

LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS EN EL DERECHO DEL TRABAJO

Dra. Cristina Mangarelli

Santo Domingo 15-17 de junio de 2016

PRIMERA PARTE

REPARACIÓN DEL DAÑO EN EL DERECHO DEL TRABAJO Y RESPONSABILIDAD CIVIL

CAPÍTULO I

FUNDAMENTOS DEL SISTEMA ESPECIAL DE REPARACIÓN DEL DAÑO

1. Sistema particular de reparación del daño en el Derecho del Trabajo.

El sistema de reparación de los daños en el Derecho del Trabajo es distinto que el que se aplica en el Derecho Civil. El Derecho Laboral tradicional estableció un régimen tarifado de indemnización del daño para el caso de despido y de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, que no indemniza el perjuicio en forma integral sino de modo fijo, de acuerdo a pautas indicadas en la ley¹. Dicho régimen se basa en fundadas razones, que tienen que ver con la protección del conjunto de trabajadores.

Respecto del *despido*, se requería prever un mecanismo que facilitara al trabajador el resarcimiento del daño que todo despido provoca. Con la indemnización tarifada por despido, se asegura al trabajador una indemnización, sin que deba probar la existencia de daño, y a la que tiene derecho aún cuando no tenga daño en el caso concreto o el daño sea de monto menor a la tarifa indemnizatoria. Si el daño es mayor, recibe únicamente el monto tarifado. La ley laboral también establece indemnizaciones por despido especiales, que contemplan situaciones que el derecho protege (por ejemplo, despido de la trabajadora grávida o del trabajador enfermo o incapacitado), y lo hace a través de una indemnización tarifada de monto más elevado que la indemnización por despido común.

Tratándose de *accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, era necesario encontrar una fórmula que indemnizara el daño en todos los casos y no sólo en los ocasionados por la culpa del empleador. Se elaboró un concepto nuevo de responsabilidad, que cubre todos los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, aún aquellos que de

¹ La explicación del sistema tarifado de indemnización en el Derecho del Trabajo puede verse en DEVEALI, Mario, *Lineamientos de Derecho del Trabajo*, Buenos Aires 1948, pp.43-45.

acuerdo al Derecho Civil no hubieran recibido reparación, como los producidos por la culpa de la víctima, por el caso fortuito o la fuerza mayor. La contrapartida de ello es que no se repara el daño en forma integral sino de modo tarifado².

En todos estos supuestos, el fundamento de la indemnización tarifada es claro y sin duda este régimen especial de reparación del daño resulta beneficioso para el colectivo de trabajadores.

En los últimos años, en algunos países, la ley laboral también dispone que se repare el daño moral en caso de acoso sexual o de acoso moral, con indemnizaciones que la norma establece de modo fijo, o indicando un mínimo.

2. El sistema especial prevalece sobre las normas generales de la responsabilidad civil

El Derecho del Trabajo se separó del Derecho Civil ante la insuficiencia de las normas civiles para hacer frente a la desigualdad entre trabajador y empleador, elaborando nociones, institutos y normas propias, y se constituyó como rama especial y autónoma del derecho. El Derecho del Trabajo es un derecho especial, porque regula una parte de las relaciones jurídicas, las relaciones originadas en la prestación de trabajo subordinado.

Como vimos, el Derecho del Trabajo construyó un régimen particular de indemnización del daño, justamente porque las normas civiles de la responsabilidad no cubrían todos los daños que debían ser reparados en el ámbito del Derecho Laboral.

El sistema particular de indemnización del daño previsto en la ley laboral, -como todo régimen establecido en una ley especial-, prevalece sobre las normas generales de la responsabilidad reparatoria civil³. Ello acontece aún cuando se pueda esgrimir que, en el caso concreto, el derecho común resulta más beneficioso para el trabajador.

Por ello no cabe argumentar que este régimen especial violenta el principio general de reparación integral del daño. El sistema tarifado de indemnización tiene su justificación, que se asienta -como se señaló- en la tutela del colectivo de trabajadores.

Pretender aplicar las normas de la responsabilidad civil -cuando hay normas en el Derecho del Trabajo que regulan la reparación del daño-, no sólo resulta improcedente dada la especialidad de este derecho, sino que pone en crisis el particularismo y la autonomía de esta rama, y arriesga la vigencia de las soluciones jurídicas adoptadas por nuestra disciplina.

² Ver DE FERRARI, Francisco, *Derecho del Trabajo* vol. III, 2ª ed. Depalma, Buenos Aires 1971, pp. 355-36; SACHET, Adrien, *Tratado teórico práctico de la legislación sobre los accidentes del trabajo y las enfermedades profesionales*, T. I, 1era. ed. castellana de la 8va francesa, Ed. Alfa, Bs As 1947, pp.11-12.

³ En el mismo sentido SEMPERE NAVARRO, Antonio V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina, *La indemnización por daños y perjuicios en el contrato de trabajo*, 2da ed. Aranzadi, Thomson Reuters, España 2011, p. 102

Cuestión distinta es determinar si procede aplicar las normas de la responsabilidad civil, pero sin violentar el sistema particular de reparación del daño.

CAPÍTULO II

¿APLICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL?

1. Introducción

Las indemnizaciones tarifadas impidieron durante mucho tiempo la admisión de otras indemnizaciones. Pero como vamos a ver, en los últimos años el Derecho del Trabajo viene admitiendo en ciertos casos, la reparación de los daños en base al Derecho Civil, y ello ha acontecido sin violentar el régimen especial de reparación del daño.

Se hará referencia en primer lugar, al concepto de responsabilidad reparatoria del Derecho Civil, a los elementos que deben estar presentes para que exista la obligación de reparación del daño, y a los tipos de responsabilidad (contractual y extracontractual). Para luego analizar si resulta procedente aplicar en el Derecho del Trabajo las normas de la responsabilidad civil que establecen la reparación integral del daño, pese a la existencia del régimen tarifado de indemnización.

2. La responsabilidad reparatoria en el Derecho Civil

El concepto de responsabilidad reparatoria implica un sujeto obligado a reparar el daño que le ha causado a otro. La responsabilidad reparatoria se define de acuerdo a la doctrina civil por el deber de reparar el daño causado a un sujeto de derecho⁴. Como afirma Peirano Facio “hay responsabilidad cada vez que un sujeto está obligado a reparar el daño sufrido por otro”⁵.

El daño es considerado el primer elemento de la responsabilidad reparatoria, dado que si se trata de reparar, debe existir daño⁶. Pero para que el daño sea reparable hay que tener en cuenta otro elemento, que es la existencia de ilicitud. Expresa De Cupis que el ordenamiento jurídico elige los daños a los que otorga relevancia jurídica y que dicha elección recae en el daño producido por un acto humano antijurídico⁷.

Además del daño y la ilicitud, es necesario que exista un nexo causal entre ambos y que el acto sea imputable al sujeto a título de culpa o de dolo. Así la responsabilidad del

⁴ Ver MAZEAUD, Henri y León, y TUNC, André, *Tratado Teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, trad. de la 5ª ed., Buenos Aires, 1961, t I, vol I, n° 4 p.3.

⁵ PEIRANO FACIO, Jorge, *Responsabilidad extracontractual*, 2ª ed., Bogotá 1979, n° 11 pp. 20-21.

⁶ Ver MAZEAUD, y TUNC, ob. cit., n°208 p.293

⁷ DE CUPIS, Adriano, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, trad. de la 2da ed italiana, Barcelona 1975, n° 5, p. 92.

Derecho Civil requiere que se reúnan los elementos: ilicitud (acto antijurídico), culpa, nexo causal y daño.

Todo daño ilícito causado por un sujeto a otro debe repararse. Se trata de un principio general de derecho. Y es el concepto mismo de responsabilidad reparatoria.

La responsabilidad reparatoria puede ser contractual o extracontractual. En la contractual, se produce una violación de una obligación jurídica preexistente entre individuos determinados, esto es una obligación concreta. La doctrina civilista sostiene que la violación de una obligación sea su fuente el contrato, el cuasicontrato o la ley dará lugar a responsabilidad contractual. En la extracontractual, se violenta el deber genérico de no dañar que debe observar un sujeto respecto de una colectividad de sujetos indeterminados⁸. No hay entre los sujetos una vinculación jurídica anterior al daño⁹.

3. ¿Cuándo procede aplicar la responsabilidad civil en Derecho del Trabajo?

A) Vacío en la norma laboral. El Derecho del Trabajo es una disciplina especial y autónoma, con principios, normas, institutos y conceptos propios. Pero como esta disciplina pese a su autonomía, no se encuentra apartada del resto del ordenamiento jurídico sino que lo integra, es posible recurrir al Derecho Civil en caso de vacío en la norma laboral.

En el proceso de integración normativa debe tenerse presente que, tratándose de una disciplina especial y autónoma, el concepto del derecho común que se pretenda aplicar no puede vulnerar norma, instituto o concepto del Derecho del Trabajo. Y aún cuando la norma civil se aplique en el Derecho del Trabajo, recibirá los ajustes o adaptaciones de este derecho especial.

El requisito para que resulte procedente la aplicación de las normas de la responsabilidad civil en el Derecho del Trabajo, es que exista vacío en la normativa laboral.

B) La norma laboral remite a la responsabilidad reparatoria del Derecho Civil. Si la norma laboral remite -en materia de reparación del daño- a la responsabilidad del

⁸GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo* T. XVII vol I, Montevideo 1978, p. 35; T. XI, Montevideo 1970, p. 65. Señala que, si es posible individualizar una obligación incumplida, la responsabilidad será contractual.

⁹ En el derecho uruguayo, la responsabilidad contractual está regulada en el artículo 1342 del Código Civil que establece: “El deudor es condenado al resarcimiento de daños y perjuicios, sea en razón de la falta de cumplimiento de la obligación o de la demora en la ejecución, aunque no haya mala fe de su parte, siempre que no justifique que la falta de cumplimiento proviene de causa extraña que no le es imputable”. Y la responsabilidad extracontractual se encuentra prevista en el artículo 1319 del Código Civil que dispone: “Todo hecho ilícito del hombre que causa a otro un daño, impone a aquel por cuyo dolo, culpa o negligencia ha sucedido, la obligación de repararlo...”.

Derecho Civil, entonces no hay inconveniente en aplicar las normas civiles de la responsabilidad reparatoria.

Es lo que ocurre en Uruguay, en el caso de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales con dolo o culpa grave del empleador en el incumplimiento de normas de seguridad y prevención, en el que la ley N° 16.074 de 10.10.1989 (art. 7) admite que se reclame contra el empleador la reparación del daño no cubierto por el Banco de Seguros del Estado, de acuerdo a las normas del derecho común¹⁰.

La ley laboral también puede prever la opción entre la acción laboral y la acción civil, como sucede en algunos países.

4. Aplicación de la responsabilidad civil sin vulnerar el régimen especial de reparación del daño: la responsabilidad patronal por incumplimiento de obligaciones

La indemnización tarifada por despido ha sido un obstáculo no sólo para admitir cualquier otra indemnización en caso de despido, sino también para aceptar la reparación del daño sufrido por el trabajador durante la relación de trabajo. A efectos de determinar si dicha indemnización impide toda otra reparación del daño, es necesario estudiar su naturaleza jurídica y su alcance.

A mi modo de ver, la naturaleza jurídica de la indemnización tarifada por despido es indemnizatoria de daños. Indemniza todos los daños, morales y materiales, que el despido ocasiona al trabajador. Pero su alcance se encuentra limitado a la cobertura de los daños materiales y morales por la pérdida del empleo.

En consecuencia, si se ocasionan al trabajador **daños** distintos a la pérdida del empleo que provengan de **incumplimientos** del empleador, corresponde que dichos daños sean reparados, de acuerdo al principio general que establece que todo daño injusto debe tener reparación¹¹.

Se trata de la aplicación de las normas de la responsabilidad civil que establecen el resarcimiento del daño por incumplimiento de obligaciones. Debe existir una obligación del empleador incumplida, que provoca un daño de entidad al trabajador¹². Se dan así todos los elementos que requiere la responsabilidad civil.

Debe tenerse presente que no se trata de que exista sólo un daño no cubierto por la indemnización tarifada, sino que además se requiere que dicho daño provenga de un

¹⁰ Lo mismo acontece en el caso de que el evento haya sido causado por un tercero, habilitando la ley el reclamo al tercero los daños no cubiertos por el BSE acuerdo al derecho civil (ley N°16.074, art. 12).

¹¹ Ver Segunda Parte, Capítulos I) y II).

¹² VÁZQUEZ VIALARD al estudiar la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones para admitir la reparación del daño, sostiene que ambas partes deben responder por la violación del deber de obrar de buena fe, *La responsabilidad en el Derecho del Trabajo*, Ed. Astrea, Buenos Aires 1988, pp. 15 y sig.

incumplimiento contractual del empleador. No se vulnera el sistema de reparación del daño de la ley laboral, dado que la indemnización tarifada sólo cubre los daños provocados por la pérdida del empleo.

Con relación al tipo de responsabilidad en la que incurre el empleador por la comisión de actos antijurídicos que producen daños al trabajador distintos a la pérdida del empleo, considero que la responsabilidad es contractual, ya que refiere a sujetos determinados (empleador/trabajador), con una vinculación preexistente.

SEGUNDA PARTE

DAÑOS EN EL DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO

CAPÍTULO I

DAÑOS EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO ¹³

1. Responsabilidad reparatoria del empleador por actos durante la relación laboral

Durante mucho tiempo se entendió que la indemnización tarifada por despido impedía la reparación del daño sufrido por el trabajador en el transcurso de la relación de trabajo. Se argumentaba que el trabajador ante el grave incumplimiento del empleador, sólo podía considerarse indirectamente despedido y que la única indemnización a la que tenía derecho era la indemnización tarifada por despido. Esta postura conducía al absurdo de entender que cualquier acto antijurídico del empleador quedaba indemnizado con el sistema tarifado de reparación. Ello condujo en algunos países, a admitir el reclamo contra el empleador por la responsabilidad extracontractual, ante la justicia civil.

A mi modo de ver, como se adelantó, la indemnización tarifada por despido se encuentra prevista para cubrir los daños materiales y morales que causa la pérdida del empleo, pero no cubre los daños derivados de otros incumplimientos del empleador que no pueden quedar sin reparación. Existe entonces un vacío en la norma laboral al no prever cómo se indemnizan los daños derivados de incumplimientos del empleador que tienen lugar durante la relación laboral.

Si durante la relación de trabajo el empleador incumple obligaciones y a raíz de dichos incumplimientos causa daños de entidad al trabajador, dichos daños deben repararse, por aplicación del principio general que establece que todo daño causado por una ilicitud

¹³ No se tratan aquí los daños por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales que serán objeto de un estudio particular en el Capítulo IV) de la Segunda Parte.

(incumplimiento) debe ser reparado. Se integra así el vacío en la norma laboral con las normas de la responsabilidad civil¹⁴.

En los últimos años, en varios países de América Latina viene siendo admitida la indemnización del daño padecido por el trabajador durante la relación de trabajo, en especial del perjuicio moral. En Brasil, son frecuentes las condenas al empleador por daño moral con fundamento en la Constitución y en las normas civiles de la responsabilidad. En Chile, el procedimiento de tutela de derechos fundamentales de los trabajadores ha dado lugar a condenas por daño moral. Y en Uruguay, la jurisprudencia laboral desde hace años, acepta la reparación del daño moral ocasionado al trabajador por actos del empleador durante la relación laboral, de acuerdo a la responsabilidad del derecho común.

Para que exista responsabilidad del empleador basada en las normas responsabilidad civil, es preciso que se reúnan los elementos de la misma, esto es, ilicitud (o incumplimiento contractual), culpa, nexo causal y daño.

2. El daño. 2.1 Concepto

De Cupis sostiene que “daño” es toda aminoración de un interés humano tutelado jurídicamente¹⁵. En el mismo sentido, Zanoni explica que el derecho no resarce cualquier dolor o padecimiento, sino aquellos que sean consecuencia de la privación de un bien jurídico sobre el cual la víctima tenía un interés reconocido jurídicamente¹⁶.

Siguiendo dicha postura entiendo que el daño es la lesión de un interés tutelado por el derecho. Aunque el daño y la ilicitud son dos elementos independientes de la responsabilidad civil, esta definición pone el acento en que el daño reparable es el producido por la violación de un derecho, interés o situación amparado por el ordenamiento jurídico. Queda comprendida en la noción propuesta, no sólo la lesión de un derecho subjetivo, sino también la lesión de aquellas situaciones en las que el individuo goza solamente de una ventaja, si ésta tiene el carácter de situación jurídica relevante.

2.2 Caracteres del daño resarcible. Para que el daño deba ser reparado se deben reunir ciertos requisitos: a) el daño debe ser cierto y no eventual; b) personal de quien demanda la reparación; c) no tiene que haber sido reparado; d) tiene que tener cierta entidad¹⁷.

Si se trata de reparar un daño, el daño tiene que haberse producido (daño cierto). Por otra parte, si el daño ya ha sido reparado, no cabe solicitar nuevamente su reparación. No

¹⁴ MANGARELLI, Cristina, *El daño moral en el Derecho Laboral*, Montevideo 1984, n° 41 pp. 115-116.

¹⁵ DE CUPIS, ob. cit. n° 8, p. 111.

¹⁶ ZANONI, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, p. 287.

¹⁷ Ver ORGAZ, Alfredo, *El daño resarcible* (Actos ilícitos), 2da ed Buenos Aires 1960 n° 10 pp.50-52; MAZEAUD y TUNC, ob cit, n° 216-291, pp 301-422

todo daño causado por una ilicitud es resarcible por el derecho, sino sólo aquél daño que tenga cierta entidad o trascendencia.

Cabe agregar que los términos “reparar” y “resarcir” pueden ser utilizados en forma indistinta, por lo menos en el derecho uruguayo¹⁸.

2.3 Tipos de daños. Los actos antijurídicos del empleador que tienen lugar durante la relación laboral pueden causar daños patrimoniales o daños morales al trabajador.

2.3.1 Daño patrimonial. Hay daño patrimonial cuando se lesiona un interés patrimonial. El daño patrimonial requiere ser probado en su existencia y en su monto.

Se distinguen en la noción de daño patrimonial el daño emergente y el lucro cesante. En el primero están comprendidos los gastos que tuvo que realizar la víctima a raíz del evento. El lucro cesante se configura según Larenz, cuando no tiene lugar el aumento patrimonial que se hubiera obtenido de no haber acaecido el hecho generador de la responsabilidad¹⁹. Esta pérdida de ganancia, si bien tiene algo de incertidumbre dado que “se proyecta en el futuro”²⁰, no por ello deja de tratarse de un daño cierto.

2.3.2 Daño moral (o extrapatrimonial). **2.3.2.1 Concepto.** En la doctrina civil Gamarra define el daño moral como el “daño no patrimonial causado a la persona”. Entiende que es una alteración de la normalidad existencial, con cierto grado de intensidad, y distingue el “dolor” y el “daño a la vida de relación” como categorías diferentes de daño moral²¹.

Brebbia considera que el daño moral es “la violación de uno o varios de los derechos inherentes a la personalidad de un sujeto de Derecho”. Señala que los derechos de la personalidad tutelan los bienes personales del individuo que son inherentes a las personas²².

Por mi parte entiendo que el daño moral es aquel que tiene por objeto un interés no patrimonial. Si bien es cierto que la lesión a un interés no patrimonial puede aparejar un daño patrimonial, el daño patrimonial indirecto no siempre se produce. En la definición de daño moral está ínsito el requerimiento de entidad del daño. Por ello debe tratarse de situaciones aflictivas profundas, que afecten a la persona en su condición existencial.

Hay distintos tipos de daños morales, distinguiéndose el dolor, el sufrimiento físico y el espiritual, la afectación a la vida de relación, el daño estético.

