

UNIVERSIDAD FASTA

Seminario de Graduación

Facultad: Ciencias Económicas

Carrera: Contador Público

Alumna: Godio, María Dolores

Tutor: Aronna, Carlos

Departamento de metodología de la investigación

Mes y año: diciembre de 2013

INDICE GENERAL

RESUMEN.....	4
ÁREA TEMÁTICA: DERECHO LABORAL.....	6
TEMA:.....	6
PROBLEMA:.....	6
FUNDAMENTACIÓN:.....	6
OBJETIVO GENERAL:.....	6
OBJETIVO PARTICULAR:.....	6
ESTADO DE LA CUESTIÓN:.....	7
MARCO TEÓRICO:.....	9
PRINCIPIOS GENERALES.....	11
EL CONTRATO Y LA RELACIÓN DE TRABAJO.....	12
TIPOS DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.....	12
PREAVISO:.....	13
TIPO DE INVESTIGACIÓN:.....	13
DISEÑO:.....	15
INSTRUMENTO:.....	16
LUGAR Y TIEMPO:.....	16
INTRODUCCIÓN.....	17
CAPITULO I.....	19
EVOLUCIÓN DE LA SISTEMATIZACIÓN DEL DESPIDO SIN JUSTA CAUSA EN ARGENTINA.....	19
CAPITULO II.....	25
EL PROCESO DE LA ANTIFLEXIBILIZACIÓN DEL DERECHO LABORAL.....	25
CAPITULO III.....	27
INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INCAUSADO.....	27
<i>Injuria: Concepto y Alcance</i>	28
<i>Artículo 245 LCT</i>	30
<i>Análisis</i> :.....	31
TIPOS DE INDEMNIZACIONES AGRAVADAS.....	34

<i>El agravamiento por despido por causa de embarazo</i>	34
<i>El agravamiento por despido por causa de matrimonio</i>	35
<i>Sanción económica por el despido durante la licencia por enfermedad o accidente inculpables.</i>	35
<i>El agravamiento por falta o defectuosa registraci3n laboral en la ley 24.013.</i>	36
<i>Los agravamientos indemnizatorios por falta o defectuosa registraci3n laboral y por falta de pago de la indemnizaci3n en la ley 25.323.</i>	36
<i>Agravamiento indemnizatorio del dirigente sindical amparado con estabilidad gremial</i>	38
<i>Indemnizaci3n del Art. 247 de la LCT.</i>	38
<i>El art3culo 243 de la LCT y la necesidad de expresar la causa de despido en la notificaci3n del despido con justa causa.</i>	40
CAPITULO IV	41
L3MITE A LOS TOPES INDEMNIZATORIOS EN LA LEY DE CONTRATO DE TRABAJO	41
<i>Fallo “Vizzoti, Carlos Alberto c/ Amsa S.A s/ despido”</i>	41
<i>Cambio de criterio</i>	42
<i>La verdadera causa del problema.</i>	44
<i>Superaci3n de la pol3mica de la eliminaci3n del tope.</i>	45
<i>Protecci3n contra el despido arbitrario, derecho de propiedad y confiscatoriedad</i>	46
<i>Decisi3n de la Corte Suprema de Justicia de la Naci3n.</i>	49
<i>An3lisis del caso “Vizzoti”</i>	49
EJEMPLOS PR3CTICOS	50
CAPITULO V	52
LA ESTABILIDAD PROPIA EN LOS NUEVOS FALLOS JURISPRUDENCIALES	52
<i>An3lisis de “3lvarez Maximiliano y otros c/ Cencosud s/ Acci3n de amparo”.</i>	52
<i>Sobre los efectos de la nulidad de los despidos discriminatorios</i>	58
<i>Fallos jurisprudenciales sobre despido discriminatorio</i>	61
CAP3TULO VI	62
IMPLICACIONES ECON3MICAS EN LA EMPRESA	62
CONCLUSI3N.	66
BIBLIOGRAF3A B3SICA:	69
FALLOS	70
BIBLIOGRAF3A COMPLEMENTARIA.	70

RESUMEN

La regulación del contrato individual de trabajo se sostiene sobre el instituto de la protección contra el despido arbitrario.

Por una parte, el sistema está concebido como un medio de sancionar y reprimir la posibilidad de que el empleador ponga fin al contrato de trabajo. Al mismo tiempo, procura asegurar al trabajador, una reparación por el daño que resulta de la pérdida del empleo. Recordemos finalmente que la indemnización por despido también está concebida como un medio para que el trabajador pueda ejercer coerción sobre el empleador en casos de incumplimiento de sus obligaciones, bajo la figura del despido indirecto.

En el presente trabajo se intentará demostrar que la protección aludida ha perdido eficacia, lo que arroja como resultado condiciones de trabajo deterioradas. Para ello será imprescindible explicar las causas que han afectado la eficacia del sistema de protección contra despidos y las consecuencias de éste fenómeno.

El objetivo general es analizar la evolución de la indemnización por despido arbitrario desde la promulgación de la Ley 11.729 hasta la actualidad teniendo en cuenta la influencia de las políticas económicas con respecto a las relaciones laborales en la Argentina y la incidencia económica. A éste objetivo general se llega cubriendo objetivos específicos del presente trabajo, como analizando el efecto negativo que tuvieron las políticas de flexibilización laboral que se manifestaron durante la década de 1990 en su afán de reducir la tasa de desempleo, analizando a su vez las consecuencias que trajo aparejada para el trabajador la sanción de la Ley 25.250 (promulgada en mayo de 2000), conocida como la “Ley BANELCO” y los efectos que tuvo la sanción de la ley 25.972 (promulgada en diciembre de 2004), que obligaba a pagar a los empleadores una doble indemnización hasta que el índice de desocupación se redujera a menos de dos dígitos.

Asimismo se analizarán los fallos jurisprudenciales de mayor relevancia en la materia que se han orientado a aumentar la protección contra el despido arbitrario de una manera más intensa a la que brinda la ley. También se analizarán casos prácticos y luego de un pormenorizado análisis se llegará a la conclusión de la insuficiencia de la tarifa reparatoria ante el despido injustificado como así también a que otro de los problemas de nuestro sistema pasa por no poder controlar la inflación.

Para terminar, propondré cambios para fortalecer el sistema de protección contra el trabajo arbitrario.

Abstract

The individual contract of employment in Argentina is regulated by a protection system guaranteed through the Law.

On the one hand, this legal system has been created as a way of sanctioning and punishing the possibility that the employer suddenly ends the contract of employment. At the same time, it also guarantees an economic compensation for the damage caused to the employee by the loss of employment. Moreover, it helps the employee in situations where the employer makes the dismissal indirectly by the noncompliance of the working duties.

The following thesis proves that the current legal protection system for employees has lost efficiency and consequently the labor conditions has been prejudiced. This is going to be demonstrated by showing the causes and consequences that have affected this regulatory system.

The main purpose is to analyze the evolution of the severance pay from its creation through Law 11.729 until now, taking into consideration the influence of the economic policies that have affected the labor relations in Argentina. Examples of these policies are: the negative effect of labor flexibility policies during decade 1990 that pretended to decrease the unemployment rate, the consequences of Law 25.250 (created in May, 2000), known as "BANELCO Law", and the effects of Law 25.972 (created in December, 2004), through which employers had the obligation of paying a double severance to employees, until the unemployment rate was decreased to one digit.

Furthermore, the most relevant case law sentences are going to be analyzed, because they have contributed intensively, in fact much more than the law, with the protection against the unfair dismissal.

After analyzing several practical cases, the conclusion reached is that the severance pay is not enough in these situations of unfair dismissal, and that the main cause of this is related to the lack of control over the inflation levels.

Finally, as a result of all the research and investigation made, changes will be proposed in order to contribute to the improvement of the protection system for the unfair dismissal.

Área temática: Derecho Laboral.

Tema: Análisis de la evolución de las normas argentinas sobre la protección de los trabajadores contra el despido arbitrario.

Problema: Evolución proteccionista de los derechos del trabajador contra el despido; consecuencias para el empleador y el empleado. Estudio de casos jurisprudenciales, particularmente los fallos “Vizzoti”, “Álvarez” y su doctrina.

Fundamentación: El trabajo consta en investigar, analizar y ver qué consecuencias ha traído aparejada la evolución de la protección de los derechos de los trabajadores contra el despido, desde el año 1934 hasta la actualidad.

Es importante realizar este trabajo, ya que aquí veremos los distintos enfoques, y pensamientos que han tenido los gobernantes actuantes en cada período con respecto a la protección frente a una situación tan particular como lo es el despido sin justa causa. Estas perspectivas fueron dadas por las políticas económicas que desarrollaran los gobernantes de turno.

Desde hace unos años, se han vuelto a llevar a la práctica ideas que toman como punto de partida proteger la dignidad del trabajador.

Objetivo general: Analizar la evolución de la indemnización por despido arbitrario desde la promulgación de la Ley 11.729 hasta la actualidad teniendo en cuenta la influencia de las políticas económicas con respecto a las relaciones laborales en la Argentina y su incidencia económica.

Objetivo particular:

- Analizar los efectos de los cambios de las políticas económicas sobre la estabilidad en el trabajo, la tasa de desempleo y el movimiento sindical.
- Diferenciar los efectos de las distintas perspectivas políticas de los períodos analizados.
- Determinar cómo a través de la protección contra el despido arbitrario ha evolucionado la legislación laboral.

- Analizar el efecto negativo que tuvieron las políticas de flexibilización laboral que se manifestaron durante la década de 1990 en su afán de reducir la tasa de desempleo, en particular el hecho de reducir la indemnización por despido y la creación de los llamados “contratos basura”, a tiempo determinado, en los cuales el trabajador se encontraba muy desprotegido.
- Analizar las consecuencias que trajo aparejada para el trabajador la sanción de la Ley 25.250 (promulgada en mayo de 2000), conocida vulgarmente como la “Ley BANELCO”.
- Efectos que tuvo la sanción de la ley 25.972 (promulgada en diciembre de 2004), que obligaba a pagar a los empleadores una doble indemnización hasta que el índice de desocupación se redujera a menos de dos dígitos.
- Realizar un ejemplo práctico comparativo según los distintos cambios legislativos.

Estado de la cuestión: En el período a analizar sobre el progreso de la protección contra el despido arbitrario, hemos tenido en consideración ciertos autores como:

- Héctor Pedro Recalde en su libro “POLÍTICA LABORAL 1989-1995”, edición del autor, impreso en noviembre de 1995, en el cual ha recopilado trabajos anteriores, para ayudar a un conocimiento más global.

El trabajo se limita a analizar la política laboral articulada durante el segundo gobierno constitucional y los primeros meses del tercero.

Por sus convicciones filosóficas y sociales, a la conclusión que arriba en este trabajo es que el derecho laboral, tanto individual como colectivo, sufrió un retroceso inédito a influjo de una denominación de la opinión pública mediante el uso tendencioso de los medios de comunicación social. Se instaló una especie de convencimiento en la sociedad argentina que los derechos de los trabajadores eran una especie de regresión para el crecimiento del país.

- Otro de los autores que se ha tenido en cuenta es Adrián Goldin en su libro “EL TRABAJO Y LOS MERCADOS sobre las relaciones laborales argentinas”, Editorial Universitaria de Buenos Aires, impreso en mayo de 1997, en el cual ha desarrollado temas de nuestro interés –visto desde la perspectiva del sistema de relaciones laborales, sus actores, sus instituciones y su marco jurídico- como: el tratamiento de la reestructuración económica; la evolución del rol del Estado; la situación de sindicatos y empresarios; la evolución de la negociación colectiva; evolución de las relaciones laborales en las empresas.

- De los libros “Para una introducción del Derecho de Trabajo” del Dr. Ramírez Bosco, Ramírez Bosco Luis, (2000) Ed. Universidad y “Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social” (2008) del Dr. De Diego, Julián A. Editorial La Ley se extrajeron conceptos de importantes institutos que abarca el Derecho Laboral como Principios, Características del contrato de trabajo, su Extinción y el Preaviso.
- A su vez, el libro “Empleo y Flexibilidad Laboral” del Dr. Jorge Sappia (Ed. Astrea, 1996) permitió adoptar y volcar en el presente trabajo conocimientos acerca de una época que marcó a éste derecho de la cual se analizará si se concibió un proceso de adaptación del sistema de relaciones laborales a los nuevos condicionamientos que impone la realidad, o por el contrario se implementó la desregulación y precarización del contrato de trabajo.
- Jorge Elías en su artículo “La crisis del sistema de protección contra el despido arbitrario” en “Revista de Derecho Laboral, Extinción del contrato de trabajo-III” Editorial Rubinzal-Culzoni (Directores Ackerman, Mario E. y Rubio, Valentín, 2011) permitió exponer las causas y consecuencias sobre la falta de eficacia del sistema de protección contra el despido arbitrario, así como también posibles alternativas.
- Luis Raffaghelli en su artículo “Otra mirada del fallo Vizzotti” y María Florencia Fertitta en su artículo “El tope indemnizatorio previsto por el artículo 245 de la LCT a la luz de la Doctrina de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, ambos publicados en “Revista de Derecho Laboral, Extinción del contrato de trabajo-III” Editorial Rubinzal-Culzoni (Directores Ackerman, Mario E. y Rubio, Valentín, 2011) expusieron un panorama jurisprudencial acerca de la protección contra el despido arbitrario.
- También se ha consultado material utilizado en el XIV CONGRESO NACIONAL DE DERECHO DE TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL” que se realizó en la ciudad de Mar del Plata los días 15, 16 y 17 de Agosto de 2002, en el cual se han desarrollado temas de nuestra utilidad como: el empleo, desempleo y estabilidad dentro del cual se desarrolla el tema de las indemnizaciones tarifadas por despido, por Azucena Beatriz Ragusa; la Constitución Nacional y el rol del Estado en la seguridad social, entre otros.
- Revistas de Derecho Laboral y Seguridad Social de los años 2011 y 2012 (Editorial Abeledo Perrot, Director Julio Armando Grisolia), que brindan la actualización en esta etapa del proceso de cambio y conquista de derechos laborales para los trabajadores, que comenzara en 2003. En lo que respecta al presente trabajo, se hará referencia a la última modificación del artículo 12 LCT que considera nula toda reducción de derechos a favor del trabajador que hayan sido acordados en un contrato individual de trabajo.

Como se puede observar de lo expuesto anteriormente, no se ha encontrado material unificado del tema a tratar en este trabajo, por lo que se recurrirá a obtener información de distintos autores y distintos medios.

Marco teórico: Sabido es que el Derecho del Trabajo tiene una razón de ser proteccionista de los derechos del trabajador y las condiciones en las que debe desarrollar su tarea. El estudio e investigación del presente trabajo se centrará en la protección contra el despido sin justa causa, que resulta ser la base sobre la que se sostiene la regulación del contrato individual del trabajo desde que se sancionaron las primeras normas indemnizatorias para reparar esta forma de extinción del contrato en los años 30. La misma consta de un sistema que sanciona y reprime la posibilidad de que el empleador termine arbitrariamente con el contrato de trabajo. Asimismo, garantiza al trabajador una reparación del daño que resulta de la pérdida del empleo, comportando a su vez el instituto de la indemnización un medio de coerción para los casos de incumplimiento de las obligaciones del empleador a través del despido indirecto.

Durante varias décadas éste sistema tuvo notoria eficacia, pero factores externos que se produjeron en nuestro país, deterioraron en gran parte esta protección, como lo fueron políticas de Estado que acrecentaron el nivel de desempleo, deterioro en la calidad del empleo, épocas con altos niveles de trabajos no registrados, simulaciones y fraudes para evadir obligaciones impositivas, y renovaciones permanentes de personal.

En el mismo sentido, en el proceso al que me refiero se han manifestado cambios de gran magnitud con respecto a las políticas económicas de los dirigentes de turno. Acabada la última dictadura, se vivieron años en los cuales el gobierno de turno recibió un embate sindical que no le permitió tener libertad total en la toma de decisiones; posteriormente siguieron años en donde hubo una gran flexibilización laboral, con amplia vulneración de derechos en contra del trabajador; en su intención frustrada de reducir la tasa de desempleo se intentó motivar a la contratación de trabajadores bajando las indemnizaciones vigentes; entre el año 2002 y la actualidad, se puede verificar en las toma de decisiones por parte del Ejecutivo, similitudes muy notorias con respecto a las llevadas a cabo durante la década de 1970, en donde tuvo un alto grado de proteccionismo y gran desarrollo del mercado interno laboral, favorecido por una política económica que atrajo capitales extranjeros para invertir en el país. Período en que se dio una constante a pesar de tener que lidiar con una fuerte crisis interna y otra mundial, y la misma se basó en tener como prioridad mantener las fuentes de trabajo, quizás no con el ajuste proporcional del salario a la inflación real, pero no

deja de ser un mensaje político diferenciador respecto a decisiones de gobernantes tomadas en décadas anteriores.

Para poder desarrollar este trabajo es indispensable tener conocimiento de las cuestiones básicas del derecho laboral, por lo que haremos una introducción al tema.

El Derecho Laboral surge a principios del siglo XX, como consecuencia de una lucha que lleva a cabo la clase obrera, y la finalidad del mismo es regular los intereses contrapuestos de trabajadores y empresarios. Este derecho surge como consecuencia de la desigualdad que existía en cuanto al poder de negociación de las condiciones del contrato, por ello se manifiesta principalmente en normas de orden público, que no pueden ser dejadas de lado por las partes, que son establecidas a favor del trabajador, quien se considera que parte de una situación de hiposuficiencia que debe ser saneada. De allí que una de sus características es ser un Derecho tuitivo.

Para regular la actividad laboral, observamos que primitivamente se realizaban con normas aisladas y luego con el paso del tiempo se fue estructurando en cuerpos legales (cuya principal referencia es la ley 20.744) más amplios que sistematizaron principalmente la jurisprudencia vigente en ese momento por lo que se fue conformando el Derecho del Trabajo, que es la rama del Derecho privado que se ocupa de las relaciones individuales y colectivas entre los trabajadores y los empleadores, con el fin de reglar sus derechos y deberes. El contenido básico de este derecho se divide en **individual**, que es la parte que abarca las relaciones entre cada trabajador y su empleador en el marco del contrato singular; y **colectivo**, que trata las vinculaciones entre las asociaciones que representan a los trabajadores (gremios, sindicatos) y las agrupaciones de empleadores. Sin perjuicio de lo expuesto, una postura doctrinaria minoritaria agrega el **Derecho de la Seguridad Social**, realizando una interpretación literal del artículo 14 bis de la Constitución Nacional. que en sus tres párrafos hace referencia a éstas tres ramas del derecho del trabajador. Por otra parte hay quienes piensan (siguiendo a Beveridge) que éste es un derecho autónomo, cuyo beneficio que otorga debe ser dirigido a todos los habitantes de un país, no sólo a quienes trabajan. Respecto del mencionado artículo de la constitución nacional, incorporado en la Reforma Constitucional de 1957, fue el portador durante casi 40 años de los únicos derechos sociales o derechos de segunda generación de la Carta Magna, hasta la Reforma Constitucional de 1994, en la que se incorporó el artículo 75, inc. 22, el cual otorgó jerarquía constitucional a diversos tratados internacionales de Derechos Humanos ratificados por la Argentina, entre los que encontramos muchos derechos sociales, sobre todo en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, respecto de los cuales al día de la fecha cuesta que en su totalidad se los considere como derechos operativos. En éste

sentido debe hacerse una importante mención a la Constitución celebrada en 1949 bajo el gobierno de Juan Domingo Perón: en ella se incluyeron la mayor cantidad de derechos sociales en la historia argentina, principalmente en sus artículos 38, 39 y 40. Quizás la crítica más fuerte que se le hizo fue no incluir el derecho de huelga a los trabajadores, pero aún así fue la que mejor representó la tendencia que se inició a principios de siglo con las Constituciones de Méjico y Weimar.

