

UNA INDEMNIZACIÓN TARIFADA ¿ES SUFICIENTE PARA REPARAR LOS DAÑOS DEL DESPIDO INJUSTIFICADO?

A paid compensation, is it enough repair the damage by unfair dismissal?

MARÍA FLORENCIA SUÁREZ¹

Universidad Nacional de Santiago del Estero

Resumen

El objetivo principal de este artículo consiste en realizar un análisis crítico de la tarifa indemnizatoria prevista para los casos de despido sin causa en Argentina, a partir de preguntarnos por la causa jurídica en razón de la cual esta es debida y examinar algunas de sus funciones laterales. Luego, la realización de un breve estudio de casos, nos ayudará a demostrar la posibilidad de una mala utilización de este instituto por parte del empleador. Finalmente, decidimos relevar algunas propuestas de reforma al régimen actual, para concluir en la necesidad de una revisión del sistema legal vigente, tendiente a garantizar una consecuencia jurídica que verdaderamente proteja al trabajador y repare los daños de manera total, integral y suficiente.

Palabras clave

Despido, trabajador, garantías.

Abstract

The main objective of this article consists of carrying out a critical analysis of compensation rate provided for cases of dismissal without cause in Argentina, starting from asking ourselves about the legal cause for which it is due and examining some of its lateral functions. Then carrying out a brief case study help us to demonstrate the possibility of misuse of this institute by the employer. Finally we decided to highlight so reform proposals to the regime, to conclude on the need for e review of the current legal system, aimed at guaranteeing a legal consequence that truly protect the worker an repairs the damage in a total, comprehensive and sufficient manner.

Key words

Dismissal, worker, guarantee.

1. Naturaleza jurídica y funciones laterales de la indemnización por extinción

En 1974 con la sanción de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT) se consolidó para la generalidad de los trabajadores privados, un sistema de estabilidad impropia por medio del cual se le impone al empleador que despidiera sin causa a un trabajador vinculado por un contrato de tiempo indeterminado, una indemnización basada en la antigüedad en el empleo y en el salario del dependiente. Solución que rige, inclusive, en aquellos despidos más agraviantes, como por ejemplo, frente al embarazo, matrimonio o enfermedad, donde igualmente se valida la disolución del vínculo y simplemente se agrava el quantum indemnizatorio. De esta manera, podemos afirmar que el régimen vigente en materia de despido opta por la técnica de la validez

¹ Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Docente y becaria doctoral del Consejo de Investigaciones Científicas y Tecnológicas (CONICET), con lugar de trabajo en el Instituto para el Desarrollo Social (INDES) dependiente de la Facultad de Humanidades, Ciencias Sociales y de la Salud (FH,CsyS) de la Universidad Nacional de Santiago del Estero (UNSE). Miembro del consejo de redacción de la *Revista Trabajo y Sociedad* y del *Grupo Estudios del Trabajo* (GET). Santiago del Estero, Argentina. Correo electrónico: mflorsua@gmail.com, ORCID 0000-0001-6305-1049.

de la ruptura aun injustificada con sanción indemnizatoria, cuya intensidad debe adaptarse a la gravedad de la inobservancia ocurrida.

Pero ¿cuál es la causa o naturaleza jurídica en razón de la cual esta es debida? Es decir, cuál es el acto o hecho por el cual surge la relación obligacional que le da origen. Para ello conviene hacer un poco de historia y distinguir una primera etapa, de formación y consolidación del Derecho del Trabajo como disciplina independiente del Derecho Civil, previa o contemporánea a su regulación autónoma, donde *“la doctrina clásica se mostraba renuente al reconocimiento de una fuente contractual para la explicación del hecho laboral”*².

En ese contexto, en el que el derecho laboral todavía se encontraba muy vinculado al derecho común *“que solo contemplaba una responsabilidad basada en la culpabilidad del autor”*³, autores como Martínez Vivot⁴ dirán que *“el empleador se limitaba a hacer uso de una facultad legalmente reconocida en un sistema de estabilidad impropia, por cuanto no había ilicitud en sentido estricto que justificara la obligación de resarcir”*. Dicho en otras palabras, el despido arbitrario constituía un acto perfectamente lícito, potestativo o una facultad reconocida por el ordenamiento jurídico cuyo ejercicio no podía calificarse de antijurídico.

Sin embargo, la sanción de la LCT supuso la adopción por el ordenamiento argentino de un contractualismo, y con ello la idea de que la verdadera fuente de derechos y obligaciones, o la producción de efectos o consecuencias es el contrato y no la relación de trabajo o la autonomía de voluntad de las partes.

Concurrentemente el Derecho Civil, tras la reforma de 1968, vivía profundas transformaciones que a partir principalmente de la aceptación de la responsabilidad sin culpa perfila un nuevo departamento al interior de su *“teoría de las obligaciones”*, al que vendría a denominarse *“Derecho de Daños”*. Todos los presupuestos tradicionales de la responsabilidad son puestos en cuestión por una nueva ideología jurídica que, a la vez, relativiza la importancia sobre la exigencia de una autoría antijurídica imputable para volver la mirada sobre el daño injustamente padecido en su conexión causal con un hecho objetivamente atribuido a otra persona⁵.

Esta verdadera revolución en la órbita del Derecho Común naturalmente produjo repercusiones en la doctrina del Derecho del Trabajo, que como correlato de este fenómeno irá gradualmente aceptando lo que en la etapa anterior no se concibió, a saber, que *“la indemnización es debida, al menos como regla, tiene con fundamento la reparación de daños contractuales”*⁶.

Pero buena parte del esclarecimiento que significó separar las nociones de validez e ilicitud en relación al acto jurídico extintivo imputado a la voluntad unilateral del empleador y sin argumentar una causa se debe a López⁷ y De la Fuente⁸, quienes señalaron que la calificación de un acto jurídico como válido o nulo atañe al reconocimiento por parte del ordenamiento de una eficacia concordante con la voluntad de quien la emitió. En otras palabras, si la finalidad perseguida por el empleador que despide es extinguir el vínculo, el despido es válido ya que tiene asignada esa posibilidad, incluso si el acto estuviere desprovisto de causa. En cambio, su licitud o ilicitud refiere a la imputación de consecuencias basada en la identificación (o en la ausencia) de una justificación admisible desde la perspectiva del cumplimiento (o incumplimiento) del negocio jurídico antecedente.

Tratándose de un contrato de trabajo integra su contenido, la vocación de permanencia por un tiempo que puede ser indeterminado o –excepcionalmente– determinado por el cumplimiento de un plazo cierto o incierto (todo ello de acuerdo a las condiciones requeridas por los artículos 90 y 99 de la LCT). A partir de allí, *“el despido injustificado que fractura esa*

² ACKERMAN (2008), p. 243.

³ ACKERMAN (2008), p. 245.

⁴ MARTÍNEZ (1977), p. 444.

⁵ ACKERMAN (2008), p. 247.

⁶ VÁZQUEZ (1988), p. 16.

⁷ LÓPEZ (1976), p. 289.

⁸ DE LA FUENTE (1976), pp. 29 y ss.

lógica de duración supone un incumplimiento contractual y no un mero acto potestativo”⁹. Derivado de esa vocación de permanencia, que “*el contrato deba considerarse frustrado toda vez que la misma se interrumpe de modo irreversible por un acto imputable- o un hecho imputado- al empleador, dando lugar al resarcimiento del perjuicio*”¹⁰. Finalmente y como producto de la evolución brevemente descrita, el resultado fue “que nadie discuta con la vehemencia de antaño que la naturaleza de la indemnización por extinción es la de un “resarcimiento de los daños contractuales”¹¹

Pero desentrañar una naturaleza resarcitoria de daños no supone ocultar o negar que, de modo concurrente pero subordinado a la imposición de una obligación de indemnizar la pérdida no voluntaria ni culpable del empleo, puede cumplir ciertas funciones laterales que se analizarán a continuación con el afán de que contribuyan a completar o complementar la comprensión de la imposición indemnizatoria. Para ello, tomaremos como punto de partida, la clasificación propuesta por Machado y Ojeda en el tratado de Ackerman¹²

La finalidad disuasiva- sancionatoria, fue pensada como una técnica de protección creada por el legislador para desalentar al empleador a despedir sancionando esta conducta disvaliosa una vez perfeccionada. El objetivo se centra en actuar como un incentivo para la prevención, buscando evitar de antemano su producción.

