

EL DESPIDO EN ARGENTINA

Mario ACKERMAN

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Régimen general de contratación y tipo de estabilidad*. III. *Las causas del despido*. IV. *Formalidades*. V. *Procedimiento*. VI. *Consecuencias indemnizatorias*. VII. *Suspensión de los despidos sin causa durante la emergencia*. VIII. *Balance*.

I. INTRODUCCIÓN

Obligado por el mandato de la Constitución nacional, que en su artículo 14 bis establece que la ley debe garantizar al trabajador *protección contra el despido arbitrario*, el legislador argentino diseñó un mecanismo no demasiado complejo —ni, como se verá, particularmente eficaz— para otorgar a aquél una tutela frente a la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, según la precisa descripción utilizada en el Convenio 158 de la OIT.¹

El sistema, que se adapta a un modelo de *estabilidad relativa impropia* para un contrato típico y preferido *por tiempo indeterminado*, admite un número limitado de *causas* que le quitan ilicitud al distracto, exige *formalidades* y en algunos casos el agotamiento de un *procedimiento* y, con excepción del despido por *injuria grave*, impone el pago de *indemnizaciones*.

Si bien estos cuatro instrumentos principales —causa, forma, procedimiento e indemnización— tienen un tratamiento común a todas las relaciones de trabajo del sector privado, también la legislación contempla reglas especiales para algunos de ellos según la fecha de contratación y la dimensión de la empresa y, aun, en algunos casos de excepción, de acuerdo con la actividad de que se trate.

¹ *Convenio sobre la Terminación de la Relación de Trabajo, 1982*.

II. RÉGIMEN GENERAL DE CONTRATACIÓN Y TIPO DE ESTABILIDAD

La modalidad principal de relación laboral se apoya, de acuerdo con una expresa previsión normativa — contenida en el artículo 27 de la Ley 24.013 o Ley Nacional de Empleo (LNE) —, en el *contrato por tiempo indeterminado*.

No obstante la expresión adoptada por el legislador, el concepto de *indeterminación* del plazo en la contratación laboral no coincide con la falta de plazo en las contrataciones civiles, dado que, en rigor, y según también la regla legal, “el contrato por tiempo indeterminado dura hasta que el trabajador se encuentre en condiciones de gozar de los beneficios que le asignan los regímenes de seguridad social, por límites de edad y años de servicios, salvo que se configuren algunas de las causales de extinción previstas en la ley” (artículo 91, Ley de Contrato de Trabajo, LCT).

Esto supone así que, aunque incierto, el plazo siempre existe, al extremo de que cuando el trabajador se encuentre en condiciones de acceder al beneficio provisional el empleador —previo cumplimiento de requisitos formales— podrá dar por terminada la relación sin obligación indemnizatoria alguna.

Pero la referencia a que la duración del contrato se extiende hasta que se configure tal circunstancia o alguna de las causales de extinción previstas en la ley aporta una nueva imprecisión, dado que, aun cuando tales causales no existan, la voluntad incausada del empleador también pone término al vínculo laboral.

Esta eficacia extintiva explica porque Argentina ha adoptado como modelo dominante de estabilidad la que la doctrina² ha calificado como *relativa impropia*, lo que supone que el despido sin causa, aunque supone un ilícito contractual, es plenamente eficaz para producir la terminación de la relación de trabajo.

Se admiten sin embargo excepciones tanto a la duración del contrato como al derecho a la estabilidad relativa impropia.

Las primeras aparecen en el *contrato a plazo fijo* y en el contrato de trabajo eventual —artículos 90, 93/95 y 99/100 LCT—.

² Fuente, Horacio H. de la, *Principios jurídicos del derecho a la estabilidad*, Buenos Aires, Zavalía, 1976, p. 27.

A su vez, la única excepción de tipo general al derecho a la estabilidad en el empleo y, consecuentemente, a la protección contra el despido arbitrario —con las naturales vacilaciones que ello produce en orden a su validez constitucional—, está en el régimen laboral para los obreros de la industria de la construcción, para quienes, tomando como referencia el modelo de la legislación brasileña, se diseñó³ un sistema de capitalización de la antigüedad con base en contribuciones mensuales a cargo del empleador, que permite a éste romper el contrato de trabajo sin invocación de causa y sin que ello le acarree obligaciones indemnizatorias. La justificación para esta excepción suele apoyarse en la natural temporalidad y eventualidad de la contratación en la industria de la construcción, lo que tornaría incompatible con ella la imposición de algún tipo de estabilidad.

