b. Procedencia	70
7. CUANTIFICACION	82
7.1. Ente los factores relevantes a utilizar por el juez se pueden mencionar:	84
7.2. Criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	88
7.3. Análisis sobre la implementación de tarifaciones legales indicativas	90
7.4. Pautas a seguir recomendadas por el Dr. Mosset Iturraspe	96
8. CONCLUSIONES	99
9. BLIOGRAFÍA	101

1. INTRODUCCIÓN

a. PROBLEMÁTICA Y FUNDAMENTACIÓN

La reparación del daño moral ha sido históricamente discutida, pero, en el ámbito laboral, mucho más en razón de existir en la legislación argentina la indemnización tarifada, misma que persigue la eximición de la prueba en cuanto al monto de dicha indemnización, esto a los fines de proteger mejor al trabajador para agilizar los procesos de reclamo. Ahora bien, con el tiempo se pudo comprobar que dicha indemnización tarifada solo cubre los daños económicos consecuencia del despido sin causa, pero, en algunos casos, existe un daño a los sentimientos, de carácter extraordinario, que supera el que normalmente se siente al ser despedido, y que no estaba de ninguna manera previsto ni mucho menos integraba el monto indemnizatorio.

Es en estas hipótesis (despido que produce un dolor extraordinario por las circunstancias agraviantes) que se ha sostenido la necesidad de una indemnización adicional a la tarifada, que deje verdaderamente indemne al trabajador. Esto no estaba en la legislación laboral y los jueces, por aplicación de la ley antidiscriminación, aplicaban la indemnización por daño moral. La ley 27.742 de Bases y puntos de partida para la libertad de los argentinos, en su título quinto, pretende solucionar esta omisión recogiendo o tratando de recoger lo establecido por dicha ley y otra serie de leyes y tratados internacionales vigentes, pero no llega a abarcar la totalidad de las hipótesis que en la realidad se plantean.

La reparación del daño moral ha sido objeto de modificaciones legislativas desde la sanción del Código de Vélez hasta la actualidad con la modificación y unificación del Código Civil y Comercial de la Nación.

A lo largo de los años se han desarrollado diferentes posturas sobre si corresponde la indemnización por daño moral ante los distintos supuestos de desvinculación del trabajador en sus distintas formas (con causa, sin causa) atentando, según algunos autores, contra la especificidad de la rama laboral al incluir reclamos propios del derecho civil, que estarían comprendidos en la reparación tarifada.

Por el contrario, existe doctrina y jurisprudencia que interpreta que la indemnización tarifada cubre solamente los daños patrimoniales derivados del mismo.

En el ámbito laboral el trabajador se encuentra sometido a una relación de subordinación, en la cual se compromete con toda su persona, circunstancia tal que resulta propensa para que la actuación del empleador pueda menoscabar o frustrar derechos fundamentales de su dependiente, como ser la honra, su dignidad o integridad; sin embargo cuando estos hechos acontecen junto con el despido, la Ley de Contrato de Trabajo (L.C.T.) no consagra explícitamente la reparación del daño moral entre sus rubros indemnizatorios..

El Dr. Roberto Brebbia afirmó: “El daño moral, que no es sino la violación de uno de los derechos inherentes a la personalidad de un sujeto; es decir, la lesión recaída sobre algunos de los bienes o atributos personales que componen la faz moral de la personalidad, no puede ser tarifado igual que el daño patrimonial; este carácter estrictamente personal y, por lo tanto no valuable pecuniariamente, del bien jurídico menoscabado al producirse un daño moral está indicando de por sí la imposibilidad de establecer de antemano y de manera uniforme el monto de la indemnización a acordarse.”¹

El tratamiento del daño moral, y su correspondiente valuación (cuando se acoge) han ido variando en los últimos tiempos, por su aplicación a nuevas situaciones. Y es precisamente, en el ámbito del Derecho del Trabajo, donde se abre un nuevo escenario, sobre todo, si tenemos en cuenta la manifestación de nuevas formas de afectación a la persona en su integridad y dignidad en el ambiente de laboral, como por ej. el acoso sexual, la discriminación o el acoso moral (mobbing), sin que podamos decir que se agote en estos fenómenos las causas de lesión y que ha generado un prolífico replanteo a punto tal de generar la reedición de antiguos tópicos que se encuentran inmersos en una especie de progresismo en materia de derechos humanos.

Desde hace algunos años, su cuantificación, y la cuestión de la legitimación son algunos de los temas que generan mayor controversia entre jueces y doctrinarios. De hecho, los montos indemnizatorios suelen diferir para casos similares lo que generaba una inseguridad jurídica y hasta en algunos casos cierta sensación de injusticia. Por ello, la reparación del daño moral podría superar el límite de la tarifa, cuando éste excede el objeto

¹ BREBBIA, Roberto. “El daño moral en el derecho laboral”. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/institucional/2014-fallo-plenario-podetti.pdf>

de la misma. De esta manera aparece otro factor importante en relación a los métodos de valoración del daño moral cuantitativamente hablando. Al ser una concepción meramente subjetiva no escapa a la realidad la posibilidad de una indemnización sumamente onerosa y arbitraria por parte del juzgador y en sentido opuesto, ante una situación similar podría otro sentenciante rechazar todo tipo de reparación por este concepto. Postura que favorece a aquellos que están en contra de este tipo de indemnización pero que desafía a fundamentar su aplicación a aquellos que están dispuestos a utilizarla en casos específicos donde consideran que hay una afectación espiritual y moral distinta a la prevista por el régimen tarifado que debe ser considerada al momento de una reparación integral justa.

De esta manera Jorge Mosset Iturraspe niega que el daño moral sea reparable por cuanto ello importaría vulnerar principios jurídicos y éticos por la falta de certeza sobre la cuantía de la indemnización, la inconmensurabilidad en cuanto a su traducción económica, el costo personal para el victimario y la imposibilidad de controlar su realidad entre otras cosas.²

En el presente trabajo realizaré un análisis desde los orígenes de la normativa, las distintas modificaciones legislativas hasta la aplicación del actual código unificado junto a las variaciones jurisprudenciales y doctrinarias tanto a nivel provincial, nacional como internacional sobre la procedencia de los reclamos por indemnización del daño moral siempre orientado al ámbito laboral y, específicamente, a los casos originados por despidos incausados.

b. MARCO METODOLÓGICO

Iniciaremos utilizando el método de investigación histórica a los efectos de estudiar la evolución del tema presentado en distintos aspectos (cultura, normativa, recepción jurisprudencial, etc.) para continuar con un método cualitativo y comparativo a los efectos de analizar casos concretos de daño moral simultáneamente a la forma en que se ha abordado la temática en otras jurisdicciones de nivel nacional e internacional.

² MOSSET ITURRASPE, Jorge. Responsabilidad por daños. T V Daño moral. Ed. Rubinzal Culzoni. 1999. Pág 142

2. DAÑO MORAL

a. ORIGEN DE SU RECONOCIMIENTO

El origen del reconocimiento del daño moral deviene de la doctrina francesa la cual lo denominó como "Damages Morales"; una primera noción de daño moral sería considerarlo como "aquel mal provocado a una persona o bien, sería la suma de elementos psíquicos y espirituales que inciden en el normal desarrollo emotivo del ser humano". Es decir, que el daño moral se configura como un perjuicio o agravio sufrido por una persona en su dignidad, honorabilidad e integridad física. En cuanto a su naturaleza jurídica, el daño moral es considerado totalmente subjetivo y depende del grado de reacción que pudiera ocasionar al sujeto en cuanto al estado psicológico del mismo.

En la Argentina, el primer caso conocido sobre procedencia del agravio moral en el despido, tuvo lugar en el año 1938. La Cámara Civil 1° de la Ciudad de Buenos Aires, reconoció el derecho a este resarcimiento adicional, en el caso de un maitre del City Hotel, que había sido despedido acusado de defraudación y que, por haber sido el hecho conocido en el gremio, no pudo obtener un nuevo empleo sino hasta después de doce meses. En el caso, se estimó que la existencia de una indemnización tarifada, no impide la que pueda reclamarse por los daños y perjuicios originados en la culpa o ligereza en que ha incurrido el empleador, al formular acusación criminal contra su dependiente, al que despidió del empleo. Concluye que la indemnización por daño moral es procedente en los cuasidelitos.

Poco tiempo después, el debate pasó a la doctrina. El primer artículo publicado sobre la necesidad de reconocer la reparación del agravio moral que pudiera sufrir el trabajador, es de Tissembaum del año 1942. La postura contraria fue sostenida por Deveali y seguida durante muchos años por la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia. Es que para Deveali, el derecho del trabajo "adopta sin más una solución de carácter transaccional, renunciando de esta manera al ideal de la aplicación de un derecho abstracto, a favor de una realización fácil y segura, si bien imperfecta de sus principios".

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre hace expresa mención en su artículo 5 que "toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar".

Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos ha establecido que "toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta declaración sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión...".³

b. CONCEPTO

Mosset Iturraspe considera que "la expresión daño moral es una antigüalla, el daño moral es un resabio de otros tiempos que ha permanecido por nuestras debilidades por nuestras torpezas y por aferrarnos a nuestras tradiciones jurídicas, compromete además la esfera emocional o sentimental de la persona".⁴

La distinguida jurista Kemelmajer de Carlucci considera que "antiguamente el mal hecho a la persona, se justificaba en la supuesta existencia de un verdadero derecho del sujeto sobre el propio cuerpo concebido a imagen y semejanza del derecho de propiedad y que en nuestro derecho no es necesario recurrir a tal artificio, pues la ley califica de daño, el mal hecho a su persona sin poner el acento en los derechos sobre esa personalidad".

Por su parte, Capon Filas señala que "el daño moral ha de comprenderse desde la persona ofendida ya que, sin agresión experimentada y sufrida, carece de entidad, característica que lo distingue de los restantes daños".⁵

Goldenberg indica que "el daño moral consiste en una pretensión autónoma e independiente del despido, vale decir, tiene su causa fuente en un ilícito ajeno al contrato de trabajo, que desborda los límites tarifarios y que debe ser resuelta en consecuencia, acudiendo a los principios generales del derecho de daños".⁶

c. DIFERENCIA ENTRE DAÑO MORAL Y PSICOLOGICO

En materia de derecho laboral, el daño moral y el daño psicológico son dos conceptos relacionados pero distintos. El primero se refiere al menoscabo de la dignidad, honor,

³ Recuperado de http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf090005-mac_donald-efectos_juridicos_economicos_dano.htm

⁴ Mosset Iturraspe, Jorge: "Revista de Derecho de Daños". Rubinzal Culzoni Editores. Año 2000.

⁵ Capon Filas, Rodolfo: "Daño moral y derecho del trabajo: Reflexiones sobre el tema durante el ajuste estructural". Revista del Equipo Federal del Trabajo. Año 2000

⁶ Goldenberg, Isidoro H: "El daño moral en las relaciones de trabajo". Revista de derecho de daños - Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe - Año 1999.

reputación o bienestar emocional de una persona, causado por acciones u omisiones del empleador tales como acoso laboral, discriminación, humillaciones, falsas acusaciones, y otros ejemplos que terminan por manifestarse en forma de angustia, ansiedad, depresión, pérdida de autoestima, et, siendo susceptible de reparación mediante disculpas públicas, medidas preventivas para evitar que se produzcan situaciones similares o indemnización.

El segundo supuesto hace referencia a la lesión o alteración causada en la salud mental o emocional de una persona, que puede tener consecuencias en su bienestar y calidad de vida por motivos laborales de estrés crónico, acoso laboral, sobrecarga de trabajo, etc, que se evidencian mediante trastornos de ansiedad, depresión, trastornos del sueño, problemas de concentración y otras tantas más que para intentar reparar el daño causado pueden ser sujetos de tratamiento psicológico, terapia, medidas para reducir el estrés, etc.

Hubo autores que pretendían identificar el daño moral con el psicológico, como si fueran la misma cosa. Al respecto, nuestra jurisprudencia resolvió; “Es del caso recordar, además, que los conceptos daño moral y daño psíquico no se confunden, sino que, por razón de su diversa naturaleza, deben ser también objeto de tratamiento diferenciado y se encuentran sometidos a distintos presupuestos de procedencia. Así, mientras el agravio moral importa una lesión a las afecciones legítimas vinculadas, como se dijo, con la lesión en los sentimientos personales, el daño psíquico, en cambio, responde a una alteración patológica de la personalidad, esto es, implica una perturbación del equilibrio emocional que afecta el área del comportamiento y se traduce en una disminución de las aptitudes para el trabajo y la vida social de relación, lo cual justifica esa ponderación individual y diferenciada respecto de aquel otro daño (CSJN, Fallos 327:2722; esta Sala, “Fuks Julio Sergio y otros c/ Madero Catering S.A. y otro s/ ordinario” , 27.10.15; íd.”Zamora, Carlos c/ Lozano, Marcelo”, 31.5.96; id., “Borthwick, Raúl c/ Falabella S.A.”, 20.6.08; id., “Videtta de Spitaleri, Antonia c/ Centro Automotores S.A.” , 5.3.10; id., “Lorenzo, Haydee c/ Orígenes Vivienda S.A.”, 20.8.10; c/ Segurado, Eduardo”, 16.2.96; también CNCiv B, “Altamirano, María Inés c/ Tinelli, Marcelo”, 19.12.00; id., “Costa, Carlos c/ Mc Donald’s” , 9.5.01; id., “Ortigosa, María Elena c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, 31.10.01; Sala C, “Frigerio, Eduardo c/ Veschi, Alberto”, 29.5.00; Sala F, “Salem, Isaac c/ Paz, Héctor”, 14.6.00; Sala J, “Sanchez, Raúl c/ Rago, Marcelo”, 22.6.00).(Partes: Frasca Palmira María c/ Provincia

Seguros S.A. s/ ordinario Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala/Juzgado: C Fecha: 10-may-2016 Cita: MJ-JU-M-99765-AR | MJJ99765.

En resumen, el daño moral y el daño psíquico, producen la afectación de la integridad personal, no obstante, actúan sobre dimensiones distintas, el primero sobre la base de la ética o moral sobre una dimensión más subjetiva y emocional y el segundo sobre la estabilidad psicológica que puede llegar a lesionar a la salud mental y emocional del afectado.

3. EXTINCION DEL CONTRATO DE TRABAJO - DESPIDO

El contrato de trabajo tiene vocación de continuidad en función del principio de permanencia que se encuentra amparado constitucionalmente. Pero no siempre la relación laboral se mantiene inalterable, ya que durante la misma se presentan numerosas circunstancias en que el trabajador, o el empleador, tienen necesidad de producir la extinción del contrato de trabajo como ser: incapacidad total sobreviniente, muerte, vencimiento del plazo o de la condición del contrato y despido entre otros.

A continuación, desarrollaremos específicamente el supuesto de despidos ya que es el supuesto por excelencia donde analizaremos la posible procedencia de la indemnización de daño moral.

a. DESPIDO

3.a.1. CONCEPTO

El Despido es una de las formas de extinción del contrato de trabajo que surge de la voluntad de alguna de las partes y puede fundarse en una justa causa o disponerse sin expresión de ésta.⁷ Las principales características que son las siguientes:

- Es un acto unilateral del empleador (despido directo) o del trabajador (despido indirecto) que extingue el contrato de trabajo, es decir se produce por su sola voluntad
- Es un acto recepticio, ya que se torna eficaz desde el momento en que el acto llega al conocimiento del destinatario.
- Es un acto extintivo, porque los efectos del contrato cesan para el futuro (una vez recibida la notificación) y ninguna de las partes puede invocar hechos posteriores para justificar la medida
- Es un acto informal, en principio, puede manifestarse por escrito (telegrama, carta documento) o surgir de un comportamiento

⁷ GRISOLIA JULIO A. “Manual del derecho laboral” LexisNexis, 4ta Ed, 2008, pág 449

inequívoco de alguna de las partes. (por ej: negativa a dar trabajo). Para el despido con preaviso y justa causa es requisito sea por escrito.

El despido es un acto jurídico válido y, de acuerdo a la forma en que se denuncia el contrato laboral (con o sin causa), la Ley de Contrato de Trabajo le asigna responsabilidades diferentes al empleador.

3.a.2. CLASIFICACIÓN DEL DESPIDO

Se lo clasifica según dos ópticas⁸:

1. Según la PARTE que lo decide: DESPIDO DIRECTO (dispuesto por el empleador) y DESPIDO INDIRECTO (lo decide el trabajador)
2. El despido DIRECTO a su vez se clasifica según haya sido o no expresada la causa en: DESPIDO CON JUSTA CAUSA y DESPIDO INJUSTIFICADO

3.a.2.i. DIRECTO CON CAUSA

De acuerdo al Art. 242 de la LCT una de las partes podrá hacer denuncia del contrato de trabajo en caso de inobservancia por parte de la otra de las obligaciones resultantes del mismo que configuren injuria y que, por su gravedad, no consienta la prosecución de la relación.

La L.C.T. expresamente utiliza la palabra injuria, sin enumerar taxativamente cuales son las causales injuriosas, lo que es un verdadero acierto, ya que las causales pueden ser innumerables y realizar cualquier tipo de enumeración taxativa, llevaría el riesgo de omitir causales que pueden justificar un despido. Con esta expresión, está claro que no cualquier incumplimiento constituye justa causa de denuncia del contrato de trabajo, sino solo aquel que puede configurar un obrar contrario a derecho y que asuma una magnitud suficiente como para desplazar el principio de conservación del contrato, como lo hemos mencionado.

⁸ GRISOLIA JULIO A. "Manual del derecho laboral" LexisNexis, 4ta Ed, 2008, pág 442 y ss.

La carga de prueba de la causa invocada recae en quien la invoca, pero quien DEFINE la legalidad o no del despido, será EL JUEZ. En el caso que sea el empleador quien decide denunciar el contrato con justa causa, no le genera obligaciones indemnizatorias, por ello, la causa que invoca posee estrictos requisitos materiales y formales que cumplir a fin de que logre los efectos jurídicos que persigue; como ser: el motivo debe ser de tal gravedad que impida continuar el vínculo y debe ser probada por el empleador, la notificación del despido y de la causa debe ser en forma suficientemente clara y por escrito, entre otros.

El artículo 243 LCT establece la modalidad de la comunicación que debe realizar la parte que denuncia el contrato laboral por justa causa y además instituye que ésta no puede ser modificada luego en el proceso.

Especial reflexión merece la opción de invocar una causa justa, pues conforme a este artículo, la validez de la notificación dependerá de:

a) Precisa referencia de los hechos que deberán configurar el sustento de la injuria grave.

b) Oportunidad de la notificación, es decir debe mediar inmediatez entre el hecho causa y la comunicación del despido. Cabe una excepción a esta cuestión, reconocida en los casos en que debe mediar una investigación o sumario previo para constatar la realidad de los hechos, todo lo que deberá ser explicitado en la comunicación.

Como el juez es quien debe valorar la justificación del despido, es muy variada la casuística sobre el tema y cada situación tiene sus circunstancias en particular, sin perjuicio de lo cual puedan extraerse de los fallos algunos principios generales que ayudan a la interpretación. Algunas causas más frecuentes:

- Las ausencias injustificadas al trabajo o las faltas de puntualidad son causa de despido, pero los jueces exigen que tengan una cierta frecuencia o extensión y que se hayan impuesto sanciones, siendo relevante también la consideración de la antigüedad del trabajador en el empleo.

- Si se invoca el abandono del trabajo por el trabajador es indispensable la previa constitución en mora, mediante intimación hecha en forma fehaciente a que se reintegre al trabajo.

- Si se invoca que el trabajador cometió un delito (por ejemplo, un hurto) el despido puede considerarse justificado si el empleador hace la denuncia penal y obtiene sentencia condenatoria. En este supuesto el juez laboral no puede dictar sentencia hasta que haya resolución definitiva en el proceso penal.

Pero cuando la causa expresada por el empleador no puede ser probada a los fines de eximirse de la respectiva indemnización o es falsa, se considera incausada la extinción, que además puede entrañar una conducta dolosa del empleador que puede perjudicar a la honra del trabajador.

3.a.2.ii. DIRECTO SIN CAUSA

Se produce cuando el empleador termina unilateralmente con la relación de trabajo sin invocar una justa causal - en este supuesto se incluyen la falsa causa o una causa que no pueda ser probada que mencionamos anteriormente - dando lugar a los rubros indemnizatorios de la LCT (artículos 232, 233, 245 Indemnización por antigüedad). Por lo tanto, en nuestro régimen de permanencia jurídicamente garantizada, no está vedado al empleador disponer la disolución del contrato sin causa, aunque esta sea arbitraria: su declaración produce la disolución del vínculo contractual y por lo tanto es eficaz y da lugar al pago de una indemnización. Esto es lo que se denomina régimen de “Estabilidad relativa impropia” adoptado en nuestro régimen laboral, que mencionamos más adelante.

El [artículo 14 bis](#) de la Constitución Nacional, incorporado por la reforma del año 1957, garantiza la protección contra el despido arbitrario", y en relación a los empleados públicos asegura la estabilidad absoluta. La ley 23.551 garantiza la estabilidad de los representantes gremiales mientras duren en sus funciones y durante un período de tiempo más, pero deben darse los requisitos y condiciones que prevé la ley. En el ámbito de las relaciones de trabajo privado, ya sea aplicable la LCT u otros regímenes específicos (trabajadores a domicilio, personal doméstico, agrario, periodistas profesionales etc.) rige el sistema de la estabilidad relativa impropia. El trabajador ante el daño que le ocasiona la pérdida de su empleo -sostén de su calidad de vida- obtiene una respuesta favorable del ordenamiento jurídico. La norma constitucional no estableció la forma de protección contra el despido arbitrario por lo que dejó en manos del legislador el mecanismo para hacerlo.

Existen diversos mecanismos de protección como pueden ser el de la estabilidad absoluta, estabilidad relativa -propia e impropia-, fondo de desempleo, propuestas de despido y otros.

El sistema tradicional optado por el legislador y consagrado en la Ley de Contrato de Trabajo fue el sistema de "estabilidad relativa impropia", esto es, el empleador tiene facultad para despedir al trabajador, pero si el despido es arbitrario o injustificado debe pagar a cambio una indemnización. Esta indemnización no es discrecional de las partes o de un juez, sino que es "tarifada". Esto significa que el propio legislador estableció los parámetros que deben tenerse en cuenta para fijar la indemnización y quitó toda discrecionalidad para la fijación de la misma. La primera característica que presenta el sistema es que a priori se puede calcular el costo de un despido arbitrario. La crítica que merece es que se abstrae de los perjuicios concretos, ya que no busca determinar el daño y resarcirlo conforme al sistema de daños previstos en nuestro ordenamiento legal, sino que funciona como un "costo laboral" más. El empleador que despide en forma arbitraria o injusta debe pagar la indemnización al trabajador, aunque no haya ocasionado daño concreto y el trabajador tampoco puede pedir una indemnización mayor a la fijada por ley, aunque haya sufrido un perjuicio aún mayor. En casos muy aislados el sistema admite excepciones, en general, cuando existe un daño adicional que merece una reparación autónoma.- II) Base salarial del [artículo 245](#) de la LCT.- El artículo 245 de la LCT es la norma base que regula la indemnización por despido arbitrario y lo hace en función de dos elementos: el salario y la antigüedad del trabajador en el empleo.

La citada norma fija "una indemnización equivalente a (1) un mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de (3) tres meses". Si el trabajador excedió los tres meses de trabajo, luego de un año, ya debe computarse como un período más (Ej. trabajó 2 años 3 meses y 1 día, deben computarse 3 períodos). Si el trabajador no alcanzó a prestar servicios más de tres meses, en principio, no tiene derecho a percibir indemnización porque rige el "período de prueba" previsto en el [artículo 92 bis](#) de la LCT donde cualquiera de las partes puede rescindir el contrato de trabajo sin causa alguna. Sin embargo, la citada norma admite situaciones en que cabe presumir la renuncia al período de prueba, o sanciona la conducta abusiva del empleador, o existen supuestos que la jurisprudencia ha considerado que no rige el período de prueba (Ej. trabajadora que se encuentra en situación del [artículo 182](#) de la LCT), en todos estos casos el empleador deberá abonar la indemnización legal pese a que el

contrato de trabajo no ha superado los ocho meses. En los casos de contratos de trabajo a plazo fijo no rige la indemnización del artículo 245 de la LCT ya que la fijación de la indemnización por resolución ante tempus del contrato es fijada prudencialmente por los jueces ([artículo 95](#) de la LCT).- La norma establece que debe tomarse "...la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si este fuere menor...". En principio, cabe aclarar que la [ley 25.877](#) modificó el vocablo "percibida" por "devengada", esto significa que debe computarse el salario que pertenece al trabajador (porque prestó servicios y ya lo ganó) aunque materialmente no lo haya percibido efectivamente -ya sea porque no se lo pagaron, porque no fue a cobrarlo, porque el despido se produjo antes de la fecha de cobro u otra causa-, es decir, más allá de su percepción efectiva se encuentra incorporado a su patrimonio al menos como crédito. La "remuneración" es la contraprestación que percibe el trabajador como consecuencia de las tareas o servicios prestados ([artículo 103](#) de la LCT).