Principios Generales

Este derecho tiene una serie de principios y reglas propios cuya finalidad es salvaguardar la dignidad del trabajador y protegerlo de eventuales abusos:

- Irrenunciabilidad de derechos.
- Continuidad del contrato de trabajo.
- Primacía de la realidad por sobre las designaciones o apariencia que las partes le hayan dado a la relación.
- Protección para neutralizar desequilibrios que se traduce en tres conceptos fundamentales, comúnmente conocido como principio protectorio: a) en caso de duda, la interpretación de la norma debe hacerse en el sentido más favorable al trabajador; b) habiendo varias normas para un mismo instituto, debe aplicarse la más beneficiosa al trabajador; y c) vigencia de la condición más beneficiosa, entendiéndose que ninguna modificación puede ir en detrimento de los mismos inderogables contenidos en la ley, los estatutos especiales o los convenios colectivos de trabajo.
- Principio de la buena fe por el cual cada parte debe actuar como un buen trabajador y un buen empleador, tanto en la celebración del contrato como en la ejecución y en la extinción del mismo.
- Justicia social para dar a cada uno lo suyo, procurando el bien común y el bienestar general.
- Equidad para lograr la solución más justa.
- Prohibición al empleador de hacer discriminaciones.
- Gratuidad de los procedimientos para garantizar al trabajador el derecho de defensa.
- Las normas del Derecho del Trabajo son mayoritariamente de orden público, por trascender el interés puramente individual y ser inseparables del interés social, no pudiendo impedirse sus efectos por ser forzosas e imperativas.

El contrato y la relación de trabajo

Nuestra legislación establece que habrá contrato de trabajo, cualquiera que sea su forma o denominación, siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios a favor de otra y bajo la dependencia de ésta, durante un período determinado o indeterminado, mediante el pago de una remuneración (art.21, LCT). Asimismo, define que habrá relación de trabajo cuando una persona realice actos, ejecute obras o preste servicios en favor de otra, bajo la dependencia de ésta, en forma voluntaria y mediante el pago de una remuneración, cualquiera sea el acto que le dé origen (art.22). Además agrega que el hecho de la prestación de servicios hace presumir, salvo prueba en contrario, la existencia de un contrato de trabajo (art.23). Esto es importante para combatir fraudes y como medio de facilitar la prueba, a cuyo fin basta con demostrar que la persona brindó su fuerza de trabajo al empleador. Ello es así, pues el artículo 14 bis de la Constitución Nacional establece que el trabajo, en sus diversas formas, gozará de la protección de las leyes.

Tipos de extinción del contrato de trabajo

1. De la extinción del contrato por renuncia del trabajador
2. De la extinción del contrato de trabajo por voluntad concurrente de las partes
3. De la extinción del contrato de trabajo por justa causa
4. De la extinción del contrato de trabajo sin justa causa.
5. De la extinción del contrato de trabajo por fuerza mayor o por falta o disminución de trabajo
6. De la extinción del contrato de trabajo por muerte del trabajador
7. De la extinción del contrato de trabajo por muerte del empleador
8. De la extinción del contrato de trabajo por vencimiento del plazo
9. De la extinción del contrato de trabajo por quiebra o concurso del empleador
10. De la extinción del contrato de trabajo por jubilación del trabajador
11. De la extinción del contrato de trabajo por incapacidad o inhabilidad del trabajador
12. De la extinción del contrato por novación objetiva

Como podemos observar existen distintos tipos de extinción de las relaciones laborales. Este trabajo se focalizará en el despido sin justa causa, que se da cuando la extinción es decidida unilateralmente por el empleador.

En este caso el empleador no invoca ninguna causa para despedir (despido arbitrario o inmotivado) por lo que genera el derecho del trabajador a percibir la indemnización por antigüedad, la indemnización sustitutiva de preaviso, la integración del mes de despido y las que correspondan según cada caso particular.

La estabilidad en el empleo es un derecho del trabajador a mantener la relación de trabajo por todo el tiempo convenido, sea de plazo determinado o indeterminado.

La llamada protección contra el despido es una de las medidas adoptadas por las legislaciones para evitar el despido arbitrario del trabajador.

La Ley de Contrato de Trabajo (LCT) dispuso una reparación tarifada abarcativa de todos los daños y perjuicios que pueda haber causado la decisión rescisoria.

Las principales obligaciones del empleador, emergentes del despido sin justa causa consisten en:

- a) preavisar por escrito el despido al trabajador.
- b) Indemnizar de acuerdo con lo dispuesto en la ley o en el convenio colectivo aplicable.

Preaviso: es una obligación y una garantía bilateral de las partes que consiste en notificar la extinción del contrato de trabajo con la antelación dispuesta por la ley. Tiene por finalidad evitar la ruptura intempestiva del contrato y que se produzcan daños innecesarios por la interrupción brusca de la relación motivada en la mala fe de las partes.

Se trata de la comunicación anticipada que debe realizar una parte a la otra, en caso de disolución del vínculo en las formas antes mencionadas, respetando los plazos establecidos por la ley para cada caso.¹

Tipo de investigación:

1. Según la profundidad:

¹ Grisólia, Julio Armando "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social" Ed. Depalma.

- *Descriptivo*: El propósito es describir situaciones y eventos. Decir cómo es y cómo se manifiesta un determinado fenómeno. Busca especificar las propiedades importantes de lo que se analice. Se selecciona una serie de cuestiones y se mide cada una de ellas independientemente, para así describir lo que se investiga. La investigación descriptiva requiere considerable conocimiento del área que se investiga para formular las preguntas específicas que busca responder.
- *Explicativo*: Están dirigidos a responder a las causas de los eventos físicos o sociales. Su interés se centra en explicar por qué ocurre un fenómeno y en que condiciones se da éste, o por qué dos o más variables están relacionadas. Profundiza sobre algo, avanza en el por qué.

2. Según su finalidad:

- *Básico*: Incrementa conocimientos teóricos. Tiene como fin crear un cuerpo de conocimiento teórico sobre los fenómenos educativos, sin preocuparse de su aplicación práctica. Se orienta a conocer y persigue la resolución de problemas amplios y de validez general.

3. Según su modalidad:

- *Investigación cualitativa*: Se orienta al estudio de los significados de las acciones humanas y de la vida social. Utiliza la metodología interpretativa (etnografía, fenomenología, interaccionismo simbólico, etc.): su interés se centra en el descubrimiento de conocimiento, el tratamiento de los datos es básicamente cualitativo

4. Según el tiempo:

- *Diacrónico*: Longitudinal, ya que se estudia un fenómeno a través de un período de tiempo siguiendo su evolución.

5. Según la fuente:

- *Secundario*: se trabaja sobre datos no propios, se caracteriza por la recolección de datos

Diseño:

Universo: Legislación laboral argentina a partir del año 1934 hasta la actualidad y los fallos que configuran el estudio de casos planteado.

Unidad de análisis: se estudiará la ley 20.744 que fue promulgada en septiembre de 1974 y sucesivamente reformada, como marco de referencia, complementando con leyes:

- 21.824 promulgada en junio de 1978 (estabilidad del trabajo de la mujer en gestación).
- 23.696 promulgada en agosto de 1989 (“Reforma del Estado” protección al trabajador en un período de privatizaciones de las empresas del Estado).
- 24.013 promulgada en diciembre de 1991 (“Ley Nacional de Empleo”).
-
- 25.013 promulgada en septiembre de 1998 (“Reforma laboral”, protege el despido discriminatorio y modifica algunos aspectos de la las leyes 24.013, 24.465 y 24.467).
- 25.250 promulgada en mayo de 2000. (reforma laboral, más conocida como la “ley BANELCO”).
- 25.323 promulgada en octubre de 2000 (doble indemnización cuando la relación laboral no este registrada o fuera deficientemente registrada).
- 25.877 promulgada en marzo de 2004 (extinción del contrato de trabajo y el preaviso), derogando la ley 25.250.
- 25.972 promulgada en diciembre de 2004 (“Doble indemnización”).

Instrumento: Cuando la normativa legal se preste a más de una interpretación se explicarán las diversas posturas que tomó la justicia en la aplicación de casos concretos: Villarreal, Adolfo C. c/ Roemmers CSJN, 10-XII-1997, DT, 1998-A, pág. 516; Vizzoti c/ AMSA 14/09/2004 CSJN; “Brandi, Roberto Antonio c/ Lotería Nacional SE” (5-X-2000, D.T.R, vol. 2000-B, pág 2176; Ty SS, 2000, pág 988); Rozenbaum, Gabriela c/ asociación israelita de beneficencia, educación y culto David Wolfshon”, T. y S. S., 2000, Pág. 506; “Domínguez, Carlos A. c/ Motores Ferrari SRL s/ Despido” CNApTrab., sala I, 27-II-2002, TySS, 2002, pág. 315; Recurso de hecho, “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud SA s/ Acción de amparo” CSJN 7-12-2012, A.1023.XLIII. También se tendrán en cuenta los distintos tipos de doctrinas que dependiendo de su autor podrán tener más inclinación por los empleados o empleadores (Recalde, Héctor; Vázquez Vialard; Grisolia, Julio; Goldin Adrián; Ramírez Bosco, Luis)

Lugar y tiempo: el trabajo analizará el tema en la Argentina, a partir de la sanción de la Ley 11.729 hasta la actualidad.

INTRODUCCIÓN

El concepto de protección contra el despido ha sido denominado por el Dr. Julián de Diego como el conjunto de recursos técnico-legales previstos para proteger al trabajador frente al despido incausado e intempestivo dispuesto por el empleador, y a otras formas de extinción del contrato de trabajo (De Diego, Julián, "Manual de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social", 7ma. edición, La Ley, 2008, págs. 496/497).

Por lo general, todos los contratos prevén mecanismos de amparo de una de las partes cuando la otra resuelve rescindir el vínculo en forma unilateral e incausada. En el caso del derecho del trabajo este tema adquiere particular relevancia atento a la disparidad de fuerzas, constituida por la hiposuficiencia del trabajador frente a la superioridad del empleador. Es también, un tema fundamental frente a la existencia de tasa alta de desempleo, funcionando como recurso para fomentar la retención y desalentar la expulsión de trabajadores.

La estabilidad en el empleo es un instituto central del derecho del trabajo, y como tal ha sido tratada en todos los sistemas jurídicos como de fundamental relevancia en las relaciones individuales. En el derecho comparado se observan diversos sistemas, los cuales básicamente se concentran en las denominadas estabilidad propia y estabilidad impropia.

La primera es aquella que no admite la posibilidad de extinguir el vínculo laboral sin causas predeterminadas, y, por ende, cualquier acto de disolución del vínculo es nulo o ilegítimo, de modo que el trabajador puede reclamar la reincorporación al empleo. La estabilidad propia tiene, a su vez, dos variantes: la estabilidad propia absoluta, que es aquella en la que su violación importa sin ningún atenuante la reincorporación del trabajador despedido. En nuestro sistema legal es el caso del representante gremial despedido en forma injustificada (Art. 52 de la Ley 23.551). En cambio la estabilidad propia relativa es aquella en la que se admite, frente a la resistencia del empleador de reincorporar a la persona despedida, la sustitución por una indemnización, que fijará el juez y que, como ejemplo, puede constituir en el pago de los salarios desde el momento de la ruptura del vínculo hasta la fecha en que la persona está en condiciones de jubilarse.

Por otro lado tenemos la estabilidad impropia, que es aquella que admite el despido incausado del trabajador por decisión unilateral del empleador, pero, en tal caso, le fija un régimen indemnizatorio con el fin de disuadirlo y de reparar con ello los daños sufridos por el primero al perder el empleo. Éste es el sistema históricamente utilizado en nuestro país.

La Constitución Nacional en el art. 14 bis establece claramente que "el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes", las que asegurarán (además de otros derechos) protección contra el despido arbitrario y estabilidad del empleo público.

Con fundamento en el texto precitado, la Corte Suprema de la Nación, en distintos pronunciamientos, ha ratificado que el texto del art. 14 bis no impone al legislador un sistema determinado de protección frente al despido. Es por ello que hasta 1969 se conocieron diversos fallos en donde se consideraron compatibles con nuestra Carta Magna sistemas de estabilidad propia. En el año mencionado la jurisprudencia dio un vuelco cuando se dictó el fallo "De Luca c/ Banco Francés". La Corte Suprema elaboró una doctrina que se profundizó y ratificó hasta hoy, por la cual se consideró que los regímenes de estabilidad propia son inconstitucionales en tanto que consagran un derecho irrazonable que además viola otros principios como los contenidos en el art. 14 de la Constitución Nacional respecto del derecho a ejercer toda industria lícita. El texto del artículo 14 bis puntualiza la protección contra el despido arbitrario y, por ende, acepta el despido y que el mismo puede ser arbitrario o no, condenando al primero.

Por los fundamentos citados, los fallos posteriores expresamente consideraron que la inconstitucionalidad de la estabilidad propia se basa en pautas que son incompatibles con la Constitución Nacional. Alguna doctrina sugiere que la estabilidad propia depende de la voluntad del legislador, y de hecho, el Art. 14 bis es lo suficientemente amplio que admite los dos sistemas.

CAPITULO I

Evolución de la sistematización del despido sin justa causa en argentina

Para comenzar a analizar la evolución de la sistematización en nuestro país del despido sin justa causa, debo decir que desde la Ley 11.729, en gran medida, la regulación del contrato individual de trabajo se sostiene sobre el instituto de la protección contra el despido arbitrario.

Por una parte, el sistema está concebido como un medio de sancionar y reprimir la posibilidad de que el empleador ponga fin al contrato de trabajo. Al mismo tiempo, procura asegurar al trabajador, una reparación por el daño que resulta de la pérdida del empleo. Recordemos finalmente que la indemnización por despido también está concebida como un medio para que el trabajador pueda ejercer coerción sobre el empleador en casos de incumplimiento de sus obligaciones, bajo la figura del despido indirecto.

Este diseño funcionó a lo largo de décadas con aceptable eficacia, asegurando a los trabajadores un marco de seguridades para ejercer sus derechos bajo la garantía de este régimen indemnizatorio. Cuando no resultaba tan difícil conseguir empleo, los trabajadores no temían intimar a su empleador bajo apercibimiento de considerarse despedido, ni les asustaba ser víctimas de un despido represalia. La pérdida del empleo estaba razonablemente reparada en la mayoría de los casos, ya que no resultaba difícil encontrar otro empleo equivalente, y la indemnización percibida, en líneas generales, compensaba el daño resultante del tiempo de inactividad hasta obtener un nuevo trabajo y en ocasiones, si los períodos de la indemnización superaban los meses de inactividad, hasta generaba un excedente en beneficio del trabajador.

Del mismo modo, el empleador, al saber que el trabajador no le temía al despido, se cuidaba de no incurrir en conductas que pudieran derivar en la denuncia del contrato y el consiguiente pago de la indemnización.

La protección contra despidos quedó así erigida como la piedra angular del sistema de relaciones laborales, la que aseguraba condiciones adecuadas de labor, inhibiendo al empleador de despedir al trabajador si éste ejercía algún derecho o formulaba algún reclamo, o bien permitiendo la denuncia del contrato por parte del dependiente con el consiguiente pago de la indemnización.

En las páginas que siguen se intentará demostrar que la protección aludida ha perdido eficacia, lo que arroja como resultado condiciones de trabajo deterioradas. Comenzaré por explicar las causas que han afectado la eficacia del sistema de protección contra despidos y las consecuencias de éste fenómeno.

Por una parte, en las actuales circunstancias con el deterioro creciente de la calidad del empleo resulta difícil que un trabajador despedido consiga otro empleo en condiciones más o menos parecidas al trabajo perdido. Entre las causas que obstan a esa posibilidad debemos mencionar en primer término la desocupación, que aunque ha disminuido, aún no ha llegado a los niveles históricos de la Argentina. Además, los índices muy elevados sufridos en tiempos relativamente recientes han dejado su huella en el ánimo y expectativas de los trabajadores. El empleo no registrado sigue siendo muy elevado y conspira para que los trabajadores encuentren un nuevo empleo en condiciones aceptables. Además, muchas empresas tienen registrado a su personal de modo deficiente, y son frecuentes las situaciones de interposición de personas o de sociedades ficticias destinadas a eludir el cumplimiento de obligaciones. Finalmente, corresponde poner de resalto la tendencia de las empresas a renovar su personal, sustituyendo, sus planteles por personas de menor edad y presuntamente de mejor formación profesional.

Todos estos factores concurren para dificultar el acceso a una reparación aceptable, y al mismo tiempo hace muy problemática la reinserción laboral del trabajador despedido, y restan eficacia al sistema de reparación mediante indemnizaciones tarifadas creadas por la ley.

Entre las consecuencias, al mismo tiempo que los trabajadores han perdido capacidad de coerción para reclamar a sus empleadores, derivadas de la insuficiente protección contra despidos, las patronales pueden, con previsible libertad incumplir determinadas obligaciones, sin temor a reclamo alguno. El mejor ejemplo lo constituye el fenómeno del empleo no registrado o registrado deficientemente, que todavía acusa elevados índices pese a la severidad de las sanciones y reparaciones previstas en la ley 24.013. Los trabajadores, en estos casos, son conscientes de que cualquier reclamo referido a la registración de sus contratos habrá de culminar con la pérdida del empleo, y el consiguiente reclamo judicial en pos de una indemnización. Justamente ese temor a perder el trabajo opera como un disuasivo que no se ve compensado ni aún por las perspectivas de una indemnización reforzada. Lo mismo puede decirse de las situaciones en que el empleador es moroso en el pago de las remuneraciones, no abona correctamente las horas extras o determinados beneficios convencionales, incurre en fraude por interposición de personas u omite cumplir con sus deberes relativos a la seguridad en el trabajo.

En algunos casos, el empleador utiliza la figura del despido, aún la del despido sin causa, como factor de intimidación para inhibir el reclamo de sus dependientes. La amenaza de despido se formula con escaso pudor a modo de advertencia para aquel que reclama el pago de horas extras u otras prestaciones o para el trabajador que elige afiliarse al sindicato de la actividad, o participar de un reclamo dirigido al empleador.

La consecuencia de todo esto es el deterioro creciente en la calidad del empleo, dada la libertad o impunidad que gozan los empresarios amparados en esta situación.

Como una consecuencia de este estado de situación, se verifica el fenómeno de que los reclamos de los trabajadores se canalizan por fuera de la empresa. Los grupos de activistas que dificultan el acceso de los establecimientos, promueven ruidosas y visibles protestas públicas, con las consiguientes consecuencias en el clima social y político, son el resultado de la incapacidad de los trabajadores para reclamar, individual y colectivamente mediante la acción sindical en la empresa el cumplimiento de sus deberes por parte del empleador.

Desde el lado judicial, la respuesta en relación con la problemática de la insuficiente tutela del despido aparece con mayor intensidad y efectos en los fallos relativos a situaciones juzgadas como de despido discriminatorio, con consecuencias cualitativamente distintas a la del pago de la tarifa legal del artículo 245 de la LCT.