Siendo así que, con las apuntadas excepciones, la contratación normal supone indeterminación en el plazo con estabilidad relativa impropia, lo que implica que el despido sin causa, aunque resulte eficaz, es ilícito, las causas a las que hace referencia el artículo 91 de la LCT son aquellas que le quitan ilicitud al acto extintivo.

III. LAS CAUSAS DEL DESPIDO

Las causas de extinción a las que hace referencia el artículo 91 de la LCT pueden agruparse en cuatro grandes tipos: iniciativa del empleador, iniciativa del trabajador, causas ajenas a la voluntad de las partes y voluntad concurrente de ambas partes.

Los supuestos de iniciativa del trabajador comprenden a la renuncia (artículo 240, LCT) y al despido indirecto (artículo 246, LCT), el que deberá fundarse en injuria grave, categoría conceptual ésta que, como se verá, coincide con la que da fundamento al despido con justa causa producido por el empleador, bien entendido que en el caso de aquél ella corresponde a una conducta que él imputa a éste.

Si bien entre las causas ajenas a la voluntad de las partes podrían ser enumeradas, además de la muerte del trabajador o del empleador (artículos 248 y 249, LCT), la incapacidad sobreviviente o la inhabilitación del primero, y la fuerza mayor, al aparecer reguladas estas tres causales co-

³ Inicialmente con la Ley 17.258 y actualmente con la Ley 22.250.

mo supuestos de despido, corresponde presentarlas como supuestos de terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador.

La extinción del vínculo laboral por mutuo acuerdo (artículo 241 LCT) puede producirse en forma expresa —lo que requiere un acto formal ante escribano público o ante la autoridad administrativa o judicial del trabajo— o tácita, entendiéndose que existe tal voluntad concurrente implícita cuando ella resultase del comportamiento concluyente y recíproco de las mismas, que traduzca inequívocamente el abandono de la relación.

Cabe entonces agrupar como causas de terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador o despido, a las siguientes:

- a) Justa causa.
- b) Falta o disminución de trabajo.
- c) Fuerza mayor.
- d) Incapacidad sobreviviente del trabajador.
- e) Inhabilitación del trabajador.
- f) Quiebra del empleador.
- g) Jubilación del trabajador.

1. Justa causa

Bajo esta designación, el artículo 242 de la LCT contempla la terminación del vínculo laboral por denuncia hecha por una de las partes fundada en injuria que, por su gravedad, no consienta la prosecución de la relación.

Aunque la legislación no define el concepto de injuria laboral —el que, por cierto, no coincide con la noción del derecho penal—, la jurisprudencia y la doctrina han entendido que se trata de un “acto u omisión contrario a derecho que importa una inobservancia de deberes de prestación o de conducta, imputable a una de las partes, y que lesiona el vínculo laboral”.⁴

Cuando la injuria es imputable al trabajador, y ella es de tal gravedad que torna inviable el mantenimiento de la relación de trabajo, el empleador está legitimado para producir el despido con justa causa que, en ri-

⁴ Ackerman, Mario y Virgiliis, Miguel A. de, “Configuración de la injuria laboral”, *LT*, XXX-B, pp. 681 y ss., p. 685.

gor, no es sino el despido disciplinario, esto es, la máxima sanción que éste puede aplicar a aquél.

La trascendencia de la medida ha llevado al legislador a exigir que ella sea comunicada por escrito y con indicación suficientemente clara de los motivos en los que se funda. Motivos estos que no pueden ser modificados con posterioridad frente al eventual reclamo judicial que formule el trabajador (artículo 243, LCT). Estas reglas de claridad e inviolabilidad en la invocación de la causa tienen como fundamento último la tutela del derecho de defensa.

Amén del requisito formal, la jurisprudencia ha reclamado que para que la injuria invocada sea suficiente para legitimar el despido, éste debe reunir las condiciones de proporcionalidad, oportunidad y *non bis in idem*. Estos requisitos implican que el despido no debe ser una reacción desmedida frente a la falta imputada; él debe ser la respuesta frente a una injuria actual —de suerte que el transcurso del tiempo no deba ser entendido como un consentimiento tácito de la falta— y, finalmente, reiterando una regla común a todo régimen disciplinario, no es admisible que el empleador despida al trabajador si previamente por la misma causa le aplicó otra sanción.

2. *Falta o disminución de trabajo*

La causal que el legislador refiere como falta o disminución de trabajo no imputable al empleador (artículo 247, LCT) coincide con el concepto civil de la mayor onerosidad sobreviviente, lo que implica que si bien no existe un impedimento físico ni jurídico para mantener la vinculación laboral, esto implicaría para el empleador un notable perjuicio económico.

