

EL DAÑO MORAL Y LOS ILÍCITOS ADICIONALES DEL EMPLEADOR

Hugo Roberto Mansueti*

SUMARIO: I – Introducción; II – La problemática del régimen tarifado de resarcimiento en la legislación laboral y la necesidad de reparación a los agravios morales adicionales; III – Discusión sobre la procedencia del daño moral en el contrato de trabajo; IV – Los ilícitos adicionales; V – La discriminación en el empleo como ilícito adicional; VI – Conclusiones.

I – INTRODUCCIÓN

En los últimos años han surgido figuras novedosas para el derecho del trabajo, como ser el acoso sexual, la discriminación y el acoso moral (“*mobbing*”), que han llamado la atención de los juristas, a punto tal de generar la reedición de antiguos tópicos de esta disciplina, particularmente su régimen de resarcimiento, estructurado sobre la base de rígidos cánones transaccionales, propios del constitucionalismo social y que ahora, frente a un claro progresismo en materia de derechos humanos, ha generado un prolífico replanteo.

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 tarifación 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 omnicompreensivo 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.

El daño moral pertenece al género de las relaciones humanas. En su esencia, no es patrimonio exclusivo de ninguna región del mundo jurídico, sino que, al contrario,

* Professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Nacional de La Matanza, Argentina.

pertenece a casi todas las que están destinadas a la protección del ser humano en su doble carácter de ente espiritual y físico, tanto en su existencia individual, como en sus relaciones con otras personas y con las instituciones.

II – LA PROBLEMÁTICA DEL RÉGIMEN TARIFADO DE RESARCIMIENTO EN LA LEGISLACIÓN LABORAL Y LA NECESIDAD DE REPARACIÓN A LOS AGRAVIOS MORALES ADICIONALES

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 recepta el Código Civil argentino, cuyo art. 1078 establece 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 asigna tal carácter pero deja 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. El empleador puede extinguir el contrato a su voluntad, pero dicho acto genera el deber de pagar una indemnización. Como no hay indemnización que siga de actos lícitos, forzoso es concluir que el despido arbitrario, aún siendo válido para extinguir el contrato, es un hecho ilícito.

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.

III – DISCUSIÓN SOBRE LA PROCEDENCIA DEL DAÑO MORAL EN EL CONTRATO DE TRABAJO

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.¹

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 Tissebaum del año 1942.² La postura contraria fue sostenida por Deveali³ 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*”.⁴

-
1. 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.
 2. Tissebaum, Mariano, *Las bases determinantes de la indemnización por despido*, D.T., 1942, pág. 193.
 3. Deveali, Mario L., *Indemnización por despido y facultades judiciales*, D.T., 1948, pág. 26.
 4. Deveali, Mario L., *Lineamientos de derecho del trabajo*, 3° edición, pág. 39.

En abono de esta última postura, fue determinante una sentencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires del año 1969,⁵ 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° 168,⁶ 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 despedido en una lista de “*indeseables*” que circuló por el lugar de su actividad (Mercado de Hacienda de Liniers). Se revolió reparar el agravio moral pero *in natura*, es decir, condenando adicionalmente al empleador a publicar en el mismo medio una contrapublicación en desagravio.⁷ 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.⁸ 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.⁹

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,¹⁰ 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

5. S.C.B.A., 9/9/1969, “*Díaz, Jesús c/ Esso S.A.*”, D.T. 1969, pág. 673.

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

7. C.N.A.Tr., Sala I, “*Fontal, Alberto c/ CAP, Lisandro de La Torre y otro*”, L.L. T° XXIV pág. 1101.

8. C.N.A.Tr., Sala VI, 10/07/98, “*Coliman Mariqueo, Juan E. c/ Transportadora Latinoamericana Ltda.*”, D.T. T° 1998-B, págs. 2421 y ss.

9. C.N.A.Tr., Sala VI, 19/03/99, “*Hochbaum, Salomón c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales Para Jubilados y Pensionados*”, Revista Doctrina Laboral de editorial Errepar, T° XIV pág. 608.

10. C.N.A.Tr., Sala V, 30/4/73, “*Rodríguez, José c/ Corporación Argentina de Productores de Carne*”, T. y S.S., T° 1 1973/74, págs. 235 y ss.

“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.- Dicha última 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 coherente 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.