Pero lo cierto, es que resulta poco probable pensar que el empresario desista de su voluntad extintiva, cuando no sólo se encuentra legalmente habilitado a llevarla a cabo por el artículo 245 de la LCT, sino que además puede hacerlo a través de una consecuencia jurídica fácilmente predecible y calculable en sus costos. La tarifa, lejos de disuadir y penarlo, se convertiría en una buena alternativa para poner fin a una relación laboral indeseada.

Prueba de la inviabilidad de esta función está dada, además, por “*el intento*”¹³ de sustituir el régimen disuasivo, por uno basado en la capitalización anticipada de un Fondo de Cese Laboral¹⁴ al estilo del que rige en el ámbito de la Industria de la Construcción (Ley 22.250)”¹⁵. De suyo, más lesivo y menos apropiado para reparar integralmente los daños ocasionados y fundamentalmente para prevenirlos. Con él, se relativizaría la figura de despido, tornándolo un hecho irrelevante, sin consecuencias más importantes que el pago de un monto económico que, ni siquiera implicaría una gran erogación presupuestaria, puesto que fue debitándose mes a mes.

La segunda función consiste en amortiguar el desamparo económico subsiguiente. Esta posición, hace hincapié en la realidad del trabajador desocupado, en la situación de paro forzoso a que se ve sometido como consecuencia de la extinción incausada del vínculo. En este caso, la reparación pretende actuar como una especie de técnica de previsión social, que a partir de reconocer lo anterior y el carácter alimentario de la remuneración, busca generar la disponibilidad de una suma de dinero que le permita subsistir hasta tanto encuentre un empleo. Sin embargo, existe jurisprudencia¹⁶ que da cuenta de una falta de inmediatez en el cobro de las indemnizaciones debidas en Argentina, cuestión que es sancionada por el legislador con la

⁹ VAZQUEZ (1988), pp. 668 y ss.

¹⁰ FERNÁNDEZ (1993), p. 272; PIZARRO (2004), p. 182.

¹¹ ACKERMAN (2008), p. 254.

¹² ACKERMAN (2008), pp. 256-262.

¹³ Nos referimos a un proyecto de ley que fue oportunamente presentado en el año 2018, pero que no gozó de tratamiento legislativo. Este se tituló “Regularización del empleo no registrado, lucha contra la evasión en la Seguridad Social, registración laboral y Fondo de Cese sectorial”, cuyo N° de Boletín es S-1381/18.

¹⁴ Se trata de un sistema económico previsto para que opere a partir del distracto sin que sea exigible ninguna antigüedad, es decir que el trabajador lo dispondrá al cesar la relación laboral y consiste en un “aporte obligatorio” que realiza el empleador mensualmente, mediante depósito en una cuenta bancaria. Actualmente ese aporte, durante los primeros 12 meses es de 12 % y en el segundo año, después del mes trece, es del 8%. Este es absolutamente inembargable y sustituye al régimen de preaviso y despido contemplados en la Ley de Contratos de Trabajo de acuerdo a lo que expresa el Art.15 de la ley 22.250. Vale aclarar que el trabajador percibirá el fondo con independencia de la contingencia que causa la situación de desocupación, es decir que accederá al mismo sin necesidad de encontrarse en una situación de despido forzoso y que sólo requiere la intimación fehaciente del trabajador en las condiciones establecidas

¹⁵ ACKERMAN (2008), p. 257.

¹⁶ Cámara Nacional del Trabajo, Rol N° 41.304/17, de 11 de febrero de 2021; Cámara Nacional del Trabajo, Rol N° 3832/2015/CA1, de 12 de septiembre de 2019; Cámara Nacional del Trabajo, Rol N° 30.183/07, de 28 de diciembre de 2009.

introducción de diversos correctivos legales a la mora en su percepción (art 2° de la ley 25323; antes, el art. 9° de la ley 25013). Con relación al tema, Brain¹⁷ sostiene que:

La indemnización tarifada ha sido dispuesta por el legislador teniendo en cuenta el mercado de trabajo y no al trabajador¹⁸ porque cubre el daño hacia atrás, basándose en la antigüedad del trabajador, y no en las consecuencias inmediatas y mediatas que debe afrontar el trabajador y su grupo familiar, luego de su despido.

Siguiendo a Machado y Ojeda¹⁹, la tercera se trata de la reducción económica de los costos secundarios y terciarios. Esta operaría cuando la función preventiva o disuasiva de la indemnización fracasa y por lo tanto el despido se concreta.

Surge el problema de identificar los daños causados y asignarlos, es decir imputar sobre cuál patrimonio han de recaer sus consecuencias. Si la asignación recae en el empleador, tal como dispone el ordenamiento laboral, acontece un traslado del costo y no una remoción del mismo. Entiéndase: el perjuicio sufrido por el trabajador a causa del fin del contrato se carga al patrimonio del empleador, sea en forma total (si corresponde a una decisión voluntaria) o en forma parcial (si resulta de una situación ingobernable)²⁰

Por otro lado, se llaman costos terciarios a aquellos que generan por ejemplo, los honorarios de los abogados y peritos, o el precio social de habilitar más juzgados o sobrecargar la tarea de los existentes. Sumado al costo del tiempo que implica la demora por la actuación de los órganos competentes para el trabajador. Es aquí donde también es posible visualizar la disparidad en las ventajas que ofrece la indemnización para ambas partes, al generar una ostensible seguridad jurídica para el empleador que comete el acto, quien podrá tener un conocimiento cierto del quantum indemnizatorio que le permita hacer sus previsiones, y un trabajador, que solo queda compelido por el temor y la coacción que representa la posibilidad de perder su puesto de trabajo.

La cuarta función es probablemente la más relevante pero, a su vez, la más deficiente. Nos referimos a la reparación de los daños. La crisis de la tarifa indemnizatoria para subsanar de manera integral los perjuicios sufridos con el distracto, no reviste gran novedad. Lamentablemente no somos los primeros en afirmar que esta resulta, cuando menos, insuficiente para reparar la totalidad de los daños ocasionados. García Martínez²¹ o Birgin²² fueron quizás de los primeros en sostener que esta “solamente alcanzaba al daño material pero no al daño moral”. Del mismo modo que Capón Filas²³, señaló que se trataba de un “mínimo compatible con la demostración de daños mayores”. En este mismo orden de ideas, Brain²⁴ destaca que el despido sin causa produce un daño no sólo material o patrimonial, sino también un daño extrapatrimonial a la persona, a su proyecto de vida, daños psicosomáticos, pérdida de chances y oportunidades, daño moral, etc. Y que por lo tanto, cuando se habla de reparación o indemnización tarifada no puede sostenerse válidamente que esta cubra absolutamente todo el daño que se le ha producido al trabajador, por diversas razones. Entre ellas, porque no se tiene en cuenta su situación personal y particular; sino la del empleador, que posee un costo y que puede ser determinado de antemano y porque la tarifa legal ha sido dispuesta por el legislador, en función del mercado de trabajo y no del trabajador. Esta cubre el daño hacia atrás, y no aquel que representan las consecuencias inmediatas y mediatas que debe afrontar el trabajador y su grupo familiar luego de su despido. Por lo tanto su alcance es parcial y no integral.

Sin dudas, el arduo debate jurídico y jurisprudencial en torno a la validez constitucional del tope de la indemnización por despido sin causa, que culminara con el fallo Vizzoti²⁵, también

¹⁷ BRAIN (2016), p. 219.

¹⁸ La tarifa no tiene en cuenta su situación personal y particular; sino la del empleador que posee un costo y que puede ser determinado de antemano.

¹⁹ ACKERMAN (2008), pp. 260-262.

²⁰ ACKERMAN (2008), p. 261.

²¹ GARCÍA (1980), p. 1015.

²² BIRGIN (1976), p. 239.

²³ CAPÓN (1977), p. 239.

²⁴ BRAIN (2016), p. 192.

²⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Rol N° 327:3677, de 14 de septiembre de 2004.

va en este sentido. Allí la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) declaró inconstitucional el límite a la base salarial previsto en el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo (según ley 24.013) para calcular la indemnización por despido sin justa causa y reconoció la necesidad de existencia de una relación de proporcionalidad entre el sueldo que el trabajador percibía en actividad y el monto que el empleador debe pagar si decide concluir el vínculo injustificadamente. El tribunal consideró en Vizzoti²⁶, 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. Finalmente, aplicó el principio protectorio laboral, al sentenciar que el trabajador goza de una tutela especial en la relación laboral. Por último reconoció que 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 artículo 14 bis.

Otra evidencia de ello la constituirían las numerosas leyes, decretos o sucesivas reformas que han recargado, agravado o reforzado las indemnizaciones por despido sin causa, revelando sus dificultades para prevenir o subsanar integralmente los perjuicios ocasionados en diversas situaciones. Entre ellas, podemos nombrar la ley 24013 que dispuso un refuerzo del 100% de las indemnizaciones por despido injustificado con el fin de alentar al trabajador a reclamar la registración correcta de su contrato de trabajo. Esta norma constituyó el antecedente de la ley 25323, la cual duplica la indemnización por antigüedad de los trabajadores no registrados o registrados irregularmente y que fue concebida de modo alternativo al sistema de la ley 24013, para completarlo en los casos en que el despido se produce antes de que el trabajador hubiera intimado a proceder al registro. Luego se encuentra la ley 25345 que instituyó reformas a la LCT, con una sanción de tres salarios en el caso de que, operada la extinción del empleador no cumpliera con la obligación que debiera haber cumplido durante la relación de trabajo, es decir entregar la correspondiente certificación de servicios. Párrafo aparte merece la mención de determinadas situaciones excepcionales que en diversos momentos históricos, motivaron la declaración de emergencia nacional en materia social, económica, administrativa, financiera, ocupacional o sanitaria respectivamente. Tal como sucedió en nuestro país durante el año 2002²⁷ o más recientemente en 2019²⁸ y a inicios del 2020 con la pandemia COVID-19, donde a través de distintas leyes o decretos²⁹ se declararon suspendidos los despidos sin causa- en el primer caso durante 180 días y en el último durante 60. En cualquiera de ellos, la coincidencia con los antecedentes referidos – y al margen de ciertos detalles en la redacción y sus eventuales consecuencias- radica fundamentalmente en que la vulneración de dichas prescripciones se tradujo primero en recargas indemnizatorias al doble, prohibiéndose y declarando nulos, luego, los despidos sin causa. Su validez temporal, a su vez, se extendió en el tiempo mediante sucesivas prórrogas en todos los casos.

Partimos de la idea, entonces, que el distracto genera al trabajador, un daño a su entorno familiar, económico, social, psicológico, etcétera. Para resarcirlo, el legislador adoptó una fórmula matemática, mediante el sistema de una tarifa. Pero ¿qué daños repara concretamente esta última? Tradicionalmente se ha pensado que esta “*es omnicompreensiva de todos los perjuicios tanto los contractuales, como los extracontractuales*”³⁰. Cuando en realidad sólo lo

²⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Rol N° 327:3677, de 14 de septiembre de 2004.

²⁷ Luego de la crisis del año 2001, en enero de 2002, el Congreso de la Nación sanciona la Ley 25.561 que declara la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, delegando al Poder Ejecutivo nacional las facultades comprendidas en la presente ley, hasta el 31 de diciembre de 2004. En lo que hace a las relaciones laborales, en el artículo 16 se suspendió por el plazo de ciento ochenta (180) días los despidos sin causa justificada. En caso que se produjeran despidos en contravención a lo dispuesto, los empleadores debían abonar a los trabajadores perjudicados el doble de la indemnización que les correspondiese, de conformidad a la legislación laboral vigente.

²⁸ DNU N° 34/2019, de 2019.

²⁹ DNU N° 329/2020, de 2020.

³⁰ ACKERMAN (2008), pp. 388 y 390.

hace respecto de uno de ellos, el atinente a la interrupción de la vocación de permanencia de todo contrato de trabajo, tal como se explicó de forma precedente.

Según Ackerman el cuestionamiento de la naturaleza resarcitoria del instituto se basaría principalmente en la existencia de perjuicios adicionales que ameritarían una reparación excedente, planteando de esta manera el debate sobre la delimitación o frontera entre los daños concernidos por la previsión legal y aquellos no presupuestados en la fórmula de cálculo, sobre lo cual nos referiremos en el próximo apartado.

En este marco, existen dos fallos históricos de la CNAT, “Fontal”³¹ y “Mori”³² cuyas reflexiones se centraron en torno a la suficiencia de la tarifa establecida con motivo del despido y muy especialmente en las repercusiones que el mismo podía tener en la esfera extra patrimonial o moral del trabajador. En ellos se incluyeron consideraciones sobre los límites de la indemnización tarifada y sobre la posibilidad de acordar estas satisfacciones adicionales.

Asimismo aquel presunto equilibrio transaccional que, de un lado, permitiría al empleador prever el costo y límite de su responsabilidad y que, de otro, posibilitaría que el trabajador acceda a una reparación segura y rápida y que ambos ahorren costos adicionales de tramitación, no es tal. No se puede perder de vista que aquella disparidad inicial en la capacidad económica con que ambas partes concurren al contrato de trabajo, es lo que provoca que el más débil, no lo haga en igualdad de oportunidades para negociar las condiciones del mismo. Claro está que el trabajador no llega al mundo del trabajo ejerciendo libremente una serie de opciones previas, sino que esto es justamente consecuencia de su falta de libertad: este no elige trabajar o no. En el marco del sistema actual de producción, al no poder ocupar, el lugar de propietario de los medios de producción; no escoge emprender su propia empresa o emplearse por cuenta ajena, tampoco elige para quien trabajar y una vez que obtiene el empleo se ve sometido a la constante coacción que representa la posibilidad de perder el puesto de trabajo sin causa. No obstante lo cual, no se puede desconocer que entre las pocas ventajas que ofrece este modelo al dependiente, se encuentra la prueba del daño, de la cual está eximido.

2. Supuestos que revelan posibles anomalías en la utilización del despido sin causa

En este apartado, analizaremos cómo la posibilidad de despedir sin la necesidad de justificar una causa y a través de un costo fácilmente calculable, crea la oportunidad para realizar una mala utilización de esta figura, vulnerando la protección con la que debiera contar el trabajador para estos casos. El artículo 245 de la LCT consagra, de esta manera, un instituto cuyas características constitutivas habilitarían al empleador no sólo a cometer el acto ilícito previsto por él (despido); sino también a usarlo con otros fines que podrían derivar incluso en un ámbito de responsabilidad extra contractual o en la comisión de otros actos ilícitos independientes, como se expondrá más adelante.

Tal como afirma Ackerman³³, *“si el empleador no es un loco, un necio o un perverso, siempre va a tener un motivo para adoptar una decisión tan extrema”*. Lo que sucede es que no siempre podrá hacer pública esa razón. *“Hay algunas que son inconfesables- como podría ser la discriminación, la resistencia al acoso, a la prepotencia o situaciones similares”*³⁴. Por eso, muchas veces lo hará sin mencionarla, y otras ocultándola o disfrazándola, pero no quiere decir que la decisión no tenga una causa.

Se verifica, en este sentido, un uso desviado, abusivo o anómalo de la figura del despido injustificado, respecto de la naturaleza jurídica con que fue creado, a saber: reparar los daños contractuales que este produce, en los siguientes supuestos:

³¹ Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Rol N° XXIV-B-1015, de 14 de abril de 1976.

³² Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Rol N° XXV-B-651, de 30 de septiembre de 1976.

³³ ACKERMAN (2019), p. 116.

³⁴ ACKERMAN (2019), p. 10.

2.1. Despidos Represalia o discriminatorios

Cuando la terminación infundada del contrato de trabajo es llevada a cabo por el empleador, como mecanismo de sanción ante el ejercicio de determinados derechos legítimos de su dependiente; tales como: afiliarse a la organización sindical, tomar parte en una medida de fuerza, reclamar el pago puntual de remuneraciones, la registración laboral o el cumplimiento de cualquier otra obligación legal, se verifica un abuso en dicha facultad que configura un despido-represalia.