La inimputabilidad ha sido interpretada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia como ajenidad al riesgo propio de la actividad empresaria, lo que ha llevado a que, en los hechos, rara vez se admita su configuración.

De todos modos, aun cuando se acepte la causal, ella no libera totalmente al empleador de su deber indemnizatorio, pero el monto de la indemnización es inferior al que corresponde al despido sin causa.

Además, y al igual que en los supuestos de fuerza mayor, el despido debe ser precedido de la tramitación de una instancia administrativa ante la autoridad del trabajo.

3. Fuerza mayor

Aunque sujeto a los mismos requisitos procedimentales y con las mismas consecuencias indemnizatorias que el despido por falta o disminución de trabajo, el despido por fuerza mayor no implica mayor onerosidad sino impedimento absoluto de ocupación del trabajador.

En estos términos, la causa debe reunir, amén de la inimputabilidad, y de los requisitos generales de imprevisibilidad o inevitabilidad propios de la fuerza mayor, la consecuencia de impedir la recepción de la prestación laboral del trabajador.

Si bien esta situación debería llevar a la natural extinción del vínculo laboral por imposibilidad de cumplimiento del objeto, el legislador exige una manifestación de voluntad extintiva por parte del empleador, de suerte que la configuración de la causal no es suficiente para tener por terminada la relación de trabajo, y esto es lo que lleva a que se incluya el supuesto entre los despidos.

4. Incapacitación sobreviniente del trabajador

La incapacidad del trabajador, sobreviniente al inicio de la relación de trabajo, cualquiera que sea su causa y siempre que ella no haya sido provocada intencionalmente por el dependiente, tiene en el derecho argentino un tratamiento particular.

En efecto, si como consecuencia de su incapacidad inculpable permanente el trabajador ya no estuviera en condiciones de realizar las tareas antes cumplidas, el empleador deberá asignarle otras compatibles con su discapacidad, sin disminución de su remuneración (artículo 212, primer párrafo, LCT).

Si el empleador no pudiera cumplir con esta obligación por una causa que no le fuera imputable o si la incapacidad del trabajador fuera absoluta (artículo 212, 2º. y 4º. párrafos, LCT), el empleador podrá producir el despido (artículo 254, LCT), aunque, al igual que en el supuesto de fuerza mayor —del que la incapacidad del trabajador es una especie—, deberá abonar una indemnización, cuyo monto varía según que se trate de incapacidad relativa o absoluta.

5. Inhabilitación del trabajador

En razón de que para el desarrollo de algunas tareas el trabajador debe contar con una habilitación especial otorgada por un ente administrativo o universitario, como ocurre con los conductores de vehículos o los profesionales, respectivamente, la pérdida de tal habilitación obsta a que el empleador pueda continuar asignándole tales tareas.

Cuando la inhabilitación —que puede originarse en una decisión administrativa o judicial— se produzca por una causa no imputable al trabajador, también podrá el empleador producir el despido, el que, al igual que en los supuestos de fuerza mayor, obliga al pago de una indemnización reducida.

Si, en cambio, la pérdida de la habilitación fue producto del dolo o la culpa grave e inexcusable del trabajador, se entiende que se ha configurado la injuria laboral que permite despedir con justa causa (artículo 254, segundo párrafo, LCT).

6. Quiebra del empleador

De acuerdo con la Ley núm. 24.522, de Concursos y Quiebras, ni la apertura del concurso ni la declaración de la quiebra del empleador produce la extinción de los contratos de trabajo.

La declaración de quiebra sólo provoca una suspensión por sesenta días, a cuyo término, si se resolviera la continuación de la explotación, el síndico resuelve qué trabajadores son despedidos y cuáles continúan prestando servicios. Si, en cambio, no se continuara con la actividad, los contratos de trabajo se consideran resueltos a la fecha de la declaración de la quiebra.

En este segundo supuesto se entiende que se produce un despido por quiebra, en cuyo caso se abona una indemnización reducida si el juez del concurso considera que la quiebra fue debida a causas no imputables al fallido. En caso de no entenderlo así, se abona la indemnización plena que corresponde al despido injustificado (artículo 251, LCT).

7. Jubilación del trabajador

En razón de que el contrato de trabajo por tiempo indeterminado se entiende celebrado hasta que el trabajador se encuentre en condiciones

de acceder al beneficio provisional, cuando éste reúne los requisitos —de edad y cotizaciones— para obtener tal prestación, el empleador puede intimarlo para que inicie el trámite administrativo pertinente (artículo 252, LCT).