También 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.¹¹ Mas recientemente, se habilitó la reparación del agravio moral en casos de despido abusivo, cuando la comunicación de despido contenía términos injuriosos o descalificantes.¹²

Del mismo modo, se sucedieron 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.¹³

La doctrina restringida de Deveali tuvo como principal obstáculo su confrontación con la realidad. Su conclusión no podía ser menos que errónea, toda vez que partía de la premisa equivocada sobre un resarcimiento de realización *“fácil y segura”*, como si su procedencia fuera automática y en todos los casos. Del mismo modo, con el criterio de la formula transaccional, de tipo mística, aplicable a todos los casos como si se tratara de la fuerza gravitacional o ley de Newton, no se admite la aplicación de una regla propia del derecho, flexible, como es la equidad: la posibilidad del juez de solucio-

-
11. C. Ap. de Santa Rosa, 22/09/76, *“Loyola, Juan c/ Decristófono, Vicente”*, T. y S.S., Tº IV-1977, págs. 174 y ss., con comentario de Rodolfo Capón Filas.
 12. C.N.Fed.C.C., Sala I, 8/7/99, *“M., J.H. y otro c/ P.C., E. y otro”*, Revista Doctrina Laboral, editorial Errepar, Tº XIV pág. 323.
 13. C.N.A.Tr., Sala III, 26/7/1977, *“Aca, Carlos J. y otro c/ Segba”*, T. y S.S., Tº V-1978, pág. 181.

nar casos concretos y extremos, donde la aplicación lisa y llana de la fórmula transaccional, puede dar lugar a soluciones injustas y no queridas por el legislador.

Una corriente doctrinaria con gran aceptación, estuvo dada por interpretar que el pago de una indemnización tarifada, no empece el reclamo de otras que sean debidas por distinto título jurídico, el que no será contractual sino aquiliano, como, por ejemplo, el daño moral provocado por la falsa imputación de un delito.¹⁴

Martorell, luego de manifestar su simpatía por esta postura, entiende que la misma no explica el caso del despido abusivo, donde entiende convergen, en esa misma causa o título jurídico, las indemnizaciones tarifada y por daño moral.¹⁵

De allí que nos parezca más atinada la opinión expuesta años atrás por Aurelio Fanjul, al afirmar que *"la lesión de alguno de los derechos inherentes a la personalidad, en cualquiera de sus manifestaciones, emergentes del contenido ético social del contrato de trabajo – como consecuencia, en el caso, del ejercicio abusivo de las expresiones de la facultad de dirección empresarial -, autorizaba al juzgador la aplicación subsidiaria del derecho común, en procura de la reparación de eventuales daños extramatrimoniales – independientemente de las consecuencias jurídicas del acto de extinción contractual -, ocasionados por ilícitos adicionales cometidos por el empleador con anterioridad, contemporaneidad o posterioridad al acto rescisorio"*.¹⁶

IV – LOS ILÍCITOS ADICIONALES

Entendemos que esta última doctrina es la que permite una mayor adecuación del instituto a los nuevos tiempos que corren. En estos últimos años han aparecido figuras antes desconocidas para el derecho del trabajo, como ser la discriminación, el acoso sexual, el acoso moral y todas ellas constituyen verdaderos *ilícitos adicionales* cometidos por el empleador que, como tales, han merecido la atención de la doctrina,

14. Vazquez Vialard, Antonio, *Derecho del trabajo y la seguridad social*, Astrea, Bs. As. 1978, pág. 395; citado por Ernesto E. Martorell, en *op. cit.*, pág. 758.

15. Martorell, Ernesto E., en *op. cit.*, pág. 767.

16. Fanjul, Aurelio j., *El daño moral en el contrato de trabajo*, D.T. T° 1981-A, pág. 214; en la misma línea argumental, Antonio Barrera Nicholson, en su trabajo *La indemnización tarifada y el principio de reparación integral*, D.T. T° 1980 págs. 1283 y ss., luego de sostener que la indemnización laboral tarifada es omnnicomprensiva de los daños derivados del despido, al analizar los casos jurisprudenciales que receptan la reparación del agravio moral adicional, advierte que la causa fuente de esta reparación está dada por otro tipo de incumplimientos contractuales, que pueden convivir o no con el despido, pero que generan el deber de indemnizar conforme el derecho común. También Mario Ackerman, comentando el Plenario N° 168 de la C.N.A.Tr., D.T. T° 1978 pág. 850, ha sostenido la procedencia de la reparación integral, incluyendo el agravio moral, *"Cuando se produzca la violación o inexecución de un deber contractual no amparado por una indemnización forfataria"*, reiterando los argumentos expuestos en su trabajo *"¿Ocaso de las indemnizaciones tarifadas?"*, L.T., T° XXV pág. 656: *La indemnización por despido, le corresponde a todo trabajador que ha sido dejado cesante sin justa causa. ... cualquier otro acto del empleador, producido antes, durante o, incluso, después del distracto, y que implique el incumplimiento de una obligación contractual o que signifique la comisión de un delito, generará la obligación de resarcir el daño causado, de modo integral, independientemente de la indemnización"*.

la jurisprudencia y, según se ha visto, en muchos casos han tenido recepción legislativa.