El régimen de la ley 23.592 relativo a los actos de discriminación ha sido receptado por nuestra jurisprudencia, aplicándolo a diversas hipótesis de despido que, más que configurar casos típicos de discriminación por causa de sexo, raza, religión, ideología política o similares, sancionan situaciones de “despido represalia”. Este último concepto aludido ha sido definido en el Convenio 158 de la OIT en las situaciones en las que el empleador pone fin a la relación por causa de la actividad sindical del trabajador o por haber deducido un reclamo contra el empleador, o como una reacción por causa de enfermedad o embarazo del trabajador o trabajadora.

En la jurisprudencia nacional, los ya numerosos fallos que se han ocupado de situaciones de represalia en los casos de actividad sindical con el consecuente despido de activistas, de aspirantes a delegados que no lograron oficializar su mandato, de haberse afiliado a una organización sindical, o de representantes de entidades sin personería gremial, han fundado sus pronunciamientos, incluso muchos casos importaron la declaración de nulidad de despido, en el sistema de la ley 23.592, al considerar inaplicable la tutela de la ley 23.551 a trabajadores que carecen de designación formal como representantes.

EL concepto de despido represalia puede ampliarse asimismo a casos en los que el móvil del despido lo constituye un reclamo formulado por el trabajador, o en los que el trabajador prestó declaración como testigo en un juicio contra el empleador. También a supuestos en los que la patronal prescinde de un dependiente por causa de su estado de salud, o por razones de edad.

En estas situaciones, la aplicación de la normativa antidiscriminatoria ha quebrado el límite de la reparación tarifada, ensanchándola mediante el pago de indemnizaciones adicionales a las fijadas en la tarifa legal, o bien, anulando lisa y llanamente el acto del despido y ordenando la reincorporación.

En ambas hipótesis, la respuesta jurídica al despido del trabajador, en los variados supuestos en los que el instituto ha venido aplicándose, determina una consecuencia cualitativamente distinta a la que resulta de la mera aplicación tarifada.

En referencia a lo que explicaba al principio del capítulo, respecto de la pérdida de eficacia del derecho del trabajador, resulta indispensable analizar la época en que se legisló hacia una flexibilización laboral, la cual tuvo su fundamento en que nuestro país debía "adaptarse" al nuevo panorama que presentaba el mercado laboral, pero como veremos dicha reforma no arrojó resultados positivos.

Con la sanción de la ley 24.467 se intentó poner a la pequeña y mediana empresa en una posición más beneficiosa mejorando su competitividad pero que desde la perspectiva del trabajador significa un retroceso ya que no precisa la habilitación por convenio colectivo de trabajo para modalidades promovidas ni registro ni comunicación al sindicato.

Con la sanción de la ley 25.013 y la ley 25.250 se ahonda más la diferencia entre el trabajador y su contratante. La Ley de Reforma Laboral fue sancionada el 11 de mayo de 2000, receptando modificaciones introducidas por el Senado, y publicada en el Boletín Oficial el 2 de junio de 2000, cuya redacción definitiva es de 35 artículos divididos en ocho títulos.

En una de las primeras disposiciones de la mencionada reforma establece que "el contrato por tiempo indeterminado, con excepción del contrato de temporada, se entenderá celebrado a prueba durante los primeros tres meses pudiendo ser extendido por el convenio colectivo a seis meses más, estableciendo que cuando se tratare de pequeñas empresas el período de prueba será de seis meses aunque el convenio colectivo podrá extenderlo a 12 meses solo cuando se tratare de trabajadores calificados según la propia reglamentación de los convenios".

Aquí podemos observar la ampliación de los plazos de duración del período a prueba sobre todo las pequeñas empresas que son las que más trabajadores emplean, lo cual significaría una desnaturalización del instituto que se tiende a regular. Debemos tener en cuenta que la finalidad del período de prueba es la evaluación respecto de la aptitud del trabajador para desempeñarse en el puesto. El plazo de 6 meses es a mi entender excesivo especialmente para aquellos trabajos que no requieren especialización de ninguna clase, además de la facultad del convenio de poder extenderlo aun más hasta un año.

Otra de las reformas que se introduce es en el artículo 2 cuando se le otorga al Ministerio de Trabajo la facultad de establecer los alcances de la convención colectiva cuando la misma exceda el ámbito de una o varias empresas determinadas la que se definirá en función de la aptitud representativa del sindicato definida en el acto de otorgamiento de su personería gremial y de la del grupo de empleadores.

En cuanto al artículo 6 de la reforma termina con el principio de ultraactividad al determinar la pérdida de vigencia de las cláusulas contenidas en los convenios en un plazo de dos años contados a partir de la fecha en que una de las partes no hubiesen ejercido la facultad de establecer distintas fechas de vencimiento para las cláusulas de convenio no le hubiesen otorgado ultraactividad ni hubiera entrado a regir un nuevo convenio.

Es de importancia el análisis que efectúa el jurista ADRIAN GOLDIN (en <http://rcci.net/globalizacion/2005/fg508.htm> on line) referido al gran debate de la Reforma Laboral Argentina en el cual hace una breve descripción sobre cuales fueron los efectos tanto desde el punto de vista jurídico, social y económico y cuales fueron sus consecuencias:

1- Década del 90: Plan de Convertibilidad; relación con los precios reflejan un elevado costo laboral argentino derivado del régimen de convertibilidad. Existencia de la responsabilidad de las regulaciones laborales. Hay dificultades de las empresas en la competencia. Los costos son rígidos como así también los servicios y los contratos de privatización.

2- En el año 91 hasta fines del segundo gobierno de Menem el tema del debate laboral fue constante y hay un considerable crecimiento en el empleo. Algunos admitían que la rigidez era de las políticas macroeconómicas. Se caracteriza por una flexibilidad jurídica y rigidez económica.

3-Año 2000: La Reforma Laboral es cuestionada por la CTA que cuestionó el modelo sindical argentino. Existencia de intereses compartidos traducida en una lógica histórica de convivencia. Los empresarios piden un modelo de organización y acción sindical. Desde el punto de vista económico hay una perspectiva neoinstitucionalista como así también validez de ciertas instituciones laborales y hay una escasa eficiencia en el debate laboral argentino.

4- Se produce la reforma privatizadora del régimen de accidentes del trabajo (LRT).

5-Disminución de la incidencia relativa de los créditos laborales en quiebras y concursos preventivos.

6-Establecimiento del período de prueba de 3 meses extensibles a 6 meses.

7- Flexibilización de la duración de la jornada por medio de los convenios colectivos de trabajo.

8- Flexibilización del régimen de jubilaciones y pensiones.

9- Estrategias no legislativas tendientes a inducir a la descentralización de las negociaciones colectivas.

10-Postergación de proyectos de desregulación del sistema de obras sociales a cambio de sucesivas convenciones.

En cuanto a las características de la reforma laboral argentina del año 2000, ellas son las siguientes:

a- Preocupación del Ministerio de Economía en cuanto a enviar desde regulaciones laborales señales inconfundibles a mercados y en particular a los organismos multilaterales de crédito.

b- Los contenidos de la ley eran: descentralización, libertad de elección del nivel de negociación, una prevalencia invariable del convenio de menor nivel.

c- Se suprime la ultraactividad sin límite y hay una pérdida de la vigencia de los convenios del año 75.

d- Derogación del arbitraje obligatorio y del decreto reglamentario de la huelga en los servicios esenciales.

e- Participación de delegados del personal en negociaciones de empresas.

Es decir, que frente a este epicentro de hechos sucesivos me remitiré en mi opinión que la flexibilidad laboral no ha sido un remedio para curar sino por el contrario, ha precarizado al mismo incrementando las tasas de desocupación, desgaste en los salarios, aumento del trabajo en negro en más de un 30% entre otras consecuencias.

CAPITULO II

El proceso de la antiflexibilización del derecho laboral

Durante el año 2004 se suscitaron importantes transformaciones en nuestro derecho laboral argentino ya que la ley actual 25.877, sancionada el 2 de marzo de 2004 y publicada en el Boletín Oficial el 19 de marzo de 2004, introduce pequeñas variantes sirviendo quizás de remedio frente a las dificultades que ofrecía la anterior reforma laboral cuya ley 25.250 fue muy discutida en torno a varios aspectos: la desproporción del período de prueba, la disminución de las contribuciones patronales entre otros aspectos.

La nueva ley 25.877 deroga las leyes 25.250 y 17.183 los arts. 17 y 19 de la ley 14.250 t.o 1988, el artículo 92 de la ley 24.467 y los artículos 4,5,7,8,10,11 y 13 de la ley 25.013 y el Decreto 105/00.

Podemos afirmar que uno de los primeros síntomas de la antiflexibilización es cuando la Corte Suprema de Justicia se manifiesta en el caso "Vizzoti Carlos A. c/ Amsa S.A s/ despido" por la inconstitucionalidad de la norma del artículo 245 de la LCT, con fecha 14 de septiembre de 2004. La presente norma impone como indemnización por un año de antigüedad la dación en pago de un mes de sueldo por año de antigüedad con un tope indemnizatorio de 3 veces el salario promedio del convenio colectivo de la actividad. De acuerdo a la decisión de la Corte se pronuncia reformando el sistema vigente e imponiendo que tal promedio no debe ser menor del 67% de la correspondiente remuneración mensual que debe percibir el trabajador de manera corriente.

El segundo síntoma de antiflexibilización se traduce a través de otra decisión de la Corte Suprema de Justicia en el caso "Aquino Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A" (el fecha 21/09/04 en DT 2004-B 1286) declarando la invalidez constitucional de la limitación a la responsabilidad civil del empleador que prevé el artículo 39 inc.1 de la ley 24557 (DT,1995 – B, 1980).

Es de destacar la manifestación de la CSJN cuando se manifiesta en el art.39 inc.1 en donde expresa: "el hombre no debe ser objeto de mercado alguno, sino señor de todos estos, los cuales sólo encuentran sentido y validez si tributan a la realización de los derechos de aquel y del bien común. De ahí que no debe ser el mercado el que someta a sus reglas y pretensiones las medidas del hombre ni los contenidos y alcances de los derechos humanos. Por el contrario, es el mercado el que debe adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el derecho internacional de los derechos humanos de jerarquía constitucional bajo pena de caer en la ilegalidad".

Aquí es interesante acotar que la CSJN hace mención del mercado de trabajo y sin lugar a dudas el trabajador debe ser un protagonista fundamental del mismo y no ser simplemente un objeto, ya que además el mercado debe adaptarse conforme a las reglas establecidas en la propia Constitución Nacional como en su artículo 16 referido al principio de igualdad, en este caso del trabajador.

CAPITULO III

Indemnización por despido incausado

La extinción del contrato de trabajo sin justa causa trae aparejado el derecho del trabajador a percibir una indemnización, llamada “indemnización por antigüedad”, que implica el reconocimiento de un módulo económico que debe afrontar el empleador tomando como variable para el cálculo la antigüedad y el salario del dependiente.

Desde el punto de vista jurídico podemos decir que la indemnización consiste en la reparación de un daño que le corresponde al trabajador despedido sin justa causa ya que protege, dentro de los lineamientos de nuestra legislación tuitiva, la estabilidad del trabajador.

En consecuencia, la indemnización responde a dos variables perfectamente delimitadas: el daño como acto de incumplimiento contractual y el bien jurídico protegido que es la permanencia o vocación de continuidad.

El contrato de trabajo como contrato no debe estar aislado del conjunto de normas prevista en el Código Civil que tratan específicamente los efectos de los incumplimientos contractuales, como es el resarcimiento del daño.

En efecto, el artículo 1083 del Código Civil, señala que “El resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas en su estado anterior, excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También podrá el damnificado optar por la indemnización en dinero”.

O sea que el legislador admite como las dos únicas vías posibles para reparar el daño producido por ese incumplimiento las siguientes: a) la de reponer las cosas en su estado anterior, que trasladado esto al contrato de trabajo, frente a un despido injustificado, previo a cualquier indemnización al respecto, sería la posibilidad de “retractación” figura admitida en el artículo 234 de la LCT, aunque solamente cuando existe la voluntad de ambas partes contratantes; b) en su defecto, el pago de una indemnización que tiene un valor económico.

Por ende se podría señalar que la indemnización en el campo del Derecho de Trabajo es “la respuesta jurídica, económica y social dada por la legislación laboral tendiente a reparar las consecuencias inmediatas y mediatas provocadas al trabajador por el acto unilateral del despido incausado” (Brain, Daniel Horacio; “La reparación por daños ante la disolución injustificada del contrato de trabajo”, en Revista del Derecho Laboral, 2011, Extinción del contrato de trabajo-III, Rubinzal-Culzoni, pág. 207) .

Es una respuesta jurídica porque el ordenamiento jurídico laboral desde siempre ha buscado la forma de reparar las consecuencias que provoca la ruptura de un contrato, pero además

buscando que esa reparación sea justa, equitativa y que responda a la noción de colocar a la parte afectada en una situación de alivio frente a la realidad que implica la pérdida de su fuente de ingresos, manteniendo sus condiciones económicas intactas y su inserción social.

Injuria: Concepto y Alcance

La injuria laboral implica la violación de algunas de las obligaciones que la LCT impone tanto al empleador como al trabajador empleado. El término injuria no tienen el significado del derecho penal sino que se refiere al incumplimiento contractual de una de las partes violatorias de las obligaciones que la ley impone a su cargo. En este sentido tiene dicho la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SCBA) que el concepto de injuria es específico del derecho del trabajo y consiste en un acto contra el derecho de otro. Ahora bien, la injuria laboral no supone necesariamente un daño a los intereses económicos del empleador, pues basta con que lo sea a los puramente morales.

A partir de las definiciones dadas veamos cuales son los requisitos necesarios para que se configure la injuria.

Requisitos

A partir de las definiciones dadas pueden establecerse cuales son los requisitos de la injuria. En primer lugar hay que destacar que para tenerse por configurado el despido deben configurarse todos los requisitos que se mencionarán seguidamente ya que la ausencia de uno de ellos hace que la conducta de quien extingue el contrato de trabajo imputándole la responsabilidad a la otra parte se torne antijurídica y por tanto de su responsabilidad.

Como requisitos de validez de la denuncia por justa causa pueden citarse los siguientes: a) relación de causalidad inmediata entre la injuria y el acto rescisorio, b) contemporaneidad de la denuncia por justa causa, en relación con el incumplimiento, c) proporcionalidad entre la reacción y la injuria, d) gravedad del incumplimiento.

Me parece que pueden los requisitos limitarse a tres: causalidad, proporcionalidad y contemporaneidad.

Analicemos cada uno de ellos:

-Causalidad o incumplimientos por parte del empleador o del trabajador:

Es decir que el trabajador o el empleador debe dejar de cumplir voluntariamente algunas de

las obligaciones a su cargo.

Tiene dicho la jurisprudencia que la denuncia del contrato de trabajo es el acto jurídico unilateral y recepticio por el cual una de las partes pone fin a la relación laboral. El elemento objetivo de la injuria está dado por un acto contra derecho que afecta la relación laboral, es decir, un ilícito contractual; los elementos subjetivos estarán dados por la imputabilidad del agravio. Media injuria siempre que la inobservancia de los deberes de prestación o la conducta de uno de los contratantes, configure un daño en alguno de los componentes materiales o inmateriales que conforma la relación contractual, de modo que produzca una afectación en los intereses materiales o inmateriales de la otra parte.

-Proporcionalidad:

Esto es el incumplimiento debe ser lo suficientemente grave que justifique la decisión de interrumpir el contrato. Es decir que no cualquier incumplimiento da lugar a considerarse injuriado. Los incumplimientos deben tener una entidad que justifiquen la decisión de extinguir el contrato de trabajo.

La violación o incumplimiento contractual por parte del trabajador o del empleador debe tener una gravedad tal que justifique la decisión. Es decir que para que ese obrar contrario a derecho se erija en justa causa de despido debe asumir cierta magnitud, suficiente para desplazar del primer plano el principio de conservación del contrato que consagra el art. 10 de la Ley de Contrato de Trabajo y su valoración debe realizarse teniendo en cuenta los parámetros de causalidad, proporcionalidad y oportunidad. En este sentido, no pueden establecerse reglas fijas y cada caso es una situación de hecho que evaluará el tribunal de trabajo.

De igual modo, se ha establecido que para que un obrar contrario a derecho se erija en justa causa de despido debe asumir cierta magnitud, suficiente para desplazar del primer plano el principio de conservación del contrato que consagra el art. 10 LCT.

-Contemporaneidad:

Dentro de ese concepto debe contemplarse también el término inmediatez que suele utilizar la jurisprudencia. Una razonable proximidad entre el momento en que se produce la causa de despido y la notificación del mismo (SCBA, 16-X-1973, T. y SS, 1973/1974, pag. 443). En definitiva, lo que se requiere es que exista una relación hecho-notificación del despido directo o indirecto de proximidad temporal. Ahora bien, la contemporaneidad que debe existir entre la falta cometida y la sanción aplicada no supone inmediatez absoluta, sino sólo una prudencial proximidad en el tiempo. La contemporaneidad entre injuria y despido impide archivar en la memoria comportamientos injuriosos y sacarlos a relucir mucho tiempo después, pero no puede

utilizarse como bill de indemnidad cuando el tiempo transcurrido entre los mismos ha sido utilizado por necesidades legales o para encontrar una solución que a la postre no se ha concretado.

Podría decirse que como regla el principio de contemporaneidad u oportunidad no debe apreciarse con criterio rígido pues la contemporaneidad no supone una absoluta inmediatez en todos los casos, sino una prudencial proximidad en el tiempo que relacione la falta y la sanción, debiendo dejarse a la parte afectada el tiempo necesario para examinar y meditar la situación, siendo tan solo inexcusable una demora no equitativa y culpable. De este modo si la injuria es imputable al trabajador y se requiriese una investigación para determinar la injuria, una vez cerrada la misma se debe notificar de su resultado al trabajador y consecuentemente el despido. Si bien es cierto que el despido, cuando se utiliza como sanción disciplinaria, debe guardar una relación de contemporaneidad con la falta o incumplimiento que se dirige a sancionar, desde que, la valoración de la injuria que justifica una medida de semejante entidad debe realizarse teniendo en cuenta los parámetros de causalidad, proporcionalidad y oportunidad, no lo es menos que el recaudo de inmediatez entre los hechos invocados para la cesantía y el acto rescisorio debe ponderarse de conformidad con las circunstancias particulares del caso. De igual modo si la injuria es imputable al empleador la decisión de constituir en mora y la posterior extinción del contrato de trabajo, debe ser contemporánea con los incumplimientos del empleador.

Artículo 245 LCT

“En los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa, habiendo o no mediado preaviso, éste deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a UN (1) mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de TRES (3) meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor.

Dicha base no podrá exceder el equivalente de TRES (3) veces el importe mensual de la suma que resulte del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador, al momento del despido, por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad. Al MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL le corresponderá fijar y publicar el promedio resultante, juntamente con las escalas salariales de cada Convenio Colectivo de Trabajo.

Para aquellos trabajadores excluidos del convenio colectivo de trabajo el tope establecido en el párrafo anterior será el del convenio aplicable al establecimiento donde preste servicios o al convenio más favorable, en el caso de que hubiera más de uno.

Para aquellos trabajadores remunerados a comisión o con remuneraciones variables, será de aplicación el convenio al que pertenezcan o aquel que se aplique en la empresa o establecimiento donde preste servicios, si éste fuere más favorable.