Junto con la intimación el empleador debe poner a disposición del trabajador los certificados de servicios y demás documentación necesaria para que éste pueda impulsar la tramitación.

Concedido el beneficio o vencido el plazo de un año desde que el dependiente tuvo a su disposición la documentación necesaria, el empleador puede considerar extinguido el vínculo laboral, sin obligación indemnizatoria.

IV. FORMALIDADES

Dos son los requisitos formales comunes a las diferentes causas de despido: notificación por escrito y preaviso. Este último, sin embargo, no es exigible en todos los supuestos.

1. Notificación por escrito

Debe cumplirse con el requisito común de la notificación por escrito con expresión suficientemente clara de la causa en todos los casos en los que el empleador produce un despido causado.

Si bien la exigencia sólo está contemplada en forma expresa para el supuesto de despido por injuria grave —en el artículo 243 de la LCT—, pacíficamente la doctrina y la jurisprudencia entienden que la regla es aplicable en todas las situaciones en las que el empleador produce unilateralmente la ruptura del vínculo laboral invocando una causa.

Igualmente opera en todos los supuestos la regla de invariabilidad de la causal invocada, la que, amén de ser una exigencia necesaria para el ejercicio del derecho de defensa por el trabajador, es también una consecuencia del deber de obrar de buena fe del empleador y de no entrar en contradicción con el acto propio.

2. Preaviso

El preaviso, a su vez, aparece regulado en forma general e independientemente de los diferentes supuestos extintivos, lo que obliga a exa-

minar en cada caso si su otorgamiento es compatible con la causal de que se trate.

Como regla general, el preaviso debe ser otorgado cuando es posible hacerlo, esto es, cuando, en razón de causa invocada, la extinción del vínculo puede dilatarse en el tiempo. Y, simétricamente, si no es posible o no vale la pena postergar la consecuencia extintiva de la manifestación de voluntad del empleador, el preaviso es improcedente.

Así, no corresponde otorgar el preaviso en los supuestos de despido con justa causa, por fuerza mayor, por incapacitación sobreviviente del trabajador, por inhabilitación del trabajador y por quiebra.

Sí, en cambio, se debe preavisar el despido sin justa causa y por falta o disminución de trabajo.

Una situación especial se plantea en el caso de la extinción por jubilación, dado que el plazo máximo de un año que el empleador debe conceder al trabajador para completar la tramitación del beneficio provisional, de acuerdo con la expresa previsión normativa, implica la notificación del preaviso (artículo 252, tercer párrafo, LCT). Sin embargo, el preaviso en este caso, y a diferencia de los demás supuestos, no tiene por propósito evitar la ruptura intempestiva del vínculo laboral, ya que, al igual que en el contrato a plazo fijo —en el que se exige un aviso similar— sólo opera como un recordatorio para el trabajador, quien, por la naturaleza de la contratación, desde el inicio de la relación ya estaba anoticiado de la terminación del vínculo cuando él estuviera en condiciones de gozar del beneficio jubilatorio. Esto explica, por otra parte, el excepcional plazo anual de este preaviso.

En orden a los plazos por los que el preaviso debe ser otorgado, en el régimen general ellos varían según la fecha de contratación del trabajador.

Así, para los trabajadores contratados antes del 3 de octubre de 1998 el preaviso se otorga por meses calendarios completos, y su extensión es de un mes o de dos meses, según que el trabajador tenga, al momento de la notificación, una antigüedad en el empleo menor o mayor de cinco años (artículos 231 y 233, LCT).

Para los trabajadores contratados a partir del 3 de octubre de 1998, los plazos corren a partir del día siguiente al de la notificación, y su extensión es de 15 días, un mes o dos meses, según que el trabajador registre, respectivamente, más de treinta días y hasta tres meses de antigüedad,

más de tres meses y menos de cinco años, o más de cinco años (artículo 60., Ley 25.013).

Cuando se omitiera el otorgamiento del preaviso, se debe abonar una indemnización sustitutiva de monto igual a las remuneraciones que se habrían devengado en el periodo (artículos 232, LCT y 60., Ley 25.013).

Existen, además, plazos diferentes, excluidos del régimen general, para las pequeñas empresas —en las que el plazo es de treinta días a partir del día siguiente al de la notificación, y no varía en función de la antigüedad del trabajador— (artículo 95, Ley 24.467), y para algunas actividades, tales como los periodistas profesionales y los encargados de edificios de propiedad horizontal y casas de renta, para quienes sus estatutos especiales contemplan plazos superiores a los del régimen general.⁵

V. PROCEDIMIENTO

Amén de los requisitos formales —notificación por escrito y preaviso—, en algunos casos se exige al empleador el agotamiento de una tramitación administrativa o judicial en forma previa a la producción del despido.