La Cámara Nacional del Trabajo (CUTC)³⁵ lo ha caracterizado como una relación género-especie con el despido discriminatorio que se produce, directa o indirectamente, cuando el trabajador realiza una conducta lícita y como consecuencia de su actuar, el empleador lo despide o lo pone en situación de despido sin causa aparente porque el legítimo actuar del trabajador altera directa o indirectamente sus intereses. Esta representaría una medida “disciplinaria”, que suele utilizarse como un despido “ejemplificador”, para que el trabajador y sus compañeros (actuales y futuros) sepan qué actitudes pueden tomar y cuáles no, y que desobedecer dicha directiva pondría en riesgo su fuente de trabajo y medio de subsistencia.

El despido discriminatorio reviste singular importancia en este planteo ya que a través de él se puso en jaque a la tarifa y al modelo de estabilidad relativa impropia al revelar que esta no alcanzaba a responder ante determinados casos de violencia laboral³⁶ por ejemplo y que era posible cometer actos discriminatorios en uso del Art. 245. Citamos como ejemplo el caso “Poy”³⁷ (que se trató de un trabajador que sufrió una agresión física de un gerente que lo tomó del cuello, le gritó y lo amenazó provocándole lesiones físicas, angustias y padecimientos morales, aunque sin secuelas incapacitantes), en el que se destacó que la respuesta cerrada de la indemnización tarifada del artículo 245 LCT hubiese borrado los hechos concretos del caso; es decir, a partir de una supuesta facultad de despedir, o acto potestativo, se crearía una ficción que soslayaría la violación de otras figuras del ordenamiento general que protege a la persona pero que, vistiéndosela de trabajador, quedaría sin la correspondiente tutela.

2.2. Despidos cometidos abusando del contexto de pandemia mundial

En el marco del surgimiento de la pandemia Covid -19 y con la posterior declaración de Emergencia Sanitaria Nacional (Ley 27541)³⁸, el Poder Ejecutivo dictó un decreto³⁹ por el cual obligaba a los empleadores a pagar los salarios a los trabajadores, que el Estado exigía abstenerse de prestar servicios para cumplir con el aislamiento social, preventivo y obligatorio. Con el inocultable propósito de evadir el cumplimiento de esta disposición y aprovechando la situación de excepcionalidad, se comenzaron a verificar cientos de despidos a trabajadores sin causa, invocando causas de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor para despedir o haciendo uso del instituto de la suspensión. Situación que motivó el dictado de nueva normativa estatal que aumentara la intensidad de la protección del derecho al trabajo y evitara agravar en mayor medida los problemas que el aislamiento pretendía remediar, conllevando al aumento del desempleo y a la marginalidad de la población⁴⁰. Así, el DNU 329/2020 prohibió y nulificó los despidos sin causa, mientras que el DNU 34/2019 -y sus respectivas prórrogas- previamente duplicó los montos indemnizatorios en los casos en que el trabajador optase por la extinción de la relación laboral por culpa de su empleador.

Los intentos de burlar dicho conjunto de normas de orden público consistieron nuevamente en maniobras vinculadas a la invocación de falta de trabajo o fuerza mayor (Art. 247 LCT), por un lado y la concreción de rupturas laborales disfrazadas del mutuo acuerdo (Art.

³⁵ Cámara Única del Trabajo de Córdoba, de 23 de octubre de 2019.

³⁶ Nos referimos a acoso sexual, moral, psicológico, discriminación e inclusive maltrato físico.

³⁷ Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, de 21 de mayo de 2007.

³⁸ Ley N° 27541, de 2020.

³⁹ DNU N° 297/2020, de 2020.

⁴⁰ DNU N° 329/2020, de 2020

241 LCT), a través de instrumentos que se encontraban fuera del control de las autoridades nacionales en materia laboral, por el otro. La nota común, sin dudas, estuvo dada por la pretensión de acudir al amparo de normas legales para eludir las consecuencias de una obligación también vigente.

Orsini⁴¹ señaló en relación a esta situación, que:

Resulta de imperativa aplicación el artículo 12 del Código Civil y Comercial Argentino, precepto que sanciona el fraude a la ley y con arreglo al cual, “el acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir.

Agrega que, sea por aplicación del DNU 329/2020, o bien actuando las normas que permiten desactivar los actos producidos en fraude a la ley (Art. 12 del CC y C), o las medidas patronales colectivas inconsultas (Arts. 98 a 105 de la ley 24013 y D. 328/1988 y 265/2002), los despidos dispuestos durante la emergencia sanitaria provocada por la pandemia de la COVID-19 pueden ser judicialmente privados de eficacia extintiva cuando el trabajador así lo reclama.

Al carácter ostensiblemente progresista de esta doctrina, lamentablemente hay que contraponer, el rol regresivo de la CSJN en su actual composición, quien emitió sentencias que generan un impacto negativo en la especial tutela que el Poder Ejecutivo Nacional oportunamente dispuso. Un buen ejemplo de ello son el precedente “Ocampo c/ BGH”⁴² donde, según Serrano Alou⁴³, la Corte da lecciones para despedir durante la pandemia, burlando toda la normativa protectora, tanto la que prohíbe y nulifica los despidos (DNU 329/2020 y sus prorrogas) como la que duplica los montos indemnizatorios (DNU 34/2019 y sus prorrogas), como así también la sentencia dictada en el caso “Laurenzo, Juan Manuel c/ Unión Platense S.R.L. s/ amparo”⁴⁴, donde enseñaba los argumentos para burlar la tutela efectiva y rápida de un trabajador despedido injustamente que solicita su reincorporación. Finalmente en la causa “Ocampo c/ BGH”⁴⁵, el máximo tribunal avala y publicita despidos formalizados ante escribano y sin homologación oficial, dando explicaciones de cómo es el proceso para avanzar en estos casos⁴⁶.

Finalmente, algunos datos estadísticos sobre la tasa de empleo y suspensiones en empresas durante la pandemia, muestran que en mayo del 2020, la tasa de salida fue de 0,8% y la de entrada 0,4%. La implicancia de esto es que el mercado laboral formal estaba parado, y esa falta de dinamismo deriva en una lenta pero constante caída del empleo. Por otro lado se observa que, las barreras a las desvinculaciones de trabajadores formales impuestas por los decretos antes mencionados, tuvieron como consecuencia la utilización de mecanismos alternativos a la desvinculación⁴⁷. Todo esto sumado a “una caída de más de 220.000 en la cantidad de trabajadores registrados, a pesar de las prohibiciones de despidos y la doble indemnización obligatoria, durante el año 2020”⁴⁸.

2.3. Especulaciones con el pago de las indemnizaciones legales previstas por el 245

Nos referimos al caso de empleadores que despiden sin causa y luego no pagan las indemnizaciones debidas por el caso. Si bien es cierto esta situación fue advertida por el

⁴¹ ORSINI (2020), p. 5.

⁴² Corte Suprema de Justicia de la Nación, Rol N° 46778/2014, de 10 de septiembre de 2020.

⁴³ SERRANO (2020).

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Rol N° 1230/2017, de 4 de junio de 2020.

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Rol N° 1230/2017, de 4 de junio de 2020.

⁴⁶ En el fallo citado la Corte Suprema de Justicia de la Nación adopta una nueva perspectiva respecto de la interpretación del art. 241 de la LCT en cuanto a la validez de los acuerdos por extinción de contrato de trabajo celebrados ente trabajadores y empleadores. Desde la óptica del Máximo Tribunal, estos no requieren homologación administrativa o judicial para su validez; para el caso que se pretenda su invalidez deben ser redargüidos de falsos por el trabajador de corresponder, o bien este último debe probar que su voluntad ha sido viciada o vulnerada.

⁴⁷ Datos estadísticos recuperados de MERA et al. (2020), p. 17.

⁴⁸ Datos estadísticos recuperados de INFOBAE (2021).

legislador, motivando la sanción de normativa más severa que la corrigiera, como veremos a continuación, la vulnerabilidad a la que se enfrenta el trabajador frente al acto de despido es otra vez puesta de manifiesto a través de anomalías en su correcta utilización.