El importe de esta indemnización en ningún caso podrá ser inferior a UN (1) mes de sueldo calculado sobre la base del sistema establecido en el primer párrafo”.

Análisis:

Si bien el cálculo de la indemnización por despido incausado prevista en el art.245 de la LCT tiene una fórmula que la convierte en tarifada, el marco sugerido por la equidad propone que la misma guarde cierta proporcionalidad con el salario mensual normal y habitual y relación directa con el tiempo trabajado a las órdenes del empleador. Proporcionalidad y antigüedad son las dos pautas que han provocado las controversias jurisprudenciales que también analizaremos.

La indemnización por antigüedad se calcula de la forma siguiente:

- a) **La Base.- 1er.Paso:** La base del cálculo de la indemnización será la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o el menor tiempo trabajado: el salario que se toma como base es el mensual o sueldo, y el normal y habitual, o sea el que se recibe en forma periódica y sin la intervención de circunstancias extraordinarias. La mejor retribución mensual es la más alta devengada mensualmente. Es normal cuando no tiene carácter excepcional o extraordinaria, y es habitual cuando se repite en el período de devengamiento todos los meses o la mayoría de los meses dentro del período del cómputo. Deben excluirse por ello las prestaciones que no son normales, como pueden ser horas extras trabajadas en un mes por accidente inminente u ocurrido en el establecimiento, o la gratificación de carácter extraordinario y de pago único. También deben desecharse las prestaciones que no son habituales, como un premio de pago único.

Podría pensarse que, en virtud del principio de equidad, cuando las retribuciones ofrecen una variabilidad muy pronunciada, los salarios se deben promediar a fin de lograr la retribución mensual, normal y habitual determinada por la LCT. Sin embargo, la justicia laboral en el plenario 298 “Brandi, Roberto Antonio c/ Lotería Nacional SE” estableció que para el cálculo de la indemnización por antigüedad no se deben promediar las remuneraciones variables, mensuales, normales y habituales (5-X-2000, D.T.R, vol. 2000-B, pág 2176; Ty SS, 2000, pág 988).

El alcance de las expresiones remuneración mensual, normal y habitual, en síntesis implica:

- Se alude a la remuneración, lo que excluye todas las prestaciones no remuneratorias, como las asignaciones familiares, los beneficios sociales (por ejemplo, el servicio de comedor de las empresas o el reintegro documentado de gastos de medicamentos).
 - La palabra mensual se refiere a que la medida de la determinación del monto es lo devengado en los 12 meses de cómputo, cualquiera sea la periodicidad de pago (si un pago es trimestral, habrá que dividirlo por tres).
 - La prestación debe ser normal por oposición a que toda prestación de naturaleza extraordinaria no se computa (por ejemplo la gratificación extraordinaria de pago único).
 - Respecto de la condición de habitual, ésta refiere al hecho de que debe ser de pago mensual o que se debe repetir en la mayoría de los meses de los 12 en donde se calcula la base.
 - La base del cálculo puede estar integrada con prestaciones que conformaban la remuneración, a través de prestaciones cuya naturaleza fuere discutible por la calidad de la prestación recibida o por la forma o modalidad con la que la prestación fue empleada. En cualquier caso, dichas prestaciones deben ser analizadas con criterio restrictivo, y evaluadas en el caso concreto.
- b) **El Tope- 2do Paso:** La base calculada conforme a lo establecido en el punto anterior tiene como tope 3 veces el promedio de las remuneraciones previstas en el convenio colectivo aplicable en una jornada legal o convencional, sin computar el adicional por antigüedad: el art 245 de la LCT ha establecido un tope o techo que se debe calcular sobre la base de las prestaciones remuneratorias del convenio colectivo aplicable excluyendo el adicional por antigüedad. Este tope fue cuestionado por la jurisprudencia, en cuanto afecta el principio de igualdad, ya que en los casos en los que exista un trabajador que perciba una remuneración alta, puede llegar a importar una reducción de alrededor del 50% del salario mensual, normal y habitual del trabajador. Al respecto estos fallos refieren que la garantía constitucional contra el despido arbitrario (art.14 bis CN) requiere que exista cierta proporcionalidad entre el resarcimiento y el ingreso del trabajador despedido. La controversia culminó en una primera etapa con el fallo “Villareal”, en donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación establece que el régimen tarifado del art 245 de la LCT no resulta irrazonable, siendo tarea del legislador elegir el método y sistema para plasmar la protección contra el despido arbitrario, sin que los jueces se hallen facultados para decidir sobre el mérito o conveniencia de la legislación sobre la materia. En otros fallos, la Corte continuó profundizando su convicción respecto de la constitucionalidad del tope. En el caso “Licanic c/ Volpino” (18-IX-2001) en donde

mantuvo la doctrina de “Villareal” (Villarreal, Adolfo C. c/ Roemmers, CSJN, 10-XII-1997, DT, 1998-A, pág. 516) agregando que no es pertinente evaluar el art. 245 de la LCT sobre la base de lo que dispone el primer párrafo, sin considerar el resto de la norma, además de reiterar el concepto de equilibrio en relación al ingreso del trabajador, y las razones de equidad que siempre debe contemplar una sentencia. La revisión provino de los tribunales laborales que comenzaron a cuestionar el tope cuando su aplicación imponía una reducción irrazonable en relación con el salario mensual, normal y habitual del trabajador. Finalmente la Corte Suprema en su actual composición volvió a cambiar de opinión, y con ello el fallo “Vizotti” declaró confiscatoria toda reducción que represente el 33% o más de la remuneración mensual, normal y habitual devengada, y mandó a pagar el 67% de dicha remuneración por los años de servicios computables del dependiente despedido o fracción mayor a tres meses.

- c) **El monto y los períodos.- 3er. paso:** Un mes de sueldo por año de antigüedad o fracción mayor a tres meses. La indemnización que varía conforme a la antigüedad del trabajador una vez obtenida la base y aplicando los puntos antes mencionados, se puede calcular, se multiplica el valor así obtenido por los años de servicio, computando la fracción mayor de tres meses como un año completo.

La comparación entre la base del punto a) y el tope del punto b), resulta del hecho de que de los dos valores se aplica siempre el menor. En efecto, si la mejor remuneración es menor, se aplica ésta, pero si la mejor remuneración es mayor que el tope, obviamente, como éste opera como techo, se aplica el tope.

- d) **El piso o base mínima:** El monto calculado conforme a los pasos precedentes no podrá ser inferior a un mes de la mejor remuneración mensual normal y habitual devengada, pero sin tope.

- e) **Trabajadores fuera del convenio, o convenio inexistente:** Para los trabajadores excluidos del convenio colectivo de trabajo, a los fines del tope, se rige por las siguientes reglas:

- 1.- Si en el establecimiento existe un convenio colectivo aplicable a trabajadores convenionados, se le aplicarán los topes de dicho convenio;
 - 2.- Si existe en el establecimiento más de un convenio colectivo aplicable a trabajadores convenionados, se aplicará el más favorable al trabajador, o sea el más alto;
 - 3.- Si no existe ningún convenio aplicable, el trabajador recibirá la indemnización sin tope.
- La misma solución corresponde a aquellos convenios o estatutos que no prevean tope a los fines del cálculo de la indemnización por antigüedad.

Tipos de indemnizaciones agravadas

Desde la sanción de la ley 11.729, el régimen jurídico laboral en el despido sin justa causa estableció un sistema de indemnización tarifada, con dos toques, uno máximo, respecto a la base para el cálculo de la indemnización, y otro mínimo, referido a la indemnización, que luego fue respetado por la Ley de Contrato de Trabajo en su artículo 245.

Se ha señalado también que esta indemnización, llamada por despido o por antigüedad, en realidad era una respuesta dada por la legislación para reparar el daño producido por el despido.

Pero sucede que existen también, algunas indemnizaciones que agravan el resarcimiento que el empleador debe abonar al trabajador, las cuales son:

- Despido por causa de embarazo (Art. 178 LCT).
- Despido por causa de matrimonio (Art. 182 LCT).
- Despido durante una licencia por enfermedad (Art. 213 LCT).
- Por falta o defectuosa registración laboral (Arts 8, 9,10 de la ley 24.013).
- Por despido a trabajador que goza de protección especial de tutela sindical (art.52, ley 23.551).

El agravamiento por despido por causa de embarazo

El art 178 de la LCT establece que en caso de despido dispuesto por el empleador en un plazo que opera entre los siete meses y medio anteriores y siete meses y medio posteriores al parto de la mujer trabajadora dependiente, se presume que es por causa del embarazo, correspondiendo en función del art 182 de la LCT el pago de una indemnización agravada, además de la prevista en el Art 245 por despido incausado, de un año de remuneraciones, que incluye obviamente el sueldo anual complementario.

Esta presunción opera por el solo hecho de que la mujer comunique en tiempo y forma su estado de embarazo, con el correspondiente certificado médico y la fecha presunta del parto o, si se produjo en nacimiento, con la correspondiente partida de nacimiento.

Parecería que el agravamiento está dispuesto como una medida disuasiva a fin de evitar que en situaciones particulares y motivadas por la “carga” que implica contar con una trabajadora que, a partir de su estado de embarazo, pueda llegar a destinar mayor tiempo de su vida a un hijo y con ello la implicancia laboral en contra de los intereses del empleador, éste decida despedirla.

Es entonces esta indemnización una especial tutela que dispensa el ordenamiento jurídico a la maternidad y cuya especial protección no se encuentra representada obviamente en el artículo 245 de la LCT, porque esta norma protege el despido incausado en una situación

regular, mientras que la protección especial por embarazo tiende a tutelar y proteger un aspecto familiar y social de la mujer, que es su función materna, su núcleo familiar, y evitar que sea discriminada en el empleo por dicha situación particular.

El agravamiento por despido por causa de matrimonio

Surge del artículo 181 de la LCT, que existe presunción de que el despido se produjo por causa de matrimonio cuando se haya dispuesto sin invocación de causa o no se probare la invocada, si ocurrió dentro de los tres meses anteriores o seis meses posteriores al matrimonio.

Al igual que en la protección por causa de embarazo, ésta también tiende a proteger a la familia como núcleo de la sociedad.

En la protección por embarazo, el bien tutelado en la mujer en la familia, y en el matrimonio es la familia concretamente, es la institución matrimonial. La finalidad entonces será también para disuadir prácticas lesivas al interés social, que es la de proteger la institución matrimonial, pero al igual que en maternidad, el artículo 245 no alcanza para ello y por eso el legislador debió acudir a este agravamiento, presumiendo la existencia de prácticas lesivas contra el matrimonio y un daño si se opera la extinción en estas condiciones particulares.

Sanción económica por el despido durante la licencia por enfermedad o accidente inculpables.

El artículo 213 de la LCT, que se encuentra dentro del título *De la suspensión de ciertos efectos del contrato de trabajo*, indica que “Si el empleador despidiese al trabajador durante el plazo de las interrupciones pagas por accidente o enfermedad inculpable, deberá abonar, además de las indemnizaciones por despido injustificado, los salarios correspondientes a todo el tiempo que faltare para el vencimiento de aquélla o a la fecha de alta, según demostración que hiciese el trabajador”.

O sea que se trata de una garantía salarial que se acumula a la indemnización por el despido injustificado pero no es un agravamiento indemnizatorio, a tal punto que la ley lo define como “salarios”, porque justamente existe una obligación salarial dispuesta en el artículo 208 por los plazos y condiciones allí indicados.

El agravamiento por falta o defectuosa registraci3n laboral en la ley 24.013

La ley 24.013 instituy3 en el a1o 1991 un sistema de agravamiento indemnizatorio por falta o defectuosa registraci3n laboral, imponiendo al empleador este agravamiento en los casos en los que no se haya registrado ese contrato de trabajo (art. 8°) o que hubiese consignado en la documentaci3n laboral una fecha de ingreso posterior a la real (art. 9°) o que haya documentado en los recibos de haberes y documentaci3n laboral y contable una remuneraci3n inferior a la percibida por el trabajador (art.10), consistiendo este agravamiento en el derecho del trabajador a percibir la cuarta parte de las remuneraciones devengadas seg1n los per1odos no registrados, o los no registrados realmente, o de las remuneraciones devengadas durante el tiempo en que se consignaron montos inferiores al real.

A su vez, por el art1culo 15 tambi3n se ordena el agravamiento indemnizatorio de las indemnizaciones derivadas del despido sin causa, cuando este despido est3 vinculado a la intimaci3n que hiciera el trabajador para que se le regularice su situaci3n laboral no registrada o defectuosamente registrada, debiendo abonar el empleador el doble de las mismas, o sea, un incremento del 100% a las que corresponden normalmente.

Por lo expuesto, podemos decir, que el fin de la norma es la regularizaci3n de la inscripci3n de los contratos total o parcialmente deficiente y que la t3cnica normativa combina en la sanci3n la finalidades "represiva", en tanto pena con un castigo la conducta il1cita, y "persuasiva" o "preventiva", porque con la amenaza de la pena se intenta que el empresario se abstenga de incurrir en la conducta prohibida. Tambi3n, al ingresar al trabajador mediante la promesa de una indemnizaci3n, 3ste activa con su reclamo todo el aparato represivo previsto para el delito de "evasi3n" y la sanci3n administrativa por "falta muy grave", adem1s de tener que integrar las sumas adeudas.

Los agravamientos indemnizatorios por falta o defectuosa registraci3n laboral y por falta de pago de la indemnizaci3n en la ley 25.323

1) Por la falta o defectuosa registraci3n

La realidad posterior a la sanci3n de la ley 24.013, que exig1a un mecanismo previo de intimaci3n estando vigente el v1nculo laboral para que el trabajador requiriese de su empleador la adecuada registraci3n, utilizando un sistema de "amenaza", mostr3 dos complicaciones: la primera, que si el trabajador realizaba esta intimaci3n estando vigente el

vínculo laboral, seguramente obtendría como resultado la pérdida del empleo, entonces un gran número de trabajadores que eran conscientes de esta situación no formulaban la intimación a su empleador, hecho que se verifica con la escasa repercusión fiscal que tuvo la implementación de la ley en el sistema de registración, manteniéndose los niveles de empleo o registrado por encima del 40% de la masa de trabajadores activo. La segunda, que si el trabajador realizaba la intimación, la respuesta era la negativa del vínculo laboral, provocando con ello entonces el despido indirecto, puesto que ello generaba la injuria que impedía la continuidad del vínculo laboral.

Por estos motivos, el legislador, mediante el artículo 1 de la ley 25.323 dispuso un mecanismo automático resarcitorio y agravatorio de la indemnización, que solamente alcanza a la indemnización por antigüedad (art. 245 LCT) y no a la por falta de preaviso (art.232 LCT) y por integración por mes de despido (art. 233 LCT). Específicamente establece que la indemnización por antigüedad será incrementada al doble cuando se trate de una relación laboral que al momento del despido no esté registrada o lo esté de modo deficiente. La diferencia, en mi opinión, es que aquí la intención del legislador no es pretender que se regularicen los contratos clandestinos o defectuosos, sino enfocarse en que la consecuencia de ese incumplimiento normativo deriva en una indemnización por el daño producido. Naturalmente no podría pretenderse regularizar la situación porque el contrato de trabajo se encuentra extinguido.

2) Por falta de pago de la indemnización en la ley 25.323.

La ya mencionada ley 25.323 incluye en su artículo 2 un incremento indemnizatorio de las indemnizaciones previstas por falta de preaviso, integración del mes de despido y por despido sin justa causa (arts. 232, 233 y 245 de la LCT) del 50% cuando el empleador no le abonase dichas indemnizaciones en tiempo oportuno, haya mediado previamente intimación fehaciente a su pago y el trabajador debiera iniciar acciones administrativas y/o judiciales para su percepción.

Esta norma establece una sanción especial referida a una actitud de incumplimiento pos contractual en la que ha incurrido el empleador, el cual produce un daño de carácter económico, social, familiar, humanitario y personal del trabajador despedido, quien no solamente ha perdido su fuente de ingresos sino también la posibilidad de percibir en tiempo legal y oportuno (esto es, dentro de los 4 días hábiles de producirse el despido, si se trata de un trabajador mensualizado) su acreencia para afrontar su situación de desempleo por un tiempo incierto.

Agravamiento indemnizatorio del dirigente sindical amparado con estabilidad gremial

Dada la condición de dirigente sindical amparado por la garantía de estabilidad, para que sea plena y efectiva esta tutela, para que pueda cumplir con el fin específico, que es la defensa de los derechos de los trabajadores representados colectivamente, el artículo 52 de la ley 23.551, además de otorgar la prohibición del despido a aquel dirigente sindical que está cumpliendo su función como tal, le otorga la posibilidad o la opción, para el supuesto de no ser reinstalado luego del despido, de percibir una indemnización agravada, por lo que en caso de despido de un dirigente sindical, además de percibir la indemnización por despido, se le adicionará una suma equivalente al monto de las remuneraciones que le hubieren correspondido durante el tiempo faltante del mandato y el año de estabilidad posterior, si se trata de un candidato electo, mientras si se tratare de uno no electo será el agravamiento sobre el período de estabilidad (de seis meses y el año posterior) aún no agotado.

Podemos concluir que el agravamiento indemnizatorio previsto no es un beneficio económico del que resulta acreedor el dirigente gremial, sino una sanción económica frente al acto ilícito del empleador de impedir que este dirigente ejerza sus funciones gremiales; el agravamiento funciona como una medida disuasiva fuerte por sus consecuencias económicas.

Indemnización del Art. 247 de la LCT.

Además de las indemnizaciones agravadas mencionadas anteriormente, tenemos que tener en cuenta también la enunciada en el artículo 247 de la LCT, que hace referencia a que en caso de que un trabajador sea despedido por fuerza mayor o falta o disminución de trabajo que no sea imputable al empleador, el trabajador tendrá derecho a percibir una indemnización equivalente a la mitad de la prevista en el art. 245 de la LCT. En este caso se deberá comenzar por el personal menos antiguo y en caso del personal ingresado en el mismo semestre, se deberá comenzar por el que tenga menos cargas de familia.

Las causales económicas han sido objeto de interminables controversias fundadas en las circunstancias ajenas a la voluntad y control del empleador y fehacientemente justificadas, como dice el art. 247 de la LCT. ...En el fallo “De Biase Osvaldo Hector c/ Grinfa SA y otros s/ despido” no solamente se ha tenido una postura restrictiva en la admisión de las causales justificadas, sino que, inclusive, exigió la realización de acciones previas con el fin de evitar los despidos, que deben operar como último recurso.

Es discutida la entidad de las causas que pueden ser incluidas en las causales precitadas. Nos obstante ello, no existen dudas sobre que son causales de fuerza mayor los hechos de la naturaleza, como un terremoto o una inundación, que obligan a cerrar un establecimiento (De Diego, Julián A. en "Manual de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, LA LEY, séptima edición, 2008, Pág. 543/544). A su vez, la jurisprudencia exige que la empresa demuestre la realización de acciones, medidas u operaciones que tuvieran por objeto neutralizar los efectos de la falta o disminución de trabajo. En este sentido se ha dicho que "Para fundar el despido en falta de trabajo la empresa educativa debió acreditar de qué manera enfrentó el acontecer conflictivo, analizada la conducta desde la óptica de un empresario eficiente" (CNApTrab, sala III, 31-V-1999, "Rozenbaum, Gabriela c/ Asociación israelita de beneficencia, educación y culto David Wolfshon", T. y S. S., 2000, Pág. 506).