No debe confundirse con los beneficios sociales previstos en el [artículo 103 bis](#) de la LCT -que pueden ser dinerarios- cuya naturaleza no responde estrictamente a la tarea cumplida por el trabajador sino que se vinculan con el mejoramiento de la calidad de vida del dependiente y de su familia, como pueden ser los servicios de comedor, vales alimentarios, la ropa de trabajo, el pago de la guardería o jardín de infantes del hijo, viáticos etc. Asimismo, quedan excluidas dentro del de este concepto las gratificaciones que por su naturaleza -liberalidad del empleador- puede ser dejadas sin efecto cuando aquél así lo disponga. Asimismo, el artículo 245 LCT habla de la remuneración "mensual", esto es, la que se percibe o devenga todos los meses. Quedan excluidos los conceptos que no se pagan mensualmente como son los premios u otros conceptos de pago anual, semestral, trimestral etc. El Sueldo Anual Complementario (SAC) pagadero los 30 de junio y 31 de diciembre de cada año también quedan excluidos del cálculo ([artículo 122](#) LCT). Sin embargo, nada obsta su inclusión cuando las partes convienen que el SAC se pague proporcionalmente cada mes. La norma alude a la remuneración "normal y habitual". La habitualidad está referida a los conceptos que se pagaron con bastante frecuencia durante el último año -8 a 12 meses- o el tiempo de prestación de servicios si es menor (horas extras, premios por asistencia o puntualidad, viáticos sin rendición de cuentas, futuros aumentos, falla de caja, etc.). La

normalidad para algunos autores responde a un concepto cuantitativo y por ello excluyen la posibilidad de tomar un monto salarial cuantitativo extraordinario (por ej. si todos los meses el trabajador gana en promedio \$ 200.000.- de comisión por venta y un mes ganó la suma de \$ 3.000.000.- porque vendió mucho, no podría tomarse ese salario porque el valor es anormal o extraordinario). Ello llevó a que en los supuestos de remuneraciones variables (y discordantes) algunos jueces promediaran los importes a fin de obtener el "salario variable normal". Esta práctica quedó sin efecto a raíz del plenario N° 298 de la CNAT del 5.10.2000 "[Brandi Roberto Antonio c/ Lotería Nacional s/ despido](#)", obligatorio para los jueces del fuero en virtud de lo prescripto por el [artículo 303](#) del CPCCN, que fijó la siguiente doctrina "para el cálculo de las indemnizaciones por despido no deben ser promediadas las remuneraciones variables mensuales, normales y habituales".

De allí que en caso de remuneraciones variables debería tomarse la mejor remuneración, salvo que el intérprete considere que cuantitativamente esta no es "normal", sino extraordinaria, y queda excluida del parámetro del artículo 245 de la LCT.

Tope legal convencional del artículo 245 de la LCT:

Sin embargo, la "tarifación" de la indemnización -que se abstrae de los daños reales del despido- tiene varias manifestaciones, entre ellas, el tope legal. La remuneración tomada para el cálculo del artículo 245 LCT no puede exceder "el equivalente a tres veces del importe mensual de la suma que resulta del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador al momento del despido por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad". La misma norma dispone que en caso que al trabajador no se le aplique convenio alguno se tomará como tope legal el convenio de actividad que se aplica al establecimiento -lugar donde presta servicios el trabajador- o el más favorable en caso de que se aplique más de un convenio en el lugar.

Para los trabajadores con remuneraciones variables o a comisión se le aplica el tope más conveniente, comparando al que pertenecen o al aplicable en el establecimiento o empresa donde prestan servicios. La publicación de estos topes y de las escalas salariales están a cargo del Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos de la Nación, por lo cual las partes no están habilitadas para fijar los promedios correspondientes.

En caso que el Ministerio omita hacerlo, consideramos que esa circunstancia es inoponible al trabajador y deberá abonarse la indemnización sin tope legal en tanto no existe una norma jurídica que así lo establezca. Por otro lado, el tope legal funciona como una medida de defensa del empleador y por ello puede dispensar su aplicación y abonar la indemnización en base a un salario liberado del tope. Es importante destacar que para la aplicación de un convenio colectivo, y su tope, se requiere que las partes lo hayan individualizado ([artículo 8°](#) de la LCT) y en caso de que no lo hagan no podría aplicarse convenio alguno ya que tampoco puede aplicarse otro convenio por analogía ([artículo 16](#) de la LCT). Tampoco corresponde fijar tope para los trabajadores que se desempeñan en establecimientos donde no se aplica convenio colectivo alguno. Existen situaciones donde la aplicación del tope legal puede tornar ilusoria la indemnización prevista en el artículo 245 de la LCT, en supuestos donde existe un desfasaje entre la remuneración del trabajador y el tope legal que debe aplicarse. Supongamos que un trabajador trabajó 10 años en la empresa y su mejor remuneración fue de \$ 1.000.000, en principio debería cobrar \$ 10.000.000 de indemnización por antigüedad ([artículo 245 LCT](#)). Pero si le toca la aplicación de un tope legal fijado en \$ 3.000.000 su indemnización se reduciría un 70%; lo que significaría el pago de sólo 3 salarios luego de 10 años de trabajo. Ante estas situaciones injustas e irrazonables la Corte Suprema de Justicia de la Nación fijó doctrina el 14.09.2004 en autos "[Vizzotti Carlos c/ AMSA SA](#)". Allí declaró la inconstitucionalidad del tope legal del artículo 245 LCT cuando supera el 33% del salario del trabajador, siguiendo así los criterios que mantiene en materia impositiva para considerar confiscatorio cualquier impuesto, tasa o contribución que excede esos límites. En otras palabras, conforme a la doctrina sentada por el máximo tribunal el tope legal sólo puede aplicarse hasta mermar el 33% del salario del trabajador. Es decir, cuando la mejor remuneración mensual, normal y habitual del dependiente es superior al tope legal fijado por el artículo 245 de la LCT (conforme Resolución del Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos de la Nación) debe tomarse el 67% de dicha base remuneratoria y siempre que el empleador así lo requiera. Por último, cabe destacar que la norma establece un piso mínimo de indemnización por antigüedad, equivalente a un mes de sueldo de la mejor remuneración mensual, normal y habitual del trabajador.

3.a.2.iii. INDIRECTO

Es el decidido por el trabajador ante un incumplimiento del empleador de suficiente gravedad que constituya una injuria que impida la continuación del contrato. Aquí el empleador no notifica su decisión extintiva, sino que ésta surge de la decisión del empleado ante las conductas y actitudes como ser malos tratos continuos, sanciones desproporcionadas, falta de pago de la remuneración, etc. Por ello la ley ampara que el trabajador se considere despedido sin causa por los comportamientos de su patrón que tornan imposible continuar con el vínculo. Para ello debe notificarlo fehacientemente – por escrito - a su empleador y en el menor tiempo posible, ya que de no presentarse a trabajar (tal cual es la voluntad del trabajador cuando de las injurias se vuelve imposible continuar la relación laboral) puede quedar enmarcado en la figura del “abandono de trabajo”.

La prueba de la causa invocada está a cargo del trabajador y, de demostrarla, genera el derecho a cobrar las mismas indemnizaciones que en el caso del despido directo sin causa. Así lo dispone el art. 246 LCT: *“Cuando el trabajador hiciere denuncia del contrato de trabajo fundado en justa causa, tendrá derecho a las indemnizaciones previstas en los artículos 232, 233 y 245”*⁹.

Enumeramos algunas causas de despido indirecto:

- **Suspensiones aplicadas al trabajador en exceso a lo permitido legalmente.** Así se encuentra establecido en el Art. 222 LCT: *Toda suspensión dispuesta por el empleador de las previstas en los artículos 219, 220 y 221 que excedan de los plazos fijados 20 o en su conjunto y cualquiera fuese la causa que la motivare, de 90 (noventa) días en un año, a partir de la primera suspensión y no aceptada por el trabajador, dará derecho a éste a considerarse despedido.*

- **Perjuicio ocasionado al trabajador por transferencia comercio:** Art. 226 LCT: *“...A tal objeto se ponderarán especialmente los casos en que, por razón de la transferencia, se cambia el objeto de la explotación, se alteran las funciones, cargo o empleo, o si mediare una separación entre diversas secciones, dependencia o sucursales de la empresa, de modo*

⁹ GRISOLIA JULIO A. Ob.cit. pág 453.

que se derive de ello disminución de la responsabilidad patrimonial del empleador ”

- **Incumplimiento del empleador a su deberes**, como ser negativa a dar tareas al trabajador, a reconocer su real fecha de ingreso o su real salario, a pagarle la remuneración, etc. Para estos casos los jueces requieren que el trabajador previamente intime al empleador en forma documentada a cumplir la obligación que reclama.

3.a.3. DAÑOS DERIVADOS DEL DESPIDO

El despido incausado siempre ocasionará daños al trabajador. Además del patrimonial, cubierto expresamente por la indemnización tarifada por la ley, puede también causar daño moral.

Al definir daño moral se ha dicho que lesiona los valores más preciados del ser humano: los sentimientos, emociones, la tranquilidad y el equilibrio anímico, entre otros valiosos bienes personales dañados por los padecimientos y secuelas espirituales que provoca el empleador al resolver el contrato arbitrariamente, para lo cual se tienen que dar ciertos requisitos que desarrollaremos a continuación.

En primer lugar, el perjuicio directo que produce un despido sin causa, es la pérdida del salario, o sea del ingreso económico con el cual el trabajador satisface sus necesidades y las de su familia. Además, el nivel salarial determina, en principio, su nivel de vida y, por ende, alteraría la misma. En segundo lugar: la pérdida de chances de progresar en la carrera. Aunque el trabajador despedido obtenga de inmediato otro empleo, ha sufrido un daño consistente en la quiebra del ritmo de actividad al que estaba acostumbrado, sumando un riesgo de dificultades económicas y en la pérdida de los años de antigüedad. El daño no se reduce a sólo la pérdida de la estabilidad y a la dificultad de adaptación a un nuevo empleo, sino que la permanencia del trabajador en el empleo estrecha lazos de amistad, permite organizar y planificar su vida familiar, obtener créditos por su antigüedad, etc. Es decir, cuanto más tiempo pasa el trabajador al servicio de la misma empresa más se profundiza las raíces de su asentamiento y mayores son los perjuicios que sufre al tener que rehacer su existencia en otra empresa, como ser: la separación de los amigos compañeros de trabajo, la necesidad de readaptación psicológica al nuevo ambiente de trabajo, la frustración moral por el despido, etc.

En segundo lugar, aunque no siempre, pueden existir circunstancias que añadan un dolor extraordinario como consecuencia del distracto, distintas formas de afectación a la persona en su integridad y dignidad en el ambiente de laboral, como por ej. el acoso sexual, la discriminación o el acoso moral (mobbing), falsas acusaciones, sin que podamos decir que se agote en estos fenómenos las causas de lesión y que es lo que configura la procedencia del reclamo por daño moral.

4. PROTECCION DEL TRABAJADOR

a. PRINCIPIOS RECTORES

Al momento de establecer principios jurídicos y realizar un análisis de ellos es importante tener en cuenta que la base de todo es la dignidad del hombre y la igualdad ante la ley. En este caso haré un análisis de los principios generales y particulares del derecho laboral para luego tratar con mayor detenimiento el principio de igualdad y el de no discriminación que han tenido un crecimiento normativo notable especialmente desde la reforma constitucional del 94 y en los tratados internacionales incluidos en el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

Los principios del derecho en general, fijan reglas de orientación al juez o al intérprete de las normas en las controversias, además son un instrumento técnico para cubrir una laguna del ordenamiento jurídico actuando como fuentes supletorias, de allí la importancia de los mismos a la hora de resolver un conflicto. Entre los de los Principios Generales, podemos enumerar los siguientes:

Los principios constitucionales:

- la propiedad privada (art. 17)
- la igualdad (art. 16)
- principio *alterum non laedere* o prohibición de dañar injustificadamente a otro (art. 19)

Los principios del Derecho Civil:

- la buena fe (art 1198 primer párrafo CC) y la equidad (art. 907, párrafo segundo)
- el *pacta sunt servanda*, significa que lo pactado obliga, debe ser cumplido.
- el abuso del Derecho (artículo 1071 CC)
- la teoría de los actos propios,
- el enriquecimiento sin causa
- la *restitutio in integrum*

Los principios del Derecho del Trabajo

Los principios del Derecho del Trabajo se caracterizan por su especialidad y particularidad, aunque corresponde señalar que los principios generales del derecho rigen supletoriamente en el derecho laboral, pero en el supuesto de conflicto entre ambos principios prevalecen los del Derecho del trabajo sobre los generales.

Enumeración de los principios del derecho de trabajo más relevantes:

1) Principio Protectorio: Su finalidad es proteger la dignidad del trabajador en su condición de persona humana, y se manifiesta en distintas técnicas dirigidas a equilibrar las diferencias preexistentes entre trabajador y empleador.

Contiene tres reglas de aplicación:

- Regla de la norma más favorable al trabajador, que se emplea en los casos que sea necesaria la elección entre dos normas de posible ejercicio en el supuesto concreto.

- Regla de la interpretación más favorable, para el supuesto de tener que interpretar una norma con más de una posible interpretación válida. En este apartado encontramos la regla “*in dubio pro operario*”, cuyos requisitos consisten en que exista una duda real, es decir, luego de hacer una interpretación literal, sistémica, histórica y así y todo persista la duda; y que no esté en pugna con la voluntad del legislador, en principio lo que está prescripto en la ley es lo que corresponde, excepto aquellos casos de inconstitucionalidad a demostrar en caso en particular.

- Regla de la condición más beneficiosa, para aquellos supuestos en que una norma modifique de manera perjudicial condiciones más favorables ya establecidas con anterioridad.

2) Principio de Irrenunciabilidad de los derechos: El derecho del trabajo parte del presupuesto de que cuando el trabajador renuncia a un derecho lo hace por falta de capacidad de negociación o por ignorancia, forzado por la desigualdad jurídico-económica existente con el empleador con el fin de conservar sus fuentes de ingresos. El principio de irrenunciabilidad procura evitar este tipo de renunciaciones.

3) Principio de la continuidad de la relación Laboral: Establece que cuando exista duda entre la continuación o no del contrato de trabajo, o con respecto a su duración, se debe

resolver a favor de la existencia de un contrato por tiempo indeterminado. Tiende al mantenimiento de la fuente de trabajo.

4) Principio de primacía de la realidad: Será nulo todo contrato por el cual las partes hayan procedido con simulación o fraude a la ley laboral. Así lo encontramos en la L.C.T en su artículo 14 : “Será nulo todo contrato por el cual las partes hayan procedido con simulación o fraude a la ley laboral, sea aparentando normas contractuales no laborales, interposición de personas o de cualquier otro medio. En tal caso, la relación quedará regida por esta ley”.

5) Principio de buena fe: Las partes están obligadas a obrar de buena fe, ajustando su conducta a lo que es propio de un buen empleador y de un buen trabajador, tanto al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato o la relación de trabajo. Así lo encontramos plasmado en el artículo 63 de L.C.T. Se introduce como estándar el principio del “buen empleador”, como así también se resalta el respecto debido a la dignidad del trabajador excluyendo toda forma de abuso de derecho¹⁰.

7) Principio de equidad: Evita el desamparo que podría generarse por la aplicación estricta y rigurosa de una norma cuando produzca una situación disvaliosa o no querida por el propio legislador.

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

9) Principio de gratuidad: Su esencia es garantizar el acceso gratuito de los trabajadores a la justicia para reclamar por sus derechos.

10) Principio de razonabilidad: es un principio general del derecho que opera como filtro en la aplicación de interpretaciones disvaliosas de una norma o determinadas situaciones.

¹⁰ GOLDENBERG I. El daño moral en las relaciones de trabajo. Revista de Derechos de Daños: Daño moral. Ed. Rubinzal Culzoni, año 2001 , pág 266.

Se trata de un accionar conforme a la razón y a determinadas pautas de conducta que resultan lógicas y habituales.

11) Principio de progresividad: Uno de los principios reconocidos jurídicamente en relación a los DDHH y por extensión al resto de las ramas del derecho es el principio de progresividad, mediante el cual el reconocimiento normativo de aquellos derechos y su protección avanzan siempre en un sentido creciente hacia la plenitud de su goce y ejercicio. Constantemente los hombres han luchado en pos de sus derechos para obtener mejores condiciones de vida y gozar plenamente de la libertad. Y de esta obligación de implementación progresiva nace como consecuencia lógica la prohibición de regresividad que empeoren la situación los ciudadanos en relación a los logros obtenidos mediante leyes y tratados internacionales.

Principio que se aplica especialmente en el tema desarrollado en el presente trabajo debido a la recepción y aumento de casos favorables a la aplicación de indemnización por daño moral en casos de despido laboral sin causa, que se especificará en el capítulo correspondiente.

6) Principio de no discriminación e igualdad en el trato: Consagra la igualdad ante la ley y hace alusión a la igualdad entre iguales y en igualdad de situaciones. Estos principios son los más relevantes en relación al tema de la tesis, por lo que serán desarrollados con mayor énfasis.

En 1948 se incluye por primera vez el término discriminación en un tratado internacional, específicamente en la Declaración de los Derechos Humanos hasta que en el Convenio 111 de la OIT se define la misma como cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación, el cual se firmó en Ginebra en 1958 y entró en vigor en 1960.

En Argentina nace por doctrina y jurisprudencia de Alemania Federal, incluso por la doctrina y jurisprudencia nacional antes de la vigencia de la ley 20.744 de 1974 especialmente en los arts. 17, 17 bis (eliminado en la reforma de 1976 e incorporado

nuevamente en 2010) y 81. Luego se implementan numerosos artículos en alusión al principio de la no discriminación como son los arts. 172, 178, 180, 181 y 182 de la LCT.

El principio de igualdad refiere a comparaciones en un aspecto específico, una igualdad relativa comparando siempre características accidentales similares sin desconocer que los hombres son esencialmente iguales. El trato que la LCT ampara, establece una relatividad con relación al lugar en la empresa y a la actividad en el establecimiento laboral, requisitos que parten de una base de desigualdad legítima para poder aplicar la igualdad de trato con semejantes características.

Este principio de igualdad, consagrado constitucionalmente, se concretó en el ámbito del derecho individual del trabajo en las normas sobre igualdad de trato y prohibición de discriminaciones arbitrarias entre los trabajadores por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad, previstas en los artículos 17, 17 bis y 81 LCT.

En el ámbito del derecho colectivo del trabajo, el artículo 7 de la ley 23551 de asociaciones sindicales prohibió el trato discriminatorio entre los afiliados de las asociaciones sindicales por razones ideológicas, políticas, sociales, de credo, nacionalidad, raza o sexo. A su vez, el artículo 47 de la misma norma estableció el procedimiento del amparo sindical para obtener el cese del comportamiento antisindical.

La ley 25013 reguló el instituto del despido discriminatorio en su artículo 11¹¹. Por tal, consideraba a aquel originado en motivos de raza, nacionalidad, sexo, orientación sexual, religión, ideología u opinión política o gremial. Sin embargo, el decreto 1111 que la promulgó observó el artículo 11 de la ley y redujo las causas, dejando subsistentes solo la raza, el sexo y la religión, y eliminando todas las demás.

La crítica que pesó sobre ella fue la imposición de la carga de la prueba a quien invocaba la causal y la tarifación de la indemnización con incremento del 30% por antigüedad sin tope legal, que consideraba de escasa cuantía. Cinco años y medio después, esta norma fue derogada por el artículo 41 de la ley 25877.

¹¹ Art. 11, L. 25013: “Será considerado despido discriminatorio el originado con motivos de raza, nacionalidad, sexo, orientación sexual, religión, ideología, u opinión política o gremial. En este supuesto la prueba estará a cargo de quien invoque la causal. La indemnización prevista en el artículo 7 de esta ley se incrementará en un treinta (30%) por ciento y no se aplicará el tope establecido en el segundo párrafo del mismo. Texto derogado L. 25877 (BO: 19/3/2004).

El Pacto Federal del Trabajo, firmado entre el Estado nacional, los Estados provinciales y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el 29/7/1998, fue ratificado por la ley 25212. Esta norma consideró como infracción muy grave a las decisiones del empleador que impliquen cualquier tipo de discriminación en el empleo o la ocupación por motivos de raza, color, ascendencia nacional, religión, sexo, edad, opinión política, origen social, gremiales, residencia o responsabilidades familiares. A ellas les impuso multas del 50% al 2000% del valor mensual del salario mínimo, vital y móvil vigente al momento de la constatación de la infracción, por cada trabajador afectado. Y previó que, en caso de reincidencia, el establecimiento pudiera ser clausurado y el empleador pudiera ser inhabilitado para acceder a licitaciones públicas y suspendido de los registros de proveedores o aseguradores de los Estados.

La lista no estaría completa si no mencionáramos al proyecto de ley 27251 que fue vetado por el Poder Ejecutivo Nacional a través del decreto 701. Fue un intento de prohibir los despidos sin justa causa, por el plazo por el que se declaraba la emergencia pública en materia ocupacional, disponiendo la nulidad de los mismos. Nótese la clara diferencia, en cuanto a las consecuencias del despido, entre aquella y el posterior DNU 34 que declaró la misma emergencia; pero que sancionó los despidos sin justa causa con la denominada “doble indemnización” que perduró, reduciéndose progresivamente en su monto hasta su extinción total el 30/6/2022, conforme los DNU 528/2020, 961/2020, 39/21 y 886/2021.

Luego, y especialmente en el marco de la emergencia sanitaria por el COVID-19, el 31/3/2020, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el DNU 329/2020, prohibiendo los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor, que se extendió hasta el 31/12/2021 por las sucesivas prórrogas de los decretos 487/2020, 624/2020, 761/2020, 891/2020, 39/2021, 266/2021, 345/2021 413/202.

La ley 23592 reglamentó el ejercicio de derechos y garantías constitucionales y estableció medidas contra actos discriminatorios. Su artículo 1¹² es de

¹² Art. 1, L. 23592: “Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su

fundamental interés para este estudio en cuanto prevé que la discriminación puede provenir de actos u omisiones y que los motivos pueden ser raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos. Lo trascendental en este texto legal es que el afectado puede pedir que se deje sin efecto el acto discriminatorio, o bien que cese en su realización, y, a la vez, puede requerir la reparación del daño moral y material ocasionados. Ahora bien, nada dice la norma sobre el tipo ni la carga de prueba que se requiere para exponer o repeler tal discriminación. La tarea de determinarlo quedó a cargo de la doctrina y jurisprudencia, como veremos más adelante. Hoy, ya no cabe duda de que la ley 23592 se aplica de forma transversal en el derecho argentino y, concretamente, en el ámbito del derecho del trabajo, se la adopta para sancionar los casos de despidos discriminatorios de activistas sindicales, casos de acoso, y violencia en el trabajo, despidos por razones de maternidad o posteriores a enfermedades recurrentes o prolongadas, entre otros posibles.

B. ENCUADRE LEGAL DEL DAÑO MORAL

4.b.1. MARCO CONSTITUCIONAL

Además de estar receptado en los artículos mencionados del Cód. Civil, el daño o agravio moral ha adquirido rango constitucional a través del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, pues en los artículos 5 y 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica - Ley 23.054) encuentra recepción y tutela dicho bien jurídico:¹³

Artículo 5. Derecho a la integridad personal: “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a

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

13 SCJBA, Ac. 57.531, 16-2-99, “Sffaeir, L. C/Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Salud y Acción Social) s/demanda contencioso administrativa”. Fallo y fragmento citado por Graciela Medina en su publicación digital citada. Sección: Rango constitucional del daño moral.

penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.”

Artículo 11. Protección de la honra y de la dignidad

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”

También se encuentra receptado en la “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”, cuyo Art. V dispone que *“Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar”*; y otras normas de específica aplicación al sub lite. (Art. 75, inc. 22 CN).

Entonces podemos señalar que el **derecho a la reparación** encuentra su sustento en: a) la Constitución Nacional; b) Tratados internacionales principalmente la Conv. Americana Pacto de San José de Costa Rica; c) la legislación interna (el CC y otros ordenamientos privados); d) la jurisprudencia; e) los principios generales del derecho. Uno de los principios eje que fundamentan el Derecho de Daños es el *“naeminen laedere”*—no dañar a nadie— o *“alterum non laedere”* —no dañar a otros—. El derecho a la reparación se encuentra anclado en la CN, particularmente en el artículo 19 que dice: *“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe”*. Expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica, incluso la laboral.

Si dejamos sentado que el derecho a la reparación tiene carácter constitucional, la consecuencia lógica es que nadie, si ha sufrido un daño injusto, puede dejar de ser indemnizado conforme a las pautas legales correspondientes. La legislación privada debe someterse a la Constitución por la supremacía que la norma fundamental ejerce sobre el derecho privado que debe adaptarse a ella y no puede contradecirla.

En el derecho internacional además de los principios de “buena fe”, “pacta sunt servanda” y no discriminación, adquiere particular relevancia en materia de interpretación de

los derechos humanos el principio “pro homine” que consagra la primacía de la norma más favorable a la persona y refuerza el contenido de las normas del derecho de trabajo, en especial la protección consagrada en el art 14 bis de la CN y en el art 4 LCT que subraya especialmente la dignidad de la persona humana.

En nuestro país, junto a la regulación de la reparación integral establecida en el Código Civil argentino, coexisten otros sistemas o subsistemas que han sido tildados por algunos prestigiosos juristas como inconstitucionales, entre ellos mencionamos la indemnización tarifaria contemplada en la actual Ley de Riesgo de Trabajo (Ley 24557) que de alguna manera limita o restringe la reparación integral establecida en el Código Civil; mientras que en su redacción anterior (Leyes 9688 y 24028) permitía recurrir a la vía civil para reclamar la reparación integral del daño. Según una postura, la persona que sufrió un daño producto de un accidente de tránsito puede reclamar la reparación integral del C.Civil, mientras que aquella que sufrió un accidente laboral debe someterse a los topes de la Ley Riesgo de Trabajo estándole privado el derecho de recurrir por la vía del derecho común. Esta contradicción pone en jaque los principios esenciales que fundamentan la responsabilidad por daños, entre los que se encuentra el *alterum non laedere* (del cual deriva *la restitutio in integrum*).

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la reparación consiste en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado tanto en el plano material como en el inmaterial (CIDH, "Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C No. 144, Párr. 175). Y el concepto de "reparación integral" (**restitutio in integrum**) implica el restablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización como compensación por los daños causados (CIDH, "González y otras ("Campo Algodonero") vs. México", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 16 de noviembre de 2009).