La LCT dispone que las indemnizaciones derivadas de la extinción del contrato de trabajo deben ser pagadas, dentro de los plazos previstos para el pago de la remuneración, computados desde la fecha de extinción de la relación laboral. Así, ese plazo será de 4 días hábiles, si la remuneración era pagada en forma mensual o quincenal, o de 3 días hábiles en el caso menos común de la remuneración semanal (LCT, arts. 128 y 255 bis). En este marco, el pago oportuno de la indemnización por despido adquiere relevancia, al relacionarse con la función de amortización del desamparo económico subsiguiente, ya que su importe supuestamente le servirá para mitigar, el impacto de la pérdida del trabajo y subsistir mientras busca otro empleo, aunque no estemos convencidos de su completa eficacia.

Pero si el empleador no pagara la indemnización por despido, a la que se puede sumar la sustitutiva del preaviso que tampoco haya sido otorgado, las consecuencias del incumplimiento exceden la obvia del pago de los intereses por mora⁴⁹. Por eso a través de la ley 25323 artículo 2° se dispuso que en cualquiera de esos supuestos esas indemnizaciones serán incrementadas en un cincuenta por ciento. Aunque su operatividad no es automática y requiere que el empleador sea intimado por el trabajador, y que éste, ante el incumplimiento del pago de las indemnizaciones por despido y por falta de preaviso, deba iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibir las⁵⁰

Por otro lado, el artículo 9° de la Ley 25013 opera frente al mismo caso, presumiendo que aquél no pagó en término la indemnización por despido sin causa, ha incurrido en la conducta temeraria y maliciosa que sanciona el artículo 275 de la LCT. Mediante su aplicación, el empleador que perdiera el juicio, será condenado a pagar un interés de hasta dos veces y media el que cobren los bancos oficiales para operaciones corrientes de descuento de documentos comerciales, el que será graduado por los jueces, atendiendo a la conducta procesal asumida. Se ha interpretado, además, que dicha norma es aplicable exclusivamente al despido comunicado por el empleador sin expresión de causa, supuesto en que el empleador, pese a no dudar que debe las indemnizaciones legales por la ruptura del contrato, no procede a abonarlas.

2.4. Despidos sin causa disfrazados de despidos con causa

Resultan innegables y bastante usuales, por otro lado, aquellos despidos injustificados, que son dispuestos con invocación de causas notoriamente ambiguas, falsas, insuficientes o imposibles de demostrar⁵¹; o bien en supuestos donde a pesar de que la causa efectivamente existe, esta ha sido directa o indirectamente provocada⁵² -de manera dolosa y fraudulenta- por el empresario. Esto es, rescisiones en las que el empleador propicia o induce directamente el motivo legalmente previsto, para poder despedir con causa y aprovecharse así de una situación más beneficiosa o de indemnizaciones reducidas.

Es el caso del fallo “Varela, José Gilberto c/Disco S.A. s/amparo sindical⁵³” donde el Sr. José G. Varela (el actor) dedujo la acción sumarísima prevista en el art. 47 de la ley 23.551 denominada de Amparo Sindical, en contra de Disco S.A por considerar que su empleadora al despedirlo había realizado una acción arbitraria, tendiente a impedir los ejercicios de la libertad sindical. En su demanda, el actor afirmó que a la fecha del despido contaba con una larga experiencia y antigüedad en sus funciones, y que era un empleado destacado por la empleadora;

⁴⁹ Que es automática.

⁵⁰ Por ejemplo, la instancia de conciliación previa al inicio de la demanda judicial, que en el ámbito local de la justicia nacional del trabajo, impone la Ley 18345.

⁵¹ Pero que en realidad “esconden o enmascaran” otra causa. Especulando, en algunos casos, con las demoras del consiguiente proceso judicial o buscando una ventajosa negociación con el trabajador, por ejemplo.

⁵² TOSCANI (2009), p. 100.

⁵³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Rol N° 528-2011, de 4 de septiembre de 2018.

pero que todo eso cambió cuando comenzó a reclamar su derecho a la representación sindical. Agregó que instó a sus compañeros de trabajo a reunirse para elegir delegados gremiales, y que teniendo el consenso de la mayoría, intimó a la empleadora a que se les permitiese a los trabajadores mantener una reunión para poder elegir un delegado provisorio, bajo apercibimiento de denunciarla por práctica desleal.

Luego de estos pedidos, el actor fue suspendido el día 19 de abril de 2005, con fundamento en supuestas impuntualidades, sanción que fue impugnada en tiempo y forma por el actor el día 21 de abril de 2005. Seguidamente, la empleadora procedió a despedir al actor argumentando que la respuesta vertida en su impugnación de sanción, resultaba una conducta “agraviante”, extinguiendo la relación laboral el día 25 de abril de 2005, sin jamás ofrecer prueba que avalara la causa disciplinaria de dicha sanción.

Por ello, el actor sostuvo que el despido en realidad encubrió una represalia por la actividad sindical que se encontraba desarrollando, y promovió demanda por despido discriminatorio basada en razones sindicales.

3. Algunas propuestas de reforma al régimen actual

Todo lo expuesto hasta el momento nos lleva a afirmar la potencial insuficiencia de la consecuencia jurídica prevista para los casos de extinción injustificada del contrato de trabajo y que los elementos que la prescriben admiten la posibilidad de usarla con otros fines (como sanción, represalia, encubrimiento de otros actos, especulaciones, etc.) diferentes al de su naturaleza jurídica abordada en el primer apartado, generando así un panorama menos protectorio para el trabajador, según hemos podido comprobar. En este contexto, se torna oportuno relevar otras alternativas reparatorias.

Para ello tomaremos como punto de partida la siguiente clasificación en torno a la reparación de los daños ocasionados por el despido sin causa. La primera, llamada restringida, no consideraba al artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo como una norma en crisis, sino más bien como una fortalecida indemnización tarifada que suple cualquier idea de daño resarcible y según la cual el trabajador no podría demandar la reincorporación a sus tareas; ni asegurar la subsistencia del vínculo jurídico aún en los supuestos en que no existiese justa causa para la extinción. El derecho del trabajador se limitaría, en este caso, sólo a la percepción de una indemnización, expropiándole la posibilidad de reclamar la reparación *in natura* (alternativa que las normas generales sobre responsabilidad civil le otorgan a la víctima de todo acto ilícito), e imponiéndole que se conforme con un resarcimiento en dinero. Para esta posición, a la cual no adherimos, todavía es necesario mantener las bases de la actual legislación que, en materia de estabilidad en el empleo, opta por la técnica de la eficacia de la ruptura, aún injustificada, con una sanción indemnizatoria cuya intensidad debe adaptarse a la gravedad de la inobservancia incurrida.

Nos concentraremos, en cambio, en la tesis intermedia. Es decir aquella que, según Brain, no es partidaria de una estabilidad absoluta, pero tampoco de la continuidad de la tarifa como única consecuencia jurídica. Esta se presenta, desde nuestro punto de vista, como la categoría que encuadra dos alternativas concretas de reforma al sistema legal de despido en nuestro país: la “propuesta de despido previa” y “asignación de real carácter protectorio a la tarifa”.

En cuanto a la primera, es posible citar algunos antecedentes doctrinarios y normativos que la incluyeron. En el año 2008, se presentó un Informe elaborado por un Grupo de Expertos⁵⁴

⁵⁴ El 1 de julio de 2005 y como consecuencia de la ley Nacional 25877, en cuya exposición de motivos el Poder Ejecutivo había anticipado la necesidad de producir un debate que contribuya a la actualización y recuperación del marco de las relaciones laborales que demandaba la República Argentina, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad de la Nación dictó la resolución N°520/2005 por la cual se preveía la creación de un Grupo de Experto en relaciones laborales, cuyo objetivo mencionado era el de “*elaborar un informe en el que se identifiquen los principales problemas que enfrenta el sistema argentino de relaciones laborales, y se sugieran los lineamientos generales de las acciones conducentes a resolverlos, proponiendo crear las condiciones necesarias para el establecimiento y la consolidación del paradigma del trabajo decente*”. VALDOVINOS (2008). El grupo de Expertos encargado de la elaboración de este importante trabajo contó con la presidencia del Dr. Oscar Valdovinos acompañado de un reconocido equipo de juristas, tales como: Dr.

destinado a tratar el estado actual del sistema de relaciones laborales en la Argentina. Luego, en 2015 bajo la coordinación del diputado Héctor Recalde⁵⁵ se trabajó en un proyecto de ley que señalaba la necesidad de debatir la sanción de un nuevo Código de Trabajo y la Seguridad Social y, por último, la Ley Orgánica de vigente en Venezuela⁵⁶, todos ellos trataron la posibilidad de incluir una propuesta de despido previa.