Por otra parte resulta claro que la mera crisis de un sector por importante que sea, no configura la causal no imputable al principal como lo exige la norma, y está incluido en el riesgo propio de la empresa: "La crisis en la industria de que se trate, aunque sea pública y notoria es insuficiente a los fines de justificar los despidos en razones económicas por fuerza mayor, sino se comprueba también que el empleador resulta ajeno a las causas del desajuste sucedido, pues allí es donde debe encontrarse la inimputabilidad a que se refiere el art. 247 de la LCT" (SCBA, 10-XIII-1992, T. y S.S., 1993, pág. 225).

Tampoco es justificativo de la falta o disminución de trabajo la reducción o disminución de la producción o de las ventas: "Las dificultades económicas, la reducción de la producción o la disminución de trabajo en general, constituyen sólo riesgos de la actividad empresaria que no justifican las causales de falta de trabajo o fuerza mayor" (CNApTrab., sala I, 27-II-2002, "Domínguez, Carlos A. c/ Motores Ferrari SRL s/ Despido", TySS, 2002, pág. 315).

El incendio producido por negligencia de un dependiente no es causa de fuerza mayor, mientras que un incendio forestal generado por auto ignición es una hipótesis de caso fortuito, como un hecho de la naturaleza que aún cuando resulte previsible es un fenómeno inevitable: "El incendio del establecimiento puede constituir fuerza mayor en los casos en que la actividad de la empresa, transcurrido el término máximo de suspensión previsto en el art. 221 de la LCT, cese definitivamente. Pero no cuando el siniestro afectó a una dependencia menor de la firma sin alterar la producción empresaria que continuó normalmente con su actividad, habilitando, incluso, un nuevo depósito tras el incendio (CNApTrab., sala III, 29-IV-1994, D.T., 1994-B, pág.2319).

El artículo 243 de la LCT y la necesidad de expresar la causa de despido en la notificación del despido con justa causa

La causa de cesantía debe ser aducida en el momento en que se notifique la ruptura del contrato de trabajo, no sólo para que el trabajador pueda formular revisión en el juicio laboral, sino también por ser una exigencia del deber de buena fe.

La finalidad del art. 243 de la LCT es evitar que se invoquen extemporáneamente las causas del distracto, de modo que el empleado tenga pleno conocimiento del motivo de aquellas, y si resuelve promover demanda, disponga con tiempo de los elementos de juicio para demostrar su inexactitud y no se vea obligado en un plazo perentorio a “salir a buscar” la prueba que hace a su derecho. En suma, se trata de salvaguardar el principio constitucional de defensa en juicio.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que: “Si bien la obligación de notificar las causas del despido y no poder modificarlas en juicio tiene por fin dar al dependiente la posibilidad de estructurar en forma adecuada su defensa (art. 18 de la Const. Nac.), el detalle de la información sobre dichas causas no puede importar un formulismo taxativo, ya que de interpretarse de tal modo la norma inferior se arribaría al extremo no deseado de cercenar el debate judicial, con la consiguiente lesión de los preceptos constitucionales invocados (CSJN, 16-2-93, T. y S.S. 1993-509).

Por su parte, la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo ha dicho que: “Al exigir que en la comunicación de despido se expresen claramente los motivos en que se funda la ruptura del contrato, la ley busca evitar que se emplee una fórmula ambigua que permita con posterioridad referirla a hechos cambiantes a voluntad de quien denuncia el vínculo, todo ello comprometiéndolo la buena fe contractual y el derecho de defensa contrincante” (CNAT, Sala II, 31-3-86, T. y S.S. 1986-618). En éste sentido, se ha considerado que la LCT dice en su artículo 243 que el despido por justa causa deberá comunicarse por escrito, con expresión suficientemente clara de los motivos en que se funda la ruptura del contrato. Ante ello, si el empleador, en vez de detallar, como correspondería, en su comunicación, la falta cometida por el empleado, prefirió decir “en razón de conducta deliberadamente deshonesto y mala fe en perjuicio de la empresa”, estamos en presencia de una comunicación recisoria defectuosa por genérica e insuficiente (CTrab. de San Francisco, 1-12-87, T.yS.S. 1988-459).

CAPITULO IV

Límite a los topes indemnizatorios en la Ley de Contrato de Trabajo

En el caso "Vizzoti" la Corte declaró inconstitucional la norma de la Ley de Contrato de Trabajo (art. 245) en cuanto establece un tope para el cálculo indemnizatorio en los despidos sin justa causa. Dijo que debe haber una relación proporcional entre el sueldo que el empleado percibía en actividad y el monto que la empresa debe pagar si decide concluir el vínculo laboral sin justa causa.

Fallo “Vizzoti, Carlos Alberto c/ Amsa S.A s/ despido”(Resuelto el 14/09/2004, Rev. de Derecho Laboral, ed. Rubinzal-Culzoni, núm. extraordinario,2004,págs.7ysgts.).

Hechos:

Carlos Vizzoti se había desempeñado como director médico de A.M.S.A. -una empresa de medicina prepaga- durante 26 años, percibiendo una remuneración mensual de 11.000 pesos. La empresa decidió despedirlo “sin justa causa” y, consecuentemente, le abonó 27.048 pesos en concepto de indemnización. Según la LCT, la indemnización se calcula sobre dos variables: por un lado, el monto del salario mensual del trabajador -tomado como base- y, por otro, la cantidad de años trabajados. A la vez, la base no puede ser mayor al triple del promedio del convenio al que pertenece el trabajador por su especialidad. Así, no siempre se toma como base el monto del sueldo, sino que existen topes para el cálculo. En el caso de Vizzoti, a quien se le aplicó el convenio de sanidad, la base fue fijada en el tope de 1.038 pesos, y no en 11.000 como indicaba su sueldo. De esta forma, los 27.048 pesos de su indemnización surgían de multiplicar la base de 1.038 por los 26 años de servicio.

Disconforme, Vizzoti impugnó ante la justicia la aplicación del tope para el cálculo indemnizatorio. Argumentó que se afectaba su derecho a gozar de protección contra el despido arbitrario, tal como lo establece el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, y exigió que se le abonara la diferencia que resultara de calcular la indemnización sobre la totalidad del sueldo que cobraba cuando fue despedido. De ese modo, el monto ascendería, en principio, a la suma de 286.000 pesos, producto de multiplicar su salario de 11.000 pesos por los 26 años trabajados. En definitiva, la indemnización recibida representaba cerca del 10% del monto reclamado.

Cambio de criterio

Lo que se ha innovado en “Vizzoti” es la determinación del límite racional que el legislador debe respetar a la hora de establecer excepciones a la regla que ha sancionado en la misma norma. La Corte ha estudiado el problema que plantean los topes cuando, por distintos factores, terminan cercenando o neutralizando la indemnización prevista en su primer párrafo.

La Corte ha modificado el punto de análisis en relación al enfoque que le había dado la integración anterior. En efecto, en el muy conocido caso “Villarreal, Adolfo c/ Roemmers s/cobros salariales” la Corte, ante el fenómeno consistente en que los salarios reales tenidos en miras por el art. 245 de la LCT fueron muy superiores a los salarios empleados como módulo para fijar el tope, prescindió del análisis del tope al término salarial de la ecuación indemnizatoria para fijarse exclusivamente en el resultado resarcitorio final, (la Corte, en dicha ocasión, consideró que un “monto indemnizatorio” superior a \$27.000 no podía ser considerado absurdo o arbitrario, así como juzgó que esa suma no comportaba la desnaturalización del derecho que se pretendía asegurar ni significó la pulverización del real contenido económico del crédito indemnizatorio). En “Mastroianni R. c/ Establecimiento Modelo Terrabussi SA” (Fallos 323:995 y publicado también en revista D.T 2000-387) la Corte dijo que la suposición de que la garantía constitucional contra el despido arbitrario requiere un cierto equilibrio entre el resarcimiento y el ingreso del trabajador despedido, y que dicha proporcionalidad no debe ser inferior al 50% del salario, constituye una afirmación infundada y un exceso en el ejercicio de las facultades judiciales en desmedro de la que la constitución asigna al congreso.

Así, para aquella postura, aunque mediare un severo desfase entre salario real y tope salarial, no había lesión constitucional si el resultado indemnizatorio poseía entidad suficiente.

En “Vizzoti”, en cambio, la Corte federal prescinde del resultado final de la fórmula resarcitoria y vuelve a poner el punto de mira allí donde tienen su génesis el desfase económico y el cuestionamiento constitucional. La corte considera relevante examinar la relación entre el salario real y el techo económico basado en las remuneraciones convencionales promedio. Y es menester memorar que éste era el criterio que el máximo tribunal del país había empleado a partir de la democracia y en particular desde el caso “Jáuregui, Manuela Y. c/ Unión Obreros y Empleados del Plástico”

—sentencia del 7-8-84 Fallos: 306:940—cuando se señalaba que el propósito legislativo fue otorgar al trabajador una base para el cálculo indemnizatorio suficientemente representativa de su nivel de ingresos, y que la finalidad no fue otra que ponderar la base de cálculo de la indemnización sobre pautas reales.

Ahora, en el pronunciamiento que motiva estas reflexiones, la Corte federal ha dicho con toda claridad que el importe de la indemnización del artículo 245 de la LCT está fijado en nuestro país, desde su aparición en 1934, como una tarifa cuya rigidez se relativiza en tanto el importe resultante tiende a adecuarse a la realidad a la que pretende dar respuesta y ello en base al cómputo de dos circunstancias propias del contrato disuelto: antigüedad y salario del trabajador despedido. El tribunal consideró oportuno subrayar, en ese orden de ideas, que el legislador ha buscado la protección contra el despido arbitrario en concreto por intermedio de la referencia a la realidad, con apego a las circunstancias de cada caso tenidas por relevantes.

La Corte considera que, siendo el propósito del instituto reparar, es indudable que debe haber una razonable vinculación y proporción con los elementos fácticos que el propio legislador eligió como significativos para calcular la prestación, ya que no podría considerarse que la ley lograra su declarada finalidad reparadora si terminara desconociendo la concreta realidad a la que quiso atender, a causa de las limitaciones en la evaluación de uno de los elementos de cálculo que, precisa e inequívocamente, constituye uno de los dos indicadores de esa realidad: el salario realmente percibido por el trabajador despedido y no por otro u otros.

No deja de ser importante señalar que la solución justa se podía alcanzar también con el criterio señalado en “Villareal”, ya que, en dicho precedente y en los muchos que lo siguieron, se eludió fijar una pauta para determinar cuál sería el límite a fin de considerar que una determinada indemnización afectada por el tope salarial implique la pulverización del derecho o la desnaturalización del instituto.

Consecuentemente, nada hubiera impedido, por ejemplo, considerar inconstitucional la reducción de indemnizaciones a menos del 67% del monto que correspondería por aplicación de la regla del primer párrafo del artículo 245, y apuntamos ese parámetro para parangonarlo con el límite que la Corte ha usado en “Vizzoti”.

Sin embargo, el cambio de enfoque ya señalado es a mi modo de ver técnicamente más correcto y ortodoxo ya que el cuestionamiento introducido por la parte legitimada —el trabajador— se basa en la relación salario real/tope convencional y no en el resultado mismo. Es decir que examinar y decidir la relación entre la remuneración del trabajador y el efecto que tiene aplicar el tope salarial vinculado a los sueldos convencionales es dar respuesta al planteo de la parte interesada, lo que no acontecía en la doctrina “Villarreal”.

Este modo de encarar el tema y su resolución guardan la lógica de confrontar la regla inicial del precepto (la indemnización será igual a la mejor remuneración mensual, normal y habitual por la cantidad de años de servicios) con su excepción (la remuneración a computar no podrá superar tres veces el salario promedio del convenio) para determinar si la excepción es razonable o constituye la negación de la regla misma. Ello sería un silogismo

legal no permitido al legislador, de quien no es dable esperar que en un mismo párrafo otorgue un derecho que pueda ser neutralizado total o substancialmente por una excepción librada a un factor externo a las partes del contrato y cuya configuración no es conocida de antemano por el legislador, ni por dichas partes.

La verdadera causa del problema

El cambio del punto de mira es relevante pues la Corte rescata los conceptos que el legislador ha tenido en consideración para formar la tarifa resarcitoria: antigüedad del empleo y su mejor retribución normal y habitual ganada en el último año.

Asimismo, resulta esencial el límite puesto por la Corte federal a la autocontradicción del legislador, quien no puede establecer reglas de operatividad sólo aparentes que, en un número importante de casos, terminan siendo neutralizadas por las excepciones agregadas a la primera regla. Esta forma de legislar guarda, a mi juicio, cierta similitud con los derechos sometidos a condiciones de imposible cumplimiento: constituyen declaraciones o promesas que no se harán de poder efectivizar por la forma misma en que el derecho está regulado.

Empero, no es posible evitar que cuando se formuló el nuevo tope salarial del artículo 245 de la LCT mediante la ley 24.013 el Congreso Nacional no pudo imaginar, aunque tal vez sí prever, uno de los fenómenos que provocaron que el máximo salarial introducido en la ecuación resarcitoria provocara tanta conflictividad.

En los primeros años de la década de los 90, cuando se desperezaba la negociación colectiva, cuando se había detenido el flagelo inflacionario que distorsionaba cifras y cálculos y cuando se prometía –y algunos vislumbraban- el crecimiento de la economía, no imaginaron los legisladores que los salarios básicos de convenio iban a permanecer durante muchos años inmóviles o a registrar ascensos muy irrelevantes. Por el contrario, la lógica permitía esperar una importante movilidad de esos sueldos y la consecuente dinámica del tope.

Lo que en definitiva sucedió es que los sueldos pagados en la realidad –aunque bajos en términos relacionados con el mundo civilizado y con nuestro propio PBI- evolucionaron, creciendo de modo tal que un número considerable de dependientes obtuvo salarios mensuales superiores a tres sueldos básicos promedio de convenio. Y esa realidad hizo que el tope salarial dejara de ser una excepción para aparecer en gran cantidad de los despidos de personal con salarios medios y en casi todos los casos de trabajadores excluidos de los convenios colectivos o no comprendidos por éstos.

Esta reflexión histórica reclama dos aclaraciones. En primer lugar que, aun cuando los salarios básicos de convenio hubieran evolucionado concordantemente con la economía y los salarios generales, el tope de tres sueldos básicos convencionales seguiría igualmente

teniendo efectos lesivos frente al personal jerárquico o en el supuesto de personal con altos ingresos (caso de ciertos vendedores especializados como técnicos e investigadores vinculados con tecnologías y productos científicos de alto rendimiento económico, etc), ya que, como dijera la Corte en el caso “Marianetti”, la desproporción en el módulo salarial bien puede deberse a la magnitud del salario real y no a la exigüidad del tomado como módulo.

Debe reconocerse que, aún cuando los topes hubieran evolucionado razonablemente, el Dr. Vizzoti, cuya remuneración real era de \$11.000, se habría visto afectado por dicho máximo salarial, aunque, obviamente, la reducción no hubiera tenido la trascendencia que tuvo (disminución a poco menos del 10%).

De todos modos, ante el intenso debate que este fallo ha despertado se abre la oportunidad para examinar si es correcto o, cuando menos, adecuado que la ley laboral prevea un mismo sistema y niveles de reparación ante el despido injustificado para los trabajadores no jerarquizados y para aquella minoría de los empleados superiores, jerárquicos o directivos, con retribuciones muy elevadas por sobre la media salarial del país y que, tal vez, tiene posibilidades de pactar con sus empleadores regímenes particulares de estabilidad o de resarcimiento ante el despido injusto.

Mientras la ley no haga distinciones y prevea un solo estatuto para todos los trabajadores y para todas las empresas, sin percibir las diferencias objetivas que muestran sus diversos derechos y necesidades, la jurisprudencia no puede resolver de otro modo.

Evidentemente, en el caso “Vizzoti”, la existencia de un techo salarial más realista y elevado hubiera atenuado la reducción pero, igualmente, habría quedado marcada una importante brecha entre el salario real y aquella limitación.

En segundo lugar, nuestra tradición e historia no ofrecen alternativas ingeniosas que el Congreso haya podido tener en cuenta para establecer como límite salarial. El salario mínimo vital y móvil no era, ni lo es hoy en día, un parámetro que garantice ni la movilidad ni un nivel razonable para fijar el tope máximo salarial.

Pienso que la solución no está en la crítica despiadada desde los sectores afectados por la sentencia que analizamos sino en el estudio del derecho comparado, en la reflexión y en el diálogo intersectorial, presidido por el Estado, para buscar y encontrar una nueva fórmula justa y equitativa.

Superación de la polémica de la eliminación del tope

Considero que el fallo bajo análisis contiene otro mérito adicional a los ya señalados. En este sentido deseo recalcar que en “Vizzoti” la Corte logró acabar con el dilema que se generaba a la hora de eliminar el tope por su declaración de inconstitucionalidad.

Este dilema consistía en que muchos jueces, al cumplir con el deber constitucional de apartar la norma reprochada de inconstitucional, sentían que estaban contralegislando al dejar de lado el tope (cuya justificación no estaba en cuestión) por el sólo hecho de reprocharse sus alcances. Algunos tribunales optaban por reemplazar ese techo salarial por uno arbitrariamente elegido (así, la sala III de la CNAT, por ejemplo, consideraba procedente fijar un tope equivalente al 50% de la mejor remuneración mensual, normal y habitual, criterio que la Corte consideró arbitrario, cuestión con la cual coincido, pues el juez puede y debe apartar la norma inconstitucional, pero le está absolutamente vedado crear otra norma en su reemplazo), mientras que otros, ateniéndose a su función constitucional, reconocían el derecho a una indemnización sin tope, con la sensación de que esto sólo era justo desde el punto de vista formal pero no del material.

En “Vizzoti” la Corte federal encontró una solución tan interesante como controversial, que supera esa alternativa dilemática: tras ratificar que es válida la instauración de topes salariales advirtió que “no resulta razonable, justo ni equitativo, que la base salarial prevista en el párrafo 1° del citado artículo 245 de la LCT, vale decir, la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida durante el último año o durante el tiempo de la prestación de servicios si éste fuera menor, pueda haberse reducida en más de un 33%, por imperio de sus párrafos 2° y 3°.

Con esta formulación cuantitativa objetiva, la doctrina pensó en su momento que la Corte encuentra un mecanismo que compatibiliza todos los intereses en juego: pone el tope en sus justos límites sin eliminarlos por completo y acudiendo a conocida jurisprudencia del tribunal, relativa a que la confiscatoriedad se produce cuando la presión fiscal excede el señalado porcentaje. Al respecto deseo hacer reserva de mi opinión, la que expondré más adelante.

Se trata de un mecanismo que establece, en palabras del propio tribunal, “un criterio que, sin desconocer el margen de apreciación del legislador –y los equilibrios, balances y objetivos que motivaron a éste- señale los límites que impone a todo ello la Constitución Nacional mediante la existencia de su artículo 14 bis...”.

Es cierto que, este criterio resuelve no sólo “Vizzoti”, sino también los próximos que deba decidir la Corte.