La posibilidad de que estos ilícitos adicionales traigan aparejado un resarcimiento autónomo, regulado por el derecho común a falta de regulación especial, fue también admitida en algunas sentencias.¹⁷

Ocurre que el régimen tarifado resulta impotente para dar solución a estos nuevos tópicos del derecho del trabajo. Del mismo modo, también resulta 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.

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.

17. C.N.A.Tr., Sala I, 30/06/1980, “*Astorga, Luis c/ Witcel, S.A.*”, D.T. T° 1980 pág. 1307.

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. Aún 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 caso de que se trata aquí, es que 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.

En los casos donde medie coincidencia fáctica, entre el hecho detonador de la extinción del contrato y el agravio moral, deberá tenerse presente que ambos responden a criterios indemnizatorios diferenciales y que en modo alguno se excluyen. El mismo hecho, como incumplimiento contractual, puede generar la reparación tarifada por ruptura del contrato de trabajo y, al mismo tiempo, revestir el carácter de título jurídico válido para la procedencia del agravio moral. Esto último, resulta claro en aquellos casos donde el hecho desencadenante del despido, analizado fuera del contexto del contrato de trabajo, genera el deber de indemnizar conforme reglas del derecho común. En esta línea de pensamiento, la Sala II de la Cámara del Trabajo de la Capital, ha resuelto que *"la tarifa legal que determina el art. 245 de la L.C.T., comprende la totalidad de los que ocurren con motivo del hecho (incluido el de carácter moral), pero no aquellos que corresponden a hechos o circunstancias que acompañaron al distracto, pero que no eran necesarios para producir sus efectos. En la litis, no se trata de un hecho vinculado con la ruptura, sino ajeno a la misma, aunque se produce contemporáneamente; aquél pudo ser quizá la ocasión"*.¹⁹

18. Rodríguez Mancini, Jorge, *Los daños en el derecho del trabajo*, T. y S.S., Tº 1980, pág. 6.

19. C.N.A.Tr., Sala II, 15/02/93, *"Lema, Sandra E. c/ Piero de Neil, Herminia y otro"*, T. y S.S. Tº 1994, pág. 512.

V – LA DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO COMO ILÍCITO ADICIONAL

En la Argentina, la cuestión es clara en materia de discriminación. La ley 23.592 de derechos y garantías constitucionales y actos discriminatorios que aborda también las sanciones para quienes los ejecuten, 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*”.

Por su parte, una ley laboral (la N° 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

Por otro lado, no hay por qué pensar que el trabajador, víctima de una situación de este tipo, debe necesariamente considerarse despedido para ver reparadas las legítimas afecciones lesionadas, habida cuenta de que, en los tiempos que corren, ello significaría más que una reparación, que es lo que busca la ley, un verdadero castigo.²¹

Tratándose de despido discriminatorio, antes de la recepción de esta figura por el art. 11 de la ley 25.013, la jurisprudencia civil en argentina había interpretado en un caso de despido por Sida, que correspondía “*resarcir el daño causado, específicamente derivado como consecuencia del comportamiento discriminatorio y que no haya sido resarcido con el pago de la indemnización tarifada, propia del distracto laboral, puesto que a más de este, se ha configurado un ilícito, por violación de la ley antidiscriminatoria, configurándose así un supuesto encuadrable en los preceptos de los arts. 1109, 1067 y concordantes del C. Civil*”.²² En el caso se había acreditado que el empleador, luego de tomar conocimiento que el trabajador era portador asintomático del virus H.I.V., practicó a su respecto acoso moral, desencadenando la determinación del dependiente a considerarse despedido. La voluntar segregacionista del empleador se tuvo por acreditada debido al hecho que aceptó dicha determinación del trabajador y

20. Ferreirós, Estela M., *La discriminación en el trabajo y el derecho a ser reparado sin darse por despedido*, Revista Doctrina Laboral, editorial Errepar, Tomo XV, Agosto/01.

21. En sentido coincidente, Julio Martínez Vivot, op. cit., pág. 93.

22. C.N.Civ., Sala I, 3/4/97, “S/N c/ Editorial Sarmiento S.A.”, T. y S.S., T° 1997, pág. 1038.

le abonó la totalidad de las indemnizaciones derivadas de la legislación laboral. El agravio moral se fijó en \$ 40.000.