En líneas generales, esta consiste en una instancia en la que el empleador participa con una iniciativa, pudiendo acompañar evidencias de la causal invocada y argumentar sobre la entidad de la injuria que alude, pero en la que no puede efectuar el despido por sí mismo, sino que queda subordinado a una decisión superior, sea esta judicial, administrativa o interprofesional. En otras palabras, el patrón solo estaría facultado a ejercer una acción pretensora de despido, que el organismo competente puede admitir, decretando la disolución del vínculo; o bien rechazarla y por lo tanto ordenar la prosecución del vínculo. Por su parte, el dependiente mantiene su derecho de defensa, y de participar del procedimiento con la asistencia adecuada, oponiéndose a los planteos de quien pretende despedirlo alegando una justa causa. En este contexto, es inválido el despido dispuesto por el empleador hasta tanto se tome la decisión de poner fin a la relación de trabajo por el órgano competente, el trabajador conserva su puesto y no puede verse privado del mismo de manera arbitraria, constituyendo un incumplimiento todo hecho que impida al trabajador continuar prestando tareas.

De este modo, el empleador quedaría sometido a un trámite en el que debería invocar y justificar por ejemplo aquellas situaciones de transformación o reordenamiento de la empresa que le llevan a prescindir del dependiente o las causas imputables a este que, aun no configurando injuria como justa causa del despido, determinan igualmente la voluntad patronal de extinguir el contrato. Por ejemplo, los supuestos de baja productividad, dificultades del trabajador para adaptarse al clima de trabajo o falta de adecuada formación o capacitación.

Entre las supuestas ventajas que este sistema brindaría, se alude a la creación de un ámbito en el que se podría facilitar una negociación que evite el proceso judicial y el abarrotamiento de causas en los juzgados. Pero no solo se perdería menos tiempo en largos procesos, sino que también habría un mayor control, de la invocación de causales de despido que pueden resultar manifiestamente improcedentes o abusivas. También se garantizaría la participación del trabajador ejerciendo su derecho de defensa ante un órgano imparcial para aquellos casos en que se pretenda modificar condiciones de la relación de trabajo y/o aplicar sanciones como la forma más efectiva de evitar arbitrariedades, a la vez que de asegurar la vigencia efectiva de la estabilidad.

Sin embargo, de otro lado, podría plantearse ¿por qué el trabajador tiene que ser compelido a defenderse y ver puesto en riesgo su puesto de trabajo, sobre todo en aquellos supuestos donde, como se describe en el apartado anterior, existe a veces una voluntad implícita de despedir y cometer abusos de otro tipo por parte del empleador, los cuales probablemente lejos de cesar con esta actitud, se verán recrudecidos si su propuesta de despido fracasa? ¿Por qué el trabajador debería afrontar una instancia donde se discute injustamente su buen desempeño y la efectiva puesta a disposición de su fuerza de trabajo, con todo lo que ello implica? ¿Qué consecuencia se prevé y cómo se reparará el daño en caso de rechazarse la pretensión de la patronal y ordenar la prosecución del vínculo? Resultaría también reprochable, en este sentido, la falta de previsión de una herramienta semejante para el trabajador, donde sea él quien posea el impulso procesal para iniciar una acción pretensora ante un tercero imparcial para advertir la situación de un empleador que lo hostiga, por ejemplo.

En este sentido la Ley Orgánica de Venezuela⁵⁷ (2012), presenta como un antecedente interesante toda vez que esta parte en primer lugar de la garantía de estabilidad del trabajador, que en su artículo 1 dispone: “Garantizar y regular la estabilidad en el trabajo de todos los

Julio César Simón, Dr. Eduardo Óscar Álvarez; Dr. Jorge Elías; Dr. Carlos Aldao Zapiola; Dr. Mario Elffman; Dr. Jorge Jerónimo Sappia; Dra. Beatriz Fontana; Dr. Jorge Rodríguez Mancini; y Dr. Pablo Topet.

⁵⁵ Expediente N° 9250-D-2014, de 2014.

⁵⁶ Ley N° 26994, de 2012.

⁵⁷ Ley N° 26994, de 2012.

trabajadores comprendidos en la legislación ordinaria del trabajo con más de tres meses ininterrumpidos de prestación al servicio” y prevé un procedimiento en sede administrativa para resolver casos en que el patrono o patrona despidan a uno o más trabajadores o trabajadoras amparados o amparadas por estabilidad laboral. En primer lugar, este deberá participarlo al Juez o la Jueza de Sustanciación, Mediación y Ejecución de su jurisdicción, indicando las causas que justifiquen el despido, dentro de los cinco días hábiles siguientes, de no hacerlo se le tendrá por confeso en el reconocimiento que el despido lo hizo sin justa causa. Asimismo, el trabajador o trabajadora podrá acudir ante el Juez o Jueza de Sustanciación, Mediación y Ejecución, cuando no estuviere de acuerdo con la procedencia de la causa alegada para despedirlo o despedirla, a fin de que el Juez o Jueza de Juicio la califique y ordene su reenganche y pago de los salarios caídos si el despido no se fundamenta en justa causa, de conformidad con la Ley. Si el trabajador o trabajadora dejare transcurrir el lapso de diez días hábiles sin solicitar la calificación del despido, perderá el derecho a reenganche, pero no así los demás que le correspondan en su condición de trabajador o trabajadora, los cuales podrá demandar ante el Tribunal del Trabajo competente. También resulta novedosa la previsión de la ejecución forzada de la sentencia que haya declarado válida la solicitud de calificación de despido incoada por el trabajador o trabajadora, debiendo procederse a su reenganche y al pago de los salarios caídos durante el procedimiento y hasta la efectiva reincorporación del trabajador o trabajadora a su puesto de trabajo.

Sin embargo, creemos que la propuesta previa de despido, como tal, no se presenta como una alternativa válida toda vez que no constituye una protección adecuada para el trabajador, que logre frenar efectivamente posibles arbitrariedades cometidas en la voluntad de despedir. Tener que declarar de antemano las causas por las que el empleador pretende hacerlo, no garantiza que no mienta, discrimine, etc. tal como lo haría sin la existencia de dicha instancia anterior.

Por otro lado y en cuanto a la posibilidad nacida a partir de asignarle un real carácter protectorio a la tarifa, la doctrina parte de la idea común que plantea que hay casos donde

“media algo más que el simple despido y que eso justificaría un plus de reparación”⁵⁸. Se acepta, en consecuencia, “la existencia de perjuicios adicionales que ameritarían una reparación excedente”⁵⁹. Luego, las aguas se dividen entre quienes, como De la Fuente⁶⁰ o Capón Filas⁶¹, entienden que estamos ante un doble incumplimiento contractual. El primero constituido por el incumplimiento contractual típico, el despido sin causa, que frustra la estabilidad del trabajador- y es el que amerita la indemnización tarifada- y el segundo, por otro u otros de naturaleza generalmente contractual que independientemente de que se utilicen o no para extinguir directa o indirectamente el contrato convocan por sí mismos a una reparación distinta.

Tiene especial importancia distinguir el despido de otros ilícitos e incumplimientos contractuales que, aunque puedan estar conectados con aquel, son en realidad distintos e independientes y por lo tanto habrán de producir efectos jurídicos diferentes. Las indemnizaciones tarifadas resarcan al trabajador de todos los daños que le ocasiona la pérdida de empleo- se ha vulnerado su derecho a la estabilidad- pero no cubren las consecuencias dañosas que pueden derivarse de aquellos ilícitos (contractuales o “stricto sensu”) en cuanto lesionan cualquier otro de los derechos que aquel goza en su condición de persona y de trabajador⁶²

Mientras que del otro lado encontramos autores como Vázquez Vialard⁶³, que por el contrario sostienen, que estamos ante un único incumplimiento, el despido sin causa, pero con dos posibles ámbitos de responsabilidad: contractual y extracontractual, siendo esta última, la capaz de generar una reparación adicional. Este razonamiento parte de reconocer que el

⁵⁸ VÁZQUEZ (1988), p. 165.

⁵⁹ ACKERMAN (2008), p. 387.

⁶⁰ DE LA FUENTE (1980), p. 355.