Protección contra el despido arbitrario, derecho de propiedad y confiscatoriedad

Como es sabido, la garantía de “protección contra despido arbitrario” se incluyó en el nuevo artículo 14 bis incorporado a la Carta Magna por la reforma constitucional de 1957. La subcomisión de Derechos Sociales y Gremiales de la Convención Nacional Constituyente

introdujo, en la reforma propuesta al artículo 14, y en el inciso 2°, apartado b, el siguiente período:” Protección contra el despido arbitrario” y, además, agregó otro apartado, designado con la letra i, con el siguiente texto: ”Protección contra el desempleo”.

La comisión central incorporó, en el nuevo artículo, a continuación del 14, en su tercer apartado, el texto normativo con la misma redacción y agregó, en el décimo apartado, el otro texto similar referido a la protección contra el desempleo.

Como la cláusula constitucional fue aprobada sin debate, se carece de una guía auténtica de lo que los convencionales constituyentes quisieron significar con el texto introducido y qué alcance cabe otorgar a la supresión de la protección contra el desempleo. Sin embargo el convencional Carlos A. Bravo en su informe general a la Convención Constituyente, formuló numerosos conceptos que merecen atención. Dijo en algunas partes de su exposición: “la protección contra el despido arbitrario, consiste en el amparo jurídico que se asegura con el fin de otorgar permanencia en el empleo. La estabilidad es, así, un tratamiento jurídico especial, que se da al trabajador que reviste la calidad de permanente. Un trabajador puede ser permanente pero no estable; para que esto último ocurra es indispensable que medie una limitación a la facultad discrecional del patrón de poner fin a la relación, o sea que exista una protección jurídica contra el despido. La vinculación consiste en que para que haya estabilidad es necesario que exista permanencia, lo contrario no es posible. Cuando un convenio de trabajo acuerda indemnización en los casos de ruptura injustificada del vínculo, aunque no se trata de trabajadores permanentes, lo que existe es un salario diferido; un instrumento de previsión. O tendrá la naturaleza que corresponda según la teoría que sobre el particular se acepte; pero no será un medio encaminado a lograr la estabilidad. No toda medida que sanciona la ruptura injustificada del vínculo, debe ser considerada como tendiente a garantizar la estabilidad. La diferenciación no es fácil, porque se olvida a menudo el presupuesto necesario: la permanencia en el empleo. Lo que pasa es que generalmente el medio empleado para garantizar la estabilidad es el usado para sancionar el despido arbitrario. Se persiguen resultados diferentes por el mismo medio; la diferencia está en los fines. Lo que ocurre es que, cuando el sistema no garantiza el reemplazo, o sea la reinstalación del trabajador injustamente despedido, la cuestión se resuelve a menudo imponiendo al empleador el pago de una indemnización, que guarda analogía con la que debe abonarse en los sistemas jurídicos que no establecen estabilidad. Luis María Jaureguierry, otro miembro informante de los “Derechos Sociales” en la Convención Constituyente, en un libro publicado sobre el tema reitera algunos conceptos vertidos por el convencional Bravo y agrega otros. Dice así: “Cuando un convenio de trabajo acuerda indemnización en los casos de ruptura injustificada, lo que se paga es un salario diferido; una medida de previsión social –como lo es la protección contra el desempleo-, una medida de seguridad social, contemplada en otro período de este mismo artículo.

De la idea de protección contra el despido arbitrario, tal como se expuso precedentemente por uno de los miembros informantes en la Convención Constituyente, esta garantía –como la mayor parte de los llamados “derechos sociales”- ha de entrar en colisión con los derechos vinculados con las concepciones filosófico-sociales del individualismo liberal burgués, es decir, los valores consagrados en normas referidas al derecho de propiedad, la libertad de ejercer toda industria lícita, la libertad de contratar, etc..

Esta tensión entre los derechos “individuales” y los derechos “sociales” se ha manifestado en todas las economías de mercado en las limitaciones económicas y financieras que cercenan la plena concreción de los derechos de los trabajadores.

Si bien el Derecho del Trabajo procura conseguir todo lo que es deseable socialmente, no puede realizar más que lo que es posible económicamente. En todos sus aspectos, se encuentra bajo la férula de la coyuntura y de la infraestructura económica. No existe un Derecho del Trabajo con finalidades exclusivamente económicas, en oposición a un Derecho del Trabajo con finalidades sociales. Toda norma realiza aquí un cierto compromiso, un cierto equilibrio entre exigencias antagónicas.

El derecho de propiedad, garantizado por los artículos 14 y 17 de la Carta Magna, ha sido interpretado por la Corte Suprema con un carácter amplio. Comprende “todos los intereses aplicables que un hombre pueda poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de Derecho Privado, sea que nazca de los actos administrativos (derechos subjetivos, privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce, así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de propiedad”.

El derecho de propiedad de la empresa se ha vinculado con el de “ejercer toda industria lícita” y consiguiente con la “libertad de contratar”, derechos de los cuales derivan las potestades del empleador de organizar económica y técnicamente su empresa y dirigirla (arts. 64 y 54 de la LCT).

Pero desde luego no sólo goza el empleador del derecho de propiedad. Como todo habitante, también el trabajador goza constitucionalmente del derecho de propiedad.

En el texto citado de la Corte suprema sobre el fallo “Vizzoti” hace referencia a que no es “razonable”, “justo” no “equitativo” que la base salarial del primer párrafo del artículo 245 de la LCT pueda verse reducido en mas de un 33%, por imperio del segundo y tercer párrafos del mismo artículo, la Corte vincula esta decisión con la conocida jurisprudencia del tribunal relativa a que la confiscatoriedad se produce cuando la presión fiscal excede el señalado porcentaje.

Decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En una decisión unánime, la Corte declaró inconstitucional el tope para calcular la base de la indemnización en el caso concreto de Vizzoti. Los jueces sostuvieron que la base salarial para el cálculo indemnizatorio no puede ser reducida en más de un tercio (33%) del monto total de la remuneración. (Voto de los jueces Petracchi, Belluscio, Fayt, Boggiano, Maqueda, Zaffaroni y Highton de Nolasco -los siete magistrados en funciones-) En este caso, con un sueldo de 11.000 pesos, la base debía fijarse en 7.333 pesos y no en los 1.038 correspondientes al triple del promedio de convenio. En otras palabras, para la Corte no es inconstitucional que exista un límite para el cálculo de la base, pero éste no puede ser inferior al 67% del monto que el trabajador recibía como remuneración cuando estaba empleado.

El máximo tribunal realizó una interpretación del artículo 14 bis de la Constitución Nacional en cuanto a la protección contra el despido arbitrario. Consideró que una de las finalidades de la indemnización es reparar en concreto el daño que presumiblemente produce el despido “sin justa causa”. Por ello, establecer topes máximos podría desvirtuar este propósito reparatorio. En ese sentido, la Corte entendió que debe existir una relación razonable entre el sueldo que percibía el empleado y el monto indemnizatorio.

También agregó que el trabajador goza de una protección especial en la relación laboral. Reconoció que allí “se ponen en juego, en lo que atañe a intereses particulares, tanto los del trabajador como los del empleador, y ninguno de ellos debe ser descuidado por las leyes. Sin embargo, lo determinante es que, desde el ángulo constitucional, el primero es sujeto de preferente tutela, tal como se sigue de los pasajes del art. 14 bis”

Análisis del caso “Vizzoti”

Podemos concluir diciendo que el caso “Vizzoti” deja cuatro definiciones básicas:

1° Si bien arranca de lo que parte de la doctrina autoral infelizmente ha denominado *estabilidad impropia*, lo pone en el marco de la *equidad*: “el resarcimiento del empleado debe ser equitativo, y de ello importa afirmar que la reglamentación legal del derecho a la llamada estabilidad impropia, constitucionalmente reconocido, debe ser razonable, lo que a su vez quiere decir, adecuada a los fines que contempla y no descalificable por razón de inequidad”. Las leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional “cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran”.

En esta primera definición es indivisibles de las que suceden en el pronunciamiento.

2° El artículo 14 bis de nuestra Constitución impone un particular enfoque para el control de constitucionalidad, resultando determinante que el trabajador es *sujeto de preferente tutela*, una de las valoraciones más celebradas y conocidas, conclusión impuesta además por el renovado ritmo universal que representa el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

3° Las obligaciones de las empresas contemporáneas respecto de la indemnización por despido deben ser reguladas con arreglo a las exigencias de la justicia, constituyendo un deber del Estado. Rige el principio según el cual el cumplimiento de aquellas obligaciones no se supedita al éxito de la empresa; éxito cuyo mantenimiento de ningún modo podría hacerse depender, jurídicamente, de la subsistencia de un régimen inequitativo de despidos arbitrarios.

4° El fallo en rigor no declara la inconstitucionalidad de artículo 245 aunque se haya divulgado en estos términos, sino que aplica la limitación a la base salarial prevista en los párrafos segundo y terceros del artículo 245 de la LCT sólo hasta el 33% de la mejor remuneración mensual, normal y habitual computable con arreglo a las circunstancias de la causa. En suma, constituye una atenuación de los topes de la tarifa (RAFFAGHELLI, LUIS, "Otra mirada sobre el fallo Vizzoti. Actualización de un tema irresuelto: el despido y el derecho a la estabilidad. El derrotero de la doctrina judicial: de Vizzoti a Alvarez", en Revista de Derecho Laboral, 2011, Extinción del Contrato de Trabajo-III, pags. 236/238).

EJEMPLOS PRÁCTICOS

A continuación expondré 3 ejemplos que ilustran la aplicación del art. 245 de la LCT, y también la incidencia que tiene el criterio jurisprudencial iniciado en el Fallo Vizzoti:

CASO 1: Salario: \$ 880; Tope \$ 1.200; Antigüedad: 3 años y 4 meses.

Primer Paso: Mejor Salario: \$ 880

Segundo Paso: Tope \$ 1.200 (no lo alcanza por ser superior al salario, de modo que computamos \$ 880)

Tercer Paso: Base por períodos: \$ 880 X 4: \$ 3.520

Cuarto Paso: Piso \$ 1.200: \$1.200 (no se aplica por ser menor al resultado del paso 3)

Quinto Paso: Pago \$ 3.520 por ser el monto mayor entre los pasos 3 y 4

CASO 2: Salario: \$ 1.200; Tope \$ 1000; Antigüedad: 1 año y 1 mes

Primer Paso: Mejor Salario: \$ 1.200

Segundo Paso: Tope \$ 1.000, se aplica el tope de \$ 1.000 porque \$ 1.200 lo supera

Tercer Paso: $\$ 1.000 \times 1 = \$ 1.000$

Cuarto Paso: Piso del valor del paso 1, \$ 1.200

Resultado: Pago \$ 1.000 por ser el monto mayor entre los pasos 3 y 4

CASO 3: Salario \$ 20.000; Tope \$ 3.000; Antigüedad: 10 años

Primer Paso: Mejor Salario: \$ 20.000

Segundo Paso: Tope \$ 3.000, se aplica el tope de \$ 3.000 porque \$ 20.000 lo supera

Tercer Paso: $\$ 3.000 \times 10 = \$ 30.000$

Cuarto Paso: El trabajador estaría en condiciones de solicitar la inconstitucionalidad del art. 245 de la LCT en atención a que la aplicación del tope, de acuerdo a la jurisprudencia proveniente del Fallo "Vizzoti", le estaría quitando más del 33 % de su sueldo para la determinación de la base, y en consecuencia resultaría confiscatorio para su patrimonio. En dicho caso, el cálculo sería el siguiente: \$ 13.400 (que representa el 67% del sueldo del trabajador) X 10 años trabajados: \$ 134.000.

CAPITULO V

La estabilidad propia en los nuevos fallos jurisprudenciales

Análisis de “Álvarez Maximiliano y otros c/ Cencosud s/ Acción de amparo”

Hace poco tiempo atrás la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció en la causa “Álvarez” (CSJN 7-12-2012, A.1023.XLIII, Recurso de hecho, “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud SA s/ Acción de amparo”) abordando en extensión y profundidad el caso de un despido discriminatorio de varios trabajadores. Por unanimidad se consideró que también la ley 23.592 resulta aplicable a las controversias laborales sin cortapista alguna. La mayoría²ordenó la reincorporación de los actores confirmando la sentencia de la sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Mientras que la minoría propició dictar un nuevo pronunciamiento con una indemnización agravada para el despido discriminatorio. Asimismo el voto minoritario va en línea con la doctrina sustentada por los doctores Rodríguez Mancini, Aldao Zapiola y Sappia al tratar el tema en el informe del Grupo de Expertos en Relaciones Laborales sobre el *Estado actual del sistema de relaciones laborales en la Argentina* (junio 2008).

Sin perjuicio de la enorme riqueza argumentativa del fallo, un tanto esquemático, se pueden distinguir 10 conclusiones básicas del voto de la mayoría:

1° Ratifica el corpus iuris que ha ido sustentando los pronunciamientos de la Corte en un verdadero bloque de constitucionalidad federal.

2° El principio de igualdad y prohibición de la discriminación ha alcanzado, actualmente, un nivel de máxima consagración y entidad: pertenece al jus Mogens, y sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico.

3° La ley 23.592 es sin duda aplicable al ámbito del derecho individual de trabajo en razón de que: a) no hay texto legal que indique lo contrario, b) la discriminación se reprueba en todos los casos, c) la dignidad y el trabajo se relacionan en términos naturalmente entrañables.

² Mayoría del caso “Álvarez”: ministros E. Zaffaroni, J.C. Maqueda, C. Fayt y E.Petracchi; minoría: ministros R. Lorenzetti, C.Argibay y E. Highton de Nolasco.

4° No hay incompatibilidad alguna entre la reinstalación del trabajador víctima del distracto discriminatorio y el derechos a contratar y ejercer toda industria lícita del artículos 14 de la Constitución Nacional. A diferencia del caso “De Luca” (*Fallos*: 273:87, 1969), el presente caso no pone en “la liza” un régimen general de estabilidad propia o absoluta como protección contra todo despido arbitrario, sino la reincorporación, para el litigio y en el litigio, derivada del singular motivo de ruptura del contrato de trabajo: la discriminación.

5° Es doctrina permanente de la Corte que la Constitución Nacional debe ser entendida como una unidad, esto es, como un cuerpo que no puede dividirse sin que su esencia se destruya o altere, como un conjunto armónico en el que cada uno de sus preceptos ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de los demás (“Galassi, *Fallos*: 310:2733, 2737, entre otros).

6° La protección del “Derecho a Trabajar” previsto en el artículo 6.1 del PIDESC, al incluir el derecho del empleado a no verse privado arbitrariamente de su empleo, si bien no impone la reinstalación, tampoco la descarta (doctrina caso “Madorrán”), y la reinstalación guarda coherencia con los principios que rigen las instancias jurisprudenciales internacionales en materia de derechos humanos (CIDH, caso “Baena”). El objetivo primario de las reparaciones en materia de derechos humanos debería ser la rectificación o restitución en lugar de la compensación. Sólo un entendimiento superficial del artículo 14 bis llevaría a que la “protección contra el despido arbitrario” implicara una suerte de prohibición absoluta y permanente de toda medida de reinstalación.

7° Si bien Argentina no ha ratificado el Convenio 158 sobre terminación de la relación de trabajo (OIT 1982), el Comité del PIDESC no ha dejado de considerar que los alcances del derecho al trabajo son determinantes a la luz del instrumento citado, al menos en cuanto “impone, en particular, la necesidad de ofrecer motivos válidos para el despido así como el derecho a recursos jurídicos y de otro tipo de caso de despido improcedente”

8° Toda vez que la libertad de contratar del empleador entre en conflicto con la libertad contra la opresión del empleado u obrero, esta última debe prevalecer sobre aquella, porque así lo requieren los principios que fundan un ordenamiento social justo (“Prattico, Carmelo y O. c/Basso y Cía”, *Fallos* 264:345).

9° Admitir que los poderes del empleador determinen la medida y alcance de los derechos humanos del trabajador importaría, pura y simplemente, invertir la legalidad que nos rige como Nación organizada y como pueblo esperanzado en las instituciones, derechos, libertades y garantías que adoptó a través de la Constitución Nacional. El éxito de una empresa no puede depender, jurídicamente, de la subsistencia de un régimen inequitativos de despidos arbitrarios (“Mata, José M. c/ Ferretería Francesa”, *Fallos*: 252:158). La dignidad del ser humano es intrínseca e igual es inviolable u constituye valor fundamental

con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (“Reynoso, Nilda Noemí c/ INSSJP”, *Fallos*: 329:1638, y otros).

10° Si bien la constitución Nacional es individualista en el sentido de reconocer a la persona derechos anteriores al Estado, de que éste no puede privarlo, no lo es en el sentido de que la voluntad individual y la libre contratación no puedan ser sometidas a las exigencias de las leyes reglamentarias. Esta conclusión resulta plenamente robustecida, ni bien se repare en que el vínculo laboral supone, regularmente, una desigualdad entre las partes, en desfavor del trabajador.

La minoría tiene una mirada respetable pero muy diferente sobre la cuestión, suscribiendo la tesis sobre la libertad de contratar y de despedir como potestad del empleador, y limitando la reparación del despido discriminatorio a la compensación económica. Legitimando además el despido incausado, y ello dicho claramente:

“Cuando, como en el caso, el acto discriminatorio se endereza a dar por terminado el vínculo corresponde establecer si, como lo ha establecido el tribunal a quo, es pertinente ordenar la continuación forzosa del contrato laboral. Es en el contexto de esta segunda alternativa en que se plantea la controversia que el recurrente trae a consideración del Tribunal sobre el balance entre el derecho del trabajador a no ser despedido por motivos discriminatorios y la libertad de contratar del empleador, dentro de la cual se encuentra la facultad de dar por terminado el vínculo contractual afrontado, en la medida establecida por la ley, los costos que ello genera al trabajador”.

“La legislación específica contiene soluciones para el supuesto de despidos discriminatorios que implican una protección mas intensa para el trabajador que la otorgada para el supuesto general de despido sin justa causa, pero que no llega a suprimir por completo la posibilidad de que el empleador ponga fin a la relación laboral. De esta manera, los remedios elegidos consisten, para algunos casos, en elevar considerablemente el costo que debe afrontar el empleador por la decisión de despedir sin causa al trabajador”.

“En la esfera privada, rige la llamada estabilidad impropia o relativa que, sin desconocer la vocación de permanencia o continuidad del contrato de trabajo, admite la extinción por despido mediante el pago de una indemnización. Como ya se dijo, el Derecho vigente, con carácter temporal y de modo excepcional, confiere una protección mayor ante supuestos de despido discriminatorio”.

El debate, como se advierte, llegó a la superficie y se encuentra abierto. La dinámica social y la construcción colectiva del conocimiento lo resolverán democráticamente en clave de justicia social.

Como señala la mayoría:

“Las leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro, está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción”, y esta conclusión se impone, con mayor fundamento, respecto de la Constitución Nacional, que tiene la virtualidad necesaria de poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que exigían en tiempos de su sanción. Este avance de los principios constitucionales, que es de natural desarrollo y no de contradicción, es la obra genuina de los intérpretes, en particular de los jueces, quienes deben consagrar la inteligencia que mejor asegure los grandes objetivos para que fue dictada la Constitución.

En los últimos tiempos, se ha ido desarrollando una tendencia jurisprudencial que considera nulo el despido que responda a motivos discriminatorios, haciendo aplicación de las normas civiles contra los actos de ese tipo y admitiendo la posibilidad de solicitar por parte del trabajador su readmisión al trabajo. Esto se debe a que, la reforma constitucional argentina de 1994 incorporó al texto constitucional diversos tratados internacionales de derechos humanos que priorizan la lucha contra todo tipo de discriminación, en los diversos ámbitos de la vida humana (art. 75, inc. 22 CN), y además se derogó, la norma específica laboral que regulaba la protección contra el despido discriminatorio creando un vacío normativo que la jurisprudencia ha llenado aplicando las normas civiles.