Respecto del concepto aceptado por la jurisprudencia civil uruguaya, Gamarra señala que para que el daño moral sea resarcible, algunas sentencias toman en cuenta la entidad del

¹⁸ Ver al respecto GAMARRA, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. XIX, Montevideo, 1981 p. 261.

¹⁹ LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones*, T. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1958, p. 207.

²⁰ GAMARRA, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. XXIV, FCU, Montevideo 1992, p.100.

²¹ GAMARRA, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. XXV, FCU, Montevideo 1994, pp. 23 y 91.

²² BREBBIA, Roberto H., *El daño moral*, 2da. ed., Orbir, Rosario 1967, pp. 76, 63 y 259.

dolor (un grave dolor, un sufrimiento intenso, un padecimiento de entidad), y otras la afectación de un equilibrio preexistente (alteración síquica, desestabilización emocional). La simple molestia o incomodidad, o un disgusto transitorio, o las sensaciones desagradables, no tienen suficiente relevancia para dar lugar a la reparación²³.

El concepto de daño moral que recoge la jurisprudencia laboral uruguaya es similar al sostenido por la jurisprudencia civil. Debe tratarse de hechos graves, que afecten seriamente la vida de relación o la condición existencial del individuo, o su situación de normalidad. También se toma en cuenta la afectación de la salud física y/o emocional.

Veamos estos conceptos en algunas sentencias laborales. Se admite la reparación del daño moral cuando “se manifiesta en hechos éticamente graves, como cuando con esa calificación intensiva, afectan la vida de relación del perjudicado u ofendido o inciden de igual manera en su condición existencial como ser auto consciente de su dignidad y del respeto que merece” (Tribunal de Apelaciones del Trabajo 3er. Turno sentencia N° 141/2002²⁴, postura que reitera el Tribunal de Apelaciones del Trabajo 2do. turno en sentencia N° 146/2011, 20.5.2011, entre otras).

En una sentencia que condenó a indemnizar el daño moral en caso de mobbing, el Tribunal de Apelaciones del Trabajo 2do turno consideró que la conducta humillante de la empleadora le provocó al actor crisis anímica y de angustia (sentencia N° 171/2010 de 9.6.2010)²⁵.

La Suprema Corte de Justicia en sentencia de 3.9.2010 desestimó la demanda en la que se reclamaba una indemnización del daño moral, porque no se acreditaron los malos tratos alegados que determinarían que la actora sufriera angustias y depresiones que la afectarían seriamente a nivel de su salud física y/o emocional²⁶.

Como vemos, la jurisprudencia laboral sigue el concepto de daño moral recibido por la doctrina civil. Las diferencias se encuentran en materia de prueba del daño moral y en la forma de estimar su monto.

2.3.2.2 Reparación del daño moral. Durante mucho tiempo el derecho rechazó la reparación en dinero del daño moral. Se argumentaba que el dolor no es susceptible de ser reparado con una suma de dinero. Fueron necesarias fundadas elaboraciones doctrinarias para que finalmente se aceptara la reparación del dolor moral con una suma de dinero²⁷. Si bien no desaparece el perjuicio, se obtienen satisfacciones que compensan el daño padecido. De

²³ GAMARRA, *Tratado de Derecho Civil...* cit. T. XXV, pp. 23 y 91.

²⁴ *Anuario Jurisprudencia Laboral*, 2002, Montevideo, caso 143.

²⁵ En: bjn.poderjudicial.gub.uy

²⁶ En: bjn.poderjudicial.gub.uy

²⁷ Ver la postura que funda la reparación en dinero del daño moral en MAZEAUD y TUNC, ob. cit. n° 148, pp. 763-764; DE CUPIS, ob. cit., n° 148, p.766; ORGAZ, ob. cit., n° 56, p. 226.

otro modo, quedarían sin reparar daños no patrimoniales graves, provocados por la lesión de bienes tutelados por el derecho.

Como ya se señaló, la reparación del daño moral en dinero sólo es procedente si el daño moral tiene cierta entidad o trascendencia²⁸. No son reparables las meras molestias o disgustos. Este concepto es recogido por la jurisprudencia laboral, que en forma coincidente sostiene que no todo daño moral es reparable, sino que debe revestir cierta trascendencia.

2.3.2.3 Prueba de la existencia del daño moral. El daño moral no requiere prueba específica, dado que en muchos casos puede presumirse su existencia a partir de los hechos que han tenido lugar (in re ipsa).

En el caso de actos del empleador acontecidos durante la relación laboral, que ocasionen un daño moral al trabajador, entiendo que la prueba del daño moral será in re ipsa, dado que por lo general, se tratará de la violación de un derecho de la personalidad (dignidad, intimidad, vida privada, honor), por lo que se podrá presumir la existencia del perjuicio moral por la sola vulneración del derecho de la personalidad²⁹. De todos modos, debe tratarse de un incumplimiento grave, analizado con parámetros objetivos.

Esta postura ha sido recibida por la jurisprudencia laboral uruguaya, que en la mayoría de los casos no requiere prueba específica de la existencia del daño moral. Ello significa que basta acreditar el incumplimiento contractual del empleador para presumir la existencia de daño moral. En este punto se aprecian diferencias con lo que acontece en la justicia civil, en donde se exige la prueba del daño moral en caso de responsabilidad contractual³⁰.

2.3.2.4 Cuantificación del daño moral. El monto del daño moral debe apreciarse teniendo en cuenta las particularidades del sujeto que lo padece. Sin embargo, en el ámbito del Derecho Laboral, si bien en algunos casos el Juez estima el monto del daño moral en una suma que fija a su arbitrio, en otros, se utiliza a efectos de cuantificar su monto, una pauta fija, como por ejemplo, la indemnización tarifada por despido o la mensualidad.

2.3.2.5 Daño moral y despido indirecto. En un primer momento se sostuvo que ante el incumplimiento grave patronal el trabajador sólo podía considerarse indirectamente despedido, pero luego se observó que, en casos excepcionales, además de considerarse indirectamente despedido, podía reclamar una indemnización adicional si existía daño por vulneración de un derecho fundamental o por incumplimiento contractual del empleador. Es el caso de los actos patronales que tienen motivaciones antijurídicas (antisindical, represalia,

²⁸ Así lo señala GAMARRA, *Tratado de Derecho Civil*.... T. XIX cit., p. 263.

²⁹ MANGARELLI, *El daño moral* ...cit. pp. 115-116.

³⁰ Ver GAMARRA, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. XX, FCU, Montevideo 2003, p. 72.

discriminación ilícita, etc.), o de registros personales que lesionan la dignidad del trabajador, cuando causan un daño de entidad.

En Uruguay desde hace años la doctrina y la jurisprudencia admiten acumular el despido indirecto y una indemnización del daño moral. Más recientemente, la ley de acoso sexual N° 18.561 de 11.9.2009 vino a reconocer la procedencia de dicha acumulación, pudiendo el trabajador víctima de acoso sexual optar por el despido indirecto, en cuyo caso tiene derecho a la indemnización tarifada más una indemnización del daño moral de seis mensualidades.

3. Derechos fundamentales de la persona, deberes contractuales y daño.

Por el contrato de trabajo el trabajador se encuentra obligado a ejecutar el trabajo y el empleador a pagar el salario por el trabajo prestado. Además de las obligaciones principales, las partes tienen otras obligaciones que surgen de la “naturaleza del contrato”, y por ello rigen aún sin norma expresa que las establezca. Si el empleador incumple sus obligaciones contractuales y causa daño al trabajador, deberá indemnizar el daño ocasionado, de acuerdo al fundamento jurídico expuesto precedentemente³¹.

Ahora bien, la irrupción de los derechos fundamentales de la persona en el contrato de trabajo, ha provocado cambios de significación en lo que tiene que ver con los derechos del trabajador y los límites de los poderes del empleador.

Una corriente sostiene que invocar los derechos y deberes de las partes que surgen del contrato de trabajo resulta perjudicial para el trabajador y limitativo de los derechos fundamentales de la persona. Sin embargo, como se explicará a continuación, considero que el sistema de derechos y deberes de las partes del contrato de trabajo, amplía la tutela del trabajador.

No se discute la aplicación y vigencia de los derechos fundamentales de la persona durante la relación laboral, y su función de límites a los poderes del empleador. Sin embargo, no puede desconocerse que algunos de los derechos del trabajador, con base en el contrato de trabajo, refieren a derechos fundamentales de la persona, como el respeto a la dignidad del trabajador. En efecto, debe recordarse que el contrato de trabajo no supone sólo una relación de intercambio patrimonial (trabajo por salario), sino que tiene en cuenta los derechos de la persona del trabajador, dado que éste presta su labor en forma personal y subordinada. De ahí que esta modalidad contractual imponga una serie de deberes al empleador, que implican respetar los derechos fundamentales de la persona.

Por otra parte, algunas de las obligaciones contractuales del empleador, como por ejemplo la de protección del trabajador respecto del daño que pueda sufrir en el ambiente de trabajo (que comprende no sólo la seguridad sino también la dignidad), tienen gran

³¹ Ver numeral 1 de este Capítulo.

importancia a la hora de tutelar trabajador, en el caso, del daño que puedan ocasionarle compañeros de trabajo.

Por ello cabe concluir que el sistema de derechos y deberes de las partes del contrato de trabajo no perdió importancia, ni ha sido sustituido por la aplicación de los derechos fundamentales de la persona en el contrato de trabajo. Funciona a modo de complemento de éstos, para el logro de una más amplia tutela del trabajador en los lugares de trabajo.

Si los actos antijurídicos del empleador lesionan derechos fundamentales de la persona del trabajador y le causan daño de entidad, corresponde indemnizar dicho daño. El fundamento jurídico de la reparación del daño en estos casos será la ley especial si así lo prevé expresamente, o las normas generales de la responsabilidad del derecho común aplicadas en forma supletoria. Por lo general, cuando hay actos antijurídicos del empleador que lesionan derechos fundamentales de la persona, el daño que se ocasiona al trabajador es daño moral.

Veamos algunas situaciones de actos antijurídicos del empleador que lesionan derechos fundamentales de la persona del trabajador y configuran incumplimientos contractuales, que causan daño que debe ser reparado.

A) Obligación de suministrar trabajo. La doctrina tradicional del derecho del trabajo señaló que el empleador no tiene obligación de dar trabajo, sino que cumple con pagar el salario, aunque no asigne tareas al trabajador. Se coincidía en sostener que la obligación de suministrar trabajo sólo regía en los casos en los que no trabajar implica una disminución del prestigio o de las destrezas por el tipo de actividad.

Sin embargo, en la actualidad, cada vez con mayor frecuencia se observa que no asignar tareas al trabajador sin justificación, constituye maltrato, pudiendo configurar acoso laboral³². Generalmente la no asignación de tareas sin motivo alguno va acompañada del aislamiento del trabajador dispuesto por el empleador

Considero que estos comportamientos patronales pueden dar lugar a la reparación del daño moral ocasionado al trabajador, aún cuando se pueda sostener que en el caso concreto no se configuró acoso moral (o mobbing). Se trata de un incumplimiento de la obligación de suministrar trabajo que tiene una finalidad espúrea, como lo es la de humillar al trabajador o dañarlo, que afecta su dignidad como persona y como trabajador, y causa un daño moral de entidad³³.

³² No asignar tareas es una de las conductas indicativas de mobbing o de acoso moral en el trabajo. Ver Parte Segunda, Capítulo III.

³³ En el caso de un trabajador que fue trasladado a una oficina en la cual debía permanecer sin comunicarse con sus compañeros y sin realizar tareas, el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2do. Turno, en sentencia N° 99/99 condenó a reparar el daño moral.

B) Dignidad. El derecho del empleador a la dirección de la empresa implica la facultad de dar órdenes al trabajador sobre el modo, tiempo y lugar de la prestación. El derecho de dirección lleva ínsito el de vigilar y controlar el cumplimiento de las órdenes y de otros deberes del trabajador. Pero este derecho tiene límites, en especial, debe respetar los derechos de la persona del trabajador. Si se abusa del referido derecho de dirección y control y se lesiona la dignidad del trabajador, causando daño moral de entidad, dicho daño debe ser reparado³⁴. La lesión a la dignidad del trabajador puede provenir de actos de abuso del derecho de dirección, o de actos patronales que no tengan que ver con un uso abusivo de dicho derecho.

A continuación se señalan algunas de situaciones de lesión a la dignidad del trabajador que configuran incumplimientos del empleador, que pueden dar lugar a la reparación del daño moral.

a) Aislar y no asignar tareas sin justificación. Ya vimos que aislar al trabajador y no asignarle tareas sin justificación puede configurar un incumplimiento a la obligación de suministrar trabajo cuando tiene por finalidad humillarlo. Estas conductas constituyen no sólo incumplimientos a la referida obligación, sino que también violentan el deber del empleador de respetar la dignidad de la persona del trabajador, y dan lugar a la reparación del daño moral cuando el perjuicio tiene suficiente trascendencia.

b) Gritos, insultos, maltrato. El derecho de dirigir el trabajo no faculta al empleador a ejercer violencia o maltrato respecto de los subordinados. El trato debe ser correcto y respetuoso de la persona del trabajador. Se deben utilizar expresiones dignas y consideradas, sin gritos, ni agravios.

Si hay lesión a la dignidad del trabajador por insultos u otros comportamientos antijurídicos del empleador que impliquen maltrato, y se ocasiona daño moral de entidad al trabajador, el daño deberá ser indemnizado.

c) Burlas, humillaciones, violencia física. Las burlas y las humillaciones son un tipo de violencia psicológica. En algunos lugares también se ejercen conductas de violencia física, de parte de empleadores o de jefes respecto de los trabajadores subordinados, que incluso en ocasiones tienen la finalidad de “sancionar” al trabajador.

³⁴ BARBAGELATA sostiene que el respeto a la dignidad del trabajador impone al empleador un trato correcto de modo de no vulnerar los derechos fundamentales de la persona, *Derecho del Trabajo*, T I vol 2, FCU, Montevideo1999, p. 170.

Estos comportamientos lesionan la dignidad del trabajador y pueden dar lugar a la reparación del daño moral³⁵, aún cuando se trate de actos aislados. Atendiendo a la gravedad, un solo acto lesivo puede causar daño moral de entidad

El acoso en el trabajo, en cualquiera de sus modalidades (sexual, moral, discriminatorio), es otra situación de vulneración la dignidad humana que causa daño moral al trabajador que corresponde que sea indemnizado. La procedencia del resarcimiento del daño por acoso en el trabajo ha sido recibida en varios países^{36 37}. La relevancia actual del tema requiere que sea estudiado en forma particular³⁸.

C) Intimididad. La doctrina tradicional admitió la realización controles y registros al trabajador en virtud del derecho del empleador de proteger los bienes de su propiedad, pero precisó los límites de dicha facultad. Se requiere que se utilicen mecanismos objetivos de selección de los trabajadores de modo de que los controles no sean discriminatorios, y que se realicen respetando la dignidad del trabajador.

En algunos países, estos controles se encuentran admitidos en la ley laboral (Código de Trabajo o ley de contrato de trabajo), la que se encarga de indicar los límites de los mismos. En otros casos, dichos límites han sido señalados por la doctrina.

³⁵ El Tribunal Superior de Trabajo de Brasil, de 1er T., en sentencia de 27.10.2010 condenó a una empresa a abonar R\$ 5.000 por concepto de daño moral sufrido por una trabajadora que, al no acatar la orden de su jefe de levantarse de la silla, fue quemada con una plancha en la pierna. Se entendió que la empleadora era responsable porque el acto tuvo lugar en el ejercicio en la función, con el fin de que se respetara una orden funcional. Indicó que la responsabilidad de la empresa por el daño causado por sus funcionarios es objetiva independientemente de la culpa del empleador (art. 933 Código Civil /2002) (RR-69200-19.2005.5.01.0050). Esta sentencia y las mencionadas en notas 37, 39, 42 y 44 fueron proporcionadas por Manoel Carlos Toledo Filho, fuente: www.tst.jus.br

³⁶ En Uruguay, el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2º Turno en sentencia 171 de 9.6.2010, consideró que la empleadora incurrió en una “conducta humillante” de la carrera laboral, al engañar al trabajador con una esperanza laboral de ascender a un cargo importante, para luego pasarlo a desempeñarse bajo las órdenes de personas que habían ingresado con posterioridad, y condenó a indemnizar el daño moral. El Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1er turno en sentencia N° 142 de 5.12.99 relativa a trabajadores contratados en Brasil que se desempeñaron en Uruguay, no tratados en forma digna por la alimentación y vivienda que se les proporcionó, y a quienes se les quitaron los documentos de identidad, consideró que existió una “clara vulneración no ya de los derechos de los trabajadores sino de los derechos de la persona con abstracción de nacionalidad u ocupación”, y fundó la condena a reparar el daño en el artículo 1342 del Código Civil.

³⁷ En Brasil, el Tribunal Superior de Trabajo 6º T., en sentencia de 29.11.2006 condenó a una empresa a indemnizar el daño moral padecido por un trabajador en reuniones en las que recibió de parte de los jefes castigos y humillaciones por no haber llegado a las metas impuestas por la empleadora (TST-AIRR-1370/2005-006-20-40.0). Existió asedio moral, que lesionó la honra y dignidad del empleado violentando el art. 5 de la Constitución. La condena fue de R \$ 70.000, entendiendo el Tribunal que dicho monto no vulnera el principio de razonabilidad y de proporcionalidad, y debe llevar a desestimular estas conductas y a la vez evitar el enriquecimiento injusto.

³⁸ Ver Segunda Parte, Capítulo III).

Los controles personales violatorios de la dignidad y la intimidad del trabajador causan daño moral que, si es de entidad, debe ser reparado. En algunos países de América del Sur podemos encontrar sentencias relativas a revistas o registros abusivos. En estos casos, por lo general se condena al empleador a pagar una indemnización por el daño moral padecido por el trabajador, sin perjuicio de que corresponde admitir además el despido indirecto³⁹.

En cuanto a los controles en los bolsos de los trabajadores, el Tribunal Superior de Trabajo de Brasil considera que la inspección visual de bolsos, sin contacto corporal o necesidad de desvestirse, y sin evidencia de discriminación, por sí sola no da lugar a la reparación del daño moral⁴⁰.

D) Vida privada. El derecho al respeto de la vida privada del trabajador en el lugar de trabajo, se encuentra -como otros derechos de la persona- en permanente riesgo de vulneración por el uso de medios tecnológicos en los lugares de trabajo y el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. La admisión de la aplicación de los derechos fundamentales de la persona en la ejecución del contrato de trabajo limita los poderes del empleador, en este caso, respecto de los controles y sistemas de vigilancia a emplear, y conduce a que el Juez deba resolver el conflicto teniendo en cuenta el derecho tutelado.

-Cámaras de vigilancia.

Considero que las cámaras de vigilancia pueden ser utilizadas por el empleador en la medida de que se requieran por razones de seguridad o del proceso productivo por el tipo de actividad de que se trate. No podrían ser empleadas con la finalidad exclusiva de vigilancia del desempeño del trabajo, salvo casos excepcionales atendiendo al tipo de tarea y al bien tutelado⁴¹. Y deben instalarse de modo de causar el menor daño al trabajador, teniendo en cuenta la posible afectación de derechos fundamentales (vida privada). Asimismo, es necesario que se ponga en conocimiento a los trabajadores de la existencia de dichas cámaras en los lugares de trabajo.