⁶¹ CAPÓN (1977), p. 174.

⁶² DE LA FUENTE (1978), p. 513.

⁶³ VÁZQUEZ (1988), p. 165.

empleador puede usar las potestades que tiene de extinguir sin causa el contrato, asumiendo el pago de la reparación preestablecida. Pero, si al mismo tiempo este incurre en otras conductas imputables a su dolo, temeridad o culpa grave, los daños ocasionados deben ser reparados por fuera de la previsión tarifaria, pudiendo acudir al Derecho Civil para tal fin.

En este contexto, la tarifa se convertiría en un mínimo asegurado al trabajador con ajuste al principio de la reparación integral y este podrá accionar judicialmente por otras vías para obtener la reparación de los mayores daños y perjuicios patrimoniales o extrapatrimoniales que tuvieran relación causal con el despido y pudieran ser acreditados.

Es decir que, en tal caso, la percepción de la indemnización tarifada no privaría al trabajador despedido de iniciar un juicio tendiente al logro de la reparación integral de los daños sufridos, dentro del plazo de la prescripción de sus acciones. Este mecanismo supone reconocer que la tarifa pura, adolece de sentido auténticamente protectorio sino se configura como un mínimo garantizado por la ley cuya percepción no libere de la responsabilidad por el resarcimiento integral en el supuesto en que hechos y capacidad de prueba conduzcan a la determinación de créditos mayores.

A dicha solución se la ha denominado extra-sistémica; quienes así la mencionan sostienen que existen reglas o caminos para que opere la ley de derecho común en el ordenamiento laboral como fuente subsidiaria para regir la relación jurídica subordinada o contrato de trabajo. La primera es que el derecho del trabajo, no posea una regulación especial sobre un hecho que desplace lo regulado por la norma civil: Otra vía estaría dada por una situación que no esté regulada por nuestra disciplina, la cual nos habilitaría a acudir al derecho común. La tercera opción es que posea una regulación menos beneficiosa que la norma civil, tal y como ocurre con el artículo 245 o 68 de la LCT. De hecho, la regla de aplicación de la norma más favorable, no debería limitarse a aquellas que integran esta disciplina. La cuarta alternativa, plantea que regulación civil podrá ser empleada en forma supletoria o analógica, teniendo en cuenta las particularidades del caso y de la necesidad de amortiguar los efectos civiles en su aplicación. Por último, se prevé que la propia norma laboral remita a la norma civil. Esto es sostenido por Brain⁶⁴, por ejemplo, quien afirma que:

La Ley de Contrato de Trabajo no ha excluido de su ordenamiento la posibilidad de reparar el daño en base al Derecho común, al incluirlo expresamente en la hipótesis de cumplimiento contractual por parte del empleador cuando se ha producido la extinción del contrato de trabajo sin relación de trabajo.

El artículo 24 de la LCT dispone que: “Los efectos del incumplimiento de un contrato de trabajo, antes de iniciarse la efectiva prestación de los servicios, se juzgarán por las disposiciones del derecho común, salvo que lo que expresamente se dispusiera en esta ley. Dicho incumplimiento dará lugar a una indemnización que no podrá ser inferior al importe de un mes de la remuneración que se hubiere convenido, o la que resulte de la aplicación de la convención colectiva de trabajo correspondiente”. Algo similar ocurriría además con la extinción de un contrato a plazo fijo ante tempus (art. 95 LCT) y de temporada (art. 97, LCT).

Queda claro que quienes se encuentran a favor de la posibilidad de acudir a la vía civil, lo hacen a partir de sostener que existió en el ejercicio de un derecho -el de despedir sin justa causa- determinados perjuicios materiales y morales que son subsumidos por la indemnización tarifada, pero también otros adicionales que no están previstos en aquella y que configuran una clara desviación de los fines que el legislador le reconoció al empleador. Esto constituye, además de un obrar contrario a la buena fe, la moral, las buenas costumbres; un accionar que podría incluso suponer culpa o dolo, o la sola intención de dañar. En cualquier caso, se trata de perjuicios que merecen reparación.

⁶⁴ BRAIN (2016), p. 244.

Los partidarios de una tesis restrictiva⁶⁵ de la remisión a la vía civil, en cambio, fundamentan su postura en que el legislador no reguló expresamente otros daños pasibles de resarcirse, más allá del régimen forfatario, lo cual ha sido objeto de importantes críticas toda vez que, desconocer la aplicación del derecho común en el ámbito laboral conduciría no sólo a pensar al derecho laboral como un verdadero compartimento estanco; sino también a negar derechos a los trabajadores en tanto ciudadanos dentro y fuera de la empresa. Baylós y Pérez Rey⁶⁶ afirman en este sentido que:

La consideración del despido no puede prescindir de la condición de ciudadanía del trabajador y de su configuración como ser social, sin que sea posible la reducción a pura energía productiva incorporada al proyecto de producción de bienes y servicios dirigido por la empresa, ni se diluya en una consideración ligada a la dinámica contractual. Hay que situar al despido como un acto de violencia privada, un acto de agresión que, de manera directa e inmediata, pretende alterar el estatus de ciudadanía de una democracia constitucional madura.

4. Reflexiones finales

Luego del desarrollo de este capítulo podemos concluir en que el artículo 245 de la LCT, podría convertirse en un refugio para cometer despidos regidos por la arbitrariedad y la especulación. Aunque los abusos patronales cometidos con discriminación resulten más ostensibles que aquellos que esconden un artilugio para sortear un deber impuesto por una norma (generalmente consistente en intentar eludir, postergar o reducir la responsabilidad indemnizatoria). Lo cierto es que estos ocurren a menudo y no pueden ser tolerados premiando al empresario que desobedece un mandato legal con la convalidación de la eficacia extintiva de distractos que, de suyo, son más agraviantes.

Se requiere, por lo tanto, de nuevas interpretaciones que propongan reformas que tiendan a garantizar la previsión de una consecuencia jurídica que otorgue verdadera protección contra el despido injustificado, reparando sus daños de manera total, integral y suficiente. Hemos visto que la indemnización tarifada, no logra cumplir este cometido. Lo mismo sucedería, desde nuestro punto de vista, con la propuesta de despido previa y aquel plus de reparación proveniente del derecho común que sostiene aquella corriente de la doctrina que admite la existencia de daños adicionales, fundamentalmente porque siguen sosteniendo la tarifa como forma de reparación, entre otras.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ACKERMAN, MARIO (2008): Tratado de derecho del Trabajo (Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores), tomo IV.

ACKERMAN, MARIO (2019): El Despido. Despido sin justa causa, disciplinario, indirecto, por falta o disminución de trabajo y por fuerza mayor (Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores).

⁶⁵ En la línea restrictiva, una sentencia del 30/04/73, dictada por la Sala V de la Cámara del Trabajo de la Ciudad de Buenos Aires, desestimó el reclamo adicional por el daño moral que sufriera un trabajador, con motivo de una denuncia criminal promovida por su empleador, de la cual se derivara que el dependiente estuviera privado de su libertad por cinco días e involucrado injustamente en un proceso criminal. La sentencia interpretó que la extinción del contrato por parte del empleador, no trae "otras consecuencias que las expresamente determinadas en la propia ley en forma taxativa y apriorísticamente tarifadas, con un criterio uniforme, excluyente de otra valoración que, ya objetiva o subjetivamente, pueda determinar resarcimientos u otros beneficios que superen las previsiones del legislador, en lo que resulta claro entre muchas otras cosas el régimen de los contratos laborales porque se aparta del que rige los de derecho común, donde los daños y perjuicios emergentes de incumplimientos deben ser integralmente reparados, comprendiendo incluso los provenientes del agravio moral, quedando la prueba de su existencia y cuantía a cargo del damnificado. - Dicha última especie de daños no es indemnizable en materia de contratos laborales a raíz de su ruptura arbitraria por una de las partes, porque independientemente de que hechos tales son extraños a la normatividad legal a la que han sido sujetos, no cohonesta con el sistema indemnizatorio de aplicación, predominantemente tarifario, en cuyo caso la causa falsa del distracto o su inexistencia no modifica el monto resarcitorio por cuanto la ley sólo establece indemnización única, omnicompreensiva de todas las situaciones que pueda originar la ruptura, considerada por la norma en forma presuntiva con vistas a finalidades bien distintas".