La ley 25.013, incorporó el despido discriminatorio (art. 11), que reconoció al trabajador, a cuyo cargo se encontraba la acreditación en la norma como discriminatorios, el derecho a percibir una indemnización tarifada, equivalente a la que estableció el art. 7 de la ley 25.013 (o sea, la doceava parte de la mejor remuneración, mensual, normal y habitual, percibida durante el último año o el tiempo de prestación del servicio, si fuere menor, por cada mes de servicio o fracción mayor a diez días), sin tope, con más un 30% de recargo (art. 11, ley 25.013). De acuerdo dispuesto por el art. 5 del mismo texto legal, este dispositivo se aplicaba a los contratos de trabajo celebrados a partir de la vigencia de la ley 25.013, o sea, desde le 3 de octubre de 1998.

Luego de la reforma de la ley 25.877, del 2004 al derogarse la regulación específica del despido discriminatorio de la ley 25.013 (arts. 11), se plantea la posibilidad de la aplicación de la ley general antidiscriminatoria (ley 23.592) al ámbito laboral.

La ley 23.592 (B.O. 5/9/88), en su art. 1, dispone el siguiente texto: “quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se consideran particularmente los actos u omisiones discriminatorios

determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”.

Con ello se incorpora una normativa destinada a evitar la comisión de actos discriminatorios, posibilitando que el damnificado pueda acudir judicialmente reclamando: 1) que se deje sin efecto el acto discriminatorio o que cese en su realización y 2) la reparación del daño moral y material ocasionado. La idea que inspira esta ley es la de asegurar a todos los habitantes el efectivo goce de la igualdad ante la ley.

La primera cuestión a dilucidar es si la ley 23.592, que es de alcance general y posterior a la LCT, resulta aplicable el ámbito de relaciones laborales. En principio corresponde una respuesta afirmativa, por cuanto de los términos de dicha normativa no surge una exclusión de los supuestos de discriminaciones sufridas por trabajadores en el ámbito de su vinculación laboral.

La jurisprudencia ha considerado que “el despido discriminatorio, en el régimen de la ley 23.592 y en los tratados internacionales con jerarquía constitucional, tiene como rango distintivo que la discriminación debe cesar y la única forma de lograrlo es la de reponer al trabajador en su puesto de trabajo, ya que los despidos discriminatorios son nulos y carecen de eficacia”, agregando que “el acto discriminatorio está prohibido por la Constitución Nacional, en sus artículos 14 bis y 16, y por diversas cláusulas de tratados internacionales con jerarquía constitucional y por la ley 23.592, razón por la cual, además de ser nulo (art. 1044 CC) produce los efectos de un acto ilícito (art. 1056 CC), motivo por el cual es obvio que el perjuicio debe ser reparado, reponiendo las cosas al estado anterior al del acto lesivo (art. 1083 CC) y que la única norma nacional aplicable al caso de autos es la ley 23.592, que opera como garantía de pleno ejercicio de derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional y que la protección antidiscriminatoria es conforme a la tradición legislativa ya contemplada originariamente en los arts. 17, 81 y 172 de la ley de contrato de trabajo 20.744, considerando el derecho a trabajar libremente, garantizado por el art. 14 de la C.N, y por el otro lado, el de la protección contra el despido arbitrario (cf. 14 bis, CN) ya que justamente la ley 23.592 establece como condición de su protección que exista un acto arbitrario.

En cuanto al argumento que no procede la aplicación supletoria del derecho civil, si la cuestión ha sido regulada en el ordenamiento laboral, ha perdido su rigor anterior después de “Aquino” en que la Corte Suprema argentina consideró que si la regulación civil se ajusta a los principios constitucionales y es más favorable al trabajador, procede declarar la inconstitucionalidad de la norma laboral y aplicar la civil. En el caso que nos ocupa, ya sea que se considere que estamos frente a un vacío legal, luego de la ley 25.877 derogó la mayoría de las normas de la 25.013, entre ellas lo relativo al despido discriminatorio o que la respuesta debe darse a partir de las normas que consagran para el empleo privado una

estabilidad relativa impropia con amplias facultades del empleador en materia de despido incausado (art. 245), es evidente que la regulación de la ley 23.592, al receptar la posibilidad de anular el acto antidiscriminatorio (en el caso de despido) resulta una respuesta más satisfactoria desde la óptica constitucional, que después de la reforma de 1994 exige una protección mayor frente a actos discriminatorios. Se podría decir, que las pautas del 14 bis que señalan la estabilidad para el empleado público, y la protección contra despido arbitrario para los empleados privados en general, se han visto contempladas por el constituyente de 1994 que ahora, el haber dado jerarquía constitucional (art. 75 inc 22 CN) a tratados de derechos humanos que obligan a los Estados a eliminar actos discriminatorios, exige un tratamiento diferenciado y con una protección especial al trabajador víctima de un despido discriminatorio. En tal sentido, durante la vigencia de la ley 25.013 (03/10/98 al 28/03/04) esa respuesta exigió, y luego, al suprimir el legislador de la ley 25.877 esa norma, se produce un vacío legal, que no puede decirse que queda cubierto con las normas que incluye el ordenamiento general en materia de despidos incausados (art. 245, LCT), porque la Constitución reformada de 1994 exige esa respuesta protectoria especial que al no encontrarla en el ordenamiento laboral nos habilita a acudir la regulación del ordenamiento general (ley 23.592). Incluso, nada impide pensar que la intención del legislador al suprimir aquella norma, fue posibilitar la aplicación al trabajador de la protección de la ley general. Estas reflexiones no impiden considerar que desde el punto de vista práctico, al poder plantearse la nulidad del acto de despido por aplicación de la ley 23.592, se crea un foco de grandes conflictos y que se le da lugar al trabajador que aduce haber sido víctima de un despido discriminatorio una protección mayor incluso que a los dirigentes sindicales (que la tienen limitada al tiempo que va desde la oficialización de la candidatura hasta un año de finalizado el mandato) ya que quien es reincorporado por decisión judicial que nulificó el despido al considerarlo discriminatorio, frente a nuevos despidos podrá argumentar que ello es discriminatorio como secuela o represalia de su planteo anterior. Incluso ello se ve agravado por la circunstancia que ya se ha admitido judicialmente la reincorporación como medida precautoria.

Frente a todas esas consideraciones, estimo que es preferible que el legislador se anticipe a los tiempos y busque dar respuesta adecuada a la protección especial que merece un trabajador víctima de un despido discriminatorio, a tenor del mandato constitucional incorporado en 1994 (art.75 inc 22 CN) sin tener que esperar que la respuesta venga por vía jurisprudencial.

En este orden de ideas, considero que lo mejor sería propiciar una regulación que sobre la base del despido discriminatorio de la ley 25.013 (art 11), contemple una descripción más genérica de conductas incluidas, para dar un mayor margen a la evolución jurisprudencial y que a la par de mantener la facultad del empleador de rescindir el vínculo, admita la

posibilidad de sancionarlo con una indemnización mayor en caso de resultar acreditado que el despido fue discriminatorio. Al respecto resulta aceptable establecer una indemnización de un año de remuneraciones similar a la actualmente aplicable a los despidos por causa de maternidad o matrimonio, a partir de la circunstancia que tal régimen no ha planteado mayores dificultades en su aplicación, existiendo una pacífica doctrina y jurisprudencia al respecto, y a su vez, porque en definitiva estaríamos dando similar respuesta a todos los despidos discriminatorios, aplicando una fórmula de vieja data que estableció el legislador frente a los actos específicamente de discriminación que traducen el despido por causa de embarazo o por matrimonio.

Sobre los efectos de la nulidad de los despidos discriminatorios

El tema del que se ocupó la CSJN en este caso “Álvarez c/ Cencosud”, fue el del efecto de nulidad del despido discriminatorio (en el caso discriminatorio por actividades sindicales, de nuevo, con casi seguridad, ligadas a una asociación sin personería gremial), cuestión que se trató repetidamente en las instancias ordinarias, con soluciones divergentes y que así llega a ser resuelta en la extraordinaria poniendo fin a la discusión. Lo que se entendió que era material federal suficiente para abrir la vía extraordinaria, fue la necesidad de interpretar la ley 23.592 (antidiscriminación) y, creo que, sobre todo, la eventual colisión de la demanda de reinstalación de los trabajadores en casos de discriminación (reinstalación que es lo que esencial de este tema) con los derechos constitucionales del empleador a contratar, a organizar la empresa y de propiedad.

La jurisprudencia antecedente de la CNAT sobre este tema se dio con un notable nivel argumental, en todo caso por sobre los standards usuales. Entre todos pueden verse los votos de los jueces González, Pirolo y Maza (Sala 2, 25-06-07, Revista TySS, 07-1043) en el fallo que dieron en los mismos autos que ahora resolvió la CSJN (esa fue la sentencia recurrida en vía extraordinaria) o el del juez Guibourg en “Camusso c/ BNA” (Sala 3, 29-07-09, Revista TySS, 09-790). En ambos casos se dispuso, con disidencias, la reinstalación del trabajador como efecto de la nulidad del despido discriminatorio.

Aquí, prácticamente se agotó, aunque sea desde el punto de vista de las posibilidades de argumentación, la cuestión preliminar sobre si la ley antidiscriminatoria es o no aplicable en materia laboral: por ejemplo, la juez González, en su voto en el caso “Álvarez”, sintetizó, por todos, que no es posible “admitir que una norma general (la ley 23.592) rija para todos los sujetos pero no para los trabajadores” (argumento que recuerda lo ocurrido en la LRT y las indemnizaciones civiles). Y si la CSJN retomó este tema en el sexto considerando del voto de mayoría, pareciera más bien debido a la necesidad de componer lógicamente su relación y no porque el tema exigiese mayormente de decisión.

La cuestión que necesitaba todavía un arbitraje definitivo era la de los efectos posibles de la aplicación de la ley 23.592 a la rescisión de los contratos de trabajo, siendo que cuando la causa es discriminatoria, esa ley dispone literalmente la nulidad del acto y la comprensión más simple (aunque luego no necesaria) de la nulidad de un acto jurídico es que, como dice el art. 18 cod. civil, quede privado de efectos. Quizás porque el texto literal de la norma regularmente conduciría a la supresión completa de los efectos del acto nulo, es que las razones de la posición contraria (la que no quería llegar al afecto de reinstalación del trabajador) hayan debido ser argumentalmente más desarrolladas: al parecer no se trata de la mayor o menor aptitud para argumentar de los sostenedores de cada causa o de la superioridad necesaria de una posición sobre otra. Se trata de una demostración casi académica de cómo, en la jurisprudencia (o en la doctrina), las posiciones que prefieren no atenerse a la literalidad de las normas, necesitan de un esfuerzo y de un desarrollo discursivo mayor que cuando se apoyan en el texto legal.

En los desarrollos en instancias ordinarias la cuestión se resolvió en dos posibilidades: una, que la nulidad del despido discriminatorio dispuesto por la aplicación de la ley 23.592, tuviera efecto de obligar a la reinstalación del trabajador (por ejemplo. Voto de la juez González en el fallo “Alvarez”, de la juez Porta en “Camusso c/ BNA”, o del juez Maza en ambos casos); y otra que la nulidad se resolviese en una indemnización acrecida (voto del juez Pirolo en “Alvarez o del juez Guibourg en “Camusso”) a veces con el caso intermedio de una orden de reincorporación que, no acatada, diera lugar a una indemnización sustitutiva (lo que sería tratar este supuesto del modo en que se trata a las obligaciones de hacer de ejecución imposible, arts 628 y 629 del cod. Civil).

El valor de estas indemnizaciones acrecidas para el despido discriminatorio, frecuentemente se análogo con el de las que corresponden al despido por matrimonio o por maternidad, que son las tarifadas más parecidas a las discriminatorias, por más que éstas –sobre todo la del despido por matrimonio- tal cual las trata la jurisprudencia no coinciden necesariamente con la discriminación por género.

De entre los argumentos que se hicieron valer a favor de la alternativa indemnizatoria (son reinstalación compulsiva) sin duda sobresalió el del juez Guibourg (en el caso Camusso), que en una impecable demostración de las posibilidades de asociar unas cuestiones o situaciones jurídicas con otras, recordó que la CSJN, en el caso “Sejean” (27-11-86), declaró la inconstitucionalidad de la falta de divorcio vincular, en Argentina, entre otras razones por entender lesivo de varias garantías constitucionales (o, si se quiere, de algunos derechos humanos) el que a alguien que no quiere tenerlas más, se le imponga el mantenimiento de unas relaciones jurídicas permanentes, o extensas, que además, den lugar a relaciones personales de cierta entidad. Y que eso no se puede hacer, aún cuando quien se quiere desvincular carezca de una causa válida para hacerlo.

La CSJN optó por la validez de la reinstalación compulsiva, en un juicio de ponderación entre los derechos y garantías en juego, para el que sin duda tiene competencia, o facultades que desde el punto de vista lógico, son en realidad discrecionales, conforme lo que dispone el art. 116 CN. La ponderación limitada por la materia de juicio, fue entre los citados derechos constitucionales (clásicos) de empresario y el derecho a no ser discriminado, tampoco en la materia laboral. No fue un juicio de ponderación de más alcance, entre esos derechos del empresario y la estabilidad laboral (perfecta o absoluta) en general, aunque más no sea por razones de congruencia: la estabilidad, en general, separada de una causa discriminatoria que sobrecalifique el despido, en este caso no era parte del tema a decidir.

Sin embargo en el fallo “Álvarez” el voto de la mayoría se extendió en una larga consideración, que como si fuera un “*obiter dictum*” (pero que parece quedar a punto de protagonizar el discurso de ese voto) se refirió a la compatibilidad de la estabilidad absoluta (o de la obligación de reinstalar como efecto del despido inválido).

Desde que la CSJN dio el fallo “De Luca” en 1969 (25-2-69, DT 1969-159) han ocurrido modificaciones que pueden haber cambiado el estado de las cosas que se tuvo entonces en cuenta para ponderar los distintos derechos en contra de la juridicidad de la estabilidad absoluta, con lo cual ahora ese grado de estabilidad podría ser constitucionalmente posible. Por su parte la minoría disidente aceptó esta especie de dialogo sucediendo el tema a decidir y también se extendió sobre la alternativa o ponderación entre los derechos del empleador y la obligación de reinstalar, aunque en sentido contrario (básicamente reiterando la doctrina de “De Luca”.

Con la posición de la mayoría, me parece que, sin recordarlo explícitamente, se volvió al estado en que doctrinariamente dejó el tema Justo López, cuando como comentario o con motivo del caso “De Luca”, publicó un artículo titulado *¿Es inconstitucional el derecho a la estabilidad?* (LT XVIII-385), en el que-tomándome la licencia de resumir lo ajeno- opino que la estabilidad absoluta no era constitucionalmente necesaria, pero tampoco constitucionalmente imposible.

O sea, aunque no lo dijo así Justo López, que ésta era una cuestión librada a la prudencia del legislador, indicación, consideración o verificación que es el mayor alcance concreto que puede atribuirse al fallo de la mayoría en “Álvarez”. Más allá de eso, para tener valor como antecedente judicial, debiera ser previo al dictado de alguna ley que establezca la estabilidad absoluta para despidos incausados comunes (no sobrecalificados) porque en este momento no hay ninguna vigente en el país, a la que se pueda dedicar ese juicio. Y el juicio de prudencia –por lo menos éste- no es algo para que los profesionales de derecho tengan una ventaja científica, sino, cuanto más y cuando esto es así, alguna experiencia o reflexión acopiada.

Fallos jurisprudenciales sobre despido discriminatorio

A continuación mencionaré algunos fallos que en los últimos tiempos han declarado la nulidad de despidos discriminatorios. En los mismos se permite constatar que la inmensa mayoría de los casos fue planteada por trabajadores que, sin ser afiliados a ningún sindicato ni participar en procesos electorales, llevan a cabo actividades sindicales en sentido amplio y los mal llamados “delegados de hecho”, es decir, trabajadores que participan en la convocatoria a la elección de delegados en aquellas empresas donde no está implantada esta instancia de representación sindical, activistas que, sin ser candidatos a delegados o miembros de comisiones internas, militan activamente a favor de alguna listas postulantes, generalmente las opositoras a la conducción del sindicato, y afiliados a un sindicato con personería gremial o simplemente inscripto que llevan a cabo actividades sindicales.

La mayoría de las salas de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo se expedido en casos en que se alegaron y probaron motivaciones antisindicales:

Sala II: sentencia definitiva 95.075, 25-6-2007, “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud SA” (voto del Dr. M. Maza).

Sala III: sentencia 91.189, 29-7-2009, causa 28.108/2007, “Camusso, Marcelo Alberto c/Banco de la Nación Argentina s/juicio sumarísimo” (voto de los Dres. M. Maza y Porta, disidencia del Dr. R. Guibourg).

Sala IV: sentencia 94.267, 31-8-2009, causa 14.593/2008, “Lezcano, Víctor C. c/Ingepam SA s/Despido”, Juzgado N° 54 (voto de los Dres. Zas y Ferreirós).

Sala V: sentencia definitiva 68.536, 14-6-2006, “Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo SA”, sentencia definitiva 69.131, 21-12-2006, “Arecco, Maximiliano c/Praxair Argentina SA”, sentencia definitiva 70.349, 20-12-2007, “Quispe Quispe, Néctar c/ Cñía Argentina de la Indumentaria SA”, sentencia definitiva 70.913, 20-8-2008, “Belén, Rodrigo Hernán c/Jumbo Retail Argentina SA” (voto del Dr. O. Zas).

Sala VI: sentencia definitiva 56.971, 10-3-2004, “Balaguer, Catalina Teresa c/Pepsico de Argentina SRL” (voto del Dr. J. C. Fernández Madrid).

Sala VIII: sentencia 30-11-2007, “Cáceres, O. c/Hipódromo Argentino de Palermo SA” (voto de la Dra. G. Vázquez).

Sala IX: sentencia del 31-5-2005, “Greppi, Laura Karina c/Telefónica de Argentina SA s/Despido” (voto de la Dra. Alcira Pasini).

Sala X: sentencia del 29-6-2001, “Stafforini, M. c/Ministerio de Trabajo y Seguridad Social-Anses s/Amparo” (voto del Dr. Scotti).

CAPÍTULO VI

Implicaciones económicas en la empresa

Para corrernos del punto de vista jurídico y enfocar el análisis desde un lado más económico, se deben tener en cuenta la relación del factor temporal con la política económica de cada momento.

En el tiempo en el que se produjo la última modificación del art. 245 de la LCT, nuestro país vivía una época distinta a la actual desde lo económico, puesto que no había inflación, los sueldos no mutaban frecuentemente, el costo de vida se mantenía durante el tiempo y nadie se imaginaba que el sueldo de un número alto de trabajadores superara el tope establecido en el artículo en cuestión.