Las cámaras de vigilancia no pueden ser admitidas en los comedores, vestuarios y baños. De colocarse en dichos lugares existiría lesión de la intimidad y vida privada del trabajador en el lugar de trabajo, y podrían dar lugar -según el caso- a la reparación del daño

³⁹ En Brasil, el Tribunal Superior de Trabajo, 3er T., en sentencia de 2006 entendió que la revista íntima abusiva violenta el derecho a la intimidad, derecho inherente a la personalidad, y dispuso el pago de una indemnización por daño moral en R\$ 10.000 (RR-532/2006-006-18-00.0). Los trabajadores debían desvestirse en presencia del gerente o del empleado de seguridad.

⁴⁰TST-RR-1.495/2005-020-09-00.2, 8ª T., DJ 8.5.2009. Sentencia mencionada en el Informe de Brasil presentado en el Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, de Cartagena, Colombia 2010, fuente: www.tst.jus.br

⁴¹ Por ejemplo, en el caso de una trabajadora que cuida a un niño debe protegerse la integridad física del niño.

extrapatrimonial que dicha lesión provoca. Hay sentencias que condenan al empleador a indemnizar el daño moral en el caso de cámaras colocadas en baños⁴².

- Protección de datos personales

La divulgación de datos personales del trabajador sin que exista justificación, constituye incumplimiento del deber de reserva. Si dicha divulgación ocasiona daños y perjuicios, éstos deberán ser reparados. El fundamento jurídico de la obligación de reparación del daño serán las disposiciones generales de la responsabilidad del Derecho Civil, de aplicación supletoria en el Derecho del Trabajo, salvo que exista ley especial que prevea dicha reparación⁴³.

- Examen del diagnóstico del VIH

El resarcimiento del daño también puede derivar de otros actos del empleador que violenten el deber de respetar la vida privada del trabajador y su intimidad personal. Por ejemplo, en Chile la ley N°19.779 sobre el VIH indica que la infracción a la disposición que establece la prohibición de condicionar la contratación de trabajadores, la permanencia o la promoción en el empleo al resultado del examen del diagnóstico del VIH, se sanciona con multa, sin perjuicio de la responsabilidad por los daños ocasionados (art. 9).

- Interrogatorios en investigaciones que lesionan la vida privada

Los interrogatorios a trabajadores en el curso de investigaciones realizadas por el empleador que violen los derechos fundamentales a la vida privada, intimidad y dignidad, pueden dar lugar a la reparación del daño moral⁴⁴.

E) No discriminación por religión, por raza, etc. La discriminación en el empleo motivada en la religión es ilícita y puede ocasionar daño moral de entidad que corresponde

⁴² El Tribunal Superior de Trabajo de Brasil, 1er T., condenó a una empresa por invadir la “privacidad” de un empleado por la instalación de cámaras de filmación en el baño. Existió exceso en el poder de dirección, que causa daño al trabajador por violación a su derecho a la “intimidad” (art. 5 Constitución) (RR-1263-2003-044-03-00.5), fuente: www.tst.jus.br. En el caso, si bien la empleadora sostuvo que la finalidad de las cámaras fue la de controlar las salidas para el uso de los baños y que no hubo divulgación de las imágenes que pudiesen provocar daño moral porque las cámaras eran falsas, el Tribunal entendió que la no divulgación de las imágenes no la exonera de responsabilidad civil.

⁴³ La ley chilena sobre protección de datos personales establece que el responsable del banco de datos personales “deberá indemnizar” el daño patrimonial y moral que cause por “el tratamiento indebido de los datos” (ley N° 19.628 art. 23).

⁴⁴ En Brasil, el Tribunal Superior del Trabajo, 6° T., en sentencia de 23.9.2009 condenó a una empresa a abonar a un trabajador R\$ 15.000 por daños morales por haberla mantenido bajo vigilancia armada en una sala de la empresa, incomunicada, durante varias horas para ser interrogada (por un supuesto acto de sabotaje respecto de una máquina), sufriendo presión psicológica, intimidación e insultos (TST-RR-371/2007-040-15-00.3). Constituye acto ilícito que causó daño. Para fijar el quantum del daño se tuvo en cuenta el grado de culpabilidad de la empresa, la extensión del daño y la capacidad económica de la demandada. El Tribunal entendió que existió abuso del poder directivo. Fuente: www.tst.jus.br

sea resarcido⁴⁵. Cualquier otro supuesto de discriminación ilícita (como la discriminación por raza) que cause daño, generará reparación⁴⁶.

F) Honor. El honor de la persona debe respetarse en los lugares de trabajo. El contrato de trabajo no habilita al empleador a cometer actos que violenten el honor del trabajador⁴⁷.

G) Obligación de protección. Esta obligación contractual del empleador refiere a la protección del trabajador respecto de su persona y bienes, ante todo daño que pueda sufrir en el ambiente de trabajo. Existe coincidencia en la doctrina tradicional acerca de la existencia de este deber del empleador “de protección” de la persona y bienes del trabajador⁴⁸.

El deber del empleador de protección conlleva el de adoptar las medidas necesarias para la prevención del daño que pueda sufrir el trabajador en el lugar de trabajo.

Si bien se trata de una obligación contractual explicitada por la doctrina tradicional, luego fue perdiendo relevancia al quedar comprendida en la obligación legal de seguridad⁴⁹, con una regulación detallada en la ley y en la reglamentación. Sin embargo, como vamos a ver, en la actualidad esta obligación patronal de protección resulta de gran relevancia, por ejemplo, en lo que tiene que ver con el riesgo de sufrir violencia o acoso en el ambiente laboral.

A mi modo de ver, este deber contractual de protección comprende no sólo el deber de seguridad e higiene (protección de la integridad física y psíquica del trabajador), sino también el deber de respetar la dignidad del trabajador, su intimidad y vida privada.

⁴⁵ En Chile, el Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago 1ro. en sentencia de 26.4.2010 recaída en un procedimiento de tutela de derechos fundamentales, condenó a la empleadora a reparar el daño moral padecido por una trabajadora a quien los supervisores llamaban “perra musulmana”. Se responsabilizó a la empresa por entender que dichos superiores representaban a la demandada. La trabajadora recibía insultos y fue discriminada en su trabajo, lo que alteró su salud psíquica y le ocasionó sufrimiento y aflicción. El juez entendió que la empresa vulneró el derecho a la no discriminación por religión, y ordenó reparar el daño moral con una suma de dinero (\$ 5.000.000) y con la publicación de una carta de disculpas, debiéndola adjuntar a la liquidación de todos los trabajadores.

⁴⁶ El Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 2º Turno, en sentencia 146/2011 condenó a la empresa a abonar una indemnización del daño moral a dos trabajadoras recibían insultos y eran discriminadas en su trabajo por el color de su piel por parte de dos supervisores.

⁴⁷ La Suprema Corte de Justicia de Uruguay en sentencia Nº 418 de 17.12.2003 condenó a una empleadora a abonar una indemnización del daño moral a un trabajador por el contenido de un cartel colocado por el sindicato en la empresa, en el cual se agraviaba al trabajador. Se hizo responsable a la empleadora por no haber quitado el cartel que contenía los agravios.

⁴⁸ Ver BARASSI, Ludovico, *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, T.II, Alfa, Buenos Aires 1953, pp.311-312; HUECK, Alfred y NIPPERDEY, H.C., *Compendio de Derecho del Trabajo*, Revista de Derecho Privado, Madrid 1963, pp.156-160; KROTOSCHIN, Ernesto, *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, vol. I. 3era. ed. Depalma, Buenos Aires 1978, p.313; ALBURQUERQUE, Rafael F., *Derecho del Trabajo* T. I, Ed. Jurídicas Trajano Potentini, Santo Domingo 2003, p. 269

⁴⁹ En este sentido, HUECK y NIPPERDEY, ob. cit. pp. 157-158.

Si el empleador incumple su obligación de proteger al trabajador en el ambiente de trabajo, será responsable de los daños que el trabajador sufra, aunque provengan de otras personas. De todos modos, no en cualquier circunstancia el empleador será responsable. Esta obligación contractual de protección tiene límites, el empleador estará obligado a tomar todas las medidas a su alcance, según las circunstancias especiales del caso concreto⁵⁰. Considero que la obligación de protección en lo que refiere a la dignidad no es una obligación de resultado sino de medios. Distinto es el caso de la obligación de seguridad “legal” que es de resultado.

Con relación al incumplimiento de la obligación de seguridad, en la mayor parte de las situaciones, se habrá configurado un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, por lo que será de aplicación el régimen de la responsabilidad que establezca la ley de reparación de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales (responsabilidad objetiva). Sólo en casos excepcionales, podría invocarse el incumplimiento de esta obligación contractual de seguridad para reclamar la reparación del daño. Por ejemplo, para responsabilizar al empleador que no protegió adecuadamente al trabajador de la violencia de otras personas en el ambiente de trabajo, pudiendo el empleador eximirse si prueba que ha obrado con la diligencia debida.

H) Obligación de buena fe. El incumplimiento del empleador de la obligación de obrar de buena fe, que causa daño al trabajador, puede dar lugar a la reparación del perjuicio ocasionado.

5. Responsabilidad del empleador. Acto propio, acto del dependiente

El empleador es responsable en caso de actos propios que violenten derechos fundamentales de la persona del trabajador o constituyan incumplimientos contractuales que causen daños al trabajador. También es responsable por actos de las personas que ejercen en su nombre el poder de dirección (jefes, supervisores, capataces, etc.) que vulneren derechos del trabajador y le causen daño.

Asimismo el empleador responderá por actos de otros dependientes, que constituyan ilicitudes que ocasionen daños al trabajador, pero sólo si tuvo conocimiento de la situación y no tomó medidas efectivas para corregirla⁵¹.

6. Responsabilidad de la persona que causó el daño al trabajador

La responsabilidad reparatoria del empleador no excluye la de la persona que causó el daño. Por ejemplo, en el caso de violencia ejercida por un compañero de trabajo, el autor

⁵⁰ HUECK y NIPPERDEY consideran que el deber de protección no debe ser exagerado, ni puede exigirse una protección absoluta, ob. cit. pp. 158 y 160.

⁵¹ Ver sentencia citada en nota 46.

de las conductas será responsable ante el trabajador. En dicha situación, el reclamo de la indemnización de los daños se fundará en la responsabilidad extracontractual⁵².

Debe advertirse que no se podrá solicitar dos veces la reparación del mismo daño. Ello significa que no corresponde acumular dos indemnizaciones, una reclamada al empleador y otra al autor del daño, basadas en los mismos hechos que dieron lugar al daño cuya reparación se solicita.

CAPÍTULO II

DAÑOS EN LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

1. Indemnización tarifada por despido. Concepto.

El despido causa daños materiales y morales al trabajador. Como ya se explicó, el Derecho del Trabajo a efectos de facilitar al trabajador una indemnización de daños en caso de despido, presume la existencia de daño en dicha situación y lo fija en determinado monto, imponiendo al empleador el pago de la tarifa indemnizatoria.

Se evita así que el trabajador tenga que probar la responsabilidad del empleador, el daño ocasionado y su monto. La indemnización por despido se independiza de la existencia de daño y del monto del mismo. El trabajador tiene derecho a percibir dicha indemnización aun cuando no exista daño, o el daño sea menor al monto de la indemnización tarifada. Por la misma razón, si el daño en el caso concreto es mayor al monto de tarifa, el trabajador percibe únicamente la indemnización fija establecida en la ley.

La ley laboral indica las pautas a tener en cuenta para el cálculo de la indemnización por despido. En Uruguay, en el caso del trabajador mensual, la ley toma en cuenta el salario y la antigüedad y establece un tope. La indemnización por despido se calcula tomando en cuenta la remuneración total correspondiente a un mes de trabajo, por año o fracción de actividad, con el límite de seis mensualidades como máximo⁵³.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la indemnización por despido, como se adelantó, entiendo que indemniza los daños (materiales y morales) que ocasiona el despido, esto es, la pérdida del empleo. Considero que la obligación del empleador de pagar dicha indemnización

⁵² En el caso de una trabajadora que reclamó contra su ex jefe por los agravios sufridos durante la relación laboral, el Juz. Letrado de Primera Instancia del Trabajo de 13 turno en sentencia N° 1 de 6.2.2008 (que quedó firme) consideró que existió destrato, con ataque a la dignidad, y condenó al demandado a abonar U\$S 4.000 (cuatro mil dólares) por daño moral. Publicada en *Revista Derecho Laboral* N° 231, FCU, Montevideo 2008.

⁵³ Ley N°10.489 de 6 de junio de 1944 con la modificación del decreto-ley N° 14.188 de 5 de abril de 1974 artículo 13. Tratándose de un trabajador jornalero, se tienen en cuenta las jornadas trabajadas y el monto del jornal, con un tope de 150 jornales de indemnización.

deriva del incumplimiento de su obligación de conservar el empleo del trabajador^{54 55}. No hay entonces un “derecho” de despedir, sino que el despido constituye un acto antijurídico que acarrea la consiguiente obligación de reparar el daño que causa, lo que acontece con la indemnización tarifada por despido.

2. Acumulación de la indemnización tarifada por despido y una indemnización del daño moral. El despido abusivo o especialmente injustificado

Se ha señalado que si la indemnización tarifada por despido cubre todos los daños que provoca el despido (daños materiales y morales), entonces no es posible solicitar otra indemnización del daño fundada en el derecho común. Sin embargo, como se sostuvo precedentemente, la indemnización tarifada por despido no fue establecida para cubrir daños derivados de actos del empleador que configuran ilicitudes o incumplimientos contractuales, como por ejemplo, las lesiones a la dignidad.

Delimitado entonces el alcance de la indemnización por despido, se podrá observar que no cubre los daños provenientes de otras ilicitudes o incumplimientos contractuales del empleador. Por esta razón es posible concluir que nos encontramos ante un vacío en la norma laboral, la que no establece cómo se reparan los daños en estas situaciones, por lo que resulta procedente recurrir a las disposiciones de la responsabilidad reparatoria civil.

En el derecho uruguayo, se admite desde hace años por la doctrina y la jurisprudencia⁵⁶ la acumulación en caso de despido, de la indemnización tarifada por despido y una indemnización de daño moral basada en las normas de la responsabilidad civil.

Para sostener dicha acumulación se han invocado dos fundamentos jurídicos: a) la teoría del despido abusivo, esto es, la responsabilidad por abuso de derecho, con apoyo en artículo 1321 Código Civil, y b) y la teoría del despido especialmente injustificado, que implica una responsabilidad patronal por incumplimiento de obligaciones, con base en el artículo 1342 del Código Civil.

Aplicando cualquiera de estos dos fundamentos jurídicos se repara el daño de acuerdo a la responsabilidad reparatoria del derecho común.

⁵⁴Conforme ACKERMAN, Mario E. en “Indemnizaciones tarifadas y reparación integral. Posibilidad de su concurrencia y acumulación”, *Rev. Legislación del Trabajo*, Buenos Aires 1978, T. XXVI, p. 484, y DE LA FUENTE, Horacio H., en “Indemnizaciones tarifadas y extinción del contrato de trabajo”, *Rev. Trabajo y Seguridad Social*, Buenos Aires, 1978, p. 514.

⁵⁵ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE sostienen que ante la “antijuridicidad” del despido sin causa el derecho reacciona disponiendo el reintegro del trabajador o imponiendo indemnizaciones compensatorias o punitivas, *Derecho del Trabajo*, 10º ed., Facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid 1988, p. 361.

⁵⁶ Desde 1986 se acepta por los Tribunales de Apelaciones del Trabajo.

Para De Ferrari, la indemnización por despido procede en todo caso de despido, por “el simple hecho de despedir” con independencia del abuso o culpa del empleador (responsabilidad objetiva), pero si hay culpa o abuso del patrono el despido es abusivo⁵⁷.

Por mi parte entiendo que la indemnización por despido tarifada se encuentra prevista para cubrir el daño que ocasiona el incumplimiento del empleador de su obligación de conservar el empleo del trabajador. En consecuencia, si existe otro incumplimiento del empleador que cause daño, corresponde su reparación, por aplicación de las normas de la responsabilidad del derecho común⁵⁸.

El despido en dichas circunstancias es un despido “especialmente injustificado”, denominación utilizada por Plá Rodríguez justamente para evitar admitir la existencia de un derecho de despedir, que es lo que acontece con la teoría del despido abusivo.

Debe tenerse presente que las diferencias entre estas dos teorías -la que postula el despido abusivo y la que sostiene el despido especialmente injustificado- reside en el fundamento jurídico para tener derecho a la indemnización del daño (la primera se basa en el artículo 1321 del Código Civil y la segunda en el artículo 1342 del Código Civil), pero no en los casos en los que se podrá configurar un despido abusivo o un despido especialmente injustificado, que son los mismos.

La responsabilidad del empleador en caso de despido abusivo o especialmente injustificado es contractual, teniendo en cuenta que existía una relación entre dos sujetos (empleador y trabajador). Hay incumplimiento de obligaciones preexistentes entre individuos determinados. La indemnización tarifada por despido y la indemnización del daño moral en caso de despido abusivo (o especialmente injustificado) se acumulan, dado que indemnizan daños distintos, derivados de incumplimientos diferentes.

La jurisprudencia laboral uruguaya entiende que son despidos abusivos entre otros: el despido por represalia (por ejemplo, por haber realizado un reclamo contra el empleador); el despido por ejercer el derecho de huelga; el despido por razones sindicales; el despido por motivo ilícito; el despido con abuso en la forma utilizada; el despido que viola la buena fe⁵⁹.

⁵⁷ DE FERRARI, Francisco, *Derecho del Trabajo*, Vol II, 2ª ed., Depalma Buenos Aires 1969, pp.466-467.

⁵⁸ MANGARELLI, *El daño moral en el Derecho Laboral*, Acali Montevideo 1984, pp. 100-101,105-106. ALBURQUERQUE sostiene que si por culpa o dolo del empleador se causan “otros daños distintos a la simple ruptura del contrato” se podrá reclamar daños y perjuicios de acuerdo al art. 712 del Código de Trabajo y los principios de la responsabilidad civil, *Derecho del Trabajo*, T. II, Ed. Jurídicas Trajano Potentini, Santo Domingo 2006, p.291.

⁵⁹ La Suprema Corte de Justicia de Uruguay en sentencia N° 418 de 17.12.2003 entendió que el empleador quebrantó el deber de buena fe al disponer la realización de un sumario, y luego no aceptar la conclusión del mismo, despidiendo al trabajador. La Corte condenó al pago de una indemnización por daño moral, entendiendo que el despido en dichas circunstancias fue abusivo.

3. Daño moral por despido abusivo (o especialmente injustificado)

Por lo general, el daño que se repara en estas situaciones es el daño moral, ya que el daño material que ocasiona el despido (pérdida del salario por la pérdida del empleo) está cubierto con la indemnización por despido tarifada⁶⁰.

En cuanto a la prueba del daño moral, entiendo que puede presumirse su existencia a partir de la violación del derecho jurídicamente protegido (por ejemplo, vulneración de la dignidad). La prueba del daño moral tiene lugar “in re ipsa”, esto es surge de los hechos mismos. Esta postura ha sido admitida por la jurisprudencia laboral, que la aplica en todas las situaciones de despidos abusivos y no sólo de aquellas en los que hay violación de un derecho de la personalidad, en donde es claro que procede la presunción de la existencia de daño por la violación del derecho.

El daño moral es distinto según las particularidades del sujeto que lo padece (sexo, edad, etc.) y las circunstancias del caso, por lo que corresponde estimar el monto del daño moral en la situación concreta.

En la jurisprudencia uruguaya se toma en cuenta la indemnización tarifada por despido a efectos de estimar el monto del daño moral en caso de despido abusivo (o especialmente injustificado). Por lo general se lo fija en una vez o dos veces la indemnización por despido común. Esta forma de cuantificar el daño moral facilita su estimación, y ha dado lugar a la elevación significativa de las indemnizaciones del daño moral en caso de despidos, teniendo en cuenta los montos por daño moral que fija la jurisprudencia civil. Pero tiene el inconveniente de tomar en consideración una pauta fija.