⁶⁶ BAYLÓS Y PÉREZ (2009), p. 43.

- BAYLOS GRAU, ANTONIO Y PEREZ REY, JOAQUÍN (2009): El despido o la violencia del poder privado (Madrid, Editorial Trotta).
- BRAIN, DANIEL HORACIO (2016): La reparación tarifada e integral ante el despido arbitrario. Influencia y aplicación del Código y Comercial de la Nación (Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores).
- CAPÓN FILAS, RODOLFO (1977): “Indemnización del daño moral y tarifa indemnizatoria”, en: Trabajo y Seguridad Social (N° 68) pp. 174-187.
- DE LA FUENTE, HORACIO (1976): Principios jurídicos del derecho a la estabilidad (Buenos Aires, Zavalía).
- DUARTE, DAVID (2007): “Comentario al fallo Poy, Cristian M c/ Automóviles San Jorge S.A. y otro”, en: Revista Jurídica La Ley (Año LXXI, N° 168), pp. 4-6.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, JUAN JOSÉ (1993): La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo (España, Civitas).
- GARCÍA MARTINEZ, ROBERTO (1980): “El daño moral en el derecho del trabajador”, en: Revista Legislación del Trabajo (Vol. XXIV- B), pp. 1015-1030.
- INFOBAE (2021): “Por el impacto de la cuarentena, creció el desempleo en 2020: llegó al 11% y alcanzó el 2,1 millones de argentinos”. Disponible en: <https://www.infobae.com/economia/2021/03/25/por-el-impacto-de-la-cuarentena-crecio-el-desempleo-en-2020-llego-al-11-y-alcanzo-a-21-millones-de-argentinos/> [visitado el 21 de octubre de 2020].
- LÓPEZ, JUSTO (1976): “Despido arbitrario y estabilidad”, en: Revista Legislación del Trabajo (Vol. XXI-289), pp. 531-563.
- MARTÍNEZ VIVOT, JULIO (1977): “Indemnización por despido superior a la tarifada por la LCT” en: Trabajo y Seguridad Social (Vol. IV) pp. 444-461.
- MERA, MANUEL; KARCZMARCZYK, MATILDE Y PETRONE, LUCIANA (2020): “El mercado laboral en Argentina: estructura, impacto del Covid-19 y lecciones para el futuro”. Disponible en: <https://www.cippec.org/wp-content/uploads/2020/10/198-DT-PS-El-mercado-laboral-en-Argentina-Mera-Karczmarczyk-y-Petrone-d...-1.pdf> [visitado el 21 de octubre de 2020].
- ORSINI, JUAN IGNACIO (2020): “El despido en tiempos de coronavirus. Análisis del régimen de estabilidad absoluta regulado en el decreto 329/2020”, en: Revista Doctrinal Laboral Errepar (Vol. XXXIV), pp. 1-8.
- PIZARRO, RAMÓN DANIEL (2004): Daño moral. Prevención, reparación, punición (Buenos Aires, Hammurabi).
- SERRANO ALOU, SEBASTIÁN (2015): “La estabilidad del trabajador. El Código del Trabajo y la Seguridad Social y una línea rectora para el nuevo modelo de relaciones del trabajo”, en: SAIJ. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/estabilidad-trabajador-codigo-trabajo-seguridad-social-una-linea-rectora-para-nuevo-modelo-relaciones-trabajo-estabilidad-trabajador-codigo-trabajo-seguridad-social-nv13314-2015-11-10/123456789-0abc-413-31ti-lpssedadevon#> [visitado el 21 de octubre de 2020].
- SERRANO ALOU, SEBASTIÁN (2020): “La Corte y su política de despidos. Una doctrina en contra de los trabajadores”, en: El cohete a la luna. Disponible en: <https://www.elcohetealaluna.com/la-corte-y-su-politica-de-despidos/> [visitado el 12 de octubre de 2020].
- TOSCANI GIMENEZ, DANIEL (2009): “Garantía del trabajador frente al despido arbitrario, discrecional o provocado por el propio empresario”, en: Revista de Derecho Social (Año 9, N° 46), pp. 97-119.
- VALDOVINOS, OSCAR (2008): “Estado actual de las relaciones laborales en la Argentina” (Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores).

VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO (1988): La responsabilidad en el Derecho del Trabajo (Buenos Aires, Editorial Astrea).

JURISPRUDENCIA CITADA

FONTAL, ALBERTO C/ CAP LISANDRO DE LA TORRE (1976), CNAT 14 de abril de 1976, en: <https://www.cij.gov.ar/buscador-de-fallos.html>.

MORI, SUSANA C/ PAPARELLA, ELBA (1976), CNAT 30 de septiembre de 1976, en: <https://www.cij.gov.ar/buscador-de-fallos.html>.

VIZZOTI, CARLOS C/AMSA S.A S/ DESPIDO (2004), CSJN 14 de septiembre de 2004, en: <https://www.csjn.gov.ar/>.

POY, CRISTIAN M C/ AUTOMÓVILES SAN JORGE S.A. Y OTRO (2007), CNAT 21 de mayo de 2007, en: <https://www.cij.gov.ar/buscador-de-fallos.html>.

DELGADO NORMA ALICIA C/RESPONSABILIDAD PATRONAL ART S.A. S/DESPIDO (2009), CNAT 28 de diciembre de 2009, en: <https://www.cij.gov.ar/buscador-de-fallos.html>.

VARELA JOSÉ GILBERTO C/ DISCO S.A. S/ AMPARO SINDICAL (2018), CSJN 4 de septiembre de 2018, en: <https://www.csjn.gov.ar/>.

DELUQUI, RICARDO GABRIEL C/GARBARINO SAICI S/DESPIDO (2019), CNAT 12 de septiembre de 2019, en: <https://www.cij.gov.ar/buscador-de-fallos.html>.

BARRERA, RAMÓN ESTEBAN C/COOPERATIVA DE PROVISIÓN Y ALMACENES MAYORISTAS ALMACOR LIMITADA-ORDINARIO – DESPIDO (2019), CUTC 23 de octubre de 2019, en: <https://www.justiciacordoba.gob.ar/consultafallosnet/pages/default.aspx>.

LAURENZO, JUAN MANUEL C/ UNIÓN PLATENSE S.R.L S/ DESPIDO (2020), CNAT 4 de junio de 2020, en: <https://www.cij.gov.ar/buscador-de-fallos.html>.

OCAMPO, ALESSIO MATÍAS YAIR C/ BGH S.A S/ DESPIDO (2020), CNAT 10 de septiembre de 2020, en: <https://www.cij.gov.ar/buscador-de-fallos.html>.

A.L.N. C/PROVINCIA SEGUROS S.A. S/DESPIDO (2021), CNAT 11 de febrero de 2021, en: : <https://www.cij.gov.ar/buscador-de-fallos.html>.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

LEY N° 20744, de Contrato de Trabajo. Boletín Oficial, 11 de septiembre de 1974.

LEY N° 26994, Código Civil y Comercial Argentino. Boletín Oficial, 8 de octubre de 2014.

LEY N° 25323, sobre incremento en las indemnizaciones laborales. Boletín Oficial, 11 de octubre del 2000.

LEY N° 25013, sobre régimen de reforma laboral, Boletín Oficial, 2 de septiembre de 1998.

LEY N° 24013, sobre regularización del empleo no registrado. Boletín Oficial, 5 de diciembre de 1991.

LEY N° 25561, sobre emergencia pública y reforma del régimen cambiario. Boletín Oficial, 6 de enero de 2002.

LEY N° 25551, de Asociaciones Sindicales. Boletín Oficial, 14 de abril de 1988.

DNU N° 34/2019, sobre declaración de emergencia pública en materia ocupacional. Boletín Oficial, 13 de diciembre de 2019.

LEY N° 27541, sobre declaración la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, Boletín Oficial, 10 de enero 2020.

DNU N°297/2020, sobre declaración del aislamiento, social, preventivo y obligatorio. Boletín Oficial, 20 de marzo de 2020.

DNU N° 329/2020, sobre prohibición de despidos sin causa. Boletín Oficial, 31 de marzo de 2020.

LEY N° 26994, Ley Orgánica de Venezuela, Boletín Oficial, 13 de agosto de 2012.