Esto ocurre en los supuestos del despido por causas económicas —que comprende tanto al despido por falta o disminución de trabajo como al fundado en fuerza mayor—, y en el caso del despido con causa justificada de un representante sindical.

1. Despido por causas económicas

Cuando el despido se funda en falta o disminución de trabajo o fuerza mayor, la ley impone una primera exigencia, que consiste en que los despidos comiencen por el personal menos antiguo dentro de cada especialidad y, respecto del ingresado en un mismo semestre, por el que tuviere menos cargas de familia, aunque con ello se alterara el orden de antigüedad (artículo 247, LCT y artículo 10, Ley 25.013).

⁵ En el caso de los periodistas profesionales, si bien los plazos son de un mes o de dos meses, según que el trabajador tuviera menos o más de tres años de antigüedad, estos plazos se duplican en caso de omisión del otorgamiento (artículo 43, Ley 12.908). Para los encargados de casas de renta y edificios de propiedad horizontal, el preaviso es siempre de tres meses (artículo 60., Ley 12.981).

Esta indicación da a entender que las que se agrupan bajo la común designación de causas económicas provocarán despidos colectivos, lo que se confirma cuando en el capítulo 6o. del Título III de la Ley 24.013, bajo la denominación de “procedimiento preventivo de crisis”, en los artículos 98 a 105 se impone una instancia administrativa previa a la adopción de tales despidos, cuando se afecte un número significativo de trabajadores según la dimensión de la empresa.

Cuando no se alcancen los porcentajes indicados en el artículo 98 de la Ley 24.013, y en virtud de lo previsto en el artículo 4o. del Decreto 265/02, se deberá seguir un procedimiento simplificado que está establecido en el Decreto 328/88.

A. *Procedimiento preventivo de crisis*

El que en la Ley 24.013 se denomina “procedimiento preventivo de crisis” es, en rigor, un procedimiento preventivo de conflictos colectivos, puesto que, antes que a evitar lo que ya se ha producido o no se va a producir —esto es, la crisis de la empresa—, a lo que apunta es a promover una instancia de negociación entre la representación sindical de los trabajadores y la empresa, en razón de la afectación de un número importante de trabajadores.

En efecto, el artículo 98 de la Ley 24.013 impone una instancia conciliatoria previa a la adopción de despidos —o suspensiones— por razones de fuerza mayor, causas económicas o tecnológicas, cuando la medida afecte a más del 15% de los trabajadores en empresas de menos de cuatrocientos trabajadores, a más del 10% en empresas de más de cuatrocientos y menos de mil trabajadores y a más del 5% en empresas de más de mil trabajadores.

La confirmación de que no es la crisis de la empresa lo que se busca prevenir surge del hecho de que el procedimiento debe ser seguido aun en supuestos de despidos colectivos por causas tecnológicas, supuesto éste en el que no sólo podría no haber crisis, sino, por el contrario, podría responder a una política de expansión de la empresa que, no obstante, reclama la sustitución de trabajadores con una importante inversión en tecnología.

Aunque se contempla que el procedimiento pueda ser iniciado por la empresa o por la entidad sindical, este segundo supuesto no registra antecedentes, dado que es aquélla la que, en todos los casos, lo ha impulsado.

El objetivo último de esta instancia administrativa es intentar la celebración de un convenio colectivo —conforme se contempla expresamente en el artículo 103 de la Ley 24.013— entre la empresa y la entidad sindical, al punto de que en la Ley 23.546, que regula el procedimiento para la negociación colectiva, se exige a la empresa que, amén de informar a sus trabajadores y a la representación sindical de éstos sobre las causas y consecuencias de la crisis, provea a la segunda información sobre mantenimiento del empleo, movilidad funcional, horaria o salarial, inversiones, recalificación y reubicación de trabajadores, aportes convenidos al sistema previsional y ayuda para la creación de emprendimientos productivos por parte de los trabajadores excedentes (artículo 4.5, Ley 23.546, según artículo 14, Ley 25.250).

Cuando se trate de una empresa que ocupe a más de cincuenta trabajadores, se deberá indicar, además, el número y categoría de los trabajadores que se propone despedir y cuantificar la oferta indemnizatoria.

Sólo después de agotada esta instancia administrativa, con o sin acuerdo entre la empresa y la entidad sindical, aquélla podrá disponer los despidos (artículo 104, Ley 24.013 y artículos 6º. y 7º., Decreto 265/02), bien entendido que el cumplimiento de este procedimiento no supone tener por cierta la causal invocada (artículo 8º., Decreto 265/02).