El derecho del trabajo es un "derecho mínimo" y ello se advierte con claridad, integrando sus clásicos principios en el contexto más amplio de los derechos humanos. Admitir la reparación adicional del agravio moral que sufre el trabajador afectado en estos

nuevos tópicos, oxigena y moderniza aquellos rígidos e impotentes argumentos que, en su momento, se vieron consagrados en el régimen de la tarificación del daño. Es que la "autonomía" de esta rama del ordenamiento jurídico siempre ha sido del tipo relativa, precisamente por la necesidad de integrar al derecho del trabajo en un ordenamiento más amplio y omnicomprendido del género, como son los derechos humanos.

Porque, en definitiva, el planteo acerca de la procedencia del daño moral en las relaciones de empleo, es propio de la humanización del trabajo y la dignificación del ser humano como tal, independientemente de su condición laboral. Aquellos aspectos del ser humano que lo vinculan a una organización productiva ajena, han generado relaciones de tipo social, en las que interviene el Estado con regulaciones mínimas en aras de la paz. Pero ocurre que estos aspectos son parciales en la vida del trabajador como persona. Su interacción, no se limita a los aspectos productivos del contrato de trabajo, sino que se insertan en un contexto social más amplio de relaciones humanas que también ha merecido la atención del Estado y la comunidad internacional en el reconocimiento de derechos propios de la condición humana, de la cual también participa el trabajador.

4.b.2. ALCANCES EN EL CODIGO CIVIL DE VELEZ SARSFIELD, REFORMA DEL AÑO 1968, ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO UNIFICADO DEL AÑO 2011 Y EN EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

4.b.2.i. Código Civil de Vélez Sarsfield

En la regulación legal del Daño Moral, nuestro viejo Código Civil de Vélez Sarsfield fue un pionero, al ser el primero de su época en regularlo de manera expresa.

“Si el hecho fuese un delito del Derecho Criminal, la obligación que de él nace no sólo comprende la indemnización por pérdidas e intereses, sino también del agravio moral que el delito hubiese hecho sufrir a la persona, molestándola en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes, o hiriendo sus afecciones legítimas” (Artículo 1070, Código Civil, texto originario, derogado por ley 17.711, 1968).

En su redacción original, este rubro indemnizatorio estaba únicamente previsto para los daños producidos en razón de la comisión de un delito de derecho criminal. No obstante,

no se puede dejar de recalcar que Vélez Sarsfield, a la hora de regularlo, produce una revolución en el tratamiento del Derecho de Daños puesto que la reparación del daño moral era rechazada por la mayor parte de los juristas.

Antes de la reforma del Código de 1968, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria interpretaban el artículo de manera literal: el daño moral sólo se configuraba ante la producción de una lesión derivada de un delito del derecho criminal, independientemente de si el delito fue cometido culposamente o a título de dolo. No obstante, otras corrientes doctrinarias minoritarias sostenían que para que se genere el daño moral era menester que el delito cometido sea de índole doloso, como también otros manifestaban que bastaba que la lesión se haya producido por cualquier ilícito civil, aunque no pertenezca al derecho criminal, llegando a la corriente más flexible según la cual se admitía también la reparación del daño moral en materia de incumplimiento contractual.

En el año 1961, en el marco del “Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil” realizado en Córdoba, en el cual se discutía “La reparación del daño moral en los casos no previstos por el Código Civil”, se aprobó unánimemente la recomendación de extender la indemnización del daño moral a todos los supuestos, ya sean de naturaleza contractual o extracontractual. Esta sería una de las bases fundamentales para la reforma del Código Civil del año 1968.

4.b.2.ii. Reforma del año 1968

Con la reforma del año 1968 (Ley 17.711) se viene a renovar íntegramente el tratamiento de la reparación del daño moral. La reforma introdujo la amplia admisión del daño moral tanto en la órbita contractual (art. 522) como en la extracontractual (art. 1078).

“En los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso.”(Artículo 522, Código Civil Argentino, derogado por Ley 26.994).

“La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima.

La acción por indemnización del daño moral sólo competará al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos.” (Artículo 1078, Código Civil Argentino, derogado por Ley 26.994).

Analizando superficialmente el artículo 522, se destaca la discrecionalidad judicial a la hora de aplicar este instituto, dado que el juez “puede” condenar al responsable a la reparación del agravio moral en caso de incumplimiento “de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso”.

En cuanto al daño moral de origen extracontractual, el artículo 1078 legisla su aplicación en el caso de actos ilícitos y delimita la legitimación a la hora de poder reclamarlo, siendo propio del damnificado directo y excepcionalmente de sus herederos forzosos si a raíz del ilícito se produjo la muerte de la víctima.

Queda en evidencia que, a la hora de resarcir íntegramente a la persona víctima de daño moral, este artículo es sumamente acotado en su legitimación activa. Es por esto que, mediante la declaración de inconstitucionalidad de la norma en diversos fallos, se les han reconocido derechos resarcitorios a personas que, por su vínculo con la víctima directa del daño, estaban excluidos por la norma en cuestión. Es el caso del derecho resarcitorio de la concubina (Cám. Civ. Y Com. Mar del Plata, Sala 2ª, 23/11/2004, “R.S.E. v. Bustos, Esteban y otra”, LLBA 2005-134), de los padres por el hijo que sobrevive con gran discapacidad (SCBA, 16/5/2007, Ac. C 85.129, “C., L. A. y Otra c. Hospital Zonal de Agudos General Manuel Belgrano y otros.”, JA, 2007-III, -46) e incluso de los hermanos (Cám. Nac. Civ. Sala F, 24/08/2009, “Contreras, Mamani y otros c/ Muñoz, Cristian y otros”; R. R. C. y S. N° 10, octubre 2009-98).

Fue determinante una sentencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires del año 1969, que luego de un meduloso análisis, concluyó que la ruptura unilateral del contrato de trabajo da derecho sólo a las indemnizaciones previstas en el **art. 157 del Código de Comercio**. En el caso, se desestimó el reclamo de la trabajadora tendiente a la reparación del agravio moral sufrido con motivo de una denuncia criminal de su empleador y la misma suerte corrió su reclamo por el reintegro de los gastos por honorarios pagados en su defensa penal y salarios caídos durante el proceso. Sin embargo, la sentencia admite la posibilidad

del resarcimiento por daño moral, en los casos donde existan hechos ilícitos cometidos por el empleador.

A partir de allí, los tribunales argentinos adoptaron criterios contradictorios.

En 1971, la [Cámara del Trabajo de la Capital por el fallo plenario N° 168](#), entendió que procedía una reparación adicional por daño moral, en el caso excepcional de despido difamatorio, con publicación de sus causales en boletín interno de la empresa. El mismo criterio se utilizó por la Sala I de dicha Cámara en 1976, cuando resuelve un caso de despido difamatorio, con inclusión del despido en una lista de "indeseables" que circuló por el lugar de su actividad (Mercado de Hacienda de Liniers). Se resolvió reparar el agravio moral pero in natura, es decir, condenando adicionalmente al empleador a publicar en el mismo medio una contrapublicación en desagravio. Con fecha más cercana, la misma Cámara laboral, por su Sala VI, en un caso de despido difamatorio aplicó al demandado, además de la condena al resarcimiento del daño moral, la accesoria de exhibir copia de la sentencia en la puerta del establecimiento o transparencia de noticias, durante diez días hábiles. Al año siguiente, en otro caso de despido difamatorio por publicación de los datos del trabajador en una lista de "ñoquis" publicada en Boletín Interno que luego trascendió al periodismo, la misma Sala aplicó al demandado, además de la condena al resarcimiento del daño moral, la accesoria de publicar la sentencia en el mismo Boletín.

En la línea restrictiva, una sentencia del 30/04/73, dictada por la Sala V de la Cámara del Trabajo de la Ciudad de Buenos Aires, desestimó el reclamo adicional por el daño moral que sufriera un trabajador, con motivo de una denuncia criminal promovida por su empleador, de la cual se derivara que el dependiente estuviera privado de su libertad por cinco días e involucrado injustamente en un proceso criminal. La sentencia interpretó que la extinción del contrato por parte del empleador, no trae "otras consecuencias que las expresamente determinadas en la propia ley en forma taxativa y apriorísticamente tarifadas, con un criterio uniforme, excluyente de otra valoración que, ya objetiva o subjetivamente, pueda determinar resarcimientos u otros beneficios que superen las previsiones del legislador, en lo que resulta claro entre muchas otras cosas el régimen de los contratos laborales porque se aparta del que rige los de derecho común, donde los daños y perjuicios emergentes de incumplimientos

deben ser integralmente reparados, comprendiendo incluso los provenientes del agravio moral, quedando la prueba de su existencia y cuantía a cargo del damnificado.

Dicho fallo consideró que esta especie de daños no es indemnizable en materia de contratos laborales a raíz de su ruptura arbitraria por una de las partes, porque independientemente de que hechos tales son extraños a la normatividad legal a la que han sido sujetos, no cohonesta con el sistema indemnizatorio de aplicación, predominantemente tarifario, en cuyo caso la causa falsa del distracto o su inexistencia no modifica el monto resarcitorio por cuanto la ley sólo establece indemnización única, omnicompreensiva de todas las situaciones que pueda originar la ruptura, considerada por la norma en forma presuntiva con vistas a finalidades bien distintas". Aunque la sentencia también ponderó el hecho que el dependiente fuera desvinculado del proceso penal con motivo del beneficio de la duda, siendo razonable la denuncia que en su momento realizara el empleador.

En una línea más amplia, existieron sentencias admitiendo la reparación del agravio moral, en caso de despido imputando conductas delictivas del dependiente, seguidas de denuncia criminal desestimada, cuando surgió un proceder de mala fe por parte del empleador, quien siquiera requirió una explicación de su dependiente de más de siete años de antigüedad. Más recientemente, se habilitó la reparación del agravio moral en casos de despido abusivo, cuando la comunicación de despido contenía términos injuriosos o descalificantes.

En el mismo sentido, se dictaron sentencias que, aún sin admitir en el caso la procedencia de una reparación por daño moral, previeron su viabilidad en casos excepcionales en que, además de la indemnización tarifada por ley, correspondería adicionar otra para lograr la reparación integral del daño causado.

4.b.2.iii. Anteproyecto de Código Unificado del año 2011

La Comisión integrada por los doctores Ricardo Luis Lorenzetti, como Presidente, y Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, redactaron el "Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación" y sus "Fundamentos", en los que se detalla tanto el método a utilizar como los principios en los que se inspiró su trabajo de reforma. En los

“Fundamentos”¹⁴, se establece como base el Proyecto de 1998, el cual “...contiene tres artículos claves: el artículo 1588 dispone: “Debe ser reparado el daño causado a un derecho, o a un interés que no sea contrario a la ley, si no está justificado”. Luego el extenso artículo 1600 preceptúa: “Alcances.- En este Código: a) El daño patrimonial comprende el daño emergente y el lucro cesante. Se entiende por daño emergente a la pérdida o la disminución de bienes o de intereses no contrarios a la ley; y por lucro cesante, a la frustración de ganancias, en su caso, en razón de la mengua o la privación de la aptitud para realizar actividades remunerables. b) El daño extrapatrimonial comprende al que interfiere en el proyecto de vida, perjudicando a la salud física o psíquica o impidiendo el pleno disfrute de la vida, así como al que causa molestias en la libertad, en la seguridad personal, en la dignidad personal, o en cualesquiera otras afecciones legítimas. c) El daño al interés negativo comprende los gastos comprometidos con la finalidad de celebrar el contrato frustrado y, en su caso, una indemnización por la pérdida de probabilidades concretas para celebrar otro negocio similar; la prueba de éstas debe ser apreciada con criterio estricto. d) Damnificado indirecto es el tercero sobre quien repercute el daño que sufre otra persona. e) Indemnización de equidad es la que otorga el tribunal, sin sujeción a los criterios del artículo 1609, a favor del titular de un interés cuyo acogimiento es necesario para realizar la justicia en el caso”. El artículo 1601 dispone: “Son reparables el daño patrimonial y el daño extrapatrimonial, sea directo o indirecto, así como el daño futuro cierto, y la pérdida de probabilidades en la medida en que su contingencia sea razonable”.

También cita al Código Civil Peruano en cuanto su artículo 1984 dispone que “El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia” y el artículo 1985 “La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño”.

¹⁴ Lorenzetti, R., Highton de Nolasco, E. and Kemelmajer de Carlucci, A. (2011). Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial. Buenos Aires.

En cuanto a la regulación del daño moral, el Anteproyecto “...*amplía la legitimación para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales teniendo en cuenta los precedentes jurisprudenciales que acogen la visión constitucional del acceso a la reparación y la protección de la familia. Por esta razón, si del hecho resulta la muerte o una gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con él recibiendo trato familiar ostensible. El mismo texto recoge la opinión mayoritaria en el sentido de que esta indemnización tiene una función satisfactiva y compensatoria. En los demás artículos se establecen criterios tradicionales aceptados por la doctrina*”.

4.b.2.iv. Código Civil y Comercial de la Nación ley 26.994

Efectos de la derogación del Art. 1078 del Código Civil en cuanto al tratamiento del daño moral¹⁵

En el viejo Código Civil existía la distinción entre daño moral de origen contractual (art. 522) y daño moral con origen en un hecho ilícito (art. 1078). Esta distinción era criticada por un fragmento de la doctrina nacional. En tal sentido, se sostenía que “*la indemnización por daño moral no depende del ámbito en que se verifica el perjuicio, sino que está supeditada únicamente a la existencia del daño moral, sea porque ha sido probado, o porque pueda presumirse conforme a las circunstancias del caso*”.¹⁶

Con la derogación de ambos artículos y siguiendo el criterio según el cual lo importante es la existencia del daño y no el hecho que le dio origen, el daño moral queda contemplado de manera unificada en el art. 1741 del CCyCN y será resarcido siempre y cuando sea presumido o, según el caso, probado.

Sin embargo, a la hora de la acreditación del daño, es lógico que, en caso de los daños producidos a raíz de la inejecución de ciertos tipos de contrato, la prueba de la existencia del mismo será evaluada con mayor profundidad que en otros, y, sobre todo, cuando el origen sea de fuente extracontractual.

¹⁵ Krieger, W. (2016). Efectos de la derogación del artículo 1107 de Código Civil. ¿Son idénticas las esferas de responsabilidad?. La Ley, RCCYC 2016 (octubre), 19/10/2016,97(AR/DOC/3073/2016).

¹⁶ Zavala de González, M. (2005). ¿Cuánto por daño moral?. Buenos Aires: Hammurabi, p.160.

De esto se concluye que, si bien con la derogación del art. 1071 y 522 se deja de lado la distinción del acto o hecho originador del daño moral, en el tratamiento de sus efectos siguen subsistiendo algunas distinciones.

Con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, se viene a superar tanto la distinción de la naturaleza del acto jurídico que hace de hecho generador del daño (responsabilidad contractual o extracontractual) como la cuestión de lo restringido de la legitimación activa para reclamar el resarcimiento de este rubro.

“Indemnización de las consecuencias no patrimoniales. Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible. La acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste. El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas”. (Artículo 1741 Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994).

El nuevo artículo encargado de regular el tratamiento del daño moral en el Derecho Argentino, se aparta de las cuestiones conceptuales y se avoca directamente a la legitimación para reclamarlo.

La regla es que la legitimación activa para reclamar resarcimiento por daño moral pertenece al damnificado directo, previendo dos supuestos de excepción:

- La muerte del damnificado directo
- La gran incapacidad del damnificado directo

En estos casos, la legitimación activa se hace extensible al damnificado indirecto, el cual es víctima del daño por vía refleja; en este caso, por el fallecimiento de la persona que fue víctima inmediata del hecho dañoso o por la gran incapacidad sufrida por la misma (en este caso, concurriendo conjuntamente la víctima y el damnificado indirecto por derecho propio y en representación del incapacitado).

Los damnificados indirectos admitidos en el art. 1741 son el cónyuge, los ascendientes, descendientes y convivientes que recibían un trato familiar ostensible.

Otra cuestión fundamental que se viene a incluir a la hora de regular el daño moral es la relativa al carácter del resarcimiento, ya que consolida al monto dinerario a entregar como rubro indemnizatorio de carácter sustitutivo y compensatorio frente a la minoración espiritual sufrida por el damnificado.

“Esta modalidad de reparación del daño no patrimonial atiende a la idoneidad del dinero para compensar, restaurar o reparar el padecimiento en la esfera no patrimonial mediante cosas, bienes, distracciones, actividades, etc. que le permitan a la víctima, como lo decidió la Corte Suprema de Justicia de la Nación, „obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales”¹⁷ . Agregó el Alto Tribunal que “aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido... el dinero no cumple una función valorativa exacta; el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida”¹⁸ (FALLOS CONCORDANTES: CNCiv., Sala F, 12/3/2004, “García, Ramón Alfredo c/ Campana, Anibal s/ daños y perjuicios”, elDial AA1F9C; CNCiv., Sala F, 3/8/2004m “T., V. O. y ots. c/ M. C. B. A. s/ daños y perjuicios”, RCyS 2004-1238; CNCiv., Sala F, 24/05/2009, “Contreras, Mamani Gregorio y otros c/ Muñoz, Cristian Edgardo y otros”, RCyS 2009-X- 99; C. Civ. Y Com. Bahía Blanca, Sala II, 23/11/2006 “G. S. c/ M. J. s/ Daños y Perjuicios; CCiv. Y Com. Bahía Blanca, Sala II, 19/09/2006 “B. G. M. c/ A. M. E. s/ Daños y Perjuicios”; causa N° 55.074, 09/06/11, “Benitez María del Carmen c/ Farina Haydee Susana y Otros s/ Daños y Perjuicios”).

¹⁷ Galdos, J. (2015). El daño moral contractual y extracontractual. [ebook] Buenos Aires, p.<http://www.nuevocodigocivil.com/el-dano-moral-contractual-y-extracontractual-por-jorge-mario-galdos-2/>. Available at: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/05/El-daño-moral-contractual-y-extracontractual.->

¹⁸ CSJN, -04-12 2011- —Baeza, Silvia Ofelia c. Provincia de Buenos Aires y otros| RCyS2011-VIII, 176 con apostilla de Galdós, Jorge M.

En conclusión, con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, se ha producido un avance de calidad en cuanto al tratamiento del daño moral. Se procedió a equiparar el concepto de “daño moral” con los de “daño no patrimonial”, “extrapatrimonial” o “daño inmaterial”; se unificó el régimen del daño moral de origen contractual con el extracontractual, dándoles el mismo tratamiento; se recepta la legitimación indirecta en el caso de grave incapacidad padecida por el damnificado directo, y se amplían los supuestos de legitimados activos indirectos a los ascendientes, descendientes, cónyuge y convivientes que manifestaren trato familiar ostensible.

4.b.3. NORMATIVA ANTIDISCRIMINACION APLICABLE AL DAÑO MORAL EN MATERIA LABORAL

La ley 23.592, en su art. 1º, otorga acción al damnificado para reclamar la reparación del daño moral y material ocasionado por actos discriminatorios, a lo que agrega el derecho a demandar que se dejen sin efecto dichos actos. Pero, además, es preciso destacar que el trato discriminatorio se encuentra prohibido por la Constitución Nacional (arts. 14 bis, 16, 33 y 75, incs. 19, 22 y 23), por diversas normas internacionales (art. 2º de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 5º de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; art. 24 del Pacto de San José de Costa Rica; art. 2º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre Igualdad de Remuneración, 1951, Nº. 100, y el Convenio (4) Cfr. RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, "Los daños en el derecho del trabajo", TySS, 1980-5, en especial p. 17. Relativo a la Discriminación, 1958, Nº 111, entre otros) y por la ley (arts. 17, 17 bis, 72, 73, 81, 172, 178, 180 y concordantes del Régimen de Contrato de Trabajo; art. 7º de la ley 23.551; y las leyes 23.753, 23.798, 25.212, 25.404, 25.788 y 26.816).

Por su parte, una ley laboral (la Nº 25.013), se ha dedicado en su art. 11 a tipificar y sancionar, con un recargo fijo del 30 % sobre la indemnización común por despido (calculada sin tope), el llamado "despido discriminatorio", acotando su vigencia para los casos de

discriminación por motivos de raza, sexo o religión. Pero no existe disposición especial que regule las consecuencias de la discriminación, durante el contrato de trabajo y para el caso el trabajador no desee colocarse en situación de despido. En una primera interpretación, podría sostenerse que si se trata de despido discriminatorio, y si el mismo obedece a razones de raza, sexo o religión, rige la ley 25.013. Pero ello no impide al trabajador afectado por un acto discriminatorio de su empleador, ejercitar los derechos previstos para la población en general por la ley 23.592. El texto legal denota un claro terreno amplio en su aplicación, de manera tal que no corresponde su interpretación restringida o que discrimine al trabajador, en su condición de tal, para el ejercicio de los derechos previstos en esa norma (20).

Veamos, a continuación, la evolución de la jurisprudencia al respecto.

1. Trabajador sujeto de preferente y especial tutela constitucional

Atinadamente, en 2004, la CSJN asignó al trabajador la calificación de sujeto de preferente y especial tutela constitucional en dos fallos señeros. En efecto, en “Vizzoti” dijo: *“En la relación y contrato de trabajo se ponen en juego, en lo que atañe a intereses particulares, tanto los del trabajador como los del empleador, y ninguno de ellos debe ser descuidado por las leyes. Sin embargo, lo determinante es que, desde el ángulo constitucional, el primero es sujeto de preferente tutela. Y en “Aquino” lo ratificó así: “La manda constitucional del artículo 14 bis se ha visto fortalecida y agigantada por la singular protección reconocida a toda persona trabajadora en textos internacionales de derechos humanos que, desde 1994, tienen jerarquía constitucional”.*

2. Restitución en puesto de trabajo

Seis años después, el 7/12/2010, la Corte falló en el fallo “Álvarez”, originado en el pedido de reinstalación de un grupo de seis trabajadores de un local comercial, categorizados como asesores fuera del convenio colectivo de trabajo 130/1975 que, luego de constituir el Sindicato de Empleados Jerárquicos de Comercio y ante el reclamo diferencias salariales, fueron despedidos sin causa, al corroborarse que formaban parte de la Comisión Directiva de

esa asociación sindical simplemente inscripta. El Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo hizo lugar a la acción de amparo y declaró la nulidad de los despidos con fundamento en la ley 23592 por entender probado que fueron víctimas de discriminación por motivos antisindicales. Así ordenó la reincorporación a los puestos de trabajo, imputando la indemnización pagada a los salarios devengados desde el despido nulo hasta la reincorporación y en lo que excedía al daño moral.

En segunda instancia, la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, por mayoría, confirmó esa decisión al considerar que los despidos no tenían eficacia en razón de su finalidad discriminatoria, equiparándolos al acto jurídico de objeto prohibido y el abuso del derecho.

Ya en la Corte, por mayoría, los jueces Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi, Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni, apelando a la interpretación evolutiva de las leyes y el principio *pro homine*, ratificaron la postura de los jueces de primera y segunda instancia y declararon aplicable la ley 23592 a los vínculos laborales. Consideraron que, en materia de derechos humanos, el objetivo es la rectificación o restitución de las cosas al estado anterior porque recomponen lo que fue quitado, y no la compensación, porque esta solo proporciona a la víctima algo equivalente a lo perdido.

En disidencia parcial, los jueces Ricardo Luis Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco y Carmen M. Argibay recurrieron a la ponderación del principio de igualdad y la no discriminación en el marco de la relación laboral, por una parte, con la libertad de contratar del empleador, por la otra. Consideraron que, para el caso de despidos discriminatorios, el derecho laboral argentino no incluye la reinstalación forzosa del trabajador, salvo previsión expresa y siempre por un plazo determinado, como ocurre en los casos de los artículos 177, 178, 181 y 182, LCT, o artículos 48 a 50, ley 23551. Sin perjuicio de lo anterior, la minoría entendió que correspondía reparar el daño moral y material ocasionado y, adicionalmente, percibir una indemnización agravada análoga al artículo 182, LCT, o sea, un año de remuneraciones.

3. Opción vedada al empleador

Lo que luego quedó descartado es que la propia sentencia judicial dé la opción al empleador de convertir la obligación de hacer -restituir el puesto de trabajo- por una obligación de dar -pagar una compensación dineraria-. Así lo hizo la Corte en “Cejas” en el 2013 cuando revocó el fallo de segunda instancia, que a su vez había dejado sin efecto la sentencia de primera instancia donde se había ordenado la nulidad del despido y la reinstalación del trabajador. En efecto, la Sala X de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo había decidido que, en caso de despido discriminatorio por la actividad gremial del trabajador, correspondía condenar al empleador a reincorporarlo y a pagarle los salarios caídos. Pero, en caso de incumplimiento de lo primero, la condena se podía convertir en la obligación de abonar, además de las indemnizaciones por despido incausado, una indemnización adicional por el carácter discriminatorio del despido, más la indemnización por el daño moral. El fundamento de esto era que la condena no puede imponer la continuidad indefinida de una relación jurídica cuando su voluntad ya no admite el mantenimiento del contrato para el futuro. Pero la Corte rechazó la posibilidad de que los mandatos judiciales que ordenan la reinstalación de un trabajador puedan ser convertidos, a instancias del empleador que no quiera acatarlos, en el pago de indemnizaciones.

4. Estándares probatorios

Al caso “Álvarez” le han sucedido interesantes fallos que han dado lugar a la doctrina judicial sobre la carga probatoria de la discriminación. En una primera etapa, y ante el silencio de la ley 23592, la Corte tuvo que asumir la obligación de resolver el problema de la prueba de la discriminación. Por ello debió establecer el estándar de prueba aplicable, cuando en el caso se discute la existencia de medidas discriminatorias en el marco de una relación de empleo, dada la notoria dificultad para considerar fehacientemente acreditada la discriminación.