Debe tenerse presente que dicha forma de estimar el monto del daño moral no obliga al Juez, quien podrá apartarse de ella cuando entienda que en el caso no resulta ajustada. El ordenamiento jurídico es un todo y si la aplicación de la indemnización por despido tarifada para cuantificar el daño moral en caso de despido abusivo da como resultado un monto elevado teniendo en cuenta los precedentes judiciales (por ejemplo, por daño moral por pérdida de un familiar), corresponderá utilizar otra forma de estimación del daño. Por lo general los jueces no indican las consideraciones particulares de la víctima que tuvieron en cuenta para estimar el monto del daño moral, por ejemplo, en una o en dos indemnizaciones tarifadas por despido.

Si bien la indemnización del daño moral debe fijarse de acuerdo a la entidad del daño ocasionado, del estudio de la jurisprudencia laboral se desprende que los jueces al estimar el monto del daño moral en caso de despido abusivo (o especialmente injustificado) tienen en cuenta la entidad del perjuicio moral, pero también “sancionan” a los empleadores, con lo

⁶⁰ Ello sin perjuicio de que pueda existir en el caso concreto un daño material distinto al que ocasiona la pérdida del empleo.

que la indemnización del daño se aleja de su carácter resarcitorio. En casos de graves incumplimientos del empleador de sus obligaciones, la condena se fija en más de una indemnización por despido tarifada, y ello no parece estar vinculado al daño en la situación concreta, sino a una “sanción” a la empleadora por la particular antijuridicidad de su comportamiento⁶¹.

4. Contrato de trabajo a plazo. Daños por ruptura ante tempus

En caso de rescisión ante tempus del contrato de trabajo a plazo corresponde indemnizar los daños y perjuicios que dicha ruptura ocasiona. El fundamento jurídico de la procedencia de la indemnización de daños y perjuicios se asienta en la noción general de incumplimiento contractual que acarrea daños, pero con la particularidad del contrato de trabajo, que admite la extinción del vínculo por decisión unilateral de una de las partes.

En algunos países, los daños y perjuicios por ruptura del contrato antes del plazo estipulado han sido establecidos en la ley. En el derecho uruguayo, el art. 1839 del Código Civil regula esta cuestión. No se trata de una integración normativa dado que la disposición hace referencia a los “trabajadores asalariados por cierto término”, es decir que si bien se encuentra contenida en el Código Civil refiere al trabajo subordinado⁶². De acuerdo a dicha norma, la ruptura ante tempus del contrato de trabajo a plazo acarrea al “contraventor” la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que la ruptura provoque, salvo justa causa.

Tratándose de la rescisión unilateral del contrato por el empleador, los daños y perjuicios que se causan al trabajador por lo general se estiman en el monto de los salarios hasta la finalización del plazo contractual, teniendo en cuenta que se le aseguró trabajo por cierto tiempo. A mi modo de ver, en dichos daños perjuicios entran todas las partidas que el trabajador hubiera recibido de continuar trabajando hasta la finalización del plazo contractual, lo que incluye no sólo los salarios, sino también la licencia, el salario vacacional y el aguinaldo que hubiera generado de haber trabajado todo el plazo estipulado. Sin embargo, la jurisprudencia laboral mayoritaria sólo condena en estos casos al monto de los salarios hasta el plazo contractual.

Debe tenerse presente que, si bien se hace referencia al monto de los salarios, se trata de una forma de cuantificar los daños y perjuicios, por lo que su naturaleza jurídica no es salarial sino indemnizatoria de daños.

⁶¹ Por ejemplo, el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1er turno en sentencia N° 273 de 1.8.2012 entendió que la trabajadora había sido despedida por motivo de su raza, lo que configuró un despido abusivo, condenado a la empresa a pagar una indemnización del daño moral de cinco unidades de indemnización por despido. El carácter sancionatorio del quantum del daño moral también se observa en algunas de sentencias del Tribunal Superior de Trabajo de Brasil (ver nota 37).

⁶²El texto del artículo 1839 del Código Civil es el siguiente: “Los menestrales, artesanos y demás trabajadores asalariados por cierto término no pueden despedirse ni ser despedidos antes del cumplimiento del contrato sin justa causa. El contraventor responderá de los daños y perjuicios”.

No se requiere que el trabajador realice una específica prueba de que los daños y perjuicios son los salarios que le hubieran correspondido hasta la finalización del plazo contractual, dado que el empleador se obligó a proporcionar trabajo por el plazo acordado. Sin embargo, tratándose de una responsabilidad que se funda en el derecho común, de probarse que luego de la ruptura el trabajador consiguió otro empleo, podrá solicitar únicamente las diferencias -si las hubiere- entre el monto del salario que percibía en el trabajo anterior y el del nuevo trabajo, hasta la terminación del plazo del contrato.

Si es el trabajador quien pone fin al vínculo antes del plazo pactado, también procede la indemnización de daños y perjuicios, en este caso al empleador. Sin embargo, no en cualquier circunstancia se causarán daños al empleador, debiendo probarse los perjuicios en su existencia y monto.

Respecto de los pactos en el contrato de un monto fijo de daños y perjuicios para el caso de que cualquiera de las partes rescinda el contrato antes del plazo establecido, considero que podrían ser admisibles teniendo en cuenta el tipo de trabajo de que se trate y la razonabilidad del monto acordado, contando el trabajador con asistencia letrada. Asimismo el monto acordado, no puede inferior al que tendría derecho el trabajador de acuerdo a una norma de orden público⁶³.

La noción de “*justa causa*” puede ser esgrimida por cualquiera de las partes para no adeudar daños y perjuicios por ruptura anticipada del contrato a plazo, tal como lo dispone el artículo 1839 del Código Civil. Tratándose de la rescisión unilateral del *empleador*, éste podrá invocar motivos relacionados con la conducta del trabajador, o vinculadas a la empresa, como, por ejemplo, falta de trabajo, cierre de sección, etc. Si existe “notoria mala conducta” del trabajador, no tendrá derecho a la indemnización de daños y perjuicios, dado que es claro que constituye justa causa que exime de responsabilidad al empleador. Pero la noción de “justa causa” comprende motivos relacionados con la conducta del trabajador, aunque no configuren la notoria mala conducta. Por su parte el *trabajador*, podrá esgrimir como justa causa, una diversidad de motivos que justifiquen el cese anticipado.

En caso de que el trabajador ponga fin al contrato por entender que el empleador ha violado un derecho fundamental, procede acumular a la indemnización de los daños y perjuicios por ruptura ante tempus otra indemnización por la violación del derecho fundamental⁶⁴.

⁶³ El Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1er turno en sentencia de 28.10.2015 entendió que la cláusula pactada en el contrato que fija los daños y perjuicios en un monto menor a los salarios caídos, es nula. Debiéndose aplicar el art. 1839 del Código Civil que establece la reparación integral del daño.

⁶⁴ La sentencia del Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2º turno de 30.8.1996 referida a la rescisión ante tempus de un contrato de zafra por los trabajadores, debido a que el empleador les había modificado las condiciones de trabajo por haber ejercido la huelga, condenó al pago de los salarios hasta la terminación de la

CAPÍTULO III

DAÑOS POR ACOSO EN EL TRABAJO

1. El acoso en el trabajo y los daños que causa a las víctimas

El acoso en el trabajo es un tipo de violencia laboral que puede presentar distintas modalidades: acoso moral, acoso sexual, acoso discriminatorio. Este fenómeno de violencia en el trabajo se caracteriza por los graves daños que causa a las víctimas. Con frecuencia los trabajadores que padecen esta forma de violencia enferman y en muchos casos deben dejar sus empleos. El acoso en el trabajo violenta derechos fundamentales de la persona, tales como la dignidad, la intimidad, la vida privada, el honor, y cuando el trabajador enferma también lesiona la integridad física y psíquica del trabajador. Interesa proteger adecuadamente al trabajador, lo que implica no sólo establecer medidas de prevención y establecer defensas para hacer frente a estos actos de violencia, sino también admitir la reparación del daño a la víctima.

El Derecho del Trabajo ha reconocido la reparación del daño ocasionado por el acoso en el trabajo, ya sea a través de una ley específica, o de criterios doctrinarios y jurisprudenciales.

2. ACOSO MORAL. Reparación del daño

Las investigaciones en el campo de la psicología y de la psiquiatría han demostrado la existencia de un fenómeno de violencia psicológica en los lugares de trabajo, que es muy dañina, y que proviene no sólo del empleador o de los jefes, sino también de compañeros de trabajo de la víctima.

Dado que existe gran confusión en el concepto de acoso moral, y teniendo en cuenta que la reparación del daño dependerá de la existencia jurídica del mismo y que se trata de una cuestión relativamente nueva, es necesario delimitar el concepto para luego determinar cuándo procede la reparación del daño en estas situaciones.

2.1 Concepto de acoso moral en el trabajo (o mobbing)

El psicólogo Leymann estudió un fenómeno de violencia en el trabajo al que denominó “mobbing”. Lo define como el encadenamiento durante un período largo de palabras y conductas hostiles, por parte de una o varias personas, respecto de otra persona. Las conductas en forma aislada pueden ser anodinas, pero la repetición constante produce

zafra, y a una indemnización equivalente a los salarios caídos por violación de la libertad sindical. Publicada en *Revista de Derecho Laboral* N° 185, Montevideo 1997.

efectos perniciosos. Agrupó las agresiones en cinco categorías (impedir que la víctima se exprese, aislarla, desacreditarla ante sus colegas, desacreditar su trabajo, comprometer su salud) dentro de las que describió cuarenta y cinco conductas, y sostuvo que para que exista mobbing se requiere la repetición de una o varias de dichas conductas, por lo menos una vez en la semana y durante un período mínimo de seis meses⁶⁵.

Años más tarde, la psiquiatra Hirigoyen investigó el “acoso moral en el trabajo” precisando que es “toda conducta abusiva (gesto, palabra, comportamiento, actitud...) que atenta, por su repetición o sistematización, contra la dignidad o la integridad psíquica o física de una persona, poniendo en peligro su empleo o degradando el ambiente de trabajo”⁶⁶. Está constituido por maniobras hostiles y degradantes, llevadas a cabo por individuos perversos, que acorralan a la víctima con vejaciones y humillaciones, durante un largo período y con regularidad, dando lugar una situación de violencia grave.

A mi modo de ver tanto el “mobbing” al que estudiado Leymann como el “acoso moral en el trabajo” analizado por Hirigoyen refieren al mismo fenómeno de violencia psicológica en el trabajo. Ambos señalan la existencia de conductas que por su repetición, sistematización y duración en el tiempo conforman un proceso de violencia grave que tiene lugar en las relaciones de trabajo y que ocasiona graves daños. De ahí que entiendo que si no hay ley específica sobre el tema, pueda utilizarse las denominaciones de “mobbing” o de “acoso moral en el trabajo” en forma indistinta. La jurisprudencia en Uruguay parece sostener esta postura, dado que no diferencia el acoso moral en el trabajo del mobbing⁶⁷.

En cuanto al significado de la noción entiendo que el “concepto jurídico” de acoso moral en el trabajo (o mobbing) no tiene por qué coincidir con la noción propuesta en el campo de la psicología o la medicina. Será el Juez en definitiva quien determinará en el caso concreto, si se configuró acoso moral en el trabajo.

Considero que el *concepto jurídico* de acoso moral en el trabajo requiere los siguientes elementos para su configuración⁶⁸:

a) *Cualquier comportamiento (acción u omisión) hostil*. Son conductas de maltrato, de humillación, de vejación.

b) *Reiterado*. La reiteración de las conductas es esencial en la noción de acoso moral en el trabajo. Acosar significa según el Diccionario de la Real Academia Española “Perseguir, sin darle tregua ni reposo...a una persona. Perseguir, apremiar, importunar a

⁶⁵ LEYMANN, Heinz, *La persécution au travail*, Seuil, Paris 1996, pp. 26-29.

⁶⁶ HIRIGOYEN, Marie-France, *El acoso moral en el trabajo. Distinguir lo verdadero de lo falso*, Paidós 2001, España, p. 19.

⁶⁷ Entre otras, Tribunal de Apelaciones del Trabajo 2do turno, sentencia N°171 de 9.6.2010; Tribunal de Apelaciones del Trabajo 3er turno, sentencia N°169 de 27.3.2012.

⁶⁸ MANGARELLI, Cristina, “Acoso laboral. Concepto y prevención”, Revista Derecho Laboral N° 225, FCU, Montevideo 2007, pp.107-109.

alguien con molestias o requerimientos”. De esta definición se desprende que para que exista acoso, deben existir comportamientos que se reiteren en el tiempo.

Son conductas frecuentes, que se reiteran durante un periodo prolongado. Consideradas en forma aislada pueden tener escasa significación, pero su reiteración y duración da lugar a una situación de violencia grave. En cuanto a la frecuencia y permanencia en el tiempo de este proceso para que se configure mobbing, será el Juez quien resuelva en el caso concreto, sin que pueda determinarse de antemano una extensión determinada en el tiempo, por lo menos en el campo jurídico.

En el caso de que la ley admita que un incidente grave configure acoso moral laboral, ello obedecerá a la expresa disposición legal.

c) *Realizado por un individuo o por un grupo de individuos.* Las investigaciones del fenómeno del mobbing y del acoso moral en el trabajo dan cuenta de que estas conductas hostiles son realizadas por un individuo o por un grupo de individuos, respecto de un individuo o de varios.

d) *Que lesione bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico.* Las conductas deben estar insertas en el proceso de acoso que antes describimos, esto es reiterarse y permanecer en el tiempo, y presentar intensidad suficiente para lesionar bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico, como la dignidad, la intimidad, la privacidad, el honor, la integridad física o psíquica.

e) *Susceptible de causar daño al trabajador o perjudicar el ambiente de trabajo.* No siempre el acoso causa enfermedades al trabajador (daño a la salud), puede provocar solamente un daño moral por lesión a la dignidad de la persona.

En el campo jurídico, debe tenerse presente que si se solicita la reparación del daño necesariamente tiene que haberse producido daño en el caso concreto. La lesión de bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento jurídico (dignidad, honor, intimidad, etc.) que tiene lugar con el acoso moral ocasiona al trabajador un daño moral (sufrimiento o padecimiento moral). Resulta de interés apreciar que, por lo general, se entiende que si se configura acoso moral en el trabajo, se ocasiona un daño moral de entidad que debe ser reparado.

Las conductas deben ser ofensivas para cualquier persona y éticamente graves. Aunque se tomen en cuenta las características personales de la víctima, el juez analizará la situación de acuerdo a parámetros objetivos para determinar la intensidad de la lesión y el daño ocasionado. Debe tratarse de conductas ofensivas para cualquier persona, con intensidad suficiente para causar perjuicio.

-¿Intencionalidad?

Se ha señalado que los individuos que cometen estos actos hostiles por lo general tienen por finalidad la expulsión de la víctima del trabajo, o que persiguen dominar o manipular a otro sujeto o causarle daño. Por mi parte considero que, en el campo jurídico, no es necesario acreditar la referida intencionalidad, sin perjuicio de que el juez pueda extraer de la gravedad de las conductas en la situación concreta, la intencionalidad de causar daño a la víctima, de dominarla, o excluirla.

Es necesario *distinguir* el acoso moral en el trabajo (o mobbing) de otras situaciones que no constituyen acoso:

a) *Actos de violencia aislados*. Los actos hostiles o de violencia aislados no configuran acoso moral. De todos modos, podrán dar lugar a la reparación del daño moral, si causan un daño moral de entidad suficiente para ser indemnizado.

b) *Ejercicio legítimo del derecho del empleador de dirección y control*. Las observaciones y comentarios realizados por un empleador o por un jefe a un trabajador respecto del desempeño del trabajo -por sí solos- no constituyen acoso moral. Por el contrario, se trata del ejercicio de facultades asignadas al empleador por el contrato de trabajo, pudiendo incluso imponer sanciones por incumplimientos del trabajador.

La fijación de plazos para el cumplimiento de tareas y las presiones laborales derivadas de las exigencias de la prestación del servicio, no tienen que ver con una situación de acoso moral sino con el ejercicio lícito del derecho de dirección, siendo normal y habitual la fijación de plazos y formulación de metas por las empresas. Tampoco pueden confundirse las advertencias realizadas en el ámbito del ejercicio legítimo del derecho de dirección, con la intimidación o la amenaza.

c) *Ejercicio del jus variandi*. La decisión unilateral del empleador que modifica el horario o el lugar de la prestación no es acoso moral. Si bien en las listas de conductas formuladas por Leymann y por Hirigoyen aparecen ciertas modalidades relativas a cambio de tareas o a nueva asignación de tareas, ello no puede llevar a confundir el jus variandi o la alteración del contrato con el acoso moral. Habrá que determinar si no se esconde una finalidad persecutoria.

d) *Conflictos en el trabajo*. Debe distinguirse el acoso moral de las discrepancias y los conflictos que aparecen en todo trabajo. Incluso pueden existir conflictos en el trabajo y el trabajador enfermarse como consecuencia de los mismos y sin embargo no configurar una situación de acoso moral.

e) *Estrés laboral y enfermedades derivadas del estrés laboral*. La existencia de estrés proveniente de la actividad desempeñada en el trabajo, o derivado de los conflictos que puedan tener lugar en el trabajo, no es por sí solo indicativo de acoso moral.

2.2 Reparación del daño. Responsabilidad patronal

Corresponde determinar cómo se indemniza el daño proveniente del acoso moral en el trabajo, sin perjuicio de la cobertura que tenga el trabajador por el seguro de enfermedad, o en su caso por el seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Si la ley establece la indemnización del daño para el caso de acoso moral en el trabajo, la indemnización será la que fija la ley. Si no hay ley que regule la cuestión, debe determinarse el fundamento jurídico para admitir la reparación del daño.

Considero que la obligación de reparación del daño surge de las normas del derecho civil que establecen que todo daño ilícito (o proveniente de un incumplimiento contractual) debe ser reparado. Existe vacío en la norma laboral porque, como vimos, la indemnización común por despido sólo cubre los daños provenientes de la pérdida del empleo, pero no indemniza los daños provenientes de otras ilicitudes o incumplimientos del empleador, o de actos ilícitos de compañeros de trabajo que vulneren la dignidad del trabajador. Por ello no es suficiente con la admisión del despido indirecto en estas situaciones.

Los derechos de respeto a la dignidad del trabajador, no intromisión en la vida íntima y privada, seguridad de la integridad físico-psíquica, entre otros, pueden resultar violentados con el acoso laboral. Tratándose de derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, la lesión de los mismos provocada por un acto ilícito que cause un daño, apareja la obligación de reparar el daño, de acuerdo al concepto de responsabilidad del derecho común. Ello porque todo daño causado ilegítimamente debe repararse. Este es el concepto mismo de responsabilidad que significa “obligación de resarcir los daños que son consecuencia de un hecho ilícito”^{69 70}.

Pero no cualquier incumplimiento del empleador o vulneración de derechos puede acarrear la obligación de indemnizar el daño. Deben ser hechos graves, que conformen una ilicitud (incumplimiento en sede de responsabilidad contractual), debiendo estar presentes todos los elementos de la responsabilidad civil.

En Uruguay, no hay ley sobre acoso moral en el trabajo. La jurisprudencia laboral aplica las normas de la responsabilidad del Derecho Civil para fundar la reparación del daño en caso de acoso moral (mobbing) y de actos de violencia aislados.

2.3 Obligación de prevención del acoso moral y de protección. Reparación del daño

⁶⁹ GAMARRA, *Tratado...*T. XVII cit., vol. I, n° 1 p. 9.