De manera coincidente, en la causa S., M.A. c/ La Universal S.A., la Cámara del Trabajo de la Ciudad de Buenos Aires,²³ se condenó a la empresa al pago de una indemnización adicional por daño moral, debido que luego de haber tomado conocimiento que su empleado era portador de HIV positivo, a lo que tuvo acceso por haberse realizado el control por su facultativo, tomó la determinación de despedirlo. Se interpretó que con dicha actitud, el empleador se halló incurso en una conducta ilícita que configura un agravio moral y, como tal, genera una responsabilidad extracontractual por la que corresponde adicionar a las indemnizaciones previstas en la ley de contrato de trabajo otra por daño moral. También se condenó a la empresa al pago del reclamo compensatorio de los gastos que insumía mensualmente el tratamiento médico del dependiente.

Con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 25.013, la jurisprudencia civil mantuvo este criterio, ratificando que la indemnización por daño moral prevista en la ley 23.592, es independiente de la indemnización por despido discriminatorio del art. 11 de la ley 25.013. En el caso similar con el anterior, de un trabajador que luego de haberse comprobado que padecía síndrome de H.I.V. positivo, en estudio realizado con su conformidad, siendo despedido contemporáneamente con el resultado de dichos estudios, los que al mismo tiempo comprobaban que se hallaba en condiciones de trabajar, la Cámara Civil condenó a su empleador (empresa de servicios eventuales) y a la compañía usuaria de los servicios, en forma solidaria, al resarcimiento del daño moral previsto por la ley 23.592, que estimó en \$ 30.000.²⁴

Dado que la ley 25.013 limita los supuestos de discriminación a los casos donde esta se opera por raza, sexo y religión, queda claro que los supuestos de discriminación fundados en otras razones (como ser la enfermedad, ideología, actividad gremial, etc.) van a quedar comprendidas en las disposiciones más amplias de la ley 23.592.

VI – CONCLUSIONES

La apretada reseña expuesta nos hace reflexionar en el futuro del derecho del trabajo, en cuanto a la necesidad de su integración en el contexto más amplio de los derechos humanos.

Todo el espectro de derechos reconocidos que hacen a la dignidad y libertad del hombre, no reconocen límites en cuanto al ámbito de relaciones en las que desenvuelve su vida cotidiana.

Escapa de toda lógica interpretar que los derechos reconocidos al ser humano como tal, frente al Estado y a las demás personas, deben ceder cuando se trata de sus relaciones en el trabajo.

23. C.N.A.Tr., Sala V., sent. del 22/3/95, Revista Doctrina Laboral, editorial Errepar, T° X págs. 162 y ss.

24. C.N.A.Civ., Sala C, 14/12/99, "M., M.A. c/ Bagley S.A. y otros", D.T. T° 2001-A, págs. 105 y ss.

DOCTRINA

Tal como se ha señalado al principio, los tópicos recién llegados al derecho del trabajo, provenientes de los derechos humanos en general, como ser la discriminación, el acoso sexual y el acoso moral o “*mobbing*”, conspiran saludablemente contra la “*autonomía*” de esta disciplina.

A través de los hechos configurativos de tales acciones, no quedan dudas que el empleador transgrede derechos personalísimos del trabajador que el derecho civil ampara en su condición de ser humano.

La coincidencia temporal de este tipo de transgresiones con otras reguladas en la legislación laboral, como ser el despido, son meras circunstancias que en modo alguno pueden ser interpretadas como excluyentes de la responsabilidad civil del empleador.

Es irrazonable interpretar que las limitaciones derivadas del carácter tarifado de las indemnizaciones laborales, se convierta en un bill de indemnidad para el empleador, a punto tal que le resulte más económico discriminar, acosar o invadir cualquier derecho personalísimo de su trabajador, que de su vecino.

Por ello ha sido saludable la jurisprudencia civil que, luego de entrada en vigencia la regulación especial del despido discriminatorio (art. 11 de la ley 25.013), resolvió el caso de la discriminación por S.I.D.A. en el empleo, en los términos de la ley 23.592 la cual, al menos en ese caso, importaba una solución más favorable para el trabajador. Aclaremos que la ley especial laboral, no ha previsto de manera expresa la discriminación por enfermedad. También, que la indemnización prevista para los casos típicos de despido por discriminación (raza, sexo y religión) es tarifada y representa un 30 % de la indemnización común por despido, que debe ser calculada sin los topes máximos regulados en el art. 245 de la L.C.T.

El derecho del trabajo, es un derecho mínimo. La regla de aplicación de la norma más favorable, no debe limitarse a aquellas que integran esta disciplina. Cuando se trata de derechos humanos, debe prevalecer la más favorable en todo el ordenamiento jurídico porque, seamos claros, el trabajador también pertenece al género humano.