Así, el 15/11/2011, la Corte dictó el famoso fallo “Pellicori”, otorgando a la trabajadora porteña la reinstalación en el puesto de trabajo que pretendía en razón de su actividad sindical, a través de la aplicación de la ley 23592 y cuyo reclamo no había sido reconocido en la instancia anterior por falta de prueba. En el mismo sentido, en el fallo

“Ledesma” el 9/9/2014 la Corte dispuso la reinstalación de un activista sindical correntino con fundamento en la ley 23592.

Y luego, el 20/5/2014, completó su doctrina en el caso “Sisnero”, en el que se debatió la imposibilidad de acceso de mujeres al puesto de chofer de colectivos en Salta, que terminó, por reenvío, con la determinación de un cupo femenino para tal puesto.

En lo esencial, el estándar probatorio de “Álvarez”, “Pellicori” y “Sisnero” implican, por una parte, que el trabajador que alega el hecho discriminatorio debe aportar indicios que encuadren la discriminación; y por la otra, que el empleador debe probar hechos objetivos y razonables ajenos a toda discriminación, que representen justificaciones sólidas de su conducta, y no meras alegaciones dogmáticas.

Luego, la Corte cambió su composición y el 4/9/2018 dictó el fallo “Varela”, resolviendo el caso de un trabajador catamarqueño que fue despedido después de hacer gestiones para convocar a elecciones de delegado interno, ordenado su reinstalación. Ello, tal como lo había hecho el juzgado de primera instancia, que originalmente había ordenado la reinstalación en función del artículo 47 de la ley 25551, el pago de salarios caídos y una multa por conducta antisindical; y en contra de los fallos de cámara y Corte provincial que lo habían rechazado.

Más tarde, el 8/4/2021, la Corte dictó el fallo “Fontana” . La trabajadora instó su reincorporación alegando discriminación por motivos sindicales al pretender haber sido el vínculo entre los delegados formales y sus compañeros de trabajo, también despedidos por la crisis económica que afectó a la empresa; pero la demanda fue rechazada por reenvío.

Además, resulta ilustrativo “Caminos”. La Corte consideró discriminatorio el despido de una preceptora de un colegio cordobés, simultáneo a la difusión pública en un programa de televisión de su relación sentimental con un exalumno de la escuela y a las reacciones negativas de la comunidad educativa. En este caso la Corte sostuvo que la ley 23592 enumera como actos discriminatorios algunas motivaciones especialmente prohibidas que, sin embargo, no son taxativas; por ejemplo: conductas discriminatorias basadas en la ponderación negativa de conductas, hábitos, sentimientos o creencias, estado de salud, apariencia física, condiciones o características personales o formas familiares, que integran

la esfera íntima y autónoma de la persona que trabaja y que, por tal razón, se encuentran reservadas a su fuero personal. Frente a tal contienda, la Corte sostuvo que la facultad de despedir sin causa, no obstante, reconoce límites en la ley 23592 y, por consiguiente, no puede encubrir un trato discriminatorio.

En particular, si se denuncia que una circunstancia discriminatoria fue determinante de la disolución del vínculo, pesa sobre el empleador la carga de acreditar que dicha circunstancia no fue el móvil del despido o que resulta ajena a toda discriminación y, en caso de que sostenga que la rescisión obedece a una combinación de motivos, el tribunal debe asegurarse de que, de acuerdo a la prueba rendida, ninguno de ellos sea efectivamente discriminatorio. Y concluyó que la necesidad de establecer si hubo realmente discriminación es crucial.

Por último, “Salguero”, se trató el caso de un empleado con alto nivel de competencia profesional y mucha antigüedad en la empresa, culminando su carrera profesional. Ante el conocimiento de su intención de presentarse como candidato a delegado, la empresa cambió su lugar de trabajo a Salta, sin considerar que él tenía una asentada vida familiar en Córdoba y sin compensación económica. La Cámara del Trabajo consideró el despido como discriminatorio y ordenó la reinstalación en el puesto de trabajo; pero el Superior Tribunal, aunque estimó acreditado que la empresa conocía la actividad sindical del actor, consideró que la empresa logró demostrar que el despido obedeció a un motivo objetivo y razonable ajeno a la actividad gremial; y por ello condenó al pago de indemnizaciones por despido. Pero la Corte revocó el fallo por entender que la modificación de las condiciones de labor excedió el razonable ejercicio de la facultad de organización y que se apartó de los precedentes de la propia empresa respecto del traslado de sede de sus empleados.

En síntesis, a través del análisis sucinto de los fallos icónicos de la Corte, vinculados a conductas discriminatorias en oportunidad de la extinción del vínculo laboral, hemos descripto el derrotero que sugiere una evolución del estándar probatorio exigido por la ley 23592 a los fines de su aplicación transversal al ámbito del derecho del trabajo.

Veamos ahora las posturas doctrinales:

En el momento actual, la mayoría de la doctrina nacional se inclina por reconocer la facultad del trabajador de peticionar la restitución en el puesto de trabajo y, a la vez, reclamar la reparación integral. Como lo sintetizan Ricardo Cornaglia y Juan Orsini, cuando un despido viola derechos humanos, como sería el caso de la prohibición de discriminación, la libertad sindical, la libre expresión de las ideas, la igualdad de género, la salud, la indemnidad contra represalias, etc., el trabajador afectado tiene el derecho a la reparación plena de los daños derivados de tales inadmisibles actos ilícitos.

Así, el trabajador puede optar libremente entre la readmisión en el puesto de trabajo o por convalidar la eficacia extintiva del despido. En el primer caso corresponde el resarcimiento de los daños causados: salarios caídos y el daño moral. En el segundo caso, la indemnización debe ser integral, no pudiendo quedar limitada por tarifa alguna. Así las indemnizaciones de los artículos 182, 213 o 245 de la LCT solo operan como piso mínimo de orden público que no enervan el derecho del trabajador a que sean resarcidos todos los perjuicios sufridos (Cornaglia, R.; Orsini, J., n2024, págs. 49 y 50). Esta interpretación se basa en el principio. Es decir, considerando el criterio de interpretación que reclama estar siempre a la norma más favorable a la vigencia de los derechos. O sea, acudir a la interpretación más amplia o extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos, así como aplicar la norma o la interpretación más acotada cuando se trate de restricciones de derechos. Y es la que se adecua a los criterios actuales del derecho internacional de los derechos humanos

e. DNU 70/2023, “Bases para la reconstrucción de la economía argentina”

Por último, vio la luz el DNU, vigente desde el 30/12/2023, y que, para la época de este trabajo, está siendo tratado en el seno del Congreso nacional a los fines de su ratificación.

Desde su origen, el DNU 70/2023 ha sido motivo del repudio de casi la totalidad de la doctrina laboral argentina. Con máxima autoridad y contundencia, Mario Ackerman se refiere al mismo como *“una reforma laboral impúdicamente perversa y viciada de nulidad insanable que lastima a la democracia “...”* y que *es inevitablemente, antidemocrática”*.

Por su parte, César Arese, quien enseña que los derechos del trabajo son también derechos humanos, califica al DNU 70/2023 como *“regresivo en derechos”* y sentencia que *una sociedad democrática no admite retrocesos en derechos sociales”*.

Antonio J. Barrera Nicholson expresa muy claramente su pensamiento cuando dice que *“el DNU 70/2023 resulta ser inconstitucional desde lo formal y en lo sustancial, y además es inconvenicional por violación del principio de progresividad, razón por la cual se constituye en general inaplicable y particularmente en lo referente a su capítulo laboral”*

En conjunto, Ricardo Cornaglia y Juan Ignacio Orsini refieren que *“las modificaciones laborales introducidas por el DNU 70/2023 están orientadas unidireccionalmente a degradar, de manera regresiva, buena parte de los derechos que los trabajadores conquistaron a lo largo de varias décadas”*

En la misma dirección, Luis Raffaghelli dice que *“la sanción del DNU 70 el 21 de diciembre de 2023 constituye un hito regresivo para los derechos económicos, sociales, políticos y culturales de la Nación Argentina y su pueblo que no reconoce registros en el período democrático que tanto costó preservar y consolidar”*.

Práctico como siempre, Ricardo Foglia explica que, si la norma entra en vigencia, va a generar durante un tiempo una gran litigiosidad hasta que la jurisprudencia vaya sentando sus criterios de interpretación.

Por último, profesores de universidades públicas del país aseguraron en una declaración conjunta con relación al DNU 70/2023 que este importa una negación del orden jurídico, fundado en la supremacía de la Constitución, inadmisibles en el Estado de derecho. Además, apelaron al Congreso nacional y al Poder Judicial, para poder superar una situación que pone en entredicho el régimen constitucional, fundado en la justicia social y el principio protectorio, emanado del artículo 14 bis de la Constitución, como tutela específica de los trabajadores.¹⁹

También, el DNU 70/2023 fue objeto de varios fallos judiciales emitidos por la Sala de FERIA de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo ante el inicio de acciones de amparo en defensa de intereses individuales homogéneos potencialmente extensibles a personas que reúnen las mismas características: todos los trabajadores del país.²⁰ En efecto,

¹⁹ <https://www.youtube.com/watch?v=0rberA7oklM>

²⁰ “Confederación General del Trabajo de la República Argentina c/Poder Ejecutivo Nacional s/acción de amparo”, CNTrab., Sala FERIA, 3/1/2024 (Expte. 56862/2023. SI N° 1)

en “CGT c/PEN” , la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala de FERIA, declaró la invalidez constitucional del Título IV -Trabajo- (arts. 53 a 97) del DNU 70/2023 por ser contrario al artículo 99, inciso 3), Constitución Nacional , y ordenó la inscripción del caso en el Registro Público de Procesos Colectivos. En el mismo sentido, en el fallo “CTA c/Estado Nacional” dispuso la suspensión cautelar de los efectos del DNU 70/2023 en lo que hace a la operatividad de las previsiones del Título IV hasta tanto se dicte resolución sobre el fondo.

Cabe aclarar que la legitimación activa de la entidad gremial de tercer orden que instó la causa está fundada en la interpretación amplia del artículo 43, Constitución Nacional, y en los precedentes “Halabi”²¹ y “PADEC”²², y que el Poder Ejecutivo Nacional no cuestionó la misma en ningún caso.

Con relación a la controversia suscitada respecto a los efectos del fallo “CGT c/PEN”, que públicamente se dice que suspende la vigencia del DNU 70/2023 en favor de todos los trabajadores del país, debemos mencionar algunos reparos al respecto. En principio, hasta tanto se sancione una ley que regule este tipo de procesos rigen las Acordadas 32/2014²³ y 12/2016²⁴ de la CSJN, por lo que, hasta que el Máximo Tribunal - en cuyo seno está actualmente la causa- admita la inscripción en el Registro Público de Procesos Colectivos ordenado por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, no se puede sostener que, en sentido estricto, el fallo tenga esa acción expansiva. Además, esas Acordadas solo son vinculantes para los tribunales nacionales y federales. La Suprema Corte de Justicia de Mendoza no ha adherido a las mismas, por lo que la sentencia analizada no sería oponible a nivel local. Todo ello sin perjuicio de que nuevos planteos ante otros tribunales locales soliciten que se resuelva en el mismo sentido del precedente y así se decida (o no).²⁵

²¹ “Halabi, Ernesto c/PEN ley 25873 y decreto 1563/04 s/amparo”, CSJN, 24/2/2009, Fallos: 332:111

²² “PADEC. Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor c/Swiss Medical SA”, CSJN, 21/8/2013, Fallos: 336:1236

²³ <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/237649/norma.htm>

²⁴ <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/260000-264999/260206/norma.htm>

²⁵ Salas, Ana María. Actualización en Derecho del Trabajo. Facultad de Ciencias jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza, 22/2/2024, y curso . Aspectos prácticos de las reformas laborales del DNU 70/2023, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo, 14/3/20204

Más allá de todo lo expuesto, en lo que nos interesa en este estudio, el artículo 82 del DNU 70/2023 agregó a la LCT un nuevo artículo, el artículo 245 bis, LCT : *“Agravamiento indemnizatorio por despido motivado por un acto discriminatorio. Será considerado despido por un acto de discriminación aquel originado por motivos de etnia, raza, nacionalidad, sexo, identidad de género, orientación sexual, religión, ideología, u opinión política o gremial. En este supuesto la prueba estará a cargo de quien invoque la causal, y en caso de sentencia judicial que corrobore el origen discriminatorio del despido, corresponderá el pago de una indemnización agravada especial que ascenderá a un monto equivalente al 50% de la establecida por el artículo 245 de la ley 20744 (t.o. 1976) y sus modificatorias o de la indemnización por antigüedad del régimen especial aplicable al caso. Según la gravedad de los hechos, los jueces podrán incrementar esta indemnización hasta el 100%, conforme los parámetros referidos anteriormente. La indemnización prevista en el presente artículo no será acumulable con ningún otro régimen especial que establezca agravamientos indemnizatorios. El despido dispuesto, en todos los casos, producirá la extinción del vínculo laboral a todos los efectos”*, y reinsertó el instituto del despido discriminatorio.

Si bien analizaremos en detalle cada uno de los aspectos del artículo 245 bis, LCT, en apartados subsiguientes, cabe referir aquí sintéticamente que las causales del despido motivado por un acto discriminatorio, según el DNU 70/2023, son etnia, raza, nacionalidad, sexo, identidad de género, orientación sexual, religión, ideología, u opinión política o gremial. Y la carga de la prueba está a cargo de quien invoque la causal. Además, tarifa los daños causados por el despido en tales condiciones, ya que prevé una indemnización agravada especial equivalente al 50% de la indemnización por antigüedad del trabajador afectado. El juez podría incrementarla según la gravedad de los hechos hasta el 100% y no es acumulable con ningún otro régimen especial. Además, excluye la posibilidad de reinstalación en el puesto de trabajo ya que, aunque el despido sea discriminatorio, igual extingue el vínculo laboral. Por último, el DNU 70/2023 deroga el artículo 15 de la ley 24013 que considera agravado al despido en represalia por el reclamo del trabajador no registrado, que es un caso de despido discriminatorio.

Corresponde, entonces, analizar las consecuencias posibles de un despido en que se vulnere el principio de no discriminación antes analizado o en que se violen otros derechos

humanos de los trabajadores. Desde el punto de vista del trabajador afectado, una posibilidad es que este reclame la ineficacia extintiva del despido discriminatorio y, en consecuencia, que el juez ordene que le sea restituido su puesto de trabajo por la vía de la acción de amparo. También puede, a la vez, reclamar la reparación del daño causado. La otra opción que tiene el trabajador es convalidar el despido, percibir las indemnizaciones por despido sin causa y reclamar el daño causado por entender que su despido fue discriminatorio.

Con relación a la extensión de la reparación del daño, también existen dos posibilidades. La primera, que se recurra a las normas laborales que tarifican el daño, y la otra, que esa tarifa sea considerada solo a modo de tope mínimo y que el trabajador reclame la reparación integral en los términos del derecho de daño.

5. SUPUESTOS DE INDEMNIZACIÓN

a. ANALISIS DE LA REPARACION

Una tradicional clasificación distingue entre dos categorías de daños resarcibles, el patrimonial y el moral. Por el primero, se ven afectados bienes patrimoniales, exteriores al sujeto, que se pueden valorar en dinero. Por la segunda categoría, se ven afectados bienes no patrimoniales que son inherentes a la persona, como su integridad física o moral, en este último componente hallamos su honor o reputación, su paz, tranquilidad, bienestar, considerándose comprendido en la figura los daños a las afecciones legítimas de la persona, que le provoquen inquietud, vergüenza, miedo, dolor físico, aflicción, amargura, etc.

De un modo más ilustrativo, puede decirse que los daños patrimoniales se producen sobre aquello que una persona tiene, mientras que el daño moral afecta lo que la persona es.

En el ámbito de las contrataciones privadas solo por excepción el incumplimiento de las respectivas obligaciones puede llegar a afectar derechos de tipo extrapatrimonial e inherentes a las personas, como ser la vida, integridad física, honor, intimidad, tranquilidad, paz, libertad, etc.

Es el criterio que receptaba el Código Civil argentino anterior a la reforma del año 2015, cuyo [art. 1078](#) establecía el carácter obligatorio de la reparación del daño moral en materia de responsabilidad extracontractual, mientras que en el terreno de la responsabilidad contractual, el [art. 522](#) del mismo Código no le asignaba tal carácter pero dejaba librada su procedencia a la apreciación judicial, según las circunstancias de cada caso.

Sin embargo, en el contrato de trabajo se presenta una particularidad que no es común al resto de las contrataciones privadas, y es la circunstancia que una de las partes, el trabajador, que debe ser necesariamente una persona física, tiene el deber de cumplir en forma personal la principal prestación a su cargo y lo hace, por lo general, con carácter habitual y permanente, en un contexto de subordinación o dependencia con respecto al ejercicio de los poderes de dirección del empleador. De manera tal que, en esta especie de contrato privado, el trabajador ve expuestos en forma permanente sus bienes personales más preciados, como ser su vida, honor, integridad física. En este contexto, la ley laboral interviene en la voluntad de las partes, protegiendo el derecho del trabajador a la permanencia en su empleo.

Cuando analizamos la reparación del daño provocado en la integridad y dignidad del trabajador y concretamente, el daño moral, no nos es extraño, la incidencia que la evolución del reconocimiento de los Derechos Fundamentales ha tenido en el tema, ya que muchos de ellos han sido “laboralizados”²⁶ por el legislador convirtiéndolos en derechos propios del trabajador, además de reconocérseles los “no laboralizados”, por la sola circunstancia de pertenecer a todos los ciudadanos, con lo cual puede afirmarse que los trabajadores cuentan con una tutela doble y reforzada respecto de cualquier lesión a los Derechos Fundamentales.

De esta manera resultaría insuficiente cualquier teoría que restrinja el ámbito de aplicación del daño moral excepcional, al caso de extinción del contrato. Ello no se compadece con la hermenéutica de un derecho del trabajo que tiene su piedra angular colocada en la estabilidad y permanencia de las relaciones laborales. Debemos tener en cuenta que cualquiera de las figuras antes citadas puede tener lugar no solo con motivo de la extinción del contrato, sino también durante su ejecución. Cualquier solución que no tenga en cuenta este aspecto, resultará incompatible con esta rama del ordenamiento jurídico que prioriza la continuidad de los contratos.

Ello no implica desconocer que es válida y corresponde la reparación del agravio moral en los casos de despido abusivo, pero ocurre que durante el contrato de trabajo también pueden darse situaciones no contempladas expresamente por la legislación, que afectan derechos personalísimos del trabajador, con o sin extinción del contrato.

¿Qué pasa si un trabajador víctima de acoso sexual por un superior jerárquico, con conocimiento y tolerancia de su empleador, pretende un resarcimiento del agravio moral sufrido sin colocarse en situación de despido?

Vale el mismo interrogante para los casos del trabajador que sufre acoso moral ("mobbing") o recibe tratamiento vejatorio con motivo de su sexo, raza, religión, orientación sexual, etc. y, como en el supuesto anterior, decide permanecer en el empleo y reclamar una reparación del agravio moral sufrido.

²⁶ Distinción efectuada por Palomeque López y Álvarez de la Rosa, en “Derecho del Trabajo”. Décima Edición. Ed. Centro de Estudios Ramón Areses S.A.

Estos casos solo pueden recibir adecuada solución jurídica, en la medida que el agravio, en el contexto de la relación laboral, es considerado como un hecho autónomo, ilícito que, como tal, dentro o fuera del contexto de la contratación laboral, da lugar a una reparación del daño moral sufrido. A falta de regulación específica en la legislación laboral, la reparación de los ilícitos adicionales deberá ser realizada de acuerdo a las prescripciones del derecho común, de aplicación supletoria para los casos no previstos por el régimen especial.

La acusación difamante, que habilitó en nuestros tribunales una reparación adicional, no tarifada, por agravio moral, puede dar lugar a idénticas consecuencias si se da fuera de dicho ámbito de contratación. Quién duda del derecho de una persona a ser indemnizada, si fue públicamente acusada de un delito que no cometió, exista o no contrato de trabajo.

Del mismo modo, si una persona hostiga sexualmente contra otra, insiste, lo hace contra su voluntad, la persigue, le envía cartas, controla la entrada y salida de personas de su domicilio, importuna e invade su derecho a la privacidad, incurre, sin lugar a dudas, en conductas de acoso sexual. Aun cuando la ley no prevé esta figura en el derecho civil, existen normas que protegen el derecho a la intimidad de las personas (**art. 1071** bis del Código Civil Argentino) y legitiman sus reclamos tendientes a la cesación de tales actividades y la reparación del agravio moral sufrido.

Por lo tanto, el daño moral pertenece a una teoría general del derecho y, como tal, resulta aplicable en las relaciones laborales, a falta de una regulación específica, en aquellos casos donde el deber de indemnizar deriva de un título jurídico distinto al normal desenvolvimiento del contrato de trabajo.

Las normas del ordenamiento jurídico general que receptan el daño moral, son aplicables a las relaciones laborales en aquellos casos extremos, donde el régimen especial no los prevé. En este sentido, se ha aceptado en materia de daños laborales, que el ordenamiento especial se vea completado e integrado con normas del derecho civil (18).

De manera tal que deberá proceder la reparación del daño moral en las relaciones laborales, siempre y cuando el mismo derive de un hecho que, individualmente considerado, constituya técnicamente un título jurídico autónomo que así lo admita de acuerdo a las normas del derecho común, en la medida que el mismo no se encuentre expresamente contemplado por la legislación laboral.

De todos modos, el análisis del tema se focaliza básicamente en la etapa de desvinculación, con lo cual entra en juego el alcance que pretenda dársele a la tarifa impuesta en el régimen laboral, como forma de reparar los perjuicios materiales y morales que pudiera padecer el trabajador con motivo del despido. Sin embargo, no podemos desconocer la existencia de situaciones de afectación en la etapa de ejecución del contrato de trabajo, cuya reparación no puede quedar subordinada a la extrema solución del distracto.

Así las cosas, nos ubiquemos en una o en otra etapa, lo cierto es que el reconocimiento de la existencia del daño moral y su reparación en las relaciones de trabajo, ha tenido una evolución en la jurisprudencia de nuestros tribunales, limitada en las primeras decisiones judiciales, a la esfera extracontractual, es decir, reconociéndose que sólo los daños extracontractuales podían ser extratarifados²⁷, al considerarse que la tarifa era omnicompreensiva de todos los daños emergentes del contrato de trabajo.

Así también, se consideró en un momento, que la reparación debía ser *in natura*²⁸, teniéndose en cuenta el descrédito que sufriera el trabajador en su personalidad moral como consecuencia de actitudes infamantes o cualquier otra agresión similar del empleador, con la sola intención de perjudicar trascendiendo el resultado al acto de despido, y obligándolo a la realización de un acto de desagravio para el trabajador, con lo cual la reparación se ubicó, más bien, en la sanción a la conducta abusiva del autor del daño (art. 1071 CC).

Esta posición de la jurisprudencia se compadece, como sostiene Mosset Iturraspe²⁹, en tratar la reparación del daño moral como pena y no como resarcimiento, al medírsele en atención al obrar reprochable del agente y no a la intensidad del daño moral causado. Por ello, no debe perderse de vista que, si bien la gravedad de la falta debe tenerse en cuenta para valorar el daño moral, no puede erigirse como la única razón del acogimiento o del rechazo de la pretensión indemnizatoria, ni el factor principal de la determinación de su cuantía.

Es de destacar que esta reparación “in natura” no constituía una reparación integral ya que: 1) No todos leían las publicaciones que retractaban acusaciones falsas; 2) el

²⁷ Ex Cám. Civ. 1° de la Capital, 11/6/37, Fallo N° 5697, “Monteferrario, Dante c/ Hogg y Cía. David”, L.L. T° 1938-11, pág. 1191, citado por Ernesto E. Martorell, en La procedencia de la indemnización por daño moral ante la ruptura abusiva del contrato de trabajo, en T. y S.S. T° 1982, pág. 758.

²⁸ C.N.A.Tr., en pleno, “Katez de Echazarreta, Catalina c/ ENTEL”, D.T. T° 1971 pág. 814.

²⁹ Jorge Mosset Iturraspe, Responsabilidad por daños. Tomo V El Daño Moral. Ed. Rubinzal Culzoni, p. 220.

sufrimiento padecido hasta la retractación, quedaba sin reparación. A modo ejemplificativo, existe una anécdota del famoso Cura de Ars en que una parroquiana se confesó de difamar al prójimo y el Cura le dio de penitencia desplumar unas gallinas y repartir las plumas por todo el pueblo para luego recoger todas y cada una de las plumas. La mujer argumentó que eso era imposible y el cura le dijo que lo mismo pasaba con la difamación.

Una evolución en la jurisprudencia reconoció que pueden verificarse incumplimientos más allá de la lesión provocada por la pérdida del empleo al momento de la desvinculación, como así también durante la ejecución del contrato de trabajo que excepcionalmente se encuentran también tarifados y que en general no reciben previsión laboral alguna. En estos casos al no estar normativamente prevista una solución en la ley laboral, la misma debe surgir del régimen de responsabilidad contractual del Código Civil (art. 520), para lo cual deberá tenerse en cuenta la índole del hecho generador de la responsabilidad y las circunstancias del caso, con lo cual se admitió que la responsabilidad puede ubicarse también dentro del contrato, según la forma y modo que se produzca la acción dañosa.

De ese modo, si bien, a los efectos de la fijación del *quantum* reparatorio, debe tenerse en cuenta la índole del hecho generador de la responsabilidad, no debe omitirse el carácter resarcitorio del daño moral y la entidad del sufrimiento causado ³⁰ i bien es criterio generalizado que, en materia de despido, la tarifa indemnizatoria resulta comprensiva de todos los daños susceptibles de eventual reparación, tal estrictez se ha visto atenuada frente a la existencia de algún hecho ilícito adicional y anexo al previsto por el legislador. Claro que, en tales supuestos, quien pretenda la reparación, al no estar amparado por el sistema de presunciones que son de la esencia de las indemnizaciones tarifadas, ha de cargar con la prueba de la existencia y cuantía del daño, así como de su relación de causalidad adecuada con el hecho que lo genera.