⁷⁰ En este sentido, el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2do. Turno sostiene que el “mobbing” provoca un daño específico, no resarcido en el pago de rubros laborales, que debe indemnizarse en forma separada sentencia N° 146/2011, 20.5.2011. En: base de jurisprudencia nacional.

Considero que al haberse identificado el riesgo de padecer acoso moral en el ambiente de trabajo, puede derivarse de la obligación patronal de protección del trabajador ante todo daño que pueda sufrir en el ambiente de trabajo, el deber de prevención del acoso moral⁷¹.

Este deber de prevención del acoso moral laboral implica, no sólo adoptar las medidas que correspondan para evitar que estas conductas aparezcan, sino también corregir la situación una vez conocida la misma. En cumplimiento de dicho deber, el empleador debe comunicar al personal la política de la empresa de rechazo de estas conductas, investigar las denuncias recibidas y en caso de que se acredite la existencia de estos actos, tomar medidas para evitar que se mantengan, sin perjuicio de aplicar sanciones a los autores de los mismos.

Los referidos deberes del empleador (protección y prevención del daño) se desprenden de la naturaleza del contrato de trabajo y por tanto rigen sin norma expresa que lo establezca.

El patrono responderá por el daño cuando cometa los actos de acoso moral, pero también cuando sean protagonizados por compañeros de trabajo de la víctima, si existe incumplimiento de la obligación de protección.

¿Cuándo se configura incumplimiento patronal de la obligación de protección que da lugar a la reparación del daño en caso de acoso?

A mi modo de ver, dicho incumplimiento se configura si el empleador no toma las medidas adecuadas para evitar el daño o para hacer cesar la situación que provoca el daño.

La responsabilidad del empleador en este supuesto no es objetiva. Se trata de obligaciones contractuales a cargo del empleador, que se distinguen de la responsabilidad patronal por accidente de trabajo y enfermedades profesionales (responsabilidad objetiva legal).

En esta posición puede mencionarse a Plá Rodríguez cuando al analizar la obligación del empleador de “asegurar la moralidad del ambiente de trabajo” sostiene que, el empleador “además de responsable de sus propios actos lo es de aquellos que puedan provenir de los otros trabajadores en la medida en que no son cortados o sancionados por el empleador”⁷². Es decir que el empleador es responsable sólo si no corrige la situación, haciendo cesar los actos y sancionando a los autores.

⁷¹ De ahí que -si bien en el derecho uruguayo no hay ley que establezca la obligación patronal de prevención del acoso moral, de todos modos entiendo que, el empleador tiene a su cargo dicho deber, dado que se trata de un riesgo al que están expuestos los trabajadores en el ambiente de trabajo.

⁷² PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Curso de Derecho Laboral*, Acali Montevideo 1978, T.II vol.I, p. 170.

En la misma línea considero que, el deber de protección en lo que tiene que ver con la dignidad del trabajador, obliga al empleador a tomar todas las medidas de prevención a su alcance, teniendo en cuenta la particularidad del trabajo y las circunstancias del caso concreto.

No se trata de una obligación de resultado sino de medios. Teniendo en cuenta la obligación patronal de respetar y de hacer respetar la dignidad del trabajador, el empleador será responsable de los actos protagonizados por un colega de la víctima sólo si estaba en conocimiento de la situación y no tomó medidas para corregirla. El trabajador no podrá hacer responsable al empleador si no le comunicó el acoso moral que venía padeciendo de parte de un colega. Resulta aplicable lo afirmado por Plá Rodríguez con relación al deber de respeto “la tolerancia o la indiferencia con el comportamiento irrespetuoso de un trabajador, engendra la responsabilidad del empleador”⁷³.

En la jurisprudencia uruguaya, el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3er turno sostiene que la obligación de respetar la dignidad del trabajador no es una obligación de resultado sino de medios, por lo que el trabajador debe acreditar que el empleador no actuó con la diligencia de un buen padre de familia. Se debe probar que era de conocimiento del empleador la situación de acoso y que no tomó medida alguna al respecto⁷⁴.

En el caso de supervisores o jefes, entiendo que el empleador podrá ser responsable - aún sin que el trabajador haya comunicado la situación al empleador- ya que se trata de personas que representan al patrono en el ejercicio del poder de dirección. De todos modos, si el trabajador se considera indirectamente despedido sin previamente poner en conocimiento al empleador del acoso que venía padeciendo, el juez podrá entender que pudo dar aviso de la ocurrencia de dichas conductas antes de considerarse indirectamente despedido (en especial si en la empresa existía un procedimiento a seguir en caso de denuncia de acoso y garantías de protección), y no hacer lugar al despido indirecto.

La jurisprudencia uruguaya ha condenado al empleador a reparar el daño moral por acoso moral en el trabajo, incluso cuando el acoso proviene de otros trabajadores, si conocía la situación y no tomó medidas para corregirla⁷⁵.

2.4 Responsabilidad reparatoria del empleador

⁷³ PLÁ RODRÍGUEZ, *Curso...*cit, pp. 169-170

⁷⁴ La sentencia si bien refiere a un caso de acoso sexual anterior a la ley N° 18.561, su argumentación resulta aplicable al acoso moral dado que no hay ley sobre el punto. Esta sentencia rechazó la demanda por despido indirecto y daño moral porque la trabajadora no comunicó el acoso al empleador. La ley N° 18.561 de acoso sexual recoge la misma postura, dado que no establece la responsabilidad objetiva del empleador, sino que lo hace responsable por actos de dependientes si estando en conocimiento de la situación no adopta medidas.

⁷⁵ Ver nota 46.

Cuando el empleador comete los actos de acoso moral responderá ante la víctima por los daños y perjuicios de acuerdo a la responsabilidad del derecho común (si no hay ley específica que establezca una indemnización especial para el caso).

En el caso de que el acoso moral lo lleve a cabo un jefe o supervisor, esto es, personas que en representación del empleador ejerzan el derecho de dirección, entiendo que también responderá el empleador. Sin embargo, tratándose de un colega de la víctima, como se explicó, el empleador responderá sólo si estando en conocimiento de la situación no tomó medidas para detenerla.

La responsabilidad del empleador por acoso moral en el trabajo es contractual. Ello porque puede precisarse una relación preexistente entre sujetos determinados. El empleador es responsable por los daños padecidos por el trabajador, a raíz del incumplimiento de obligaciones patronales, siendo aplicable en el caso uruguayo, el artículo 1342 y siguientes del Código Civil, esto es, la responsabilidad contractual⁷⁶.

2.5 Responsabilidad reparatoria de la persona que comete el acoso moral

La persona que comete las conductas de acoso responderá ante la víctima por el daño que le causó. Si la indemnización está especificada en la ley, se ajustará a ella. Si no hay ley sobre el punto, el reclamo de la reparación del daño ocasionado por un compañero de la víctima, se fundará en las normas de la responsabilidad civil extracontractual (art. 1319 del Código Civil).

2.6 Daños que se reparan

El acoso puede ocasionar daños morales o materiales al trabajador. Por lo general el daño que se ocasiona es moral por lesión a la dignidad de la persona. En casos excepcionales también pueden existir daños patrimoniales.

Si hay daño a la salud del trabajador (lesión física o psíquica derivada del trabajo), podrá configurarse accidente de trabajo o una enfermedad profesional. Considero que el daño a la salud provocado por el acoso moral en el trabajo (daño físico y/o psíquico) debe ser cubierto por el sistema de reparación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales⁷⁷. La solución varía en cada país.

⁷⁶ En el derecho italiano DEL PUNTA señala que en caso de mobbing el empleador será responsable del daño no patrimonial por violación del art. 2087 del Código Civil (que impone al empleador proteger la integridad física y la personalidad moral del trabajador); la responsabilidad será contractual directa en el caso del mobbing vertical, e indirecta por omisión de vigilancia en el mobbing horizontal, *Diritto del Lavoro*, Giuffré Editore, Quinta edizione, Milano 2012, p. 521.

⁷⁷ En caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, la responsabilidad patronal es objetiva, en lo que tiene que ver con la indemnización tarifada.

A) Daño moral. La cuestión del acoso moral en el trabajo ha aparejado relevantes cambios en lo que tiene que ver con la reparación del daño moral. Se admite que el acoso moral laboral causa daño moral, que debe repararse y así lo han establecido leyes específicas en muchos países, o ha sido recogido por la jurisprudencia.

El trabajador podrá considerarse indirectamente despedido y reclamar la indemnización del daño moral, o mantener el trabajo y solicitar se indemnice el perjuicio moral.

Tratándose de acoso cometido por un compañero de trabajo, la víctima podrá iniciar una acción contra el colega, solicitando la reparación del daño moral de acuerdo a la responsabilidad extracontractual, sin perjuicio, según el caso, de reclamar contra el empleador por incumplimiento de obligaciones a su cargo.

Debe tenerse presente -como ya se señaló- que no todo daño moral es susceptible de reparación, sino que debe tener entidad suficiente, ya que la simple molestia o disgusto no es objeto de reparación en el derecho.

-Prueba del daño moral

Teniendo en cuenta que el acoso moral lesiona derechos de la personalidad no es necesario probar la existencia del daño moral, ello porque la violación del derecho jurídicamente protegido permite presumir la existencia del daño (*in re ipsa*). Por ejemplo, no es necesario acreditar el daño moral que produce la lesión al honor o a la reputación. Esta conclusión se basa en la idea de que los actos que resultan probados causan daño moral a la víctima, teniendo en cuenta el estándar del hombre medio.

En Uruguay, si el Juez llega a la conclusión de que existió acoso moral, entiende que dichos actos ocasionaron un daño moral que debe ser indemnizado. De todos modos, las sentencias señalan que los hechos probados afectaron a la víctima causando angustia y depresión.

- Estimación del monto del daño moral

La forma de cuantificar el daño moral por mobbing puede tener en cuenta la indemnización tarifada por despido o estimarse en una suma de dinero sin referencia alguna a la indemnización por despido. Pondré dos ejemplos de la jurisprudencia uruguaya para apreciar las distintas formas de cuantificar el daño moral en caso de mobbing:

a) Estimación en unidades de indemnización por despido. El Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 2º Turno en sentencia N° 171 de 9.6.2010 condenó al empleador a pagar por daño moral \$ 1.500.000 (el doble de una indemnización por despido), que la misma sentencia

calculó según el valor del dólar al día de la misma en U\$S 74.428, en el caso de un empleado de un banco que había sido marginado en su trabajo⁷⁸.

b) Estimación en una suma de dinero, sin referencia alguna a la indemnización por despido. El mismo Tribunal en sentencia N° 146/2011 de 20.5.2011 condenó a pagar por daño moral \$ 100.000 (cien mil pesos uruguayos) a cada trabajadora, más actualización e intereses legales, en caso de acoso discriminatorio por raza⁷⁹.

En los dos ejemplos mencionados, con diferente sistema de estimación del daño, se observa que los montos del daño moral son más elevados que los que se fijan en el ámbito de la justicia civil. La forma de estimar el monto del daño moral en unidades de indemnización por despido apareja una importante elevación del quantum resarcitorio. En especial si se lo compara con los montos del daño moral que por lo general condenan los jueces por el dolor por el fallecimiento de un familiar⁸⁰.

Los jueces no siempre indican las consideraciones que han tenido en cuenta para fijar el monto de la indemnización del daño moral (en una, dos o tres unidades de la indemnización común por despido, o en determinada suma de dinero). Por lo general, los reclamantes acreditan en el juicio la enfermedad que padecen contraída por el acoso moral, o el tratamiento psicológico que han debido seguir a raíz del proceso de acoso, de lo que se extraen elementos para la cuantificación del daño.

Las sentencias también hacen referencia al principio de primacía de la realidad y de razonabilidad en la estimación del daño moral⁸¹.

B) Daño patrimonial. El acoso moral en el trabajo también puede ocasionar daño patrimonial al trabajador. Deberá especificarse en qué consiste dicho daño, y probarse la existencia del mismo y su monto. En jurisprudencia uruguaya, en las sentencias relativas al mobbing en las que se hace referencia al daño material, por lo general se rechaza la indemnización de este perjuicio, por no resultar probado en el caso concreto.

2.7 Tercerizaciones

⁷⁸ Se entendió que se configuró “mobbing” por la privación paulatina de funciones, sin nada que hacer durante dos años, lo que afectó la salud del trabajador. Condena por el daño moral causado por ejercicio ilegítimo del poder de dirección. En: bjn.poderjudicial.gub.uy

⁷⁹ En: bjn.poderjudicial.gub.uy

⁸⁰ Ver Parte Segunda, Capítulo IV) Daños por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, núm. 3.4.

⁸¹ Por ejemplo, el Tribunal de Apelaciones del Trabajo 2do turno entendió en la sentencia N° 171/2010 (citada en nota 36), que la suma fijada era acorde al principio de primacía de la realidad y de razonabilidad teniendo en cuenta: el tiempo de trabajo del actor, su conducta intachable y las vicisitudes que debió enfrentar al ser postergado en su carrera. También aparece mencionado el principio de razonabilidad y proporcionalidad en la sentencia del Tribunal Superior de Trabajo de Brasil citada en nota 37.

A mi modo de ver, la responsabilidad de la empresa principal en caso de tercerizaciones (leyes N° 18.099 y N° 18.251) no comprende la responsabilidad reparatoria por acoso moral. Ello porque la empresa principal no puede ser responsable de obligaciones laborales de otras empresas cuyo cumplimiento no puede controlar.

El sistema de responsabilidad establecido por dichas leyes indica en forma clara los documentos cuya exhibición puede exigir la empresa principal para no ser responsabilizada en forma subsidiaria o solidaria. En el caso de la responsabilidad por acoso moral, no hay documentos que puedan ser controlados por la empresa principal.

Por ello si hay acoso moral cometido por ejemplo, por un trabajador de una empresa subcontratista respecto de otro trabajador de la misma, la empresa principal no será responsable de acuerdo a las leyes de tercerizaciones, dado que no responderá si no puede controlar. Por el contrario, en el caso de trabajadores de una empresa suministradora que laboren bajo las órdenes de la empresa principal, existirán obligaciones directas de ésta en lo que tiene que ver con la protección de los trabajadores bajo su dirección.

Pueden presentarse diferentes situaciones que involucren a trabajadores de distintas empresas cuando se desempeñan en el mismo lugar de trabajo. En estos casos, la responsabilidad de la empresa principal puede configurarse si incumple obligaciones relativas a la protección del daño en el ambiente de trabajo, respecto de los trabajadores bajo su dirección.

2.8 Competencia de la Justicia del Trabajo en reclamos de daños por mobbing

Corresponde que la justicia del trabajo entienda en los asuntos en los que se reclama el resarcimiento del daño provocado por acoso moral en el trabajo. Aún cuando se trate de un reclamo dirigido exclusivamente contra un trabajador (autor del acoso moral) y que el fundamento de la reclamación del daño moral se encuentre en la responsabilidad extracontractual, de todos modos, queda comprendido en la noción de “asuntos originados en conflictos individuales de trabajo” fórmula empleada por la ley N° 18.572 de 13.9.2009 (art. 2) para establecer la competencia material de la justicia del trabajo. El concepto de conflicto individual de trabajo no se encuentra limitado al conflicto entre un trabajador y un empleador. En el caso, el conflicto se originó en las relaciones que tienen lugar en el ambiente de trabajo.

No interesa que el fundamento del reclamo sea una norma del derecho civil. Ha señalado la Suprema Corte de Justicia que es indiferente en esta cuestión la norma que se invoque.

3. ACOSO SEXUAL. Reparación del daño

En la actualidad son muchos los países que cuentan con una ley sobre acoso sexual en el trabajo. Por lo general estas leyes definen el acoso sexual e indican el monto de la

indemnización a la que tiene derecho el trabajador. Si no existe ley sobre el tema que establezca la reparación del daño por acoso sexual, corresponde seguir el razonamiento que expuse precedentemente con relación al acoso moral en el trabajo para admitir el resarcimiento del daño por el derecho común.

El régimen de reparación del daño ocasionado por acoso sexual en las relaciones laborales (y en las de docencia) se encuentra regulado en la ley N° 18.561 de 11.9.2009, aplicable al sector privado y al público. La ley prevé la indemnización del daño a la que tiene derecho la víctima, e indica los sujetos responsables. En forma expresa dicha ley dispone que se indemniza el daño moral con una suma de dinero, lo que constituye un avance en lo que tiene que ver con el reconocimiento en la ley de que el daño moral es susceptible de reparación en dinero.

3.1 Responsabilidad del empleador por acoso sexual. La ley prevé en su art. 4 la responsabilidad del empleador por acto propio, por acto de las personas que ejercen en su representación del poder de dirección, por acto del dependiente y por acto de otras personas vinculadas al lugar de trabajo.

a) Acto propio. Acto de las personas que lo representen. El empleador es responsable si es el autor del acoso sexual (art. 4). En el caso de que el acoso lo haya cometido un supervisor o un jefe, considero que el empleador es responsable aún cuando no haya tenido conocimiento de la situación, dado que estos trabajadores “representan” al empleador en el ejercicio del poder de dirección.

El empleador tiene a su cargo obligaciones de prevención, protección y sanción del acoso sexual (art. 6). La jurisprudencia laboral hace responsable al empleador por incumplimiento de las obligaciones que le impone la ley, entre otras: adoptar una medida eficaz luego de conocida la situación, contener a la víctima durante la investigación, sancionar al trabajador que cometió el acoso⁸².

b) Acto del dependiente. De acuerdo al art. 4 inciso 2do, el empleador responde por “acto del dependiente” pero sólo si estaba en conocimiento de la situación y no adoptó medidas para corregirla. Considero que esta disposición refiere a los dependientes que no ejercen en representación del empleador el poder de dirección.

c) Acto de persona vinculada al lugar de trabajo. El empleador responde si estando en conocimiento de la conducta de acoso no tomó medidas para corregirla (art.4).

3.2 Responsabilidad del sujeto que cometió el acoso sexual. El acoso sexual puede ser cometido por jefes, por compañeros de la víctima, o por cualquier persona vinculada al

⁸² Se ha condenado al empleador cuando no sancionó al acosador, o cuando no adoptó, por ejemplo, una medida de traslado luego de la denuncia para proteger a la víctima.

lugar de trabajo. Sin perjuicio de la responsabilidad penal, el autor del acoso responde por daños y perjuicios ante la víctima, como lo indica la ley.

En varias oportunidades la jurisprudencia ha condenado a la persona que cometió el acoso sexual a pagar una indemnización del daño moral a la víctima, incluso cuando estas conductas han tenido lugar en el sector público⁸³.

3.3 Reparación del daño por acoso sexual. La ley N°18.561 reconoce el derecho a la reparación del daño sufrido por acoso sexual en las relaciones laborales, tanto en el sector privado como en el público.

A) Indemnización del daño de acuerdo a la ley N° 18.561. El trabajador puede optar entre: mantener el trabajo o considerarse indirectamente despedido.

a) Indemnización del daño moral de seis mensualidades como mínimo. Si mantiene el trabajo, podrá reclamar al “responsable” una indemnización del daño moral, indicando la norma que será una indemnización “mínima” equivalente a seis mensualidades, de acuerdo a la última remuneración del trabajador.

b) Despido indirecto. Indemnización por despido común más una indemnización de seis mensualidades. Si opta por considerarse indirectamente despedido, tiene derecho a una indemnización de seis mensualidades, que se acumula a la indemnización por despido común.

Es el primer caso en que la ley admite una indemnización del daño moral en el ámbito de las relaciones de trabajo, con la particularidad de que se la fija de modo tarifado (seis mensualidades) y se acepta su acumulación con la indemnización por despido común en caso de despido indirecto. La solución legal recoge el criterio que venía siendo sostenido por la doctrina y recibido por la jurisprudencia de admitir dicha acumulación.