B. Procedimiento del Decreto 328/88

Cuando no se alcancen los porcentajes de trabajadores determinados en el artículo 98 de la Ley 24.013, el empleador deberá seguir un procedimiento simplificado regulado por el Decreto 328/88.

Este Decreto sólo impone una notificación previa a la autoridad administrativa del trabajo con una anticipación de no menos de diez días a la fecha en la que se pretende que sean efectivos los despidos.

Esta comunicación, de la que se debe entregar una copia a la entidad sindical que represente a los trabajadores, debe incluir información sobre las causas que motivan los despidos, las otras medidas adoptadas por la empresa para superar la situación y la nómina de trabajadores afectados.

La autoridad administrativa, de oficio o a pedido de alguna de las partes, puede convocar a audiencias de conciliación y mediación y recabar información complementaria, pero cumplido el plazo de diez días el empleador queda en libertad de acción para producir los despidos.

2. Despido de representantes sindicales

Como desarrollo de la protección contenida en el segundo párrafo del artículo 14 de la Constitución, en cuanto establece que “los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo”, la legislación sindical argentina siempre previó mecanismos de estabilidad reforzada para los representantes sindicales de los trabajadores.

En la actualidad la tutela aparece desarrollada en la Ley 23.551 y su Decreto reglamentario núm. 467/88.

La protección corresponde a los representantes sindicales en la empresa, a quienes ocupen cargos electivos representativos en asociaciones sindicales con personería gremial, en organismos que requieran representación gremial o en cargos políticos en los poderes públicos y a los candidatos a ocupar un cargo de representación sindical (artículos 40, 48 y 50, Ley 23.551), y la garantía consiste en el derecho a no ser despedidos durante su mandato⁶ y hasta un año después de la cesación de éste, “salvo que mediara justa causa de despido” (artículo 48, Ley 23.551) o que se produzca la cesación de actividades del establecimiento (artículo 51, Ley 23.551). En el caso de los candidatos la protección se extiende por seis meses desde su postulación.

La mera configuración de la causal de despido, sin embargo, no es suficiente para que el empleador pueda producir directamente el distracto.

En efecto, el artículo 52 de la Ley 23.551 exige un desafuero judicial, esto es, una resolución judicial que excluya al representante sindical de la garantía y que tramita por una vía procesal abreviada —proceso sumarísimo, en la expresión legal— (artículos 47 y 52, Ley 23.551).

La omisión del procedimiento de exclusión de tutela da derecho al trabajador a solicitar la reinstalación y el cobro de los salarios caídos. La negativa del empleador a producir la reincorporación da derecho al trabajador a optar entre solicitar la reincorporación compulsiva —que el juez puede ordenar bajo apercibimiento de aplicar sanciones cominatórias o *astreintes*— y considerarse despedido, supuesto éste en el que, además del cobro de la indemnización correspondiente, será acreedor a los salarios que le habrían correspondido hasta la terminación de su man-

⁶ En los casos de los representantes sindicales en la empresa y de los candidatos, tampoco se pueden modificar las condiciones de trabajo ni disponerse suspensiones (artículos 48 y 50, Ley 23.551).

dato y un año más (artículo 52, Ley 23.551 y artículo 30, Decreto 467/88). En el caso de los candidatos no electos las remuneraciones adeudadas serían las del periodo de estabilidad no agotado y un año más (artículo 52, Ley 23.551).

VI. CONSECUENCIAS INDEMNIZATORIAS

Con excepción del despido con justa causa o por injuria laboral grave, todos los supuestos de terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador lo obligan a pagar una indemnización tarifada al trabajador.

Desde 1934 —en virtud de la Ley 11.729— las indemnizaciones por despido están legalmente tarifadas con base en la remuneración del trabajador y su antigüedad en el empleo. Y, también desde entonces, con el brevísimo periodo de excepción comprendido entre el 25 de septiembre de 1989 y el 26 de diciembre de 1991,⁷ la base salarial siempre tuvo un tope.

En la actualidad, la indemnización que se toma como referencia y que puede calificarse como indemnización normal es la establecida en el artículo 245 de la LCT.

A partir de ella aparecen modificaciones según la fecha de contratación y reducciones o incrementos en razón de la causa del despido o la situación del trabajador o del empleador.

1. Indemnización normal

De acuerdo con la regla del artículo 245 de la LCT:

El despido sin causa justificada dispuesta por el empleador da derecho al trabajador a una indemnización equivalente a un mes de sueldo por año de antigüedad o fracción mayor de tres meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida en el último año o el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor.