Debe tenerse presente al respecto que la admisión de una condena adicional por daño moral en determinados supuestos fue ganando terreno tanto en la doctrina como en la

³⁰CSJN M 802 XXXV “Mosca, Hugo c/ Pcia de Bs As s/ daños y perjuicios” 6/3/07 Fallos 330:563. (Del voto de los ministros Lorenzetti, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco).

jurisprudencia, especialmente a partir del plenario nro. 168 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, recaído en la causa “Katez de Echazarreta, Catalina O. c. Empresa Nacional de Telecomunicaciones”, del 18 de noviembre de 1971: "Es admisible la pretensión de un ex empleado de ENTel, despedido injustificadamente y cuyo despido fue publicado en el boletín de la empresa en relación a un sumario interno, de que se haga constar en su legajo personal y se publique en el mencionado boletín que el despido fue injustificado" ³¹. Ahora bien, decir que la manera de determinar la reparación de los daños en el ámbito del derecho del trabajo es predominantemente tarifada no significa que lo sea de modo excluyente, pues, ante cualquier otra hipótesis no amparada expresamente, en la que el damnificado pruebe la existencia y cuantía de un daño o perjuicio imputable al empleador, correspondería el pago de un resarcimiento. Como se ve, se trata de una aplicación supletoria de las disposiciones del ordenamiento civil y comercial, que resulta procedente no solo en ocasión de la ruptura del contrato.

Un supuesto concreto, por ejemplo, podría ser el de las consecuencias dañosas provocadas por supuestos, como los de violencia laboral y discriminación dentro del ámbito de trabajo, en los cuales la jurisprudencia ha condenado al empleador a reparar el daño moral.

Al respecto, se ha discutido si en el ámbito del derecho del trabajo corresponde la aplicación de la ley general 23.592, cuyo texto da derecho a un resarcimiento integral y a la reparación en especie ya que establece que "Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados". En realidad, lo que se puso en cuestión fue esta última posibilidad, ya que algunos autores consideraban que una norma de carácter general no podría imponer, de tal manera, un sistema de estabilidad a favor de los empleados del sector privado. No obstante, esas opiniones, como ya se ha indicado, en algunos fallos se admitió la reparación in natura del despido discriminatorio, al ordenar —en función de lo dispuesto por el art. 1º de la ley 23.592— la reincorporación del trabajador afectado en su puesto de

³¹ <https://www.aadyss.org.ar/files/documentos/249/listado.pdf>

trabajo. Criterio que se muestra en el pronunciamiento de la mayoría de la Corte nacional en el fallo “Álvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud SA”, del 7 de diciembre de 2010 (CS, 07/12/2010, "Álvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud SA", Fallos, 333:2306).

Paradójicamente, el sistema de tutela diseñado para proteger a la trabajadora durante el período de maternidad y embarazo no reconoce a la mujer despedida durante el período de sospecha, esto es, dentro del plazo de siete meses y medio anteriores y posteriores a la fecha del parto, el derecho a solicitar su reinstalación. La letra de la ley solo le asigna el derecho a percibir un resarcimiento especial, equivalente a un año de remuneraciones, que se acumula a las indemnizaciones por la ruptura injustificada del vínculo (arts. 178 y 182, LCT).

Lo mismo cabe decir en relación con la protección contra el despido por causa de matrimonio, hipótesis en la cual, ante la cesantía dispuesta sin invocación de causa dentro de los tres meses anteriores y los seis posteriores al connubio, el ordenamiento legal asigna el derecho a percibir un resarcimiento equivalente a un año de remuneraciones (art. 182, LCT), además de las indemnizaciones normales por el despido sin causa. Aquí la jurisprudencia tiene establecido que la indemnización agravada del art. 182 del Régimen de Contrato de Trabajo debe ser abonada también al trabajador varón, cuando su despido se debe al hecho de haber contraído matrimonio, no obstante, la circunstancia de que esta protección haya sido incorporada por el legislador en el título relativo al trabajo de mujeres (14). Al respecto, la CS resolvió en el caso “Puig, Fernando R. c. Minera Santa Cruz SA s/ despido” que los trabajadores varones también están amparados por la presunción del art. 181 (CS, 24/09/2020, “Puig, Fernando R. c. Minera Santa Cruz SA s/ despido”).³²

³²CLAUDIO SEBASTIAN VIGILI – Daños en el derecho laboral – 1ra edición – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2021. Libro digital, PDF. file:///C:/Users/frperez/Downloads/1_5176911187824083480.pdf

b. POSTURAS SOBRE LA PROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑO MORAL

5.b.1. A favor

Esta posición resalta que la indemnización tarifada cubre solo los daños patrimoniales o consecuencias normales del despido ya que en su cálculo no están contemplados los daños reales ocasionados.

Acorde a esta Tesis fijar una reparación (indemnización tarifada) bajo una base tan apartada del criterio reparatorio, implica tanto como excluir la acción reparatoria, impedir la indemnización y apartarse de los principios que garantizan el derecho a la integridad psíquica y al honor de la persona, además altera el principio constitucional de igualdad: ante daños idénticos, la reparación resulta diferente o ante daños diversos, se reciben indemnizaciones semejantes.

A la manifestación de que el daño moral es improcedente en el Derecho del Trabajo, destacamos lo expresado en la obra jurídica *Responsabilidad civil y su aplicación a en los infortunios laborales*: “si la disciplina laboral constituye dentro del plexo normativo una rama jurídica consagrada esencialmente a la tutela de la persona del trabajador y al resguardo de su personalidad, no se alcanza a entender la resistencia a otorgarle una protección reconocida por el Derecho Común.”³³

Como bien lo señala Hernández Gil, *la responsabilidad derivada de los daños morales y la consiguiente indemnización tiene el rango de un principio general de Derecho con vigencia universal*.³⁴

En conclusión, esta tesis proclama la protección integral ya que el hecho que la indemnización prevista por la LCT se encuentra tarifada y limitada a un tope, no permite la reparación total de los daños sufridos por el trabajador, guardando relación negativa con los derechos humanos y con los principios constitucionales de protección contra el despido arbitrario (art. 14 bis de la Constitución Nacional) y el principio *alterum non laedere* (art. 19, CN).

³³Tomo 2, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 1988, p. 82

³⁴El problema de la patrimonialidad de la prestación, en Revista de Derecho Privado, 1960, Ps 272/278.

Sin embargo, gran parte de la doctrina no comparte esta tesis de reparar daño moral en todos los casos con motivo de despido, ya que esta noción se fundamentaría en que el ódulo tarifado del artículo 245 L.C.T. mide sin rebajas ni aumentos posibles todos los intereses del trabajador que se encuentran involucrados.

5.b.2. En contra

Esta tesis sostiene como principal argumento que la indemnización del Art. 245 LCT cubre todos los daños, tantos materiales como morales; que la indemnización por daño moral es improcedente en materia laboral (siendo propia de materia civil) y por ende que los Tribunales de Trabajo carecen de competencia para tratarla. Otra parte de la doctrina, infiere además que dar lugar a esta indemnización, generaría una violación al principio constitucional de seguridad jurídica ya que no permitiría que las empresas, puedan preveer sus costos laborales. Veamos en detalle cada argumento:

5.b.2.i. La indemnización tarifada cubre todos los daños

El fundamento principal es que el daño moral se encuentra contemplado en la Indemnización tarifada (Artículo 245). Así lo firmaron en sus recomendaciones los juristas Vazquez Vialard y De la Fuente en las *V Jornadas Argentinas del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, celebradas en la ciudad de Córdoba en el año 1980 ³⁵: *“En lo que respeta a la etapa de extinción del contrato, cuando media una situación de estabilidad relativa impropia, las indemnizaciones tarifadas cubren todos los daños, tanto materiales como morales que la pérdida del empleo puede haber ocasionado al trabajador...”*

De la misma manera, se pronunciaron varios jueces laborales y en defensa a la tarifación de la indemnización del Art. 245 LCT, explicitando que la misma significa que la propia ley establece la forma de cálculo, excluyendo toda otra reparación por causa de despido, ya que es de la esencia de las reparaciones tarifadas que el titular carezca de legitimación para obtener un suma superior a la tarifada demostrando que ha experimentado

³⁵ Mosset Iturraspe Jorge. ob.cit. Pág 57.

daños que no están contemplados por ella, y el obligado a su vez, para pagar menos, o no pagar, aduciendo la inexistencia de todo daño, o que de existir, la tarifa excede su valor real.³⁶

En la Cámara de Apelaciones de la Pcia. de Neuquén, ha resuelto en situaciones similares: “El sistema establecido por la ley de Contrato de Trabajo resulta omnicomprendido de todas las situaciones que pueden plantearse ante la ruptura arbitraria del vínculo contractual, razón por la cual todo daño moral (desde el punto de vista contractual) se encuentra normalmente incluido en el concepto de injuria laboral y da derecho, exclusivamente, a una indemnización tarifada.” (P.S. 1998 -II- 249/253, SALA II CC2). Y también: “Se debe partir de una premisa fundamental, el despido incausado o arbitrario no es un acto ilícito penalmente reprochable, es un ilícito contrario a la ley de Contrato de Trabajo y se traduce en un resarcimiento tarifado. Entiendo que la reparación tarifada cubre todos los daños que genera el despido arbitrario, en tanto y en cuanto este se haya concretado mediante un ejercicio regular del legítimo derecho de despedir. Se ha respetado doctrinal y jurisprudencialmente que la indemnización tarifada constituye una reparación omnicomprendida del *damnum emergens*, del *lucrum cesans* y del daño moral.” (P.S. 1999II-275/281, Sala II). En consecuencia el agravio será desestimado. - “CARDENAS FONSECA GERARDO C/ AFJP PREVINTER SRL S/ DESPIDO”, (Expte. N° 755-CA-0).³⁷

Estos fundamentos han variado con el transcurso del tiempo ya que fueron cediendo y comenzaron a pronunciarse fallos en los cuales se declara la procedencia de las demandas laborales por daño moral, ya que reconocer que la indemnización tarifada cubre todos los daños, sería reconocer que la misma es de carácter integralmente reparatorio, sin embargo podríamos plantear la siguiente cuestión que sería contradictoria: una persona en condición de empleado -donde entrega toda su persona en el trabajo-; ante una ruptura abrupta por parte de su empleador (ya sea por despido injustificado o despido indirecto) se compensa el daño causado con una indemnización tarifada e incluso de mínima cuantía si su antigüedad y

³⁶ Del voto del Dr Morando. CNAT. Sala VIII, S.D. 34.578 del 31/10/2007 Expte. N° 1.646/2006 “Nicotra Natacha Agustina c/ FST S.A. s/Despido” Extraído del BOLETÍN MENSUAL DE JURISPRUDENCIA N° 274 de la CNAT, Oct/2007, del Poder Judicial de la Nación. Puede consultarse en su versión digital: www.pjn.gov.ar

³⁷ Del voto del Dr. GIGENA BASOMBRIO. “COIFIL ORLANDO OMAR c/ BANCO PROVINCIA DEL NEUQUEN S.A. s/COBRO DE HABERES”, Expte. N° 307487/4, Sala II Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial. Neuquén. Fallo 151/ 07. Consultado en la web oficial Poder Judicial Neuquen.

salario fueron bajos; mientras que la misma persona como parte de otros tipos de contrato donde no envuelve la noción de persona, como la compraventa o la hipoteca, permiten ante igual ruptura la reparación de daños morales con una indemnización de mayor cuantía en materia civil. ¿Es justo?

Sigamos analizando otros fundamentos de esta tesis negatoria.

5.b.2.ii. La reparación del Daño Moral es propia de materia Civil y no Laboral

En una publicación respecto al tema, sostiene el Dr **Carcavallo**, especialista en derecho laboral, que cuando se aplican normas del derecho civil en juicios laborales "se **destruye el carácter de especificidad** que tiene el derecho del trabajo".³⁸ El abogado subraya que si se repite esta tendencia de aplicar normas de derecho civil para fundamentar indemnizaciones laborales "perderá su razón de ser la existencia del régimen tarifado establecido en la ley de contrato de trabajo".

Sin embargo, gran parte de la doctrina no está de acuerdo en circunscribir a la reparación moral en cuestiones civiles exclusivas. La ponencia de VAZQUEZ VIALARD³⁹, es clara y precisa cuando proclama que el objeto principal en una relación laboral constituye una prestación personal por parte del empleado sujeta a una "subordinación", circunstancia tal que expone al trabajador a comprometer toda su persona. *"Por ello, si en algún ámbito del derecho el concepto de "daño moral" puede tener alguna aplicación, es precisamente en el del trabajo. Una de las finalidades elementales del Derecho del Trabajo es el de asegurar el respeto de la dignidad de la persona del trabajador, por lo que cualquier lesión que se le infiera, exige una reparación..."* Agrega el autor *"es sabido que el trabajador debe cumplir personalmente la principal prestación a cargo y por lo general no en forma ocasional, como ocurre en las restantes contrataciones, sino permanente, incorporándose a una organización ajena con la obligación de prestar sus tareas en el lugar y condiciones que fijen, sometido en todo momento a las facultades de dirección y disciplinarias que ley reconoce al*

³⁸ Ponencia del Dr **Esteban Carcavallo**, socio del estudio Severgnini, Robiola, Grinberg & Larrechea Abogados en la Nota publicada via web: Despidos: cada vez más casos de indemnización por daño moral. [www.infobaeprofesional.com/sección abogados](http://www.infobaeprofesional.com/sección%20abogados). Enero 2007.

³⁹VAZQUEZ VIALARD, ANTONIO. La responsabilidad en el derecho de trabajo. Ed. Astrea. Bs As 1988. pág 755 y ss.

empleador... es decir, en el contrato de trabajo el trabajador, por la situación de dependencia personal en la que se encuentra, arriesga permanentemente sus bienes personales más valiosos (vida, integridad física, honor, dignidad, etc) ”.

Parece claro que negar la procedencia del daño moral en el ámbito del Derecho del Trabajo importaría colocar al trabajador – por el solo hecho de hallarse vinculado por un contrato laboral - en una situación peyorativa respecto de cualquier sujeto que se viera lesionado moralmente como consecuencia de la actitud asumida por el empleador.

Sobre la cuestión, y en concordancia con esta afirmación, Mosset Iturraspe formula algunas precisiones sobre que la “autonomía” del Derecho del Trabajo no debe confundirse con la “autosuficiencia”, y menos aún llevar a prescindir del Derecho Civil como Derecho Común; enfatiza que “*las leyes análogas*” a que alude el artículo 11 LCT⁴⁰, son básicamente las del Código Civil, y que ya sea por esa vía o por las restantes mencionadas en el texto de dicho artículo “*...justicia social, equidad, y buena fe*” no pueden dejarse de lado soluciones civilísticas, en tanto no sean contradictorias con las normas específicas; que enderezado en ese camino, a los principios mencionados debe agregarse el relativo a la proscripción del abuso del derecho consagrado en el Art. 1071 C.Civil. Que el daño moral ocasionado, con motivo de la extinción de la relación laboral, puede ubicarse “dentro” o “fuera” del contrato, y ello dependerá de la forma y modo en que se produzca la acción dañosa, ya que resulta un absurdo marginar un Derecho tuitivo de la reparación de los daños morales cuando ellos existan y puedan demostrarse.⁴¹

En cuanto a las vías de reclamo y competencia de jueces, el hecho que genera la obligación de reparar el daño moral, en la medida que guarde relación con el despido, puede ser reclamado ante el juez de trabajo que tiene competencia en virtud del principio de conexidad según las normas de orden procesal. Iría en contra al principio de economía procesal, que algunos de los conflictos que se originen en el interior de una empresa se tengan que abordar por los tribunales laborales y que otros vayan a los tribunales civiles. El daño

⁴⁰ Artículo 11. LCT — Principios de interpretación y aplicación de la ley. Cuando una cuestión no pueda resolverse por aplicación de las normas que rigen el contrato de trabajo o por las leyes análogas, se decidirá conforme a los principios de la justicia social, a los generales del derecho del trabajo, la equidad y la buena fe.

⁴¹ Revista de Derecho Laboral, “Extinción del Contrato de Trabajo”, T.I, Rubinzal Culzoni. p. 184/187.

moral por despido tiene que ver con una situación producida como consecuencia de la relación laboral por ello debería ser competencia de los tribunales laborales.

En forma concordante, se expidió el Procurador General de la Nación en un pronunciamiento judicial “Viñoles, María Amalia c/ Averbuch, Mario s/daño moral”⁴² donde tanto el titular del Juzgado Civil como su alzada ha declarado que, de la presente demanda se desprende que el hecho dañoso se produjo en el marco de un vínculo laboral entre las partes del pleito, por lo que el juicio debe radicarse por ante la Justicia Nacional del Trabajo. Ello, pues según sostuvieron, no puede negarse la vinculación directa con la litis que tendría la dilucidación de cuestiones relacionadas con el derecho del trabajo y las normas que lo reglamentan. En oposición, el titular del Juzgado del Trabajo, consideró que la presente se basa en un reclamo centrado en normas del derecho civil circunstancia que determina la incompetencia de la Justicia laboral por cuanto el supuesto que se analiza no encuadra dentro de lo normado por el art. 20 de la Ley 18.345 ⁴³ Organización y Procedimiento de la Justicia Nacional del Trabajo. El Procurador se expidió al respecto: “En el caso de autos, el daño moral invocado se funda en un agravio que se produce en ocasión al despido, de ello se desprende, prima facie, que existe una cierta vinculación entre ambos juicios ya que la sentencia que se dicte en los autos sobre despido, puede tener cierto grado de influencia en el juicio por agravio moral, pues la actora consideró que los dichos vertidos en la respuesta a su reclamo (en los que negaba la existencia de un contrato de trabajo), la dañaron moralmente. Encontrándose en trámite entre las mismas partes un juicio de despido es razonable que deban tramitar ambos reclamos por ante el mismo magistrado, a fin de evitar el posible escándalo jurídico que podría darse en el caso de sentencias contradictorias.”

La reparación del daño moral como un “plus” indemnizatorio, violaría el principio de seguridad jurídica (art 18 CN):

⁴² C.S.J.N., C. 420. XXXV. 14.03.2000, “VIÑOLES, María A. c. AVERBUCH, Mario” Texto completo en web CSJN: www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.

⁴³ Artículo 20 . — **Competencia por materia** — Serán de competencia de la Justicia Nacional del Trabajo, en general, las causas contenciosas en conflictos individuales de derecho, cualesquiera fueren las partes — incluso la Nación, sus reparticiones autárquicas, la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y cualquier ente público—, por demandas o reconveniones fundadas en los contratos de trabajo, convenciones colectivas de trabajo, laudos con eficacia de convenciones colectivas, o disposiciones legales o reglamentarias del Derecho del Trabajo; y las causas entre trabajadores y empleadores relativas a un contrato de trabajo, aunque se funden en disposiciones del derecho común aplicables a aquél.

Señalaba Krotoschin: “*Debe advertirse también que al admitir la reparación, por separado, del agravio moral en los casos de despido arbitrario, se introduciría una inseguridad jurídica de imprevisibles consecuencias*”⁴⁴ Claro está, que se hace referencia a las consecuencias que afectarían a las empresas, en cuánto no podrían prever sus costos laborales en casos de cesantías y que en caso de admitirse este plus acarrearía el temor de encontrarse acorraladas por pedidos de indemnizaciones extratarifadas que las pondría en ciertos aprietos económicos.

Sobre la cuestión encontramos la contraposición de Mosset Iturraspe: “*si no están ilimitadas las ganancias por qué han de estarlos los riesgos o daño. Entre la seguridad del dañador y la reparación integral, como imperativo de justicia, el Derecho no puede hesitar*”⁴⁵

5.b.3. Tesis intermedia

Esta teoría es la predominante. Admite, excepcionalmente, la reparación del daño moral vinculado al despido cuando el mismo deriva de hechos ilícitos adicionales a la extinción del vínculo, y que resultaría indemnizable aun en ausencia de una relación laboral. De esa manera lo precisa JULIO GRISOLÍA: “Para que se configure daño moral, la jurisprudencia entendió que es necesario que exista una conducta adicional del empleador ajena al contrato, de naturaleza dolosa, es decir, un ilícito adicional al despido.

La ilicitud se refiere a la antijuricidad de la conducta que se califica de injuriente, oprobiosa y, por ende, nociva para el trabajador. La prueba de la configuración de estas circunstancias recae en el trabajador.”⁴⁶

Al mencionar la conducta adicional dolosa, se refiere a aquella que menoscabe al trabajador en sus sentimientos, dignidad y afecciones legítimas, más allá del acto de despido y con independencia del mismo. Para ello debe existir una clara violación al principio de

⁴⁴ Krotoschin, Ernesto. Dos planteos distintos relativos al daño moral, DT 1974- p. 339 y ss.

⁴⁵ Mosset Iturraspe, Ob.cit. p.61

⁴⁶ Aut. citado, Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Ed. Lexis Nexis, T. II, p. 1228 citado por Mosset Iturraspe ob cit.

buena fe del empleador, actuando con abuso del derecho (contractualmente) o bien adicionar conductas ajenas al contrato que constituyen verdaderos actos ilícitos.

Así también se concluyeron en las V Jornadas Argentinas del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social:⁴⁷

1) En lo que respeta a la etapa de extinción del contrato, según Vázquez Vialard y De la Fuente, cuando media una situación de estabilidad relativa impropia, las indemnizaciones tarifadas cubren todos los daños, tanto materiales como morales. Pero si contemporáneamente con el despido, el empleador incumple obligaciones contractuales a su cargo o incurre en actos ilícitos stricto sensu, deberá responder por los daños morales que su conducta antijurídica ocasione si es que afecta la personalidad y dignidad del trabajador a través de la lesión de sus bienes personales.

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

Mosset Iturraspe al referirse a “Las reparaciones del Derecho del Trabajo y el daño moral”⁴⁸, adhiere a esta tesis intermedia. Según el referido jurista, “se busca la verdad y la justicia a mitad del camino”, descartando tanto la exclusión de toda reparación por daño moral vinculado al despido, como su pertinencia con base en las resonancias espirituales de todo despido arbitrario, sin excepción alguna. Esta postura se expresa de maneras diferentes, tales como “...b) daños morales originados en hechos extracontractuales en ocasión de la ruptura del contrato o fuera de ella”. Consigna el autor que este criterio requiere una invocación y una prueba a cargo del trabajador; escapa de la responsabilidad meramente objetiva, y se incurre en afirmaciones o en hechos reprobados por el derecho que lesionan la dignidad del trabajador. Por otra parte, Mosset Iturraspe propone la sustitución del concepto

⁴⁷ Mosset Iturraspe Jorge. ob.cit. p 285 y ss.

⁴⁸ Revista de Derecho Laboral, “Extinción del Contrato de Trabajo”, T.I, Rubinzal Culzoni. p. 184/187.

de “daño moral” por el “daño a la persona”, de mucha mayor amplitud y mayor compatibilidad con las orientaciones modernas del derecho. (conf.: “Daño Moral. Noción. Crítica a la denominación. Daño extrapatrimonial. Daño a la persona”, en loc. cit. Pág. 7 y ss).⁴⁹

Al respecto dice Goldenberg :“El daño moral consiste en una pretensión autónoma e independiente del despido, vale decir, tiene su causa fuente en un ilícito ajeno al contrato de trabajo que desborda los límites tarifarios y que debe ser resuelta en consecuencia, acudiendo a los principios generales del Derecho de Daños.”⁵⁰ En efecto, las conductas lesivas a la dignidad, honor o reputación del dependiente por aseveraciones temerarias, descalificantes, ofensivas, de mala fe, divulgación de datos íntimos o situaciones penosas no pueden quedar desguarnecidas de tutela legal por el solo hecho de que las partes se encontraban ligadas por un contrato de trabajo”

Carlos A. Ghersi, destaca la reformulación del daño moral en la Reforma de 1968, a partir del riesgo creado (Art. 1113, segunda parte, párrafo segundo), la equidad (art. 907, párrafo segundo), la buena fe (Art. 1198, párrafo primero), y el ejercicio abusivo de los derechos (Art. 1071), entre otras disposiciones, enfatizando que “esta corriente renovadora del derecho, con hondo contenido social, se acerca más al hombre en si mismo y se aleja del economicismo como meta central de protección, que imperaba en Alberdi y Vélez”.

El acto ilícito del empleador puede ser anterior al despido (por ejemplo, el caso del empleador que realizó el acoso sexual que la trabajadora invocó para considerarse despedida) o simultáneo con el despido (el supuesto en el cual para despedir el empleador invocó falsamente que el trabajador había cometido un delito penal) o posterior al cese (caso en que luego del despido el empleador colocó en la cartelera de la empresa una nota informando que se había dispuesto el cese porque el trabajador se había apoderado de dinero de la empresa).

⁴⁹ Cámara Nacional del Trabajo "Sala VII" - 06-09-2006 Fallo: CARATTI Carlos C/ ESTADO NACIONAL - AFIP / D.G.I. S/ Nulidad e Inconstitucionalidad. Extraído de Semanario Jurídico N°: 1590, 28/12/2006 versión digital.

⁵⁰ Isidoro H. Goldenberg: “El daño Moral en las Relaciones de Trabajo”, en “Daño Moral”, “Revista de Derecho de Daños”, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fé, 1999, pág. 265.

6. JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia, por lo común, ha mantenido una posición restrictiva respecto a la procedencia del plus indemnizatorio. En la mayor parte de los casos se negó su procedencia con el argumento de la Tesis denegatoria desarrollada en el capítulo anterior: la reparación tarifada comprende la totalidad de los daños derivados del despido. Por otro lado sostienen que el daño moral reclamado por el trabajador no tiene tal entidad que merezca una reparación adicional a la legal. Sin embargo en los últimos años, la justicia laboral comenzó a ceder y a reconocer a los trabajadores despedidos la reparación adicional.

A continuación analizaremos los fundamentos tenidos en cuenta para la aceptación o denegación del daño moral como rubro indemnizatorio adicional en la jurisprudencia dictada por los Tribunales de Trabajo, las Cámara Laborales y de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.

a. Improcedencia

Daño moral - Prohibición de despedir - DNU 329/2020 - Despido injustificado - Daño moral - Improcedencia - Prohibición de despedir - DNU 329/2020

Corresponde dejar sin efecto la indemnización dispuesta en la sentencia de grado en concepto de resarcimiento por daño moral, pues no se encuentra acreditado que el accionante, con motivo del despido decidido durante la vigencia del DNU 329/2020, haya padecido sufrimiento, menoscabo, descrédito o perjuicio alguno que no esté reparado con la reinstalación que se ordena y los respectivos salarios devengados. Por un lado, el pretensor se limitó a señalar en forma por demás genérica y dogmática una situación de pobreza y de angustia provocada por el despido, y por otro, demoró prácticamente nueve meses para iniciar la acción, todo lo cual, sumado a la absoluta orfandad de fundamentos que sobre el particular presentó la demanda, conduce a concluir que no existen en la causa razones válidas que habiliten la indemnización extratarifaria pretendida. Oliveri, Juan Pablo vs. Ducit S.A. s. Juicio sumarísimo /// CNTrab. Sala VII; 22/11/2022; Rubinzal Online; RC J 675/23.

Acoso sexual - Despido discriminatorio - Despido luego de comunicar una situación de acoso - Improcedencia - Tercero contratado por el empleador - Despido sin causa - Despido discriminatorio - Contemporaneidad - No configuración

La acreditación del acoso sexual sufrido por la trabajadora por parte de un proveedor externo de la sociedad empleadora, no basta para tener por cierto que el despido sin causa dispuesto un año y medio después por la patronal obedeció a esa situación y por tanto resultó discriminatorio. El hecho desencadenante y por el que la accionante efectuó la denuncia a las autoridades de la empleadora habría ocurrido a mediados del año 2015 en tanto que la extinción sucedió a finales de diciembre del año 2016. De ninguna manera un evento ocurrido un año y medio antes pudo haber determinado el despido precitado, por lo que mal puede calificárselo como discriminatorio. Máxime que, también ha quedado acreditado en autos, que el acosador dejó de concurrir al lugar de trabajo de la actora en el segundo semestre de 2015. Resulta convincente el argumento temporal esbozado por la ex-empleadora, por lo que corresponde revocar la calificación de discriminatorio del despido acaecido y por tanto detracer del monto de la reparación por discriminación fijada en origen en la suma de \$ 300.000. Lo expuesto no obsta el progreso de la reparación civil (material y moral) por el daño psíquico sufrido por la trabajadora a causa del acoso sexual padecido. D. L. T. L., E. M. vs. Tezanos Pinto, Salerno, Caride Fitte y Asociados y otro s. Despido /// CNTrab. Sala V; 08/02/2023; Rubinzal Online; RC J 366/23

En este caso podemos observar que no se hace lugar al daño moral en razón de un despido supuestamente discriminatorio pero no por razones de no haber existido discriminación sino por motivos de no estar relacionado el despido propiamente dicho con los actos discriminatorios reclamados. Motivo por el cual deja abierta la via civil por el daño psíquico en cuestión. La pregunta que debemos hacer es si la Cámara Nacional del Trabajo podría haber otorgado igualmente la indemnización por daño moral en caso que el mismo sea probado, independientemente de la procedencia y/o calificación del despido demandado. En definitiva no deja claro que no procede la indemnización por daño moral por no ser el tribunal competente o por no proceder en materia laboral sino simplemente porque no se considera como despido discriminatorio.

**Violencia laboral - Maltrato generalizado a todo el personal - Mobbing laboral -
No configuración**

Las conductas de maltrato, deben tender a vencer la resistencia de la persona, para lograr su separación o alejamiento de la empresa. No cualquier maltrato configura mobbing ni genera el pago de una indemnización por daño moral. La conducta debe ser sistemática y recurrente y dirigida sólo contra un trabajador, contrario a lo manifestado por las testigos, que dieron cuenta de un clima hostil de trabajo, en general, para todo el personal y no específicamente para con el actor. Se confirma lo resuelto en grado en tanto estimó improcedente el reclamo por maltrato planteado por el accionante. Lemos, Sergio Rodolfo vs. Ricaar S.R.L. y otro s. Despido /// CNTrab. Sala VIII; 13/05/2022; Rubinzal Online; RC J 3091/22

b. Procedencia

**Despido discriminatorio - Promotor de una lista opositora al oficialismo -
Nulidad del despido - Reincorporación del trabajador - Salarios caídos**

El despido dispuesto por la Federación accionada exhibió un móvil discriminatorio por las actividades gremiales desplegadas por el actor, institucionalmente y de hecho, colectiva e individualmente, en el seno de una de las entidades sindicales de primer grado que integraban a su otrora patronal. Verificado entonces que el actor fue sujeto pasivo de un acto de discriminación emplazado en motivos gremiales, ilicitud que se concretó a través de un despido directo, corresponde revocar el fallo apelado, declarar nulo tal despido y disponer su reinstalación en su antiguo lugar de trabajo. Además, corresponde abonar los salarios caídos, comprensivo de las remuneraciones y conceptos no retributivos, con más los incrementos legales y convencionales dispuestos por vía paritaria, que por todo concepto dejó de percibir el trabajador desde la fecha del distracto, con más sus intereses. Por otra parte, de conformidad con lo normado por el art. 1, Ley 23592 y lo establecido por los arts. 52, 1716, 1737, 1741 y cc., Código Civil y Comercial, es procedente el reclamo de un resarcimiento por daño moral, el que se fija en la suma de \$ 100.000. Finalmente, el monto abonado en concepto de liquidación final e indemnización por antigüedad y preaviso, debe ser descontado de las sumas diferidas a condena, deducción que se realizará con ajuste a lo

establecido por el art. 903, Código Civil y Comercial, con imputación en primer término a intereses y luego, de existir remanente, a capital.

Jodara, Luis Eduardo vs. Federación Argentina de Empleados de Comercio y Servicios s. Despido /// CNTrab. Sala I; 27/04/2022; Rubinzal Online; 40533/2017; RC J 2644/22

Violencia laboral - Violencia de género - Resarcimiento del daño – Interseccionalidad

El hecho padecido por la actora impactó de forma desigual y desproporcionada en su persona como familiar de una víctima de género, condición social que refuerza su vulnerabilidad, lo que constituye una frustración cierta e indiscutible de su plan de vida (principio de autonomía), extremo constatado en la pericia psicológica de autos. A fin de determinar el monto del resarcimiento en concepto de daño material, se tomará en cuenta la edad de la accionante al momento del hecho (50 años) y el porcentaje de incapacidad psíquica atribuido por la perito psicóloga (10 % de la T.O). Como ingreso corresponde tomar el valor del salario devengado al mes de marzo del año 2023 sobre la categoría profesional y CCT bajo la que prestó servicios la actora, en tanto es acreedora de un crédito que resulta ser una deuda de valor y no una deuda de dinero (art. 772, Código Civil y Comercial; causa L119.914, “A., D. A.”, de fecha 22/06/2020, SCJBA). Se hace lugar a la demandada y se condena a la accionada a abonar en concepto de reparación plena por haber resultado víctima de violencia de género de tipo simbólica y psicológica en el ámbito laboral a la suma de \$4.117.290. Asimismo, en concepto de reparación del daño moral, se fija la suma \$1.000.000, dejando expresa constancia que, tal como ha sostenido la casación provincial, el daño moral es un rubro autónomo -y no accesorio- del daño material. Dicho rubro también reviste el carácter de una deuda de valor. P., M. M. vs. C. B. A. S.A. s. Despido /// Trib. Trab. N° 1, San Miguel, Buenos Aires; 18/04/2023; Rubinzal Online; RC J 1286/23

Daño moral - Actuaciones ante el SECLO - Nulidad del acuerdo - Trabajador representado por letrado contratado por el empleador

Se confirma la sentencia de grado en cuanto estimó que el acuerdo conciliatorio celebrado entre las partes ante el Servicio de Conciliación Laboral Obligatoria (SeCLO)

resultó nulo en tanto la firma empleadora simuló una negociación sobre los términos de un acuerdo transaccional a todas luces perjudicial para los legítimos derechos del trabajador, y, a la vez, impuso, fraudulentamente, una asesoría letrada al actor que le resultaba inconveniente. Lo expuesto autorizó el reconocimiento de una reparación autónoma por el daño moral causado, al margen del sistema tarifario previsto con relación a las infracciones de naturaleza contractual. Los acontecimientos relatados son merecedores de una reparación extraforfataria por el daño moral provocado, resultando adecuada la suma de \$ 120.000 dispuesta en grado en atención a la gravedad de los hechos que supone el ardid artificioso descripto. Tripicchio, Oscar Osvaldo vs. Pinares de Carrasco S.A. s. Despido /// CNTrab. Sala I; 14/11/2022; Rubinzal Online; RC J 7236/22

Imputaciones deshonorosas - Daño moral - Faltante de caja - Procedencia

Si bien la empleadora en la comunicación extintiva manifestó que procedía a despedir a la actora invocando pérdida de confianza, lo cierto es que en el propio despacho resolutorio expresó haber comprobado que la trabajadora sustrajo dinero de la caja para utilizarlo en compras de índole personal, adulterando el libro de caja. La "pérdida de confianza", vinculada en forma expresa a una grave presunción sobre sustracción de dinero importa una severa descalificación y una imputación lesiva para la trabajadora implicada, máxime cuando la demandada no efectuó investigación previa alguna tendiente a establecer su posible participación en tales hechos ilícitos, ni le dio ocasión a que diera explicación alguna. Cuando la actitud patronal que provoca el distracto -sea directa o indirectamente-, más allá de su eficacia para extinguir la relación, está acompañada de otros componentes que descalifican en sus cualidades morales a la otra parte, el daño que se provoca constituye un ilícito extracontractual que no se encuentra contemplado en los límites de la tarifa legal. Desde esa perspectiva, sobre la base de lo normado por los arts. 522 y 1078, Código Civil (vigentes a la época de los hechos) corresponde revocar lo decidido en origen y admitir el reclamo resarcitorio del daño moral, cuyo monto se estima en la suma de \$ 50.000. R., D. vs. C., M. S. s. Despido /// CNTrab. Sala V; 28/03/2023; Rubinzal Online; RC J 1026/23

Discriminación - Violencia laboral - Capacitación en violencia en el ámbito laboral - Obligación de concurrir a talleres sobre perspectiva de género - Convenio 190

OIT - Persona portador de VIH - Maltrato proferido por personal jerárquico - Sobrecarga de trabajo - Daño moral

Dos de los testigos que compartieron tareas con el actor coincidieron en expresar haber presenciado maltrato, violencia verbal, insultos y violencia no verbal por parte de los superiores respecto de aquel. El trato discriminatorio consistió en no tomar contacto con sus elementos de trabajo por ser portador de HIV, en hacer comentarios peyorativos en relación a su vida sexual advirtiéndolo a los nuevos compañeros de la enfermedad padecida y, también, en sobrecargarlo de trabajo al punto de llevarlo al límite de su capacidad. El daño moral causado al actor tiene carácter autónomo y no se encuentra contenido en la tarifa del art. 245, LCT, por lo que corresponde confirmar el fallo de primera instancia que dispuso su procedencia. En igual sentido, acreditada la situación de maltrato, violencia y discriminación padecida por el actor en su ámbito de labor, corresponde confirmar también lo decidido en grado en cuanto dispuso que la demandada debía acreditar haber brindado capacitación a su personal en la temática referida a violencia laboral y perspectiva de género, a los fines de que sus dependientes obtengan las herramientas necesarias para mejorar las relaciones interpersonales en el establecimiento y prevenir, de ese modo, situaciones de violencia; todo ello, en total consonancia con lo dispuesto por el Convenio 190 OIT. El Poder Judicial en su conjunto tiene la obligación de no silenciar situaciones incompatibles con la premisa de tolerancia cero ante supuestos de violencia y menos cuando aquellas tienden a perpetuar estereotipos discriminatorios, siendo obligación de los magistrados y magistradas adoptar medidas positivas de tipo correctivas para propender a erradicar los patrones socioculturales que sostienen y perpetúan prácticas como las que dieran origen al ambiente hostil acreditado en la causa. S. C. J. vs. Swiss Medical ART S.A. s. Despido /// CNTrab. Sala VI; 17/02/2023; Rubinzal Online; RC J 495/23

Acoso sexual - Responsabilidad por el hecho del dependiente - Tercero contratado por el empleador

Acreditado el acoso sexual denunciado, como el daño psicológico y moral, corresponde confirmar el decisorio de grado en cuanto determinó la reparación del caso en virtud de lo normado por los arts. 1737, 1738, 1741, 1749 y 1753 y ccdds. del Código Civil y Comercial en la medida que existió un hecho desencadenante de tales daños, debiendo la

indemnización correspondiente incluir la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances, incluyendo especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida. Así, acreditada la relación de causalidad entre la patología sufrida por la actora y el ambiente laboral en el cual se desarrolló la relación de trabajo por parte del acosador, quien en definitiva además actuó causando un daño ajeno a la prestación que se comprometió con quien lo contrató, debiendo en consecuencia responder la contratante (empleadora) por el daño causado a la accionante, tal como lo autoriza el art. 1753, Código Civil y Comercial. D. L. T. L., E. M. vs. Tezanos Pinto, Salerno, Caride Fitte y Asociados y otro s. Despido /// CNTrab. Sala V; 08/02/2023; Rubinzal Online; RC J 366/23

Prohibición de despedir - DNU 329/2020 - Daño moral - Pandemia COVID19 - Abandono del trabajo - Despido injustificado - Daño moral – Procedencia

La accionada despidió al actor en el mes de septiembre del año 2020 en plena crisis sanitaria derivada de la pandemia por COVID-19 y donde, debido a las restricciones para circular, la imposibilidad de encontrar un nuevo empleo era superlativa. La ruptura se produjo cuando estaba prohibido el despido sin justa causa (art. 2, DNU 329/2020 y 624/2020), invocando que el actor había incurrido en abandono de trabajo, todo ello sin previamente haberlo constituido en mora para que se reintegre al trabajo, tal como lo establece el art. 244, LCT. Dicha omisión constituye un indicio grave y preciso que permite concluir que la invocación de la figura del abandono solo fue utilizada por la demandada para eludir dolosamente la interdicción de producir despidos injustificados y sustraerse a los efectos de su obrar ilícito. A lo expuesto debe añadirse que el actor fue despedido a pesar de que se encontraba en uso de licencia por padecer una lesión en la pierna izquierda, circunstancia que conocía la patronal, ya que aquél le había entregado las certificaciones que acreditaban su situación de salud. Por las razones expuestas, de conformidad con lo normado por el art. 19, Constitución Nacional y los arts. 1716, 1717, 1724 a 1727 y 1737 a 1741, Código Civil y Comercial, corresponde condenar a la firma empleadora a pagar una indemnización orientada a resarcir las consecuencias no patrimoniales derivadas del despido, la cual se determina en

13 remuneraciones por aplicación analógica de lo establecido por el art. 182, LCT. Clissa, Alan Iván vs. Hangar Uno S.A. s. Despido /// CNTrab. Sala I; 26/12/2022; Rubinzal Online; RC J 7399/22

Denuncia criminal contra el trabajador - Absolución en sede penal - Daño psicológico - Determinación de la indemnización

De la lectura del pronunciamiento de origen se advierte que el Magistrado abordó de manera conjunta el análisis de la determinación del resarcimiento por daño moral y por daño psicológico, ya que ponderó tanto el resultado de la causa penal en la que la actora fue imputada y resultó absuelta, como el informe pericial psicológico presentado, en el que se concluyó que la pretensora presentaba una depresión neurótica o reactiva moderada -que deriva en una incapacidad del 20 % de la total obrera-, la cual se consideró vinculada al proceso judicial en el que aquella se vio involucrada. Sin soslayar que la valoración del daño moral no está sujeta a cánones estrictos y que es facultad de los jueces de la causa establecer su procedencia y el quantum indemnizatorio, tomando en consideración para ello la gravedad de la lesión sufrida y el hecho generador de la responsabilidad; en el sublite, la suma fijada en la sentencia de origen se presenta adecuada para reparar el padecimiento provocado, en tanto resulta equivalente a un año de salarios -criterio análogo al adoptado por la LCT para establecer las reparaciones agravadas por matrimonio y embarazo y también por la Ley 23551 (párr. 4, art. 52)-. Zambrano Márquez, Geoconda Geanina vs. Diéguez Salazar, Julio Javier s. Despido /// CNTrab. Sala VII; 19/12/2022; Rubinzal Online; RC J 7317/22

Discriminación - Despido en respuesta al reclamo del trabajador - Daño moral – Determinación

Los testigos, ex compañeros de trabajo del actor, coincidieron en señalar que el demandante fue el portavoz de un reclamo realizado a la gerencia para que les abonasen un monto adeudado. También señalaron que luego de dicho reclamo, la relación entre los superiores y el actor se deterioró. Por lo cual, la sana crítica invita a pensar que quien era el “portavoz” del reclamo padeció el mayor encono por parte de sus superiores. Todo lo cual se presenta como un indicio de la existencia del motivo discriminatorio indicado por el actor. La prueba analizada muestra que el actor, a partir de realizar un reclamo en nombre propio y

de sus compañeros a finales del año 2013, comenzó a sufrir un maltrato por parte de sus superiores, quienes le negaron la palabra y el saludo, y lo apartaron de sus compañeros, para finalmente ser despedido en abril de 2015. La conducta de la demandada provocó una afectación moral en el trabajador, razón por la cual debe ser indemnizado. Así, se determina la responsabilidad extracontractual de la obra social demandada en el sentido del deber de reparar un perjuicio, mediante una indemnización en concepto de daño moral que resultará en la suma de \$ 147.480, sobre la base del salario de \$ 12.290, denunciado por el actor. Granata, Sebastián Daniel vs. Obra Social de Viajantes Vendedores de la República Argentina (O.S.V.V.R.A.) s. Despido /// CNTrab. Sala III; 25/10/2022; Rubinzal Online; RC J 6595/22

Lugar de trabajo - Cambio del lugar de trabajo - Mayor tiempo de traslado - Estudiante universitario - Despido indirecto

La mudanza del lugar de trabajo desde el barrio de Chacarita hasta el partido de Vicente López en la Provincia de Buenos Aires y los perjuicios alegados en relación a la condición de estudiante de psicología de la actora (indicando ubicación de la sede de cursado y horario), permite concluir que el cambio operado por la accionada, si bien pudo haber sido razonable, en tanto se ofrecieron compensaciones económicas para evitar las consecuencias de la modificación, no cumplió en el caso, con la prohibición de alterar modalidades esenciales que provoquen un daño material y/o moral a la trabajadora. En tal contexto, resultaron evidentes las dificultades generadas a la actora por el mayor trayecto a recorrer que implicaba asistir al nuevo lugar de trabajo, en el que debía continuar prestando tareas hasta las 17 hs., comenzando el cursado a las 18 hs. Vale mencionar que las compensaciones ofrecidas por la demandada no fueron informadas en el intercambio telegráfico que precedió al despido, donde la empleadora se limitó a invocar las facultades legales para decidir el cambio cuestionado y a negar que éste provocare a la actora algún tipo de perjuicio moral, material, económico y/o de ninguna naturaleza. Se confirma la sentencia de grado que, teniendo en consideración que el lugar de trabajo constituye una condición esencial de la relación laboral, juzgó procedente la oposición de la accionante y admitió su derecho a resolver el vínculo de manera indirecta. Godoy Rondo, Fátima Elena vs. Garbarino S.A.I.C.I. s. Despido /// CNTrab. Sala VIII; 12/10/2022; Rubinzal Online; RC J 6194/22.

Daño moral - Violencia laboral

La parte demandada Banco de Galicia y Buenos Aires, critica la indemnización por daño moral que dispusiera el magistrado de grado; expresa que no se encuentra acreditada la situación y que la acción se encuentra prescripta. La accionada despidió a la actora inmediatamente después de que esta retomara sus funciones luego de cumplida la licencia ante el menoscabo a su salud psíquica, generado por conductas abusivas de un superior jerárquico. Lo cierto es que acreditadas están en autos las situaciones descriptas, acerca de las cuales tenían conocimiento los gerentes en cargo jerárquico superior a la actora. Los extremos planteados por la accionante en cuanto al nivel de stress que generaba el mal trato y la conducta acosadora del gerente, se infieren con claridad de la prueba testimonial producida, sin que la accionada haya logrado desvirtuar el cuadro fáctico ventilado en autos. El impacto causado por la actividad agresora en la dignidad e integridad psicofísica de la accionante, debe activar las garantías y mecanismos de protección y reparación que el sistema jurídico contiene en las esferas multinivel de sus fuentes. En este marco, luce con claridad que la empleadora incurrió en responsabilidad extracontractual por los hechos de un dependiente y en consecuencia debe responder por los daños causados de conformidad con los arts. 1068, 1078, 1109 y 1113, 1º párrafo, Código Civil. En consecuencia, se confirma la sentencia de primera instancia. E., L. K. vs. Banco de Galicia y Buenos Aires s. Despido /// CNTrab. Sala X; 13/10/2021; Boletín de Jurisprudencia de la CNTrab.; 70629/2016; RC J 6398/22.

Despido discriminatorio - Despido posterior a sufrir un accidente de trabajo - Discriminación por razones de salud - Cuantificación del daño moral

La facultad de despedir reconoce límites en la Ley 23592 y, por consiguiente, no puede encubrir un trato discriminatorio; si se denuncia que una circunstancia prima facie de tal índole fue determinante de la disolución del vínculo, pesa sobre el empleador la carga de acreditar que dicha circunstancia no fue el móvil del despido o que resulta ajena a toda segregación discriminatoria y, en caso de que sostenga que la rescisión obedece a una combinación de motivos, el tribunal debe asegurarse de que, conforme a la prueba rendida, ninguno de ellos sea -efectivamente- producto de esa inaceptable conducta. En el caso, el

actor con más de 14 años de antigüedad en la empresa, fue despedido tras ser intervenido quirúrgicamente de su mano izquierda a causa de un accidente de trabajo, sin intentar siquiera reubicarlo en algún otro puesto de trabajo dentro de la organización. En este orden de ideas, la circunstancia de negarse a otorgarle tareas livianas -cuando se comprobó que ello estaba a su alcance- comportó un trato discriminatorio. Conforme a lo anterior, resulta procedente el resarcimiento por daño moral, de conformidad con lo normado por los arts. 1716, 1717, 1737 y 1741, Código Civil y Comercial, el cual se determina en un año de salarios, por aplicación analógica del agravamiento indemnizatorio establecido por el art. 182, LCT. Zotelo Sanabria, Ramón César vs. Novagraf S.A. s. Despido /// CNTrab. Sala I; 20/10/2022; Rubinzal Online; RC J 6365/22.

Supuesto de transferencia de contrato de trabajo

En el contrato de trabajo el trabajador se obliga a la prestación de servicios bajo la dirección del empleador y éste se obliga al pago de la remuneración. El trabajador asume una obligación de hacer y ese hacer es personal, en grado tal que no puede ser sustituido por la actividad de otra persona. En cambio, la obligación asumida por el empleador es la de pagar la remuneración (obligación de dar). Si bien existen otras obligaciones o deberes de las partes, denominados deberes de conducta que comprenden comportamientos activos o abstenciones, los deberes típicos enunciados expresan claramente la acentuada importancia de la persona del trabajador en la ejecución del contrato y el rol más secundario que se atribuye al empleador, que puede dirigir el trabajo por sí o por intermedio de otras personas que lo representan en la organización empresarial siendo admisible la sustitución del empleador por otra persona con la que continuará el contrato originario sin que ello influya en la existencia y contenido del contrato.

Corresponde aclarar que existen varias formas de transferencia del contrato de trabajo siendo ésta el género y de la cual participan en este orden de ideas las especies de transferencia del establecimiento y cesión del personal como una gran primera clasificación.

Cuando hablamos de transferencia del contrato de trabajo debemos decir que se produce una transformación de tipo objetivo, como puede ser en la remuneración, el *ius*

variandi en las condiciones de trabajo, categoría, etc. descartando las de tipo subjetivas entendiendo por tales a las que producen la extinción del contrato de trabajo como es el caso de reemplazo o cambio del trabajador. Hago énfasis en la terminología “transformación” ya que alguna doctrina produce cierta confusión al utilizar el concepto de novación instalando la posibilidad de confusión con la figura civil que modifica la naturaleza jurídica del contrato con el propósito de justificar la teoría de la “novación objetiva” que se produciría en caso de consentimiento de una modificación del contrato laboral. Estas teorías se consolidaron durante la segunda mitad de los años setenta en plena dictadura cívico militar y dejadas de lado a partir de la irrenunciabilidad de los derechos laborales resignificada con la recuperación democrática y ratificada legislativamente con la reforma al art. 12 de la LCT por ley 26.574.⁵¹

En definitiva lo sustancial de las obligaciones contractuales entre empleado y empleador permanece inalterado, cosa que no sucede con la figura de la novación plasmada en el art. 933 del CCyCN en la que una obligación se extingue para crear otra nueva destinada a reemplazarla.