B) Reparación del daño por el derecho común (si venció el plazo establecido en la ley N° 18.561). Las acciones previstas por la ley N° 18.561 requieren ser ejercidas en el plazo de treinta días, dado que de acuerdo a dicha ley se aplican algunas normas de procedimiento y plazos de la acción de amparo (arts. 4 a 10 de la ley N° 16.011 de 19.12.1988). Se trata de un plazo de caducidad.

Si venció dicho plazo, entiendo que de todos modos el trabajador podrá solicitar la reparación del daño por el derecho común, tal como lo admitía la doctrina y la jurisprudencia con anterioridad a la ley N° 18.561. Esto es, se podrá considerar indirectamente despedido, y

⁸³ El Juzgado Letrado de Flores de 2do turno en sentencia N°5/2011 (confirmada por el Tribunal de Apelaciones Civil 7° turno, sentencia N°182/2011) condenó al autor del acoso (jerarca policial) a abonar a la actora seis mensualidades por concepto de daño moral, entendiendo que dicho monto se ajustaba al daño causado a la víctima, dado que el cuadro de angustia sufrido fue superado en un breve período, teniendo en cuenta que en dos meses la actora abandonó la medicación.

reclamar además de la indemnización común por despido una indemnización del daño moral por lesión al derecho fundamental de respeto a la dignidad.

CAPÍTULO IV

DAÑOS POR ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

1. Responsabilidad del empleador por accidente de trabajo o enfermedad profesional.

La necesidad de reparar los daños en todos los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales condujo a la elaboración de una noción de “responsabilidad” distinta a la responsabilidad del Derecho Civil (o derecho común). Tanto la responsabilidad extracontractual como la contractual resultaban insuficientes para cubrir todos los infortunios del trabajo⁸⁴.

Las dificultades más importantes aparecían en los eventos producidos sin culpa del empleador. De aplicarse la responsabilidad civil quedaban sin reparar muchos accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, por lo que había que encontrar una solución al respecto⁸⁵. Se construyó entonces un nuevo concepto de “responsabilidad” diferente a la del derecho común⁸⁶, de modo de dar cobertura a todos los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Una vez más, el Derecho del Trabajo elabora conceptos jurídicos nuevos a partir de la realidad que debe atender, con soluciones protectoras.

Este nuevo concepto de responsabilidad se aleja de la idea de culpa, dado que se hace responsable al empleador aún en aquellas situaciones en los que en el accidente de trabajo o en la enfermedad profesional no interviene la culpa patronal (responsabilidad objetiva). El fundamento de la responsabilidad patronal por accidente de trabajo o enfermedad profesional fue en un primer momento la “peligrosidad” de la tarea (riesgo profesional), y luego el “riesgo de autoridad”, concepto más amplio por el cual el empleador es responsable de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en cualquier tipo de actividad y no sólo en las actividades peligrosas.

⁸⁴Ver la evolución de las diferentes nociones que se aplicaron como fundamento de la reparación del daño en accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en DE FERRARI, *Derecho del Trabajo*, vol.III, 2ª ed. Depalma, Buenos Aires, 1971, n° 293-297 pp. 355-362; PLÁ RODRÍGUEZ, *Estudios de la Seguridad Social*, FCU, Montevideo 1999, p. 205 y ss.

⁸⁵ PLÁ RODRÍGUEZ señala que sólo una cuarta parte de los accidentes obedecen a la culpa del empleador, otra cuarta parte a la culpa del trabajador, y la restante mitad se origina por caso fortuito, fuerza mayor, o por factores desconocidos, *Estudios...* cit, p. 207.

⁸⁶ Ver el concepto particular del régimen de responsabilidad del empleador en SACHET, *Tratado teórico práctico de la legislación sobre los accidentes del trabajo y las enfermedades profesionales*, cit. pp.11-12.

La responsabilidad del empleador por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales quedó conformada como un régimen particular de responsabilidad reparatoria, con normas y conceptos especiales, que se apartan del sistema de responsabilidad del Derecho Civil.

2. Fundamento de la indemnización tarifada

La extensión de la responsabilidad patronal a casos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en los que de acuerdo al derecho común el empleador se encuentra eximido de responsabilidad (accidente producido por la culpa de la víctima, caso fortuito o fuerza mayor) llevó -como contrapartida- a que el daño no se reparara en forma integral sino tarifada⁸⁷. Si el empleador es responsable en todos los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, aún en aquellos en los que de acuerdo al derecho común no sería responsable, entonces la contrapartida es la indemnización tarifada, no se repara el daño real sino en forma fija, de acuerdo a pautas establecidas de antemano por la ley.

Por ello no cabe argumentar que la reparación del daño en sede de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales es de monto menor que en el ámbito del Derecho Civil, donde la reparación del daño es integral, porque justamente el régimen de reparación del daño en accidentes de trabajo y enfermedades profesionales es particularísimo, dado que se indemniza el perjuicio en situaciones en las que -de acuerdo al Derecho Civil- no correspondería reparación alguna. Y como todo sistema previsto en la norma especial, prevalece sobre el régimen general.

Este sistema tarifado de indemnización en accidentes de trabajo y enfermedades profesionales ha recibido ajustes en varios países, admitiéndose con razón, en ciertos casos, la reparación integral del daño de acuerdo al derecho común. Por lo general, la ley se ha encargado de establecer las condiciones y requisitos para la procedencia de la acción de reparación del daño basada en el derecho común.

En Uruguay por una reforma legal del año 1989, se admite el reclamo contra el empleador en base a la responsabilidad del derecho común, en caso de culpa grave del empleador en el incumplimiento de norma de seguridad y prevención⁸⁸. De este modo, la ley diferencia al patrono que cumple la norma de seguridad y prevención, del que la incumple y provoca un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, aunque se requiere la existencia de una culpa en el grado de “grave”. En otros países, se admite la opción entre la acción civil y la laboral.

⁸⁷ Ver DE FERRARI, *Derecho del Trabajo* vol III, cit., pp. 361-362.

⁸⁸ El sistema ya admitía el reclamo por el derecho común en caso de dolo del patrono.

3. Reparación de los daños

La reparación del daño causado por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales se encuentra regulada en la ley N° 16.074 de 10 de octubre de 1989, que establece un sistema tarifado de indemnización del daño, y admite la reparación integral del daño por derecho común si se reúnen ciertos requisitos.

La responsabilidad por los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales recae en el empleador. El empleador es “responsable” de los accidentes de trabajo o enfermedades profesionales que sufran sus trabajadores, a causa del trabajo o en ocasión del mismo (art. 2).

El modelo uruguayo es de seguro obligatorio. El empleador tiene la obligación de contratar un seguro que cubre este riesgo (art. 1), y debe hacerlo en el Banco de Seguros del Estado (ente estatal que actúa en régimen de monopolio con relación a este seguro). La víctima y en su caso, sus derecho-habientes, deben dirigirse directamente contra el Banco de Seguros del Estado a solicitar las indemnizaciones que fija la ley. La responsabilidad del empleador es amplia, dado que también se indemniza el daño en caso de accidentes producidos mediante culpa del trabajador (leve o grave), o por caso fortuito o fuerza mayor (art. 9).

3.1 Indemnización tarifada. La ley N°16.074 establece la indemnización del daño a la que tiene derecho la víctima y en su caso, sus derecho-habientes. El trabajador percibe del Banco de Seguros del Estado una indemnización temporaria (2/3 partes del jornal o sueldo mensual a partir del cuarto día de ausencia)⁸⁹, y una renta en caso de incapacidad permanente mayor al 10%. El Banco de Seguros también se hace cargo de la asistencia médica y cubre los gastos médicos, odontológicos, farmacéuticos, y de transporte. Y los derecho-habientes que indica la ley, tienen derecho a una renta. Estas indemnizaciones se calculan según las pautas fijadas en dicha ley.

La reparación del daño de forma tarifada se encuentra establecida en la ley, que impide en forma expresa el reclamo por el derecho común. En efecto, el art. 7 de la ley N° 16. 074 establece que los trabajadores amparados por esta ley y en su caso sus derecho-habientes “no tendrán más derechos como consecuencia de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, que los que ella les acuerda...”. Esto es, sólo tienen derecho a la indemnización prevista en la ley. En el inciso segundo del art. 7 se reitera la misma idea, al indicar que, el patrono asegurado queda eximido “de toda responsabilidad y siendo inaplicables, por lo tanto, las disposiciones del derecho común”, es decir que se aplica

⁸⁹Si se trata de una enfermedad profesional, la indemnización diaria se calcula sobre la base de la totalidad del jornal o sueldo mensual y se percibe a partir del día siguiente del abandono de las tareas (art. 44).

únicamente este régimen particular de responsabilidad, con la salvedad que se expone a continuación.

3.2 Indemnización por el derecho común: dolo o culpa grave del empleador en el incumplimiento de norma de seguridad y prevención. La ley N°16.074 remite a la indemnización del derecho común si en el accidente medió “dolo o culpa grave por parte del patrono en el incumplimiento de normas sobre seguridad y prevención” (art. 7). En dicho supuesto, la víctima o en su caso sus derecho-habientes reclamarán al Banco de Seguros del Estado la indemnización tarifada, pudiendo solicitar al empleador la indemnización del daño no cubierto por la indemnización abonada por el Banco.

La ley N°16.074 exige dos requisitos -fuera del caso del dolo- para reclamar al empleador la indemnización del daño por el derecho común: a) el incumplimiento de norma de seguridad y prevención, y b) la culpa grave del empleador en dicho incumplimiento.

A diferencia de lo que acontece en otros países, en el régimen uruguayo, es necesario que exista además del incumplimiento de una norma de seguridad y prevención, la culpa grave del empleador. De lo contrario hubiera sido suficiente con hacer mención en la ley a uno de dichos elementos (el incumplimiento de la norma de seguridad o la culpa grave) como ha ocurrido en otros sistemas.

Debe advertirse que en el texto legal la culpa grave se encuentra referida al incumplimiento de la norma de seguridad y prevención. Así el art. 7 de la ley N° 16.074 menciona la “culpa grave por parte del patrono en el incumplimiento de normas sobre seguridad y prevención”. De lo expuesto se desprende que, para admitir la indemnización del daño por el derecho común, no basta la existencia de un incumplimiento de la norma de seguridad o prevención, sino que es necesario que exista culpa grave del empleador con relación a dicho incumplimiento.

En cuanto al concepto de culpa grave, es la culpa grosera o inexcusable⁹⁰⁹¹. La noción de culpa grave del empleador en el incumplimiento de norma de seguridad y prevención refiere a un “descuido mayúsculo”, a “situaciones excepcionales, de especial gravedad, que exceden de lo regular”. El empleador responde “por la omisión de cuidados o diligencia elementales”⁹².

90 GAMARRA, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. XIX, MBA, Montevideo 1981, p. 129.

⁹¹Ver también SZAFIR, Dora., “Acción subsidiaria en materia de accidentes de trabajo y enfermedades Profesionales”, *Anuario Derecho Civil Uruguayo*, T. XXIV, FCU, Montevideo, 1993.

⁹²Es también la postura de la jurisprudencia laboral. Entre otras, Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2° turno sentencia N° 62 de 8.3.2007, *Anuario de Jurisprudencia Laboral 2007*, Montevideo, caso 27.

Algunos criterios a tener en cuenta para delimitar la procedencia de la indemnización del daño por el derecho común son los siguientes:

a) *Debe existir un incumplimiento grosero de la norma de seguridad.* Como la culpa grave -que es la grosera o inexcusable- refiere de acuerdo al texto legal al incumplimiento de la norma de seguridad, debe tratarse de un incumplimiento grosero de la medida de seguridad, o de la omisión de medidas “elementales” de seguridad⁹³. De todos modos, del estudio de la jurisprudencia uruguaya se desprende que en muchos casos los jueces condenan al empleador a reparar el daño no indemnizado por el Banco de Seguros del Estado en situaciones en las que sólo existe culpa leve patronal, con lo que se amplía la responsabilidad del empleador.

b) *El modelo del hombre a tener en cuenta en la “culpa grave” no es el del buen padre de familia.* La culpa admite tres grados: leve, levísima y grave. El modelo abstracto de hombre a considerar para efectuar la comparación con el comportamiento del agente del daño es distinto en cada grado de culpa. En la culpa leve el modelo a tomar en cuenta es el del buen padre de familia, en la culpa levísima el hombre muy cuidadoso, y en la culpa grave el hombre grosero o descuidado⁹⁴. El art. 7 de la ley N° 16.074 requiere la existencia de “culpa grave”, por lo que la conducta a comparar por el Juez no es la que hubiera observado el buen padre de familia (que refiere a la “culpa leve”), sino la del hombre grosero o descuidado⁹⁵.

c) *El grado de la culpa no puede ser medido por el resultado del accidente.* El grado de la culpa no puede ser determinado por las consecuencias del accidente, sino que debe ser apreciado según la conducta del agente⁹⁶.

Tratándose de un *menor de edad*, si el accidente o la enfermedad profesional tiene lugar realizando tareas prohibidas o encontrándose en sitio en el que esté prohibida su presencia, no es necesario probar la culpa grave del empleador, dado que el art. 190 inciso 2 del Código de la Niñez y Adolescencia establece que en dichas situaciones “se considera” culpa grave patronal. La norma admite que el empleador pueda eximirse de responsabilidad, si acredita que el menor se encontraba “circunstancialmente en el lugar” y “sin conocimiento” de la persona habilitada para permitir su acceso.

En el caso de *accidente producido por un tercero*, la indemnización del daño es integral de acuerdo a lo dispuesto por el art. 12 de la ley N° 16.074. Además del pago de la indemnización tarifada por el Banco de Seguros del Estado, la víctima o en su caso sus

⁹³ En este sentido Suprema Corte de Justicia sentencias N° 72/2001, N° 1/2004, N° 269/2005.

⁹⁴ Ver GAMARRA, *Tratado...* cit., T XIX, pp. 127-130.

⁹⁵ La Suprema Corte de Justicia sostiene que la conducta a considerar es “la que habría observado el hombre grosero o descuidado”, sentencia N°106 de 22.6.2011, *Anuario de Jurisprudencia Laboral* 2001, caso 18.

⁹⁶ Ver MAZEAUD, *Lecciones de derecho civil*, Parte Segunda, Vol. II Buenos Aires 1978, p. 125. En el mismo sentido Tribunal de Apelaciones del Trabajo de Primer Turno sentencia N° 268 de 4.6.96.

derecho-habientes conservan el derecho a reclamar contra el tercero, los daños no cubiertos por el Banco de Seguros del Estado, con base en el Derecho Civil

3.3 Culpa de la víctima. Culpa compartida. Tratándose de una responsabilidad en base al derecho común, resultan aplicables las eximentes de la responsabilidad civil⁹⁷, como la culpa de la víctima. Así lo recoge la jurisprudencia laboral, que acepta la culpa de la víctima como eximente de la responsabilidad del patrono⁹⁸.

Puede ocurrir que en el accidente de trabajo o enfermedad profesional haya intervenido el hecho de la víctima, pero también la culpa grave del empleador en el incumplimiento de norma de seguridad y prevención. En ese caso estaremos ante una situación de culpa compartida. La jurisprudencia laboral en muchos casos ha admitido la culpa compartida, esto es, la culpa de la víctima y la culpa grave del empleador en el incumplimiento de norma de seguridad y prevención, fijando en la sentencia el porcentaje de la culpa que le correspondió a cada uno, condenado a la empresa a reparar el daño en el porcentaje asignado⁹⁹.

3.4 Daños que se reparan en base a la responsabilidad del derecho común. El accidente de trabajo o la enfermedad profesional pueden causar al trabajador una incapacidad temporal, una incapacidad permanente o la muerte. Como vimos, si medió dolo o culpa grave del empleador en el incumplimiento de normas de seguridad y prevención, la víctima o en su caso sus derecho-habientes podrán reclamar contra el patrono los daños no cubiertos por la indemnización que abona el Banco de Seguros del Estado. Por lo general se reclama la indemnización del daño moral, aunque también son frecuentes las solicitudes de lucro cesante.

A) DAÑO MORAL. a) Concepto. El daño moral está constituido por el dolor, la angustia, la aflicción física o espiritual. La jurisprudencia laboral recoge un concepto amplio del daño moral proveniente del accidente de trabajo o la enfermedad profesional. La noción que se admite no sólo abarca el dolor y el sufrimiento, sino que refiere a todo daño no patrimonial. Se atiende a la naturaleza del derecho, bien o interés lesionado para calificar el daño¹⁰⁰.

⁹⁷ Conforme CAUMONT, Arturo, "Aportes para el estudio de la responsabilidad por accidentes en ocasión o a causa del trabajo", *ADCU*, XXVII, FCU, Montevideo 1996, p. 454.

⁹⁸ Por todas, Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1er Turno sentencia N° 433 de 13.8.2003, *Anuario de Jurisprudencia Laboral* 2003 caso 46.

⁹⁹ Por ejemplo, el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1er turno entendió en el caso de un trabajador alcoholizado que no usó cinturón de seguridad en altura, que existió concurrencia de culpas, correspondiendo un 50% y al empleador un 50% a la víctima (sentencia N°178 de 9.4.2003).

¹⁰⁰ Tribunal de Apelaciones del Trabajo 3°, sentencia N°44 de 10.2.2012, *Anuario de Jurisprudencia Laboral* 2012 caso 29.

b) Prueba. En caso de fallecimiento del trabajador, se presume la existencia del daño moral -dolor profundo- que padecen los familiares (cónyuge, hijos, padres, hermanos). Se considera que ante la pérdida de un ser querido toda persona sufre un daño moral que debe ser indemnizado. Si bien no se requiere la prueba de la existencia del daño moral, de todos modos cabe la prueba de las circunstancias que pueden dar lugar a una disminución del monto del daño moral.

Tratándose de incapacidad del trabajador, también se presume la existencia de dolor o sufrimiento, teniendo en cuenta el tipo de lesiones, el período de internación, la incapacidad sufrida a raíz del accidente, etc.

c) Pautas para estimar el monto. El daño moral debe estimarse teniendo en cuenta las particulares del sujeto que lo padece. En el caso de fallecimiento, se toma en cuenta la edad del trabajador fallecido, el vínculo de parentesco del reclamante con la víctima, si vivían en la misma morada, etc.

En el caso de lesiones, se considera la incapacidad con la que quedó el trabajador, su edad, el sufrimiento que debió afrontar por el tipo de lesiones o por el período de tiempo en el que estuvo internado o por las intervenciones quirúrgicas que se le practicaron, los daños en la vida de relación y las pérdidas por la nueva condición de vida, etc. ^{101 102}.

d) Monto. La fijación del monto del daño moral es discrecional del juez, aunque dicha estimación no puede ser arbitraria. El juez toma en cuenta las circunstancias del caso concreto (pautas de estimación) como la edad de la víctima o del reclamante, como vimos precedentemente. Es común que el monto se fije en dólares estadounidenses. A continuación se señalan algunos montos del daño moral fijados por la jurisprudencia laboral y las circunstancias del caso concreto que se tuvieron en cuenta.

- Daño moral en caso de fallecimiento del trabajador.

- *Trabajador de 26 años de edad. Reclamó el cónyuge y dos hijos.* El Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2do turno en sentencia 73/2000 fijó el monto del daño moral para la cónyuge en U\$S 30.000 y en U\$S 15.000 para cada hijo (dos hijos uno de tres años y otro

¹⁰¹ Por ejemplo, el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2º turno en sentencia. 454/2012 señaló que la víctima era padre de familia con hijos a cargo, que sufrió una lesión seria en su visión, a raíz de la cual quedó sin trabajo, *Anuario Jurisprudencia Laboral* 2012 caso 244.