Tal base remuneratoria “no podrá exceder el equivalente de tres veces el importe mensual de la suma que resulte de todas las remuneraciones

⁷ En virtud de la reforma introducida al artículo 245 de la LCT por el artículo 48 de la Ley 23.697.

previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador al momento del despido por la jornada legal o convencional”⁸.

La limitación de la referencia remuneratoria es dejada de lado cuando el importe total de la indemnización resultara inferior a dos sueldos completos sin tope, en cuyo caso se abona el monto correspondiente a éstos.

Esta garantía mínima y la consideración de tres meses de antigüedad como un periodo anual a los efectos indemnizatorios provocaba que las reparaciones tarifadas resultaran muy elevadas cuando el trabajador registraba menos de dos años y más de tres meses de servicios y su remuneración era muy superior al tope.

Tal desproporción llevó a que, con la Ley 25.013, se modificara el mecanismo de cálculo de la indemnización por despido injustificado para los trabajadores contratados a partir de la entrada en vigencia de ella, esto es, el 3 de octubre de 1998.

Para estos trabajadores, y en virtud del artículo 7o. de la nueva Ley, la indemnización se calcula con base en la doceava parte de la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor, por cada mes de servicios o fracción mayor de diez días.

El tope salarial es el mismo que el del artículo 245 de la LCT, pero la garantía mínima queda reducida a dos veces la doceava parte de la remuneración mensual con tope.

Un sector de la doctrina puso en cuestión la validez del tope indemnizatorio del artículo 245 de la LCT, con el argumento de que, en los supuestos de trabajadores con remuneraciones elevadas —lo que ocurre generalmente con el personal fuera de convenio y con los que ocupan los cargos jerárquicos— se podría vulnerar la garantía constitucional de la protección contra el despido arbitrario.

Sin embargo, y aun cuando en algún caso y frente a otra fórmula de cálculo del tope la Corte Suprema de Justicia de la Nación acogió el planteo de inconstitucionalidad, en la actualidad la posición del máximo tribunal es la de no aceptar el cuestionamiento de la validez del artículo

⁸ La misma norma prevé que el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social debe fijar y publicar el monto que corresponda juntamente con las escalas salariales de cada convenio colectivo de trabajo. Para los trabajadores no amparados por convenio colectivo el tope establecido es el que corresponde al convenio de actividad aplicable al establecimiento donde preste servicio y, en caso de que hubiera más de un convenio, se aplica el tope que resulte más favorable al trabajador.

245 de la LCT.⁹ No existen empero pronunciamientos judiciales en torno de la constitucionalidad del sistema del artículo 7o. de la Ley 25.013.

La indemnización prevista en el artículo 245 de la LCT debe ser abonada en los supuestos de despido por *incapacidad absoluta del trabajador* (artículo 212, cuarto párrafo, LCT) y por *quiebra* cuando ésta no resultara *no imputable al empleador* (artículo 251 LCT), cualquiera sea la fecha de contratación del trabajador.¹⁰

2. *Indemnización reducida*

Para los supuestos de despido por falta o disminución de trabajo no imputable al empleador o por fuerza mayor, el artículo 247 de la LCT impone el pago de una indemnización equivalente a la mitad de la prevista en el artículo 245 de la misma Ley.

También esta indemnización fue modificada por la Ley 25.013 para los trabajadores ingresados a partir del 3 de octubre de 1998. Así, el artículo 10 de esta ley establece que, tomando la misma referencia remuneratoria, la indemnización debe ser de la dieciochoava parte de ella por mes de antigüedad, con una garantía mínima total de dos dieciochoavas partes del salario, con idéntico tope.

La indemnización prevista en el artículo 247 de la LCT debe ser abonada además en los supuestos de despido por incapacidad relativa del trabajador —esto es, cuando el empleador no estuviera en condiciones de asignarle nuevas tareas— (artículo 212, segundo párrafo, LCT), inhabilitación del trabajador (artículo 254, LCT) y por quiebra del empleador no imputable a éste (artículo 251 LCT).¹¹

⁹ Para el examen de la evolución de la doctrina de la Corte Suprema en esta materia, véase Ackerman, Mario E., “Validez constitucional de la tarifa con tope en la indemnización por despido arbitrario de cara a la doctrina actual de la Corte Suprema de Justicia”, *Revista de Derecho Laboral*, 2000-1, pp. 149 y ss.