Lo importante son los efectos de la transferencia del contrato, que se repetirán cuando se analicen sus dos sub-especies:

- a) El trabajador conservará la antigüedad adquirida con el transmitente y los derechos que de ella se deriven.
- b) El transmitente y el adquirente de un establecimiento serán solidariamente responsables respecto de las obligaciones emergentes del contrato de trabajo existentes a la época de la transmisión y que afectaren a aquél.
- c) El trabajador podrá oponerse a la transferencia de su contrato laboral. Con mayor robustez en el caso de la “cesión del personal” y menor cuando se trate de una “transferencia del establecimiento”.

⁵¹ Art. 12 LCT: Irrenunciabilidad. Será nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en esta ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas o los contratos individuales de trabajo, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución, o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción.

d) En principio, la transferencia del contrato de trabajo mantiene inalteradas las obligaciones recíprocas de las partes, incluyendo cargas y poderes⁵²

Un fallo resolvió que “La sociedad cedente de personal debe responder solidariamente, junto con la cesionaria, por las indemnizaciones derivadas del despido de un dependiente, pues el artículo 229 de la LCT lo responsabiliza por las obligaciones emergentes de la relación cedida sin distinguir límite temporal para ello, y la posición de garante que asume el ex empleador se corresponde con la protección del trabajador frente a eventuales fraudes del cesionario”.⁵³

Un fallo resolvió que “La sociedad cedente de personal debe responder solidariamente, junto con la cesionaria, por las indemnizaciones derivadas del despido de un dependiente, pues el artículo 229 de la LCT lo responsabiliza por las obligaciones emergentes de la relación cedida sin distinguir límite temporal para ello, y la posición de garante que asume el ex empleador se corresponde con la protección del trabajador frente a eventuales fraudes del cesionario”.⁵⁴

En ambos casos no se planteó reclamo por daño moral pero podría ser un supuesto válido de este tipo de reclamo en función de la responsabilidad que adquiere el nuevo empleador y en pos de amparar al trabajador ante un posible caso de daño moral proveniente del despido luego de haberse concretado la transferencia del contrato de trabajo.

Una situación especial ocurre en aquellos casos en que se ha embargado un establecimiento o quiebra la empresa y se procede a ejecutar la medida definitivamente mediante subasta judicial. No hay unanimidad de criterio y varía si se produce el remate en el marco de una ejecución individual o una ejecución colectiva. En los supuestos de quiebra es más claro en virtud de una previsión expresa en el art. 199 de la ley 24.522 de Concursos y Quiebras donde si luego de quebrar se decide la continuidad del establecimiento a los fines de su próxima venta mediante licitación o subasta judicial el adquirente es sucesor de los

⁵² Segura, José Anibal, 2017. Transferencia del contrato de trabajo. Concepto general. Recuperado de <http://juezfederalsegura.blogspot.com/2017/05/transferencia-del-contrato-de-trabajo.html>

⁵³ CNTrab, sala III, 30/06/2008, “Gargano, Sergio Damián c/ Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficiencia y otro”.

⁵⁴ CNTrab, sala III, 30/06/2008, “Gargano, Sergio Damián c/ Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficiencia y otro”.

derechos laborales de los trabajadores que continuaron trabajando. No es sucesor del fallido, los créditos de la quiebra sólo se deben reclamar a la quiebra. En caso de una ejecución individual sí entraría en el marco del art. 225 LCT y habría transferencia del establecimiento.

7. CUANTIFICACION

La mayoría de las legislaciones ha adoptado un criterio transaccional para delimitar económicamente el daño infringido al trabajador despedido. Este carácter transaccional del resarcimiento legal, fue el que impulsó en la Argentina, las doctrinas negatorias a la procedencia de una reparación del tipo extra tarifada por daño moral. Por lo general, el resultado de esta indemnización tendrá que ver con el monto de su remuneración y la antigüedad adquirida en el empleo.

A diferencia con el modo de determinar económicamente los daños patrimoniales del derecho civil, las indemnizaciones fijadas en materia de extinción del contrato de trabajo y, aún, en casos de accidentes laborales, tendrá un monto al que se arrije con cálculos que la legislación indica y que tendrán las dos variables antes mencionadas, a las cuales puede agregarse la edad del trabajador, en los casos de accidentes del trabajo.

En cuanto a la medición del daño moral en las relaciones laborales debe tenerse en cuenta:

- 1-El ofensor.
- 2-El ofendido
- 3-El lugar y tiempo en que la conducta se ha manifestado.
- 4-En materia de responsabilidad contractual y extracontractual del daño moral, la existencia del dolo o culpa de quien lo provoca.⁵⁵

En la valoración, el Juez analiza el caso concreto: evalúa la existencia o no de daño moral teniendo en cuenta todos las cuestiones relevantes del caso, y una vez determinada la existencia, se centrará en los factores que puedan agravar o atenuar el padecimiento del daño, para posteriormente proceder a la cuantificación del mismo.

“Uno de los desafíos más delicados que plantea hoy la tarea judicial es la de cuantificar los daños personales. De nada sirve tener la sentencia mejor fundada, si ello no se refleja en una razonable cuantificación. Es que la mejor valoración cualitativa del daño

⁵⁵ [http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf090005-mac_donald-efectos_juridicos_economicos_dano.htm#:~:text=\(4\)%20GOLDENBERG%20indica%20que%20%22,generales%20del%20derecho%20de%20da%C3%B1os%22](http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf090005-mac_donald-efectos_juridicos_economicos_dano.htm#:~:text=(4)%20GOLDENBERG%20indica%20que%20%22,generales%20del%20derecho%20de%20da%C3%B1os%22).

*puede quedar desvirtuada, con inevitable secuela de injusticia, si no hay razonable correspondencia con la cuantificación de la indemnización”.*⁵⁶

Una vez producida la operación de la valoración del daño extrapatrimonial, debe procederse a la conversión pecuniaria para arribar al monto de la indemnización que cumpla suficientemente con el principio de reparación plena, reparando el daño justa y equilibradamente.

A la hora de la cuantificación del daño patrimonial, en general, la operación no genera mayores dificultades, debiendo ser la suma indemnizatoria equivalente al detrimento económico sufrido o a sufrir por la víctima.

En cambio, en materia de daño moral, como se explicó antes, no hay un factor común monetario que permita identificar el daño sufrido con la indemnización a otorgar, y el dolor sufrido por la persona no tiene una exacta traducción económica, quedando el resarcimiento en manos de la intuición del magistrado como única guía, sin ningún marco que permita en correcto análisis de la suma asignada en el caso concreto. Todo esto puede llevar a que, a la hora de realizar un análisis de cómo se cuantifica el daño de referencia, se encuentren criterios dispares y regulaciones disímiles no solo entre los distintos tribunales, sino incluso entre resoluciones de un mismo tribunal, afectando esto seriamente a la seguridad jurídica que debe tener la sociedad en estas instituciones. Es claro que la operación racional que se debe hacer para establecer la indemnización por daño moral, se basa en el paso de un índice a otro pero que sin embargo no poseen la misma entidad, como lo son la afección espiritual de una persona y el dinero como unidad económica.

A la hora de emitir fallos, y a los fines de poder resarcir de la manera más “correcta” al damnificado, se procede a enunciar los factores relevantes que se utilizaron al momento de la valoración, y ver cuál es el monto resarcitorio “más justo” a otorgarse basado en el análisis realizado. Sin embargo, generalmente se omite expresar como es que se arriba a esa cifra, como llegó el juez a ligar estos factores a la suma monetaria a otorgar como

⁵⁶ Pizarro, Ramón Daniel —Cuantificación de la indemnización del daño morall, Revista de derecho de daños, 2001-1, p. 337 y ss.

resarcimiento, lo cual genera cierta suspicacia a la hora de analizar los fallos, tornando la línea entre “sana crítica racional” y “arbitrariedad”, demasiado fina.

7.1. Ente los factores relevantes a utilizar por el juez se pueden mencionar:

- La existencia de dolo por parte del responsable:

Al momento de analizar el daño y la repercusión que tiene sobre la víctima, si bien la entidad de la condena indemnizatoria debe decidirse acorde a la magnitud del detrimento⁵⁷, no caben dudas que, por fuera de las previsiones o la culpa atribuida a la “mala suerte” con las que se pueda contribuir a consolar a la víctima, en el caso en que el responsable haya producido el daño previendo las consecuencias del mismo y queriendo hacerlo, resultará en un daño más gravoso para el damnificado en lugar de si se hubiese producido por una cuestión aleatoria, ya que es distinto evaluar la magnitud del daño atendiendo al dolo o culpa grave del agente, dado que estos agravan las secuelas nocivas por repercutir en la subjetividad de la víctima intensificando el menoscabo sufrido.

- La existencia de daños patrimoniales:

Debido a la tendencia existente en otorgar (en los casos en que se hayan producido ambos tipos de daños) sumas más modestas por el daño producido sobre el bien extrapatrimonial que sobre el bien patrimonial.

- Circunstancias objetivas y subjetivas del daño en sí:

Se deberá tener en cuenta la gravedad abstracta del daño sufrido por la víctima pero sin dejar de lado las cuestiones subjetivas de la misma, ya que éstas pueden tanto agravar como atenuar el sufrimiento por el daño.

- La extensión temporal del daño:

Es un punto fundamental a tener en cuenta, ya que de la esencia misma del daño se desprende que, mientras más se prolongue en el tiempo, más gravoso será para la persona que lo sufre. También se deberá tener en cuenta que hay daños que al sostenerse en el tiempo tienden a agravarse y otros que tienden a atenuarse, así como también hay daños que no cesan

⁵⁷ Zavala de González, M. (2013). "Monto indemnizatorio por daño moral." La Ley, RCyS213-XI, Tapa(AR/DOC/3916/2013).

nunca. Asimismo, se deberá analizar el momento etario de la víctima, ya que hay determinados tipos de daños que son susceptibles de producir lesiones más gravosas dependiendo de la edad de la persona al momento de sufrirlos.

- Pluralidad de intereses lesionados:

Se produce por el agravamiento del daño que sufrirá la persona al verse afectada no sólo por un acto lesivo, sino por el concurso de dos o más de manera simultánea, tendientes a aumentar el sufrimiento, como por ejemplo el de una persona que sufre una afección estética y, consecuentemente, un cuadro depresivo derivado de la misma aumentando el detrimento sufrido por la primera.

- Pluralidad de víctimas:

Al encontrarse el juez con un supuesto donde de un daño se deriven varias víctimas afectadas moralmente, no debe caerse en la facilidad de analizar la situación en conjunto y establecer un monto total para todas las personas alcanzadas por el mismo. Claro es que no todas las personas se ven afectadas de la misma forma ante el acaecimiento de un hecho que le genere un detrimento espiritual, y esto dependerá de cada caso en particular, de cada una de las personas y de cuestiones intrínsecas a cada una de ellas, debiendo el juez proceder a analizar cada daño puntualmente y resarcirlo de manera concreta, a los fines de que no quede ninguna víctima sin indemnizar en toda la extensión del daño sufrido.

- Cuestiones atinentes al resarcimiento:

El juez deberá procurar que la indemnización a la víctima sea lo más justa posible y tendiente a resarcirla en toda la extensión del daño, por lo cual deberá aspirar a que sea realmente compensatoria del sufrimiento vivido, que no se otorguen sumas extremadamente disímiles en casos análogos y que el pago de la indemnización no se dilate demasiado en el tiempo, así como también que no se indemnice ningún rubro indebidamente y analizar detalladamente cada punto de las lesiones sufridas, a los fines de no contemplar dos veces la misma lesión. También el juez deberá tener en cuenta que el monto establecido sea suficiente y posible; esto es, que la suma dada sea suficiente para operar como “sustitución compensatoria” por el daño sufrido, así como también que sea viable de abonar por el responsable: se deberá de alguna forma tener en cuenta las posibilidades económicas reales

del mismo, ya que de nada sirve establecer sumas exorbitantes que de ninguna manera puedan ser abonadas.

- Prontitud en la efectividad del pago:

Que el pago instituido por el juez sea pronto es fundamental al final mismo del resarcimiento integral del daño. Una demora excesiva en el efectivo cobro de la indemnización puede tener la virtualidad de aumentar o convertir en crónico el dolor padecido por la víctima.

- El destino del resarcimiento económico:

Se coincide plenamente en el cambio de paradigma consistente en la transformación del resarcimiento por daño moral de una pena impuesta al responsable, a una indemnización a la víctima centrada en el sufrimiento padecido por ella. El juez deberá analizar la cuestión del “precio del consuelo” en el caso concreto, y las distintas maneras de traducir la indemnización en un alivio espiritual, utilizándola como medio para obtener los “placeres compensatorios” que ayuden a aliviar el sufrimiento que se padece. Cuestiones engorrosas de analizar serán ciertos casos concretos en los cuales la propia entidad de la víctima es la que podría llegar a generar disparidad de indemnizaciones.

- Cuestiones atinentes a la situación personal de la víctima:

Partiendo desde el punto que la finalidad del resarcimiento económico del daño moral es que el mismo debe ser de carácter integral y pleno, enfocándose en la víctima y en el daño padecido, a los fines de que opere como una sustitución compensatoria, ya que claramente no es materialmente posible devolver a la víctima al estado en el que se encontraba antes de la producción del daño, se arriba al siguiente: ¿Qué pasa en el caso en que ciertas cualidades de la propia víctima haga variar el monto del resarcimiento al analizar la función compensatoria de la indemnización?.

Un ejemplo: un conductor a bordo de un automóvil, encontrándose en estado de ebriedad, arrolla a dos niños que están cruzando la calle. Ambos niños fallecen en el acto a causa de las lesiones sufridas. Ambos tenían 10 años, eran hijos únicos y salían del mismo colegio donde cursaban la educación primaria. Los padres de ambos entablan sendas demandas ante la Justicia y reclaman, entre otros rubros indemnizatorios, el resarcimiento del daño moral sufrido. El juez, realizando la operación de valoración y cuantificación del

daño moral, se sienta a analizar cada caso en concreto y todas las cuestiones que hacen a la indemnización de cada uno y cómo es que ésta, ante la imposibilidad de devolverle la vida de los hijos fallecidos a sus padres, operará como una satisfacción compensatoria en la vida de ellos, otorgándole placeres sustitutivos que les permitan aliviar su dolor. Cómo es sabido, la indemnización no posee fines punitivos contra el responsable, sino fines resarcitorios centrados en la víctima, y es en ese momento en que el Juez se fija en los padres de los niños: los padres del niño A son dueños de varias empresas, viven en un barrio country de las periferias de la ciudad, viajan al exterior por vacaciones dos veces al año y no cuentan con ningún tipo de inquietud de índole económica, mientras que los padres del niño B no tienen estudios ni trabajo registrado, sostienen la economía familiar en base a los trabajos informales que poseen, con lo que apenas les basta para mantener un pequeño y humilde hogar. El juez se planteará cuáles serán las indemnizaciones que deberán recibir estas personas que, de acuerdo a su calidad de víctimas, utilizarán de la manera que les resulte más idónea para paliar el dolor que sienten por la pérdida de sus hijos. Ahí es donde surge el desequilibrio indemnizatorio, ya que es claro que la suma económica que les permitiría a los padres del niño B comprar un pequeño automóvil, realizar un viaje, ayudar a pagar el crédito hipotecario que pende sobre su vivienda o la satisfacción que ellos prefieran, nunca podría asimilarse con la que sería necesaria para que los padres del niño A encuentren en el mismo tipo de compensaciones sustitutivas, el mismo alivio. ¿Esto significa que el dolor de los padres del niño A es superior (o al menos más oneroso) que el de los padres del niño B? Claramente no.

De este análisis se puede concluir que, si bien la indemnización debe cuantificarse teniendo en cuenta a la víctima y a las sustituciones compensatorias factibles de producirse con la entrega de la misma, no es correcto abstraerse de todo tipo de comparación de casos análogos, ya que eso facilita la producción de situaciones que pueden resultar, como poco, injustas.

- Cuestiones atinentes a la situación personal del responsable:

Con el cambio de paradigma sobre la finalidad del resarcimiento, ya no es central la persona del responsable a la hora de cuantificar un daño. Sin embargo, como se dijo anteriormente, no debe caerse en el facilismo de otorgar indemnizaciones irrisorias tanto para

la realidad económica del momento como para la solvencia del responsable, ya que esto puede acarrear la imposibilidad de pago de la indemnización.

El Dr. Pizarro en su obra “Valoración y cuantificación del daño moral”⁵⁸ enumera una serie de efectos que tiene esta perniciosa cuestión de la disparidad de criterios a la hora de fallar:

1) Fuerte variabilidad en las indemnizaciones otorgadas para casos similares, la cual afecta la indispensable predictibilidad que debe estar asociada al derecho.

2) Grave distorsión del efecto preventivo de las condenas y del mensaje disuasivo que el sistema envía a los potenciales causantes de daños.

3) Desmedido incremento de los costes de gestión del sistema de responsabilidad, en particular, los derivados de la litigiosidad.

4) Mayor lentitud en los procesos judiciales orientados a liquidar indemnizaciones.

5) Graves dificultades para acceder a transacciones judiciales o extrajudiciales, particularmente cuando la contraparte es el Estado.

6) Encarecimiento del costo del seguro.

De esta enumeración se puede concluir que la problemática de la cuantificación del daño moral va mucho más allá del caso concreto; afecta a todo el sistema resarcitorio.

7.2. Criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Carlos Viramonte y Ramón Daniel Pizarro recuerdan que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha insistido desde hace mucho tiempo en la necesidad de que los jueces fundamenten sus decisorios y brindan argumentos suficientes a tenor los cuales determinan el monto indemnizatorio.⁵⁹ Ha dicho en tal sentido que *"para la determinación del resarcimiento, las normas aplicables confieran a la prudencia de los magistrados un significativo cometido, no los autoriza a prescindir de uno de los requisitos de validez de los*

⁵⁸ Pizarro, Ramón Daniel (2006). Valoración y cuantificación del daño moral. La Ley, LLC2006, 893 - RCyS2006-XI, 121(AR/DOC/3413/2006).

⁵⁹ Viramonte, C. y Pizarro, R, —Cuantificación de la indemnización por daño moral en la jurisprudencia actual de la sala civil y comercial del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba: el caso L. Q. I en La Ley Córdoba 2007, Junio, página 465.

*actos judiciales, cual es la fundamentación”.*⁶⁰ Los mismos autores señalan que la Corte Suprema *“ha avanzado en este camino y ha afirmado, en otro fallo, que la motivación no tiene pautas 'asépticamente jurídicas', sino que al juzgar prudencialmente sobre la fijación del resarcimiento, no deben desatenderse las reglas de la propia experiencia y del conocimiento de la realidad”.*⁶¹

El mismo criterio manifestó la Doctora Matilde Zavala de González, diciendo que *“si bien la fijación del monto de la reparación siempre queda, en última instancia, librada al prudente arbitrio judicial, no es menos cierto que en la actualidad tiene mayor aplicación la tendencia que obliga a indicar, en la sentencia, las pautas objetivas que permitieron arribar a la suma de condena.”*⁶²

De las citas contenidas en el voto del Dr. Monterisi en los autos citados ut-supra, se desprende que, a pesar de que el Juez posea facultades discrecionales y que pueda fallar acorde a ellas, no puede dejar de lado el deber de fundamentar las decisiones tomadas y establecer cuáles fueron los factores y procedimientos utilizados al arribar a la suma a otorgar como indemnización por el daño sufrido. Es fundamental que el Juez a la hora de fallar verifique de manera exhaustiva la existencia del daño, su gravedad, como afectó a la víctima y que cuando cuantifique, no pierda de vista las reglas de la propia experiencia y del conocimiento de la realidad, plasmando todo este proceso en el considerando respectivo, ya que *“...dicho arbitrio no queda librado a la mera voluntad de los jueces sino que deben basarse en la apreciación de casos análogos y ponderando con prudencia y en atención al universo de casos justiciables.”*⁶³

El Criterio de la realidad económica

⁶⁰ C.S., 4/10/94,JA,1995-II-19

⁶¹ C.S., 10/11/92, JA, 1994-I-159. (Voto del Juez Ricardo Monterisi en —S. c/ AVANT SALUD PLUS S.R.L. s/ DAÑOS Y PERJUICIOSI – Sentencia N° 147.583 Juz. Civ. Com. N°9 de la Ciudad de Mar del Plata).

⁶² Zavala de Gonzalez, Matilde —Resarcimiento de DañosI t° 5 a —Cuanto por daño morall, página 80 y siguientes; Editorial Hammurabi, Bs. As. 2005, en Juz. Civ. Y Com. N° 9 de la Ciudad de Mar del Plata, Expte Nro° 147.583 —S., C. c/ AVANT SALUD PLIS S.R.L.s/ Daños y PerjuiciosI.

⁶³ Voto del Sr. Juez, Dr. Domínguez en —Conzi, Horacio Santiago s/ recurso de casación interpuesto por los actores civilesI, Trib. Casación Penal de La Plata Sala III, 30/10/2014 – Caso Schenone

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha prestado especial atención a la realidad económica, analizando que los fallos de ninguna manera adquieran el carácter ni de meramente simbólica ni de plus-petito inexcusable.

El caso más resonante de una indemnización puramente nominal fue el ya analizado “Santa Coloma c/ Ferrocarriles Argentinos” en el cual la Cámara interviniente, al ser una familia de buena posición económica, por daño moral le otorgó una suma meramente simbólica, distando ampliamente del sufrimiento padecido por los padres al perder a sus hijas, todo esto sosteniendo que la indemnización era de carácter punitivo. En dicho caso, la Corte hace lugar al recurso extraordinario y devuelve los autos al tribunal de origen para que falle acorde. También se ha sostenido que *“la indemnización a reconocerse no debe ser ínfima, pues de ser así se fomenta la industria del escándalo. Deben temerse en cuenta la deformación y repercusión del hecho, la gravedad de las imputaciones y el hecho de ser la demandada una empresa periodística de amplia difusión.”*⁶⁴

En el caso de las indemnizaciones excesivamente altas, la CSJN en el fallo “Román c/ Guyth y Asociados” (22/09/1994), sostuvo que *“cabe descalificar el pronunciamiento judicial que a los fines de establecer la indemnización reclamada por un siniestro laboral, ha estimado una suma que no guarda relación con las pautas que se dijeron tomadas en cuenta, tales como la incapacidad del actor, su edad, estado civil, proyecciones de capacidad laborativa y posibilidad de ingreso en su vida”*.

7.3. Análisis sobre la implementación de tarifaciones legales indicativas

La crítica sobre la falta de similitud de los criterios del derecho judicial se hizo notar permanentemente en la búsqueda de parámetros objetivos que sirviera al momento de cuantificar el daño en supuestos análogos y en cada caso concreto.

El daño moral habrá de ser fijado en consideración a la especial repercusión que debe haber tenido sobre una persona el carácter de las lesiones a la personalidad. Por ello, los daños morales no tienen por qué guardar relación con los perjuicios materiales, sino que deben atender a ciertas pautas tales como las circunstancias particulares de la afección,

⁶⁴ Menem, Carlos c/ Editorial Perfil S.A. y otros, CNCiv., Sala H, 11/03/98. La Ley, 1998-B,630.

unidad y cohesión de la familia y la situación de amparo o desamparo de la víctima. En este sentido y en líneas generales, tanto la jurisprudencia como la doctrina han puesto de relieve la imperiosa necesidad de adoptar parámetros razonablemente objetivos y uniformes, que ponderen de modo particular los valores indemnizatorios condenados a pagar por otros tribunales en casos próximos o similares a fin de lograr los valores de equidad, seguridad jurídica y predictibilidad a la hora de cuantificar este tipo de daño.⁶⁵

Existen múltiples posturas al respecto; están los que están de acuerdo en la urgencia de implementar una suerte de tarifación legal de los daños con el fin de poder tener parámetros regulares de cuantificación, y están los que lo consideran un disparate y que, sin lugar a dudas, dicha implementación implicaría vulnerar el sistema de resarcimientos. Entre un extremo y el otro, se encuentran varias corrientes moderadoras, todas coincidiendo en la necesidad de acceder a un sistema de reparación de daños más seguro y predictivo.

En un primer momento y como se dijo anteriormente, es menester separar los momentos de la valoración y la cuantificación, ya que si bien de la primera se desprenden los elementos que serán útiles para la segunda, no hay que desatender el resto de las cuestiones que hacen al caso en concreto pudiendo inclusive, mediando fundamentos, apartarse de algunos de los supuestos obtenidos durante la valoración del daño moral.

En general, todos acuerdan en la necesidad de generar una suerte de “equilibrio” en las indemnizaciones de los daños, toda vez que la existencia de una mayor predictibilidad sobre el fallo a emanarse de un determinado órgano judicial, permite reducir tanto la litigiosidad (al poder saber aproximadamente como se fallará en un caso en concreto, es más fácil para las partes poder negociar acuerdos entre sí, allanarse, realizar transacciones, etc.) como los costos a la hora de litigar (al redactar la demanda, sin poder prever que el fallo será “acorde” a lo que se está reclamando por el rubro indemnizatorio del daño moral, se tiende a inflar los montos a los fines de abultar lo más posible las sumas reclamadas, lo cual aumenta significativamente los costos a la hora de entablar la demanda, gastos, costas, etc.).

⁶⁵ Junyent Bas, F. (2010). "Algunos aspectos dilemáticos de la reparación del daño moral." La Ley, LLC2010 (noviembre), 1075 - RCyS2011-1,3(AR/DOC/7401/2010).