¹⁰² El Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1er turno en sentencia 542/2012 tuvo en cuenta que el trabajador era joven (19 años de edad), que hacía sólo cuatro meses que había empezado a trabajar como peón, que carecía de capacitación para realizar otras tareas y que quedó con una incapacidad del 100% para trasladarse con sus propios medios (pérdida definitiva de su capacidad de caminar y todas las pérdidas asociadas a esa nueva condición de vida), gran daño emocional y moral porque soportó largo período de internación. Se estimó dicho daño en U\$S 60.000, *Anuario Jurisprudencia Laboral* 2012 caso 248.

póstumo). La víctima tenía 26 años de edad al igual que su cónyuge, con un matrimonio de cuatro años¹⁰³.

-Trabajador de 18 años de edad. Reclamaron ambos progenitores. El Tribunal de Apelaciones del Trabajo en sentencia 341/2003 tuvo en cuenta que el hijo tenía 18 años de edad, y consideró que la muerte de un joven da lugar a una indemnización mayor por la expectativa de sobrevida y porque la psiquis soporta mejor el dolor si la víctima superó la edad promedio de vida. Fijó la condena en U\$S 20.000 para cada progenitor. Si bien los padres estaban divorciados y la víctima vivía con su padre y aportaba económicamente a dicho hogar, se acreditó que la madre visitaba con frecuencia al hijo. El Tribunal entendió que dicho monto es adecuado “en tanto sigue la línea tendencial de nuestros tribunales” y cita sentencias civiles.

Como vemos, la jurisprudencia laboral toma en cuenta las estimaciones realizadas por la jurisprudencia civil, aunque en algunas sentencias laborales los montos de condena del daño moral son más elevados.

- Daño moral por incapacidad

- Parapléjico. La Suprema Corte de Justicia consideró en sentencia 414/2013 que el monto de U\$S 60.000 por daño moral en el caso de un trabajador que quedó parapléjico a raíz del accidente no es arbitrario ni irracional por lo exorbitante, teniendo en cuenta las graves lesiones y la incapacidad definitiva¹⁰⁴.

- Incapacidad del 100%, pérdida de la capacidad para caminar. El Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1er turno en sentencia 542/2012 condenó a pagar U\$S 60.000 a un gran discapacitado (quedó con una incapacidad del 100%, pérdida definitiva de la capacidad para caminar)¹⁰⁵.

- Pérdida de uno de los dedos. El Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3er turno en sentencia de 2013 condenó a abonar \$ 40.000 (pesos uruguayos) por la pérdida de uno de los dedos, y señaló que un monto mayor hubiera requerido otra prueba (la pericial)¹⁰⁶.

B) DAÑO PATRIMONIAL. B.1) Daño emergente. No es frecuente que existan daños patrimoniales sin reparación -salvo el lucro cesante que se estudia por separado- dado que, el Banco de Seguros del Estado dentro de la cobertura del seguro obligatorio, se hace cargo de la

¹⁰³ *Anuario Jurisprudencia Laboral* 2000 caso 29. El Tribunal entendió que la pretensión de U\$S 35.000 por la cónyuge y U\$S 25.000 por cada hijo no se ajustaba “a los parámetros dados por la jurisprudencia y recogidos por la doctrina”.

¹⁰⁴ *Anuario de Jurisprudencia Laboral* 2013, caso 19.

¹⁰⁵ *Anuario de Jurisprudencia Laboral* 2012, caso 248.

¹⁰⁶ *Anuario de Jurisprudencia Laboral* 2013, caso 29.

asistencia médica, la que comprende los gastos médicos, odontológicos, farmacéuticos, el suministro de aparatos ortopédicos y la renovación normal de los accesorios que se requieran para el tratamiento¹⁰⁷.

B.2) Lucro cesante. No en todos los casos existirá lucro cesante a reparar en el caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, dado que el Banco de Seguros del Estado abona una indemnización temporaria por incapacidad temporal, y en el caso de incapacidad permanente una renta. Y la renta es “igual a la reducción que la incapacidad haya hecho sufrir al sueldo o salario” (art. 25 de la ley N° 16.074). Podrá existir lucro cesante que corresponda indemnizar cuando, por ejemplo, la renta otorgada por el Banco de Seguros del Estado es de monto inferior al salario¹⁰⁸.

a) Estimación del monto del lucro cesante. Varias cuestiones se plantean en torno a la estimación del lucro cesante, como por ejemplo, la determinación del método de cálculo y de la fecha hasta la que corresponde estimarlo, si corresponde descontar de dicho cálculo las pensiones o jubilaciones que se perciban a raíz del accidente de trabajo o enfermedad profesional. En estos puntos, por lo general, la jurisprudencia laboral sigue los criterios de la doctrina y jurisprudencia civil, aunque también aparecen en las sentencias algunas soluciones particulares que tienen que ver con las interpretaciones que predominan en la disciplina y/o en la jurisprudencia especializada.

Respecto del método de cálculo, se exige no sólo controvertir el método escogido por la parte actora y sino también realizar el cálculo correspondiente¹⁰⁹. En cuanto a si corresponde descontar del lucro cesante las pensiones o jubilaciones que recibe la actora, la jurisprudencia laboral admite dicho descuento, dado que de otro modo se duplicaría la indemnización del daño, siguiendo la idea de que la finalidad que se persigue es el resarcimiento del daño¹¹⁰. Con relación a la fecha hasta la que corresponde calcular el lucro cesante, por lo general las sentencias laborales la fijan en 65 años de edad, situando en dicha edad la expectativa “real” de actividad laboral.

b) Prueba. En la jurisprudencia hay coincidencia en sostener que la carga de la prueba le corresponde a la parte actora. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que hay rubros que se toman en consideración en el cálculo del lucro cesante cuya prueba debe ser aportada por el empleador. Así en alguna sentencia se sostiene que de acuerdo al “principio de disponibilidad

¹⁰⁷ Así se dispone en el art. 11 de la ley N° 16.074.

¹⁰⁸ El Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1er turno en sentencia N° 424 de 15.12.2010 condenó a la empleadora a indemnizar el lucro cesante en un caso en el que la renta obtenida del Banco de Seguros del Estado era de monto menor al salario que percibía el trabajador, *Anuario de Jurisprudencia Laboral* 2010, caso 31.

¹⁰⁹ El Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1er turno en sentencia N° 380/2011, admitió el método utilizado por la actora porque la demandada, si bien sostuvo que el método adecuado era el de matemáticas financieras, no efectuó cálculo alguno.

¹¹⁰ Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1er turno, sentencia N° 380/2011. En: bjn.poderjudicial.gub.uy

del medio probatorio” el monto de los ingresos y las horas y días laborados corresponde al empleador acreditarlos, y si la demandada no aportó prueba de ello, se admite el promedio anual y los montos de licencia, salario vacacional y aguinaldo alegados por el actor”¹¹¹.

c) Criterios para su examen en casación. La Suprema Corte de Justicia considera que la determinación del método para calcular el lucro cesante (capital o renta) es una facultad discrecional de los Tribunales de mérito (entre otras sentencia 414/2013)¹¹², por lo que la Corte no se pronuncia sobre este punto en casación. La Corte interviene respecto de la base de cálculo, teniendo en cuenta el sistema escogido por el Tribunal.

CAPÍTULO V

DAÑOS POR NO PAGO DE RUBROS SALARIALES

En algunos sistemas, la ley laboral establece la obligación del empleador de abonar daños y perjuicios en caso de que adeude rubros salariales al trabajador. Las soluciones legales no son idénticas. El no pago de una prestación de naturaleza salarial puede dar lugar no sólo a daños y perjuicios, sino también a multas, actualización, intereses, etc.

En el caso uruguayo, si el empleador es condenado al pago de *salarios* “deberá los daños y perjuicios emergentes del no cumplimiento de su obligación”. Estos daños son fijados por el Juez en la sentencia, según indica la ley N°10.449 de 12.11.1943 (art. 4), y no pueden ser evaluados en más del cincuenta por ciento del monto de los salarios debidos.

Se trata de una norma que tiene aplicación a diario en los tribunales, dado que la ley ordena al Juez en caso de condena de pago de salarios, a fijar en la sentencia estos daños y perjuicios. La ley N°10.449 art. 4 indica las pautas a tener en cuenta para la estimación de los daños y perjuicios por el Juez: el número de familiares a cargo del trabajador perjudicado, el tiempo durante el cual el trabajador no percibió el salario mínimo correspondiente, y la diferencia entre la tasa de los salarios acordados con el trabajador según planilla y la que corresponde de acuerdo a la ley o a los Consejos de Salarios.

Si bien esta disposición refiere sólo a “salarios mínimos”, la jurisprudencia en una postura interpretativa amplia, condena al pago de estos daños y perjuicios en todo caso de condena de rubros que tengan naturaleza salarial (por ejemplo, horas extras, licencia, salario vacacional, aguinaldo, etc.).

¹¹¹ Ver nota 110.

¹¹² *Anuario Jurisprudencia Laboral* 2013, caso 28.

En cuanto a la naturaleza jurídica de este rubro, se trata de una indemnización de daños, dado que ordena tener en cuenta para su estimación, el número de familiares a cargo del trabajador y el tiempo durante el cual se mantuvo el incumplimiento. Son -tal como reza la disposición- daños y perjuicios por el no cumplimiento de la obligación.

CAPÍTULO VI

DAÑOS POR INCUMPLIMIENTO DE NORMAS DE SEGURIDAD SOCIAL

En caso de que el empleador incumpla normas de seguridad social considero que procede la aplicación de la responsabilidad del derecho común. Existe vacío en la norma laboral -por lo menos en Uruguay- y con la integración de las normas civiles de la responsabilidad no se contravienen institutos, ni conceptos del Derecho Laboral.

El fundamento de derecho de la obligación de reparación del empleador se encuentra en el artículo 1342 del Código Civil que prevé la obligación de reparar los daños derivados del incumplimiento contractual. En la situación que estamos analizando, se violan normas legales que establecen obligaciones a cargo del empleador, que se aplican en el contrato de trabajo¹¹³.

La vigencia de las normas de la responsabilidad del derecho común al caso del incumplimiento de la norma de seguridad social, implica admitir la reparación de todos los daños que se hubieren ocasionado, esto es, los daños patrimoniales y morales. Como en toda situación de reclamo de daños y perjuicios fundado en las normas de la responsabilidad civil, es necesario indicar y probar los daños que se reclaman y sus montos.

Tratándose de daño patrimonial, éste requiere prueba de su existencia y de su monto. En el caso de daño moral, podrá -según el caso- presumirse su existencia. Respecto de la cuantificación del daño moral, el trabajador precisará el monto en la demanda y será fijado por el Juez en la sentencia.

No corresponde estimar el monto del daño en el equivalente a los aportes de seguridad social no vertidos al organismo de seguridad social. El sistema de seguridad social es de orden público, por lo que las contribuciones especiales de seguridad social deben pagarse a dicho organismo. Cuestión distinta es reclamar por el daño moral padecido por el trabajador al no estar inscripto en la seguridad social o por figurar con un salario más bajo que el que percibe.

¹¹³ MANGARELLI, “Daños y perjuicios derivados del incumplimiento del empleador de normas relativas a la seguridad social”, *Derecho Laboral*, N° 186, Montevideo 1997, pp.373- 378.

Se ocasionan daños al trabajador que deben ser reparados de acuerdo al derecho común, cuando al encontrarse enfermo no percibe el subsidio por enfermedad por no estar inscripto en la seguridad social. En ese caso, el monto del daño será el equivalente al monto del subsidio por enfermedad que no recibió.

La Suprema Corte de Justicia a partir de la sentencia N° 271 de 23 de diciembre de 2005 admite la reparación del daño por incumplimiento de normas de seguridad y prevención, de acuerdo al derecho común. En dicha sentencia la Corte condenó al empleador al pago de “daños y perjuicios por no afiliación a la Seguridad Social”. Entiende que si hay incumplimiento de la obligación legal del empleador de afiliar a su trabajador a la Seguridad Social se aplica la consecuencia prevista en el artículo 1342 del Código Civil, por lo que el incumplidor debe resarcir los perjuicios ocasionados¹¹⁴.

Debe señalarse que pese a esta postura de la Suprema Corte de Justicia que hoy se mantiene, la jurisprudencia de los Juzgados de primera instancia y de los Tribunales de Apelaciones se encuentra dividida en torno a esta cuestión, dado que una corriente niega la procedencia de la reparación de daños por incumplimiento de normas de seguridad social, indicando que el trabajador en cualquier momento puede acudir al organismo de seguridad social y denunciar la situación, y otra corriente la admite.

CAPÍTULO VII

DAÑOS EN LAS ETAPAS PRECONTRACTUAL Y POST-CONTRACTUAL

1. Etapa precontractual. Diversas obligaciones deben cumplirse en la etapa precontractual respecto del postulante a un empleo. En primer lugar, quien va a contratar trabajo subordinado debe conducirse en la etapa previa a la suscripción del contrato de trabajo de acuerdo a la buena fe.

Además, rigen limitaciones respecto de los datos personales que se pueden requerir al postulante al empleo, y prohibiciones relativas a solicitar algunos exámenes médicos como condición para acceder al empleo, debiendo actuar sin discriminación alguna.

De configurarse incumplimientos de normas legales o de la obligación de obrar de buena fe que se debe observar en la etapas previas a la celebración del acuerdo, y se ocasionen daños ciertos y de entidad al postulante al empleo, corresponde su reparación por aplicación de los principios generales de la responsabilidad del derecho común, que

¹¹⁴ La Corte reitera la misma posición en sentencia N° 84 de 3 de mayo de 2010, en la que condena a pagar daños y perjuicios “por insuficiencia de aportación a la seguridad social”. La sentencia fija el monto de los daños y perjuicios, admitiendo la liquidación presentada por el actor (U\$S 1.584). La insuficiencia de aportación tuvo lugar por no abonar los aumentos del salario fijados por los Consejos de Salarios.

establecen que todo daño causado por una ilicitud debe repararse¹¹⁵. Salvo que existan normas específicas que indiquen las consecuencias jurídicas de dichos incumplimientos, en cuyo caso la reparación deberá seguir lo establecido en la norma especial.

La divulgación ilícita de la información personal suministrada por el postulante a un empleo, si causa daños, apareja la obligación de reparación de los mismos. También en el caso de divulgación no autorizada de los resultados de los exámenes médicos o de las pruebas psicológicas. Algunas leyes de protección de datos personales admiten en ciertos supuestos la reparación de daños, las que por su carácter general comprenden los datos aportados por el postulante a un empleo. Aún cuando no exista disposición expresa, procede la reparación del daño de acuerdo la responsabilidad del derecho común como vimos.

2. Etapa post-contractual. Luego de la extinción de la relación de trabajo pueden ocasionarse daños al trabajador por actos ilícitos (o incumplimientos) de su ex empleador. Por ejemplo, en el caso de una publicación posterior al despido en un boletín de la empresa en el que se agravia al trabajador despedido¹¹⁶. En este supuesto, resultaría procedente la reparación del daño moral por lesión a la dignidad y al honor. De haberse producido daño patrimonial, también corresponderá su reparación. El fundamento de la obligación de reparación será la responsabilidad del derecho común. Se ha violado en el caso la obligación de conducirse de buena fe respecto del ex contratante, por lo que la responsabilidad será contractual.

Entiendo que el reclamo debe plantearse ante la justicia del trabajo, teniendo en cuenta que el asunto se encuentra vinculado a una relación laboral -aunque finalizada-, por lo que queda comprendido en el concepto de “asunto originado en un conflicto individual de trabajo”, noción que determina la competencia material de la justicia laboral en Uruguay.

CAPÍTULO VIII

RESPONSABILIDAD DEL TRABAJADOR POR DAÑOS

¹¹⁵ VAZQUEZ VIALARD afirma que en el período previo a la celebración del contrato las partes deben conducirse de buena fe, y se aplican las normas generales de no dañar a otro, ob. cit. p.15. En sentido similar SEMPERE NAVARRO y SAN MARTÍN MAZZUCCONI admiten la responsabilidad por incumplimiento de tratos preliminares, *La indemnización por daños y perjuicios...* cit., pp.161-162.

¹¹⁶ Es el caso de la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de Argentina (acuerdo plenario n° 168) de 18.10.1971 en la que se admitió la responsabilidad patronal por un acto posterior al despido por violación del deber contractual de previsión. Ver dictamen de Humberto PODETTI (Procurador General del Trabajo) previo a la sentencia y fundamentos de Justo LOPEZ en el fallo, en *Revista Derecho del Trabajo*, Buenos Aires 1971, pp. 816 y 820 respectivamente.

Con relación a si el trabajador responde ante el empleador por los daños que el incumplimiento de sus deberes le provoca, se han planteado distintas posturas. Algunos entienden que resulta aplicable la responsabilidad civil teniendo en cuenta que se trata de un contrato, por lo que responderá en caso de incumplimiento contractual que cause daño¹¹⁷. En el otro extremo, se sostiene que la existencia de la facultad disciplinaria que es particular del contrato de trabajo, impide el reclamo de daños y perjuicios al trabajador. El empleador se encuentra habilitado a sancionar al trabajador e incluso a despedirlo por su conducta, pero no podría reclamarle el pago de los daños y perjuicios que su incumplimiento le ha ocasionado

Considero que el trabajador es responsable de los daños que su incumplimiento contractual le provoca al empleador, pero no en cualquier circunstancia. Debe tratarse de situaciones excepcionales, de especial gravedad, por lo que entiendo debe existir dolo o culpa grave del trabajador. Esto es, no basta cualquier incumplimiento o actuar negligente o descuidado del trabajador. Y además el daño debe probarse en su existencia y monto.

Debe tenerse presente que, el trabajador no asume los riesgos de la empresa, ni los riesgos que el uso normal de los bienes del empleador acarrea. Cuestión distinta es si daña los bienes que le proporcionó el empleador para el cumplimiento de sus tareas con dolo o culpa grave.

El fundamento jurídico de la procedencia de la reparación del perjuicio, se basa justamente en la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones (responsabilidad contractual), aunque con los límites precisos que se acaban de exponer.

Además del daño intencional o con culpa grave a las máquinas, materiales e instalaciones del empleador, pueden existir otras situaciones en las que el trabajador deba responder por daños y perjuicios. Por ejemplo, por violación del secreto profesional cuando ello ocasiona daños concretos al empleador. También en algunos supuestos de concurrencia desleal.

Tratándose de un *contrato a plazo* ya vimos que, en caso de ruptura anticipada por el trabajador, responderá por los daños y perjuicios que cause al empleador, salvo justa causa. Los daños deben ser reales y probarse. En cuanto a si resulta admisible la condena al trabajador del monto de daños que se obligó a indemnizar por pacto con el empleador en caso de ruptura anticipada, dependerá de la razonabilidad de la suma acordada teniendo en cuenta el tipo de tarea desempeñada, y si contó con asistencia letrada al suscribir el acuerdo.

¹¹⁷ VAZQUEZ VIALARD admite la responsabilidad reparatoria del trabajador por violación del deber de buena fe, ob. cit. p. 15. También aceptan dicha responsabilidad SEMPERE NAVARRO y SAN MARTÍN MAZZUCCONI con relación al derecho español en varios supuestos, *La indemnización por daños y perjuicios...* cit., pp.171-181.

Si el trabajador incurrió en acto antijurídico que causó *daño a un colega*, no hay argumentos ni razones en el campo del derecho del trabajo para limitar dicha responsabilidad. Responderá por todo el daño ocasionado de acuerdo al derecho común. La responsabilidad en este caso será extracontractual.

TERCERA PARTE

DAÑOS EN EL DERECHO COLECTIVO DE TRABAJO

CAPÍTULO I

PARTICULARIDADES DEL DERECHO COLECTIVO Y DAÑOS

La particularidad de los institutos del Derecho Colectivo de Trabajo y de las relaciones colectivas laborales determina que la cuestión de los daños y su reparación requiera un análisis diferente al que se realiza en el ámbito del Derecho Individual de Trabajo.