Sin perjuicio de ello, se debe tener en cuenta que en los once años aproximadamente que llevamos con inflación, la jurisprudencia emanada del fallo Vizzoti no resulta ser de aplicación cotidiana por parte de la Justicia Laboral. Recordemos que en el mentado caso, el actor se desempeñaba como Director médico de una empresa de medicina prepaga, y como tal, percibía luego de más de dos décadas de servicio, una alta remuneración, y por aplicación del tope del art. 245 se le iba a tomar como base una suma que no llegaba al 10 % de su mejor remuneración mensual, normal y habitual. En razón de ello, fue muy justo sentar una jurisprudencia que exija respetar en todos los casos proporcionalidad entre remuneración e indemnización por antigüedad. Pero repito, se trataba de un caso especial de personal jerárquico de una empresa, no del caso habitual por el que se presenta una demanda por despido, en el cual se ve involucrado un trabajador cuyo salario no le permite llegar holgado a fin de mes. Con esto quiero decir que ésta jurisprudencia no puede afectar la economía de la empresa en general puesto que sólo se aplica por excepción, a casos en los que el trabajador tiene un rango muy alto en la institución, y aún en éste tipo de circunstancias, sabido es que cuando una empresa decide despedir a un trabajador de alta jerarquía, se termina arreglando de otra manera y es poco común de que el vínculo laboral se disuelva por vía de despido.

En el mismo sentido, la jurisprudencia emanada del fallo Álvarez en todo caso funcionará para desmotivar a la parte empleadora a despedir trabajadores por motivos discriminatorios, teniendo en cuenta la posibilidad que se ha instaurado en este tipo de casos de no sólo indemnizar a esos trabajadores, sino que también gozarán de estabilidad propia, debiendo ser reintegrados a sus puestos de trabajo.

Considero que estos fallos son muy atinados desde el punto de vista jurídico, respetan la letra de la Constitución Nacional y se encuentran en concordancia a nivel internacional con

los Convenios de la OIT pero desde el punto de vista económico, no desestabilizan la balanza comercial de la empresa.

Debo decir en todo caso, que más que las últimas tendencias jurisprudenciales, una de las causales que complican año a año el normal desarrollo de la empresa es que al no lograr el gobierno controlar la inflación, los trabajadores, por medio de los sindicatos reclaman arduamente por aumentos cada vez mayores en sus salarios, y no todas las empresas tienen las ganancias anuales que les permitan acompañar los reclamos mencionados. Esta situación lleva así mismo a desalentar la inversión, puesto que la relación costo-beneficio para el inversor es muy negativa. Se debe tener en cuenta que la caída de la “Cortina de Hierro” que separaba a Europa Occidental del lado oriental, generó el atractivo de instalar las industrias en países como Polonia, República Checa, Hungría o Rumania, con menores costos de mano de obra; otro tanto ocurrió con el crecimiento de China continental y de India, además de otros destinos en Oriente. Con éste fenómeno global, en la búsqueda de costos más competitivos, los países centrales comenzaron a experimentar el éxodo de empresas más importante de la historia moderna hacia los lugares del Orbe que resulte más conveniente. Argentina fue uno de esos destinos para ciertas actividades (ello, conforme Julián De Diego, Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 7ma. Edición Ampliada y Actualizada, La Ley, 2008, pág. 377), pero actualmente los costos laborales están incrementándose tanto que las empresas han comenzado a buscar nuevos horizontes.

Se puede mencionar asimismo como causa del déficit del sistema aludido más arriba a la insuficiencia de la tarifa reparatoria ante el despido injustificado. Y el hecho de que exista una tarifa reparatoria como la que tenemos produce un doble efecto: por un lado es positivo para la empresa porque contribuye a no desestabilizar la balanza comercial de la misma en la mayoría de los casos, exceptuando que ocurran despidos en masa claro está. Pero por otro lado emerge el costado negativo de ésta situación, que es que el trabajador queda en una situación perjudicial, de desprotección, e incluso de inseguridad.

De acuerdo a las condiciones económicas que se presentan hoy en día en Argentina, es verdaderamente difícil que un trabajador despedido encuentre un empleo con condiciones iguales o similares al que ha perdido. Lo más común es que logre incorporarse a un trabajo peor o más precario del que tenía, luego de transitar un proceso de búsqueda que prolonga los plazos de paro, aún considerando el mejoramiento paulatino y relativo de los niveles de empleo. Esto ha llevado a que en la práctica el despido sin causa funcione como una sanción aplicada ante el ejercicio de determinados derechos por parte del trabajador, como afiliarse a la organización sindical, tomar parte de una medida de fuerza, o reclamar el pago puntual de las remuneraciones entre otras. Por su parte, el instituto del despido indirecto como forma de tutela de los derechos del trabajador ante abusos o incumplimientos de la

patronal tiene las mismas deficiencias con respecto a la tarifa indemnizatoria, que también deviene insuficiente para reparar el daño derivado de la pérdida del empleo, y que encima será obtenida usualmente luego de un prolongado proceso judicial y sometida a sus avatares. Este punto que he analizado deja al descubierto la ineficacia de la protección con la que debiera contar el trabajador, teniendo en cuenta más que nada que cualquier medida o acción que realice el trabajador para ejercer sus derechos, quedará severamente limitado (ello conforme Grupo de Expertos en Relaciones Laborales, Dir. Oscar Valdovinos, "Informe sobre las relaciones laborales en Argentina", Rubinzal/Culzoni Editores, Santa Fe, 2008, pags. 236).

La batería de leyes que han recargado las indemnizaciones por despido sin causa constituyen una prueba de la crisis en la que se encuentra sometida la tarifa indemnizatoria como parte del sistema de tutela.

Por ejemplo, la ley 24.013 agregó un refuerzo del 100% de las indemnizaciones por despido injustificado con la finalidad de alentar al trabajador a reclamar la registración correcta de su contrato de trabajo, pero estadísticamente son pocos los casos en los que ésta tutela adicional ha funcionado en la dirección prevista por el legislador, puesto que el trabajador nunca se sintió respaldado ni protegido por el instituto, ni tampoco el empleador se sintió presionado por esa consecuencia como para desalentar la práctica de la omisión o la irregularidad del registro. Por otra parte, salvo el primer impulso favorecido por las importantes desgravaciones fiscales y condonación de deudas al sistema de la seguridad social, la experiencia de este sistema de reforzamiento de indemnizaciones y sanciones solamente ha venido operando en la práctica, ante situaciones inmediatas anteriores a la decisión unilateral de la extinción de cada contrato de trabajo o cuando, en los hechos, aunque no es su exteriorización formal, esos contratos de trabajos clandestinos ya se encuentran extinguidos.

En éste sentido, la ley 25.323 duplica la indemnización por antigüedad de los trabajadores no registrados o registrados irregularmente. La misma fue concebida de modo alternativo al sistema de la ley 24.013 y para completarlo en los casos que el despido se produce antes de que el trabajador hubiera intimado de proceder al registro, requisito éste de la Ley Nacional de Empleo.

Esta última norma sancionada se ocupó de tratar de evitar que se configure un uso desviado y abusivo del despido sin causa, el cual se da cuando el empleador lo dispone para luego negociar el pago de las indemnizaciones buscando quitas por plazos excesivamente largos. Por ésta razón, el artículo 2 de la ley 25.323 recarga las indemnizaciones en un 50% en caso de mora en el pago. Técnicamente se trata de una indemnización diferente de la del despido, tendiente a reparar los daños y perjuicios que irroga al acreedor la falta de

percepción de sus créditos alimentarios indemnizatorios en la oportunidad debida, precisamente aquella en la que le resulta más indispensable su disponibilidad.

En línea con lo manifestado más arriba con relación a que además de ser insuficiente la tarifa indemnizatoria, de obtenerse la misma se deberá transitar por un largo proceso judicial, resulta necesario adaptar la legislación laboral y práctica judicial a las tendencias internacionales en cuanto a que los procesos judiciales deben resolverse en un plazo razonable. Ello principalmente porque ha pasado a ser una estrategia de los empleadores el hecho de despedir al trabajador invocando una causal notoriamente ambigua, falsa, insuficiente o imposible de demostrar, especulando con las demoras del consiguiente proceso judicial o buscando una ventajosa negociación con el trabajador. En éste sentido, citando el trabajo anteriormente expuesto: “En comparación con las tasas crediticias del mercado financiero, suele resultar más barato para el deudor el uso del crédito forzado de su acreedor trabajador, aún adicionando los avatares de cualquier acción judicial cuyas soluciones conciliatorias o transaccionales, por añadidura casi siempre acaban conteniendo nuevas extensiones o partición en cuotas de las sumas comprometidas, generalmente sin incorporación de intereses” (Grupo de Expertos en Relaciones Laborales, Dir. Oscar Valdovinos, “Informe sobre las relaciones laborales en Argentina”, Rubinzal/Culzoni Editores, Santa Fe, 2008, pag. 238).

Tanta deficiencia e insuficiencia en el régimen de protección hacia el trabajador llevó a que se recurra a la recepción de otro instituto dentro como lo fue la incorporación de la nulidad del despido discriminatorio. Su recepción tanto por vía doctrinaria como jurisprudencial pugna, con el instituto del despido ad nutum en dos sentidos: primero porque frecuentemente no resulta fácil su distinción conceptual, y segundo porque ambas instituciones, semejantes en su caracterización, tienen consecuencias claramente diferenciadas. En el primer caso el trabajador sólo está en condiciones de efectuar el reclamo indemnizatorio, mientras que ante un despido discriminatorio tiene derecho a reclamar el reintegro al empleo así como el pago de una reparación de daños del nivel de la reparación integral.

CONCLUSIÓN

En virtud de lo expuesto, no caben dudas acerca de que el sistema de protección contra el despido vigente en nuestro país acusa en la actualidad una fuerte debilidad que compromete la eficacia de todo el ordenamiento protectorio laboral.

En ese contexto se han planteado alternativas de cambio como eliminar el régimen de extinción del contrato con despido “ad nutum”, y la ratificación por nuestro país del Convenio 158 de la OIT, o la implementación de un régimen de estabilidad propia para determinadas actividades, ampliándose de esa manera las dos estabilidades propias del art. 14 bis de la Constitución Nacional: representantes sindicales y empleados públicos. Además se han alzado voces que creen que el cambio debería basarse en el incremento de las indemnizaciones, y que la tarifa funcione como un piso mínimo acumulable a la reparación por mayores daños que pueda demostrar el trabajador, eliminando cualquier tipo de tope existente, y asimilando las situaciones de despido a lo que fue el caso Vizzoti.

Considero que se está generando un consenso acerca de la insuficiente protección de nuestro sistema legal frente al despido arbitrario. No obstante, no hay coincidencias en cuanto a cuál sería el remedio para éste problema.

El sistema que se encuentra en crisis (al menos en lo que a mi opinión respecta) rige hace muchos años en nuestro país y se ha enraizado fuertemente en nuestra cultura, razón por la cual es muy difícil proponer cambios. Además, si la propuesta se centra en poner más límites a la facultad de despedir, generará fuertes reclamos en los sectores empresarios.

La opinión que he formado al respecto es que una reforma al régimen de extinción del contrato de trabajo debería tomar como referencia varias aristas como: el despido con invocación de causa, el despido sin causa, el despido por causas económicas, el despido discriminatorio, e incluso el despido indirecto.

El mecanismo alternativo que podría reemplazar al vigente y que a continuación expondré tiene como principales metas descongestionar el sistema judicial y por otra parte darle una oportunidad más al trabajador para que evite ser despedido sin posibilidad de defenderse adecuadamente: La propuesta se basa en la existencia de un mecanismo de carácter administrativo previo de propuesta de despido en el que el empleador deba justificar las causales que motivan su decisión antes de despedir al trabajador. Podría tratarse de causales que configuran o no injurias por parte del trabajador y que justifiquen su despido.

En cuanto al primero de los casos, se desarrollaría un debate previo donde el empleador podría acompañar evidencias de la causal invocada y argumentar sobre la entidad de la injuria. Ello serviría para evitar que se invoquen causales de despido manifiestamente improcedentes y consecuentemente sería un ámbito en el que se facilite una negociación que evite el proceso judicial. En ésta etapa se le concederá al trabajador a su vez la

posibilidad de defensa para el trabajador, que permita tener por acreditada la causa del despido en beneficio de ambas partes.

En cuanto al segundo de los casos, esto es la posibilidad de despedir por motivos que no configuren justa causa, pero que llevan al empleador de querer desprenderse del trabajador, aquel debería invocar y justificar las situaciones de transformación o reordenamiento de la empresa que le llevan a prescindir del dependiente. Por ejemplo, los supuestos de poca contratación al trabajo, baja productividad, dificultades del trabajador para adaptarse al clima de trabajo o falta de adecuada formación o capacitación. La razón de ser de éstos casos tienen que ver con que el anticipo de voluntad de despedir por parte del empleador podría jugar a favor a la preservación del vínculo en tanto y en cuanto se anuncie debidamente al trabajador de las falencias que se le atribuyen y se le otorgue un plazo a los fines de evaluar si puede modificar su comportamiento o satisfacer las exigencias del cargo. En el mismo sentido podrían incluirse situaciones disciplinarias como por ejemplo un llamado de atención para el trabajador por tener por costumbre llegar tarde, que al ser ventiladas podrían ser útiles para procurar un cambio en la actitud del trabajador o, en todo caso configurar prueba en caso de que tales antecedentes sirvan de precedente para un despido sin causa.

Este procedimiento funcionaría de manera idéntica para el supuesto de despido indirecto, imponiéndole al trabajador que denuncia actos lesivos de su interés la posibilidad de una instancia preliminar a fin de procurar la continuidad del contrato y dejar acreditada la causal de denuncia.

Adicionalmente, podría establecerse que la extinción del contrato por causal de despido sin justa causa quede perfeccionada con el pago de la indemnización, de manera tal que hasta que la misma no se abone subsistan las obligaciones del empleador en el orden de pago de haberes y contribuciones a la seguridad social. Será pasible de indemnización agravada el hecho de que el empleador eluda los mecanismos legales preliminares y por supuesto perdería la oportunidad de invocar causales de injuria o económicas.

Tomando ideas planteadas más arriba, sería trascendental modificar el artículo 245 de la LCT y las normas estatutarias relativas al régimen indemnizatorio por el despido sin justa causa o el indirecto, para que la tarifa funcione como un mínimo asegurado al trabajador, eliminándose cualquier tipo de tope.

El procedimiento esbozado resulta ser un sistema superador del sistema indemnizatorio tradicional al proponer soluciones más integrales, reconociendo que la tarifa "pura" no cuenta con sentido eminentemente protectorio si no representa un mínimo garantizado por la ley cuya percepción no libere (sino hasta la concurrencia de lo percibido) de la responsabilidad por el resarcimiento integral en los casos en que la prueba conduzca a la determinación de créditos mayores, sea por tratarse de despidos abusivos o especialmente

lesivos o la imposibilidad de obtener empleos análogos, sea por razones étáreas, sanitarias, formativas, de responsabilidades familiares u otras causas similares.

Bibliografía básica:

- Brain, Daniel Horacio; “La reparación por daños ante la disolución injustificada del contrato de trabajo”, en Revista del Derecho Laboral, 2011, Extinción del contrato de trabajo-III, Rubinzal-Culzoni,
- De Diego, Julián A.; Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”; Editorial La Ley, Bs.As., 2008..
- Goldin Adrián; “*El trabajo y los mercados sobre las relaciones laborales argentinas*” Ed. Universitaria de Buenos Aires, Bs.As., 1997.
- Goldin Adrián; en <http://rcci.net/globalizacion/2005/fg508.htm> on line.
- Ley 11.729, promulgada en septiembre de 1933.
- Ley 21.824, promulgada en junio de 1978.
- Ley 23.551, promulgada en abril de 1988.
- Ley 23.592, promulgada en agosto de 1988.
- Ley 23.696, promulgada en agosto de 1989.
- Ley 24.013, promulgada en diciembre de 1991. “Protección del trabajo”.
- Ley 25.013 promulgada en septiembre de 1998 (“Reforma laboral” protege el despido discriminatorio y modifica algunos aspectos de la las leyes 24.013, 24.465 y 24.467).
- Ley 25.250, promulgada en mayo de 2000, “Reforma laboral”, conocida como la ley “BANELCO”.
- Ley 25.323 promulgada en octubre de 2000.
- Ley 25.877 promulgada en marzo de 2004 (extinción del contrato de trabajo y el preaviso), derogando la ley 25.250.
- Ley 25.972 promulgada en diciembre de 2004 (“Doble indemnización”). Ley 20.744 Ley de contrato de trabajo actualizada al 2012.
- Material utilizado en el “*XIV congreso nacional de derechos del trabajador y la seguridad social*” que se realizó en la ciudad de Mar del Plata los días 15, 16 y 17 de agosto de 2002.
- Ramírez Bosco Luis; “*Para una introducción del Derecho de Trabajo*”; Ed. Universidad, Bs.As., 2000.
- Recalde, Héctor Pedro; (1995); “Política laboral 1989-1995; Ed. Edición del Autor.
- Sappia, Jorge J.; “*Empleo y Flexibilización Laboral*”; Editorial Astrea, Bs.As. 1996.
- Valdovinos, Oscar (director), Grupos de expertos en relaciones laborales; “Informe sobre las relaciones laborales en la Argentina”; Rubinzal- Culzoni, Santa Fe 2008.
- Vázquez Vialard, Antonio (director); Herrera, Enrique (autor); “*Tratado del derecho de trabajo*” Tomo 5; Ed. Astrea, Bs.As., 1993.

- Vázquez Vialard, Antonio, *“Derecho del trabajo y de la seguridad social”*; Ed. Astrea, Bs.As., 2008
- Livellara, Carlos A., “Principales características de la legislación argentina en materia de despido dispuesto por el empleador”, en *Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, 2006.
- Valdovinos Oscar, “Grupo de Expertos en Relaciones Laborales. Edición Rubinzal, Santa Fe 2008.
- *Revista de Derecho Laboral*, número Extraordinario-2004.
- *Revista de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Enero/Febrero de 2011.

Fallos

- Fernández, Estrella c/ Sanatorio Güemes S.A. CSJN, 23/08/1988.
- Nordensthol, Gustavo Jorge c/ Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado s/ Despido. CSJN,02/04/1985.
- Casterán, Gustavo y otros c/ Raña Veloso, Raúl y otros. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala III. 30/08/1985.
- Vizzoti c/ AMSA, CSJN 14/09/2004.
- Alvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud SA s/Acción de Amparo, CSJN 7-12-2012, A.1023.XLIII
- Aquino Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A.
- Brandi, Roberto Antonio c/ Lotería Nacional SE”
- Licanic, Juan Lenin c/ Volpino Laboratorios S.A. CSJN, Fallos: 326:2200
- Villarreal, Adolfo C. c/ Roemmers s/cobros salariales, CSJN, 10-XII-1997
- De Biase Osvaldo Hector c/ Grinfa SA y otros s/ despido
- Rozenbaum, Gabriela c/ Asociación israelita de beneficencia, educación y culto David Wolfshon CNApTrab, sala III, 31-V-1999,
- Domínguez, Carlos A. c/ Motores Ferrari SRL s/ Despido, CNApTrab., sala I, 27-II-2002.
- Mastroiani R. c/ Establecimiento Modelo Terrabussi SA

Bibliografía complementaria.

- Grisolíá, Julio Armando *“Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”* Ed. Depalma.

- Rodríguez Mancini, Jorge. “Curso de derecho del trabajo y de la seguridad social”. Ed. Astrea 3ª edición, Bs.As., abril de 1999.
- Sardegna Miguel Ángel, “Ley de contrato de trabajo y sus reformas”. Ed. Universidad 8ª edición. Bs.As., abril de 2003.