Entre las distintas posturas que se encuentran entre nuestra doctrina nacional, podemos mencionar la sostenida por la Dra. Matilde Zavala de González, basada en las regulaciones legales indicativas, en tanto que se deberían buscar elementos que permitieran construir parámetros cuantitativos para resarcir el daño moral, constituyendo pautas flexibles de carácter indicativo para el juez, el cual podrá apartarse de las mismas si el caso en concreto lo ameritara, siempre fundando de manera acabada su decisión; es decir, *“una regulación cuantitativa, sólo indicativa y de origen legal.”*⁶⁶

Entre las críticas recibidas a esta postura sostenida por la Dra. Zavala de González, se encuentran el temor de que, ante las presiones de las corporaciones económicas y de los arreglos con sus aseguradoras, el víctima acabe por no ser totalmente resarcida en toda la extensión de su daño, como también se le cuestiona cuál es el sentido de establecer parámetros que no sean vinculantes para el magistrado, a lo que la doctora supo contestar que *“...además de la función coercitiva, el Derecho debe satisfacer otra forjadora de modelos de conducta. Así como las leyes contienen pautas axiológicas que guían al juez (la buena fe, las buenas costumbres...) no se advierte obstáculo lógico para la introducción legal de pautas cuantitativas”*.⁶⁷

Otra de las posturas sostenidas en nuestra doctrina es la del Dr. Ramón Pizarro, con base en los precedentes judiciales, el cual se manifiesta en contra de toda forma de tarifación legal para resarcir el daño moral que sea de carácter general, ya que la aplicación de tarifas a la hora de cuantificar operaría como violatoria al principio de reparación plena, constituyendo indemnizaciones inaptas para resarcir íntegramente el daño sufrido por el damnificado, sosteniendo su *“convicción en contra de toda idea de tarifación, limitación o regulación resarcitoria predeterminada legalmente del daño, sea patrimonial o moral, que se presente con carácter generalizado. Bajo el rótulo de una tarifa o tope legal, o de pautas meramente indicativas, sueles esconderse indemnizaciones que son inaptas para reparar integralmente el perjuicio causado, con inevitable secuela de anarquía e injusticia. Ellos conspira contra*

⁶⁶ Zavala de Gonzalez, M. (2001). ¿Cuánto por daño moral?. LA LEY, LA LEY 1998-E, 1057 – LLP (AR/DOC/19634/2001).

⁶⁷ Zavala de Gonzalez, M. (2001). ¿Cuánto por daño moral?. LA LEY, LA LEY 1998-E, 1057 – LLP (AR/DOC/19634/2001).

el damnificado y genera, en la mayoría de los casos, un beneficio indebido al dañado que puede liberarse pagando menos de lo que corresponde.”⁶⁸ En su obra “Valoración y cuantificación del daño moral” enumera las razones por las cuales está en contra del establecimiento de parámetros tarifarios:

- La determinación de parámetros cuantitativos predeterminados y abstractos, para cada tipo de daño moral que pueda producirse, resultará, en los hechos, tan o más discrecional, que la que se genere en cada caso concreto cuando se prescinde de la real entidad cualitativa del menoscabo. La única diferencia estribará en la génesis del acto discrecional, que se desplazará del juez al legislador.

- La regulación indicativa uniforme del daño moral llevaría a otro problema, mucho más delicado, cuál es precisar en base a qué parámetros se determinará. Y es acá donde estriba el riesgo mayor, de modo especial en una sociedad en la que las presiones de los lobbies, de las corporaciones económicas y sus aseguradoras es enorme. ¿Cómo se establecerá el quantum legal rígido o indicativo para cada caso? ¿Qué intereses se ponderarán a la hora de su fijación?.

- Aun siendo indicativa la regulación, en los hechos, se corre el riesgo de que los jueces sólo se aparten ella en casos excepcionales, con lo que se alcanzarán efectos casi similares a los de un sistema tarifado rígido, con todo lo malo que ello importa.

- El exceso de abstracción que importaría agrupar los diferentes supuestos de daño moral concebibles, objetivamente considerados, a los fines de una tarifación rígida o indicativa, importa la negación de la esencia misma del daño moral y de su reparación: la de ser un daño que proyecta sus efectos sobre el espíritu de la persona, con ribetes propios, particulares, que hacen que no hayan daños morales idénticos.

Sin embargo, lo que propone el Dr. Pizarro es la implementación de un sistema de amplia publicación de los fallos que presenten resarcimiento por daño moral con su correspondiente quantum económico, tanto en el ámbito de la Justicia Provincial como Federal, a los fines de que sean usados como indicativos por los jueces al momento de

⁶⁸ Pizarro, R. (2006). Valoración y cuantificación del daño moral. La Ley, LLC2006, 893 - RCyS2006-XI, 121(AR/DOC/3413/2006).

cuantificar como pautas flexibles, tornándose, en el mejor de los casos, en un sistema resarcitorio que posea cierto grado de uniformidad. Vale la pena aclarar que este sistema de publicidad de los montos resarcitorios de ninguna manera sería vinculante para los jueces; sólo funcionaría a fines indicativos. Criterio parecido es el ya expuesto sostenido por los Dres. Andruet y Sesin en el fallo analizado ut-supra: los jueces deben evaluar los fallos provinciales en casos análogos para tomarlos como referencia, con la salvedad que esto de ningún modo debe traducirse ni en un piso mínimo indemnizatorio ni en un tope máximo, en contrapartida por lo expuesto en el voto de la Dra. Cafure de Battistelli, que se encuentra en contra de todo tipo de parámetro, ya que sostiene que el establecimiento de cualquier tipo de parámetro objetivo vendría a coartar significativamente el derecho a la reparación plena con el que cuentan las víctimas de daños.

Dentro de la misma línea de pensamiento se encuentra la postura sostenida por el Doctor Mosset Iturraspe, quien basándose en que cada caso de daño moral es distinto, se manifiesta a favor del uso de la informática como herramienta para construir una suerte de “estadística” donde se puedan catalogar los daños morales más comunes.⁶⁹ Es así que, aunque no exista una puesta de acuerdo entre los distintos tribunales para los distintos casos, indudablemente a través de esta forma de organización se podría llegar también a resultados más homogéneos que los existentes hoy en día. Como dice Mosset Iturraspe, *“soluciones como la expuesta implicarían un avance, por crear alguna comunidad valorativa entre los tribunales, como de hecho ya sucede „cuando el abogado invoca el precedente judicial de un caso parecido o si, motu proprio, los jueces recurren a las decisiones anteriores sobre asuntos similares.” No obstante, se critica con razón que „la propuesta sólo sustituye la intuición individual por la intuición colectiva; es decir, equivale a reemplazar el criterio de „es justo porque me parece” por el de „es justo porque nos parece”. De nada sirve que muchos sostengan que tal monto es más justo, si no dicen ni fundamentan la razón de la justicia intrínseca de ese monto.”*⁷⁰.

⁶⁹ Venturini, Beatriz, —El daño moral en nuestra jurisprudencia y en el derecho comparado, p. 80, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1990.

⁷⁰ Mosset Iturraspe, —Cuantía del resarcimiento por daño moral, en —Daño moral, Ed. Alveroni, Córdoba, 1994.

La crítica existente sobre lo propuesto por Mosset Iturraspe radica en la escasa utilidad de reunir montos fijados judicialmente sin tener en cuenta las valoraciones realizadas en cada caso, conformando una aglomeración de material inconexo, a pesar de referirse a casos similares.

Otra forma de abordar el tema en cuestión es la aplicada por parte de los Tribunales de la ciudad de Rosario, los cuales arribaron a acuerdos plenarios (acuerdo plenario de los Tribunales Colegiados de Responsabilidad Extracontractual de Rosario del 16 de septiembre de 1993) estableciendo montos mínimos y máximos a pagar por determinados daños morales (muerte de un hijo, de un padre, del cónyuge y lesiones sin incapacidad). Esta doctrina es criticada por Mosset Iturraspe, por cuanto sostiene que el magistrado tiene la obligación de sentar doctrina exclusivamente para el caso en concreto.

Esta crítica es válida si se trata de doctrina jurisdiccional vinculante y con límites inamovibles; caso contrario, sería acertado el consenso judicial de aproximación de montos en casos parecidos, con la correspondiente facultad de poder apartarse de manera fundada en el caso en concreto. De hecho, *“los magistrados preocupados tienen en cuenta el valor de los precedentes de otros tribunales (sobre todo, de la misma jurisdicción) y, desde luego, los anteriores del propio tribunal. Pero para esta finalidad no es menester la convocatoria formal a plenarios (no admitidos legalmente en todas las sedes) sino la participación de los jueces en el intercambio y debate de opiniones sobre el problema general de las indemnizaciones por daños morales.”*⁷¹

La resistencia ante técnicas cuantitativas generalmente se ve presidida por el objetivo de defender la reparación integral a las víctimas; pero el desenfreno en la materia conduce azarosamente a indemnizaciones reducidas y casi denegatorias o a otras exorbitantes, y éstas generan el peligro de la fijación de topes legales, para evitar el —costo país‖ en un mundo regido por implacables reglas de mercado.

Otra corriente doctrinaria, la de los criterios científicos, se oponen al establecimiento de parámetros generales para cuantificación fundando su posición en la posibilidad que la

⁷¹ Zavala de González, M. (2001). —¿Cuánto por daño moral?‖. LA LEY, LA LEY 1998-E, 1057 – LLP (AR/DOC/19634/2001).

aplicación de dichos parámetros pueda verse afectada por los grupos de presión económica o política de turno. Sobre estas ideas se ha reflexionado que *“ni la publicación de los fallos, ni una regulación legal (imperativa o indicativa) implican, por sí solas, la elaboración de pautas o técnicas „de carácter científico” que justifiquen petitioner u otorgar una determinada suma de dinero en concepto de indemnización por daño moral”*: debe hallarse un método que permita pedir, condenar o legislar sobre montos indemnizatorios porque son razonables y equitativos. *„Los magistrados deben tener algunos parámetros comunes, de los cuales partir, para después, por sí mismos, llegar a la cifra que corresponda a las especiales circunstancias del caso. La absoluta discrecionalidad existente debe ser encarrilada; la ciencia del derecho debe buscar y elaborar criterios con los que se pueda, en cada caso, encauzar la caótica actividad jurisdiccional.”*⁷²

7.4. Pautas a seguir recomendadas por el Dr. Mosset Iturraspe

Finalmente, y a modo de cierre, considero importante no pasar por alto lo recomendado por el Dr. Mosset Iturraspe en su trabajo “Diez Reglas sobre cuantificación del daño moral”⁷³, donde establece una suerte de lineamientos básicos a seguir a la hora de la cuantificación del daño, a saber:

1) NO A LA INDEMNIZACIÓN SIMBÓLICA

A la hora de la cuantificar el daño moral se debe evitar establecer una suma que por su insignificancia sea meramente simbólica; la misma deberá tener algún tipo de relevancia económica para la víctima, ya que la finalidad del resarcimiento es la reparación de la víctima y no un reproche de la conducta del autor.

2) NO AL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO

El resarcimiento del daño no debe importar un cambio radical en la vida de la víctima, ya que la finalidad del mismo es la reparación del daño sufrido y no una fuente de enriquecimiento a costas del autor, por más reprochable que haya sido su conducta.

⁷² Márquez, Pizarro y Vallespinos, ponencia presentada a las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán, 1993).

⁷³ Mosset Iturraspe, J. (2001). Diez reglas sobre cuantificación del daño moral. La Ley, LA LEY 1994-A, 728, - Responsabilidad Civil - Doctrinas Esenciales, Tomo III, 01/01/2007, 181(AR/DOC/19501/2001).

3) NO A LA TARIFACIÓN CON “PISO” O “TECHO”

El establecer un mínimo o máximo a la hora de cuantificar el daño moral es claramente violatorio del principio de reparación plena, ya que se pierde el eje de que lo que se repara es el daño y el foco debe estar puesto en la víctima y en el daño sufrido.

4) NO A UN PORCENTAJE DEL DAÑO PATRIMONIAL

Dado la diferencia de entidad entre el daño moral y el daño patrimonial, no tiene sentido alguno atar uno al quantum del otro.

5) NO A LA DETERMINACIÓN SOBRE LA BASE DE LA MERA PRUDENCIA

El Juez a la hora de cuantificar deberá tener en cuenta las particularidades que hacen al caso, no debiendo fallar únicamente invocando la prudencia como fundamento. Como expresa Mosset Iturraspe, se deberán tener en cuenta la edad de la víctima, su ocupación, su proyecto de vida, gastos personales y familiares, ingresos, etc.

6) SÍ A LA DIFERENCIACIÓN SEGÚN LA GRAVEDAD DEL DAÑO

Mosset Iturraspe enumera primariamente un catálogo de daños morales, a saber: alteraciones disvaliosas de los estados de ánimo, angustia y tristeza, originadas en una disminución de la salud y de la integridad psicofísica, por la pérdida de un órgano, de un sentido o miembro, producidas por la tragedia ocurrida al cónyuge o familiar, nacidas del avance en la intimidad o reserva, alteraciones producidas por la pérdida de armonía o belleza del rostro o partes del cuerpo visibles, alteración por frustración del proyecto de vida, por las limitaciones en la vida de relación y por el ataque a la identidad personal, etc., para posteriormente, evaluar cuáles de estos serán más graves que otros, tarea de difícil consenso entre los doctrinarios.

7) SÍ A LA ATENCIÓN A LAS PECULIARIDADES DEL CASO: DE LA VÍCTIMA Y DEL VICTIMARIO

Si bien el foco de la reparación está puesto en la víctima, no hay que dejar de lado las cuestiones atinentes a las circunstancias del caso concreto. En el derogado Código Civil, en el art. 1069 regía el supuesto en el que “los jueces, al fijar las indemnizaciones por daños, podrán considerar la situación patrimonial del deudor, atenuándola si fuere equitativa; pero no será aplicable esta facultad si el daño fuere imputable a dolo del responsable”.

8) SÍ A LA ARMONIZACIÓN DE LAS REPARACIONES EN CASOS SEMEJANTES

En un momento social en que hay tantas dudas y posiciones encontradas en torno a las figuras y poderes del Estado, es menester para fomentar la credibilidad de las personas en nuestras instituciones que al menos pueda existir cierta coherencia en los actos emanados de las mismas, a saber: es ilógico que ante dos casos semejantes, la cuantificación del daño moral pueda ser tan radicalmente distinta de un caso al otro. Es por esto que se debe enfocarse en establecer parámetros de cuantificación del daño moral a los fines de que no exista tal disparidad de criterios a la hora de analizar y establecer una cifra indemnizatoria.

9) SÍ A LOS PLACERES COMPENSATORIOS

Si bien ya es sabido que no es posible cubrir el dolor producido a raíz de la lesión a un bien extrapatrimonial, se puede tomar en consideración el impacto positivo que tiene en la vida de una persona sufriente el ingreso de una suma económica que mejore (aunque no sea de manera radical) su calidad de vida, usando sus utilidades conforme a los medios que crea beneficiosos para aplacar su dolor.

10) SÍ A SUMAS QUE PUEDAN PAGARSE, DENTRO DEL CONTEXTO ECONÓMICO DEL PAÍS Y EL GENERAL “STANDARD” DE VIDA

A la hora de la cuantificación, resulta menester analizar el contexto y situación económica del país, so riesgo de producirse una suma resarcitoria que no pueda ser pagada a razón de la insolvencia del condenado.

8. CONCLUSIONES

En relación a la valoración y cuantificación del daño mora, lo primero que se hace es distinguir ambos momentos, definiendo a la valoración como la tarea de “esclarecer su contenido intrínseco o composición material (del daño moral), y las posibles oscilaciones de agravación o de disminución, pasadas o futuras”, para posteriormente abordar el tema de la cuantificación, esto es, la conversión pecuniaria para arribar al monto de la indemnización que cumpla suficientemente con el principio de reparación plena, reparando el daño moral justa y equilibradamente.

La problemática en torno a la cuantificación del daño moral posee dos etapas: la primera, es que no hay un factor común económico que permita identificar el daño sufrido con una suma monetaria a otorgar como indemnización, y que el dolor sufrido por la persona no tiene una exacta traducción económica, quedando el resarcimiento en manos de la intuición del magistrado como única guía, sin ningún marco que permita en correcto análisis de la suma asignada en el caso concreto, concluyendo que, desde un punto de vista técnico, nunca el otorgamiento de un resarcimiento económico va a poder ser traducida como totalmente justa o exacta (ni más ni menos) a la hora de reparar un daño moral, puesto que los dos componentes de la ecuación (un daño que afecta disvaliosamente el espíritu y un monto económico) son de naturaleza intrínsecamente distintas.

La segunda cuestión es la disparidad de criterios encontrados a la hora de cuantificar el daño moral en diversos tribunales, incluso en distintos fallos emitidos por el mismo órgano judicial. Como se mencionó, esta diferencia cuantitativa entre montos resarcitorios entregados a víctimas de daños similares trae aparejadas, entre otras, las siguientes consecuencias: fuerte variabilidad en las indemnizaciones otorgadas para casos similares, la cual afecta la indispensable predictibilidad que debe estar asociada al derecho; grave distorsión del efecto preventivo de las condenas y del mensaje disuasivo que el sistema envía a los potenciales causantes de daños; desmedido incremento de los costes de gestión del sistema de responsabilidad civil, en particular, los derivados de la litigiosidad; mayor lentitud en los procesos judiciales orientados a liquidar indemnizaciones; graves dificultades para acceder a transacciones judiciales o extrajudiciales, particularmente cuando la contraparte es el Estado y encarecimiento del costo del seguro.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha determinado que los jueces no pueden emitir fallos sin justificarlos de manera acabada. Dicho de otra forma, el magistrado no puede establecer que un damnificado por daño moral cobre una cierta suma porque parece “correcto”. Debe fundamentar por qué eligió esa suma y no otra, ponderando diversos factores como lo son la existencia de dolo por parte del responsable, la existencia de daños patrimoniales circunstancias objetivas y subjetivas del daño en sí, la extensión temporal del daño, pluralidad de intereses lesionados, pluralidad de víctimas, cuestiones atinentes al resarcimiento, prontitud en la efectividad del pago, el destino del resarcimiento económico, cuestiones atinentes a la situación personal de la víctima y cuestiones atinentes a la situación personal del responsable.

En suma, la CSJN determina que ya no es procedente el libre arbitrio judicial sin ningún tipo de parámetro a la hora de cuantificar el daño moral, basándose meramente en la guía de la sana crítica racional y su íntima convicción, debiendo dar fundamentos de por qué cuantifica el daño como lo hace.

Es por las mencionadas dificultades que se analiza la aplicación de parámetros indicativos de tarifación legal, existiendo doctrinas que están a favor del establecimiento de tarifaciones indicativas, otros proponen la publicidad de los montos otorgados por daño moral, otros el armado de un catálogo de daños, mientras que otros sostienen que el establecimiento de pisos y techos indemnizatorios atentan contra el principio de reparación plena, sosteniendo los más liberales que los jueces deben cuantificar con total libertad y sin ninguna limitación en su quantum ni en sus fundamentos.

9. BLIOGRAFÍA

- BREBBIA, Roberto. "El daño moral en el derecho laboral". Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/institucional/2014-fallo-plenario-podetti.pdf>
- Capon Filas, Rodolfo: "Daño moral y derecho del trabajo: Reflexiones sobre el tema durante el ajuste estructural". Revista del Equipo Federal del Trabajo. Año 2000
- Carcavallo, Esteban socio del estudio Severgnini, Robiola, Grinberg & Larrechea Abogados en la Nota publicada via web: Despidos: cada vez más casos de indemnización por daño moral. [www.infobaeprofesional.com/sección abogados](http://www.infobaeprofesional.com/sección_abogados). Enero 2007
- Galdos, Jorge Mario. (2015). El daño moral contractual y extracontractual. [ebook] Buenos Aires, p.<http://www.nuevocodigocivil.com/el-dano-moral-contractual-y-extracontractual-por-jorge-mario-galdos-2/>. Available at: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/05/El-daño-moral-contractual-y-extracontractual>.
- GOLDENBERG Isidoro: "El daño moral en las relaciones de trabajo". Revista de derecho de daños - Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe - Año 1999.
- GRISOLÍA, Julio Armando (2019) "Manual de Derecho Laboral". Abeledo Perrot.
- Junyent Bas, F. (2010). "Algunos aspectos dilemáticos de la reparación del daño moral." La Ley, LLC2010 (noviembre), 1075 - RCyS2011-1,3(AR/DOC/7401/2010).
- Krieger, W. (2016). Efectos de la derogación del artículo 1107 de Código Civil. ¿Son idénticas las esferas de responsabilidad?. La Ley, RCCYC 2016 (octubre), 19/10/2016,97(AR/DOC/3073/2016).
- Krotoschin, Ernesto. Dos planteos distintos relativos al daño moral, DT 1974-p. 339 y ss.
- LIVELLARA, Carlos (2019) "Código Procesal Laboral de la Provincia de Mendoza, Comentado, Anotado y Concordado". Segunda edición actualizada y ampliada. La Ley
- Lorenzetti, R., Highton de Nolasco, E. and Kemelmajer de Carlucci, A. (2011). Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial. Buenos Aires.

- MAZA, Miguel Ángel “Revista de Derecho Laboral, El Código Civil y Comercial de la Nación y el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social - II”. Director: Ackerman, Mario. Rubinzal Culzoni Editores.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge (1999).”Responsabilidad por daños”. T V Daño moral. Ed. Rubinzal Culzoni.
- Mosset Iturraspe, J. (2001). Diez reglas sobre cuantificación del daño moral. La Ley, LA LEY 1994-A, 728, - Responsabilidad Civil - Doctrinas Esenciales, Tomo III, 01/01/2007, 181(AR/DOC/19501/2001).
- Pizarro, Ramón Daniel —Cuantificación de la indemnización del daño moral, Revista de derecho de daños, 2001-1, p. 337 y ss.
- Pizarro, Ramón Daniel (2006). Valoración y cuantificación del daño moral. La Ley, LLC2006, 893 - RCyS2006-XI, 121(AR/DOC/3413/2006).
- Revista de Derecho Laboral, “Extinción del Contrato de Trabajo”, T.I, Rubinzal Culzoni. p. 184/187.
- RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela (2014). “Código Civil y Comercial de la Nación comentado” Tomo IV (pp. 900). Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. 1ª ed.: Thomson Reuters - La Ley.
- Salas, Ana María. Actualización en Derecho del Trabajo. Facultad de Ciencias jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza, 22/2/2024, y curso . Aspectos prácticos de las reformas laborales del DNU 70/2023, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo, 14/3/20204.
- Segura, José Aníbal, 2017. Transferencia del contrato de trabajo. Concepto general. Recuperado de <http://juezfederalsegura.blogspot.com/2017/05/transferencia-del-contrato-de-trabajo.html>
- VAZQUEZ VIALARD, ANTONIO. La responsabilidad en el derecho de trabajo. Ed. Astrea. Bs As 1988. pág 755 y ss
- Venturini, Beatriz, —El daño moral en nuestra jurisprudencia y en el derecho comparado, p. 80, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1990.

- VIGILI , CLAUDIO SEBASTIAN – Daños en el derecho laboral – 1ra edición – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2021. Libro digital, PDF. file:///C:/Users/frperez/Downloads/1_5176911187824083480.pdf
- Viramonte, C. y Pizarro, R, —Cuantificación de la indemnización por daño moral en la jurisprudencia actual de la sala civil y comercial del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba: el caso L. Q.l en La Ley Córdoba 2007, Junio, página 465.
- Zavala de Gonzalez, M. (2013). "Monto indemnizatorio por daño moral." La Ley, RCyS213-XI, Tapa(AR/DOC/3916/2013).
- Zavala de Gonzalez, M. —Resarcimiento de Daños| tº 5 a —Cuanto por daño moral|, página 80 y siguientes; Editorial Hammurabi, Bs. As. 2005, en Juz. Civ. Y Com. Nº 9 de la Ciudad de Mar del Plata, Expte Nroº 147.583 —S., C. c/ AVANT SALUD PLIS S.R.L.s/ Daños y Perjuicios
- Zavala de Gonzalez, M. (2001). ¿Cuánto por daño moral?. LA LEY, LA LEY 1998-E, 1057 – LLP (AR/DOC/19634/2001).
- Del voto del Dr. Morando. CNAT. Sala VIII, S.D. 34.578 del 31/10/2007 Expte. Nº 1.646/2006 “Nicotra Natacha Agostina c/ FST S.A. s/Despido” Extraído del BOLETÍN MENSUAL DE JURISPRUDENCIA Nº 274 de la CNAT, Oct/2007, del Poder Judicial de la Nación. Puede consultarse en su versión digital: www.pjn.gov.ar.
- *El problema de la patrimonialidad de la prestación*, en Revista de Derecho Privado, 1960, Ps 272/278 Del voto del Dr. GIGENA BASOMBRIO. “COIFIL ORLANDO OMAR c/ BANCO PROVINCIA DEL NEUQUEN S.A. s/COBRO DE HABERES”, Expte. Nº 307487/4, Sala II Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial. Neuquén. Fallo 151/ 07. Consultado en la web oficial Poder Judicial Neuquén.

Resumen:

Actualmente existen supuestos en la vida laboral que no están contemplados de manera integral por las normas existentes sobre la reparación del daño moral que puede sufrir un trabajador al momento de ser despedido, tanto en los casos que no procede la indemnización por no encontrarse normas que justifiquen su aplicación como en otros supuestos que sí prospera pero no termina siendo suficiente por la forma de su cuantificación y por último en situaciones que también es reconocida la existencia de este tipo de afección pero que no necesita ser cuantificada por encontrarse legalmente prevista en la indemnización tarifada.

En el presente trabajo analizo la casuística existente, la manera en la que se ha ido desarrollando históricamente desde los orígenes de la normativa, las distintas modificaciones legislativas hasta la aplicación del actual código unificado junto a las variaciones jurisprudenciales y doctrinarias tanto a nivel provincial, nacional como internacional sobre la procedencia de los reclamos por indemnización del daño moral siempre orientado al ámbito laboral y, específicamente, a los casos originados por despidos incausados, y explico la importancia de que haya una consagración explícita y completa, tendientes a la reparación del daño moral entre los rubros indemnizatorios y a fin de la obtención de una reparación plena y por lo tanto más justa en favor del operario en los casos que pudiera corresponder.