Algunos institutos llevan implícito en el ejercicio del derecho la admisión de causar daños al empleador. Daños que se consideran lícitos y por ende no dan lugar a reparación.

A ello se agrega que los conflictos entre empleadores y organizaciones sindicales con frecuencia se resuelven por vías distintas al reclamo de daños y perjuicios. De todos modos, aún cuando no sean habituales estas acciones, cabe analizar la aplicación de la responsabilidad por daños y perjuicios en el campo de las relaciones colectivas de trabajo.

La obligación de reparar el daño causado por una ilicitud puede estar prevista en una ley específica en el campo de las relaciones colectivas de trabajo, y en ese caso las consecuencias jurídicas del incumplimiento o del acto antijurídico serán las que establezca la ley especial.

En caso de que la ley nada diga al respecto, entiendo que corresponde -en principio y atendiendo a las particularidades del instituto de que se trate- aplicar las normas de la responsabilidad civil.

Debe tenerse presente que también rige en el Derecho Colectivo de Trabajo la obligación de comportarse de buena fe. En este sentido Montoya Melgar ha señalado que las

relaciones entre organizaciones sindicales y empresariales deben regirse de acuerdo a la buena fe¹¹⁸.

En Uruguay, los reclamos en la vía judicial por daños y perjuicios en el ámbito del Derecho Colectivo de Trabajo son aislados.

CAPÍTULO II

NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y DAÑOS

El convenio colectivo constituye un acuerdo entre una o varias organizaciones de trabajadores y un empleador (o un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores), que refiere a las condiciones de trabajo de los trabajadores comprendidos en la unidad de negociación, o a las relaciones u obligaciones entre las partes que lo celebran.

Tiene por tanto el convenio colectivo una base contractual (acuerdo de voluntades), y por ello resultan aplicables las normas generales de los contratos, salvo que la ley especial prevea un régimen distinto. De todos modos, no cualquier norma del derecho de los contratos será aplicable al convenio colectivo teniendo en cuenta la especificidad de este instituto, y además, la aplicación que se haga del derecho común, recibirá los ajustes del Derecho Colectivo del Trabajo.

De acuerdo a lo expuesto, las normas de la responsabilidad del derecho común serán aplicables a la negociación colectiva y al convenio colectivo, salvo que exista disposición especial que lo impida, estableciendo una solución particular.

- Daños en la etapa de negociación

Las partes están obligadas a negociar de buena fe. Por lo general, este deber está establecido en forma expresa en la ley. Asimismo, la negociación de buena fe, implica el deber de proporcionar información. Ello se desprende no sólo de normas específicas laborales, sino también de las normas generales relativas a las obligaciones que se asumen en el período precontractual en el campo del derecho común.

¿Si se viola la buena fe en la negociación colectiva y se causa daño, cabe invocar la responsabilidad civil por daños y perjuicios? Entiendo que, en principio, dicho fundamento jurídico resulta aplicable para dar apoyo a la acción de responsabilidad por daños y perjuicios. De todos modos, debe existir daño, y determinarse su monto.

¹¹⁸ MONTOYA MELGAR, Alfredo, *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid 2001, pp. 19-20. Indica que las partes del convenio colectivo deben negociar de buena fe (artículo 98.1 III del Estatuto de los Trabajadores), los sindicatos se encuentran obligados a actuar de buena fe respecto de los empresarios y éstos respecto de aquellos, y la buena fe debe “presidir” el desenvolvimiento de la huelga y del cierre patronal.

En el caso de que se divulgue la información confidencial aportada en la negociación colectiva, existirá responsabilidad por los daños ocasionados. En esa situación considero que, sin perjuicio de la responsabilidad individual de la persona que violó el deber de reserva, también responderá la organización sindical, teniendo en cuenta que la información se proporcionó a la persona como representante del sindicato.

La ley N°18.566 de 11.9.2009 de negociación colectiva en su art. 4 con el título “Deber de negociar de buena fe” dispone que las partes deben otorgar a los negociadores mandato para conducir y concluir las negociaciones (a reserva de las consultas a sus respectivas organizaciones). La norma indica que las partes deben intercambiar “informaciones necesarias” para facilitar el desarrollo “normal” de la negociación, y si es confidencial, lleva implícita la obligación de reserva “cuyo desconocimiento hará incurrir en responsabilidad a quienes incumplan”. Si bien la disposición no aclara si la responsabilidad por la divulgación de la información confidencial es a título individual o también comprende al sindicato, considero de acuerdo a lo que se acaba de señalar, que abarca tanto a la persona individual, como a la organización sindical que el trabajador representó en las negociaciones.

- Daños por incumplimiento de convenio colectivo

El convenio colectivo constituye un contrato bilateral y las relaciones entre las partes que lo celebran son contractuales, sin perjuicio de su naturaleza dual. Las cláusulas obligacionales del convenio colectivo vinculan a las partes celebrantes del acuerdo, por lo que si una de las partes incumple una cláusula obligacional, resulta procedente -si no existe norma especial que regule el punto y si las partes nada han previsto en el convenio-, la aplicación en forma supletoria de las normas del derecho común en materia de incumplimiento contractual y de responsabilidad reparatoria. En la aplicación del derecho común se deberán realizar las adaptaciones que requiera la temática particular del convenio colectivo.

Cabe entonces -de acuerdo a las normas civiles sobre incumplimiento contractual-, solicitar la resolución del convenio colectivo, más daños y perjuicios. Se aplica el art. 1431 del Código Civil según el cual, en caso de incumplimiento en los contratos bilaterales, si una de las partes no cumple su compromiso, la parte puede optar entre obligar a la otra a la ejecución de lo convenido cuando ello es posible, o pedir la resolución con daños y perjuicios.

Debe tenerse presente, tal como ha señalado la Suprema Corte de Justicia (sentencia N°162 de 15.8.2001), que la rescisión del convenio colectivo por incumplimiento debe solicitarse ante la justicia, y no basta con la denuncia, sino que se debe continuar cumpliéndolo hasta tanto no esté resuelto.

Las partes pueden pactar el procedimiento a seguir en caso de incumplimiento y las consecuencias jurídicas del mismo, incluso acordar el tipo de incumplimiento que puede dar lugar a la rescisión del convenio. Si nada han pactado al respecto, puede sostenerse que no

cualquier incumplimiento puede dar lugar a la rescisión del convenio colectivo. Debe tratarse de un incumplimiento grave, como, por ejemplo, la violación de la cláusula de paz, o del procedimiento de prevención de conflictos.

Los daños y perjuicios deberán ser acreditados. En caso de que el incumplimiento haya obedecido a caso fortuito o fuerza mayor, no se deberán daños y perjuicios (art. 1343 del Código Civil). Podrá según el caso, existir incumplimiento que da lugar a la rescisión del convenio y no acreditarse los daños.

En una vieja sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er turno de Uruguay (Nº 37 de 30.3.1995) relativa a un reclamo de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de convenio colectivo, planteado por un empleador contra un sindicato en base a las normas civiles de la responsabilidad, se admitió la aplicación la responsabilidad reparatoria del Derecho Civil al convenio colectivo, aunque en el caso se rechazó la demanda por entender que no se probó el incumplimiento, ni los daños^{119 120}.

La posibilidad de rescindir el convenio y reclamar daños y perjuicios de acuerdo a normas civiles también aparece admitida en otros sistemas¹²¹.

En caso de la violación de la cláusula de paz legal prevista en la ley Nº 18.566 de 11.9.2009 art. 21, la norma admite, a falta de un procedimiento fijado por las partes, que se solicite la declaración de la rescisión del convenio ante la justicia laboral¹²². Además de pedir judicialmente la rescisión por incumplimiento del convenio, considero que podrá reclamarse la reparación de los daños y perjuicios que el referido incumplimiento ha ocasionado, por aplicación como vimos del art. 1341 del Código Civil.

¹¹⁹ El Tribunal sostiene que el incumplimiento de obligaciones de las partes de un convenio colectivo da lugar “como toda obligación emergente de un contrato” a responsabilidad civil por daños y perjuicios (arts. 1291, 1341 y ss. y 1336 del Código Civil), sin perjuicio de la aplicación de las normas del Derecho Laboral, publicada en *Revista Derecho Laboral* Nº 189, Montevideo 1998.

¹²⁰ En una interesante sentencia de la Sala Segunda de la Corte de Costa Rica redactada por Van Der Laat Echeverría 00176 año 2006, se analiza la acción resolutoria por falta de cumplimiento y su aplicación a las convenciones colectivas, y el reclamo de daños y perjuicios al sindicato.

¹²¹ HUECK Y NIPPERDEY refieren en caso de incumplimiento a la posibilidad de “denunciar” ex nunc el convenio y reclamar los daños, liquidando los mismos de acuerdo a las normas civiles, ob. cit. p. 385. PÉLISSIER, SUPIOT y JEAMMAUD al estudiar las sanciones civiles por incumplimiento de convenio colectivo señalan la acción por daños y perjuicios por el daño causado a raíz del incumplimiento culposo. Mencionan el art. L 135-5 del Código de Trabajo que admite la acción de cumplimiento o de daños y perjuicios ejercida por una organización (de empleadores o de trabajadores) respecto de la otra, agregando que se trata de la acción contractual tradicional.

¹²² Tratándose la cláusula de paz de una cláusula obligacional, el incumplimiento se configura cuando las partes y no los afiliados, promuevan acciones que contradigan lo pactado o apliquen medidas de fuerza. También existirá incumplimiento si las organizaciones incitan a sus afiliados a realizar dichos actos, o cuando no ejerzan su deber de influencia respecto de ellos.

CAPÍTULO III

LA HUELGA Y LOS DAÑOS

El derecho de huelga es explicado por algunos autores como un derecho que implica ocasionar un daño al empleador, daño que el ordenamiento jurídico admite. Ello determina para una corriente, la imposibilidad de aplicar el instituto del abuso de derecho a la huelga.

En una postura distinta, otros autores señalan los límites de la huelga, también en lo que tiene que ver con el daño. En este sentido, Montoya Melgar afirma que la buena fe impone ejercer el derecho de huelga dentro de sus límites, por lo que no cabe admitir perturbaciones de la normalidad del trabajo, que quiebren la proporcionalidad entre el sacrificio de los huelguistas y el daño al empleador^{123 124}.

Y advierte Krotoschin que el “derecho de huelga se ha otorgado para defender intereses profesionales (gremiales), pero no para restringir o destruir arbitrariamente la libertad de otros”¹²⁵.

Por mi parte entiendo que la huelga como todo derecho tiene límites, y no hay impedimento jurídico alguno aplicar la teoría del abuso de derecho al derecho de huelga. Por el contrario, el abuso de derecho determinará si hubo exceso en el ejercicio del derecho¹²⁶.

En algunos países, el juez precisa si la huelga es ilícita, o abusiva y las consecuencias de la declaración de ilicitud. En otros sistemas se distinguen las huelgas ilegales y las

¹²³ MONTOYA MELGAR, ob. cit. pp. 20-21.

¹²⁴ PÉLISSIER, SUPIOT y JEAMMAUD plantean en forma acertada los límites en la aplicación de la responsabilidad civil en el campo de los conflictos colectivos de trabajo, señalando que el simple ejercicio de un derecho constitucional, aunque cause daño, no puede ser fundamento de responsabilidad civil. Pero si en ocasión de la huelga se cometen actos ilícitos, o si la huelga misma es abusiva, se responde de acuerdo a la responsabilidad civil. Se requiere una ilicitud o abuso, un daño, y un nexo de causalidad entre ambos, *Droit du Travail*, 23e édition, Dalloz, Paris 2006, p. 1286.

¹²⁵ KROTOSCHIN, Ernesto, *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, Vol II, 2ª ed, Depalma, Buenos Aires 1965, p. 832. Señala que la huelga puede ser calificada de ilícita si implica un ataque a la libertad del patrono respecto de su derecho de dirección, como, por ejemplo, una huelga que pretende que el empleador tome (u omita) ciertas medidas dentro de dicha facultad.

¹²⁶ MANTERO ALVAREZ si bien señala la insuficiencia del criterio del daño y del abuso de derecho para precisar la licitud de la medida, luego admite como límite al ejercicio del derecho de huelga “el daño” que impida a la empresa continuar su actividad productiva, dado que se viola el derecho a la libertad de industria y comercio, y el derecho al trabajo, *Los límites al derecho de huelga*, Ed. Amalio Fernández, Montevideo 1992, pp. 137-138.

abusivas¹²⁷. Y en otros, tiene recepción el abuso de derecho en el ejercicio del derecho de huelga y se aplica la responsabilidad civil¹²⁸.

Considero que si el sistema no tiene ley que regule la cuestión, podrá el Juez aplicar la noción de abuso de derecho para determinar si el derecho se ejerció dentro de sus límites o si existió exceso. En el caso exceso en el ejercicio del derecho de huelga, si se causó daño, corresponde que dicho daño sea indemnizado, de acuerdo a la noción general de responsabilidad reparatoria que establece que todo daño proveniente de una antijuridicidad debe tener reparación.

En Uruguay, a partir de marzo de 2005 son frecuentes las ocupaciones de los lugares de trabajo por los trabajadores, las que para un sector de la doctrina son consideradas una modalidad del ejercicio de la huelga. A partir del 2006 (Tribunal de Apelaciones en lo Civil 5º turno sentencia 159/2006), los jueces han comenzado a disponer la desocupación de los lugares de trabajo en acciones de amparo ejercidas por el empleador y por los trabajadores no ocupantes¹²⁹. Los fallos en forma acertada no indican que la ocupación es ilícita en cualquier situación, sino que sostienen que, en el caso concreto, existió ilicitud (por la forma intempestiva de adoptar la medida sin recurrir a otras medidas, por falta de ponderación, etc.). Sin embargo, luego de estas acciones de amparo, no se reclama la reparación de los daños ocasionados por la ocupación ilícita.

A mi modo de ver procede el reclamo de daños y perjuicios -si los daños se ocasionaron en la realidad- ya que la desocupación la fundan los jueces en la violación de los derechos constitucionales de libertad de empresa (en el caso del empleador) y de la libertad de trabajo (en el caso de los trabajadores no ocupantes), y existiendo entonces comportamiento antijurídico que causa daño, y ello da lugar a la obligación de reparación, de acuerdo a las normas generales de la responsabilidad del derecho común. Pero debe existir daño, y probarse en su existencia y monto¹³⁰.

¹²⁷ En el derecho español se distinguen las huelgas ilegales y las huelgas abusivas con diferentes consecuencias jurídicas. Ver PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel, *Derecho del Trabajo*, Decimoséptima ed., Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid 2009, pp. 443-446. Se menciona la sentencia del STC 72/1982 que indica que para que la huelga sea abusiva no basta con que ocasione un daño a la empresa, sino que el daño debe ser grave y más allá de lo “razonablemente” requerido por el conflicto.

¹²⁸ Ver la responsabilidad civil de los huelguistas, de los delegados y de los sindicatos en Francia en PÉLISSIER, SUPIOT y JEAMMAUD, ob. cit. pp. 1286-1288. JAVILLIER señala que la jurisprudencia hace responsable a los sindicatos y sus representantes si participaron en actos que configuren infracciones penales o en hechos que no vinculados al ejercicio normal del derecho de huelga. Debe acreditarse la participación del sindicato en actos abusivos. En las acciones contra los huelguistas (planteadas por el empleador o por los no huelguistas), debe probarse la participación personal en dichos hechos, *Derecho del Trabajo*, FCU, Montevideo, 2007, pp. 872-873

¹²⁹ Esta jurisprudencia sigue el criterio de la Suprema Corte de Justicia (sentencia 199/98) que afirma que no hay derechos absolutos en la Constitución.

¹³⁰ En Francia, el sindicato podrá ser responsabilizado en ciertos casos de huelga con ocupación a pagar los salarios de los no huelguistas a título de reparación, PÉLISSIER, SUPIOT y JEAMMAUD, ob. cit. pp. 1286-1288.

En el caso de actos ilícitos cometidos por trabajadores en ocasión de la huelga, la licitud de la misma nada tiene que ver con actos antijurídicos, y no puede ampararlos. Por ejemplo, el daño intencional a los bienes del empleador, la violencia, las lesiones personales, las injurias¹³¹. Sin perjuicio, de la responsabilidad penal y la laboral que corresponda, se responderá por los daños y perjuicios que dichos actos antijurídicos provocaron.

Reflexiones finales

1. El régimen tarifado de indemnización del daño del Derecho del Trabajo es un sistema solidario que beneficia al colectivo de trabajadores, y que repara daños que de acuerdo al derecho común quedarían sin indemnizar. Como todo régimen especial, prevalece sobre las normas generales de la responsabilidad civil. Sólo se podrá indemnizar de acuerdo al derecho común, si existe vacío normativo o si la norma laboral remite a la civil.

2. La indemnización tarifada por despido no repara todo el daño que pueda sufrir el trabajador durante la relación laboral o en su extinción. Si se ocasionan daños no reparados por la indemnización por despido, que provengan de actos ilícitos del empleador, corresponde que sean indemnizados, de acuerdo al principio general que dispone que todo daño causado por una ilicitud debe ser reparado.

3. En los últimos treinta años han ocurrido cambios de significación en lo que tiene que ver con la admisión de la reparación del daño en las relaciones laborales. Se aprecia una clara tendencia a admitir la reparación del daño sufrido por trabajadores durante y en la extinción de la relación laboral con base en el derecho común, lo que ha ampliado la tutela del trabajador y acompaña la evolución del derecho que apunta a indemnizar a la víctima del daño.

4. Al ser aplicadas las normas de la responsabilidad civil en el Derecho del Trabajo reciben adaptaciones, elaborando este derecho especificidades, como por ejemplo, en materia de recepción, prueba y cuantificación del daño moral.

5. La delimitación de la obligación contractual del empleador de protección ante todo daño que pueda sufrir el trabajador en el ambiente laboral que incluye el respeto a la dignidad, amplía la noción de responsabilidad patronal, lo que resulta relevante porque asegura la reparación del daño, y también porque le comete la prevención del mismo.

¹³¹KROTOSCHIN, ob. cit., p. 849. ALBURQUERQUE señala que cada trabajador responderá por sus actos ilícitos en la esfera penal y civil; y el sindicato sería responsable civilmente sólo en determinadas huelgas y si ha tenido influencia en la comisión de los hechos ilícitos. Derecho del Trabajo, T. III, Lozano, Santo Domingo 1999, p. 371.

6. En el Derecho Colectivo del Trabajo, si bien la particularidad de sus institutos determina que el derecho admita la licitud de ciertos daños, de todos modos, en algunos casos, resulta procedente la aplicación de la responsabilidad del derecho común a efectos de indemnizar los daños provenientes de actos antijurídicos.

ÍNDICE

Primera Parte. REPARACIÓN DEL DAÑO EN EL DERECHO DEL TRABAJO Y RESPONSABILIDAD CIVIL

I. Fundamentos del sistema especial de reparación del daño

II. ¿Aplicación de la responsabilidad civil?

Segunda Parte. DAÑOS EN EL DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO

I. Daños en la ejecución del contrato de trabajo.

II. Daños en la extinción del contrato de trabajo.

III. Daños por acoso en el trabajo.

IV. Daños por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

V. Daños por no pago de rubros salariales.

VI. Daños por incumplimiento de normas de seguridad social

VII. Daños en las etapas precontractual y post-contractual

VIII. Responsabilidad del trabajador por daños.

Tercera Parte. DAÑOS EN EL DERECHO COLECTIVO DE TRABAJO.

I. Particularidades del Derecho Colectivo de Trabajo y daños.

II. Negociación colectiva y daños.

III. La huelga y los daños.

Reflexiones finales