¹⁰ En contra de esta opinión se han manifestado Rodríguez Mancini y Confalonieri (h), quienes entienden que para los trabajadores contratados a partir del 3 de octubre de 1998, las referencias que se hacen en la LCT al artículo 245 de la LCT deben entenderse sustituidas por el artículo 7o. de la Ley 25.013. Véase Rodríguez Mancini, Jorge y Confalonieri, Juan A. (h), *Reformas laborales*, Buenos Aires, Astrea 2000, pp. 139 y ss.

¹¹ También discrepan con este criterio Rodríguez Mancini y Confalonieri (h), quienes entienden que en estos supuestos extintivos, cuando el trabajador hubiera ingresado con posterioridad al 3 de octubre de 1998, la indemnización que corresponde es la del artículo 10 de la Ley 25.013. Véase nota anterior.

3. *Indemnización agravada*

Además de la indemnización *normal* —sea la del artículo 245 de la LCT o la del artículo 7o. de la Ley 25.013—, la ley contempla indemnizaciones adicionales en razón de la *causa* del despido, de la *situación del trabajador* o de la *situación del empleador*.

A. *Agravamiento en razón de la causa del despido*

Cuando el despido fuera dispuesto por el empleador por causa de matrimonio o maternidad de la trabajadora, ésta es acreedora a una suma equivalente a un año de remuneraciones, que se adiciona a la indemnización por despido sin causa justificada.

Se presume que el despido fue producido por el matrimonio de la trabajadora cuando el mismo fuese dispuesto sin invocación de causa o no se probase la que se hubiera invocado, y el mismo se produjera dentro de los tres meses anteriores o los seis posteriores a la celebración de aquél, y siempre que el empleador hubiera sido notificado fehacientemente del mismo (artículos 181 y 182, LCT).

En el caso del despido por maternidad, la presunción opera cuando el despido se produzca siete meses y medio antes o después de la fecha del parto, condicionado ello también a que hubiera habido notificación formal previa con acreditación de la situación de embarazo (artículos 178 y 182, LCT).

La Ley 25.013 también prevé un agravamiento indemnizatorio, consistente en un incremento del 30% de la indemnización y la eliminación del tope, cuando el despido se considerara discriminatorio por raza, sexo o religión (artículo 11, Ley 25.013).

Esta sanción no corresponde a los despidos discriminatorios de los trabajadores ingresados con anterioridad al 3 de octubre de 1998 pero, en tal caso, resultaría aplicable la Ley Antidiscriminatoria núm. 23.592, que da derecho a una reparación de daños y perjuicios. También sería de aplicación esta ley a los trabajadores ingresados con posterioridad al 3 de octubre de 1998 en los supuestos de despidos discriminatorios por causas distintas a las mencionadas en el artículo 11 de la Ley 25.013.

B. Agravamiento en razón de la situación del trabajador

El supuesto que da lugar a una indemnización agravada en razón de la situación del trabajador es el ya examinado¹² del representante sindical, quien, en caso de no ser reintegrado al empleo, es acreedor a las remuneraciones que habría devengado durante su mandato más el monto equivalente a un año más.

C. Agravamiento en razón de la situación del empleador

Con el propósito de desalentar el *trabajo no registrado*, el legislador impone al empleador el pago de la duplicación de las indemnizaciones por despido injustificado y por omisión de preaviso cuando, intimado aquél por el trabajador para que se registre correctamente la relación, lo despidiera sin causa dentro de los dos años de haberse cursado de modo justificado la intimación (artículo 15, Ley 24.013).

El despido incausado del trabajador incorrectamente registrado o no registrado que no hubiera producido la intimación prevista en el artículo 15 de la Ley 24.013, sólo da lugar a la duplicación de la indemnización por despido (artículo 10., Ley 25.323).

VII. SUSPENSIÓN DE LOS DESPIDOS SIN CAUSA DURANTE LA EMERGENCIA

A partir y como consecuencia de la tremenda crisis política, institucional, económica y social producida en los últimos días de 2001, con el artículo 16 de la Ley 25.561 se dispuso, a partir del 6 de enero de 2002, la suspensión por 180 días de los despidos sin causa justificada. Varios decretos de necesidad y urgencia posteriores extendieron la suspensión hasta el 31 de diciembre de 2003.

Según expliqué ya en otras oportunidades,¹³ no se trata en realidad de una verdadera suspensión de los despidos, sino tan sólo de un agravamiento en razón de la situación del empleador.

¹² Véase Despido de representantes sindicales, p. 131.

¹³ Véase Ackerman, Mario, “Emergencia pública y suspensión de los despidos en Argentina”, en Kurczyn Villalobos, Patricia y Puig Hernández, Carlos Alberto (coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 1 y ss.

miento de sus consecuencias indemnizatorias, de suerte que la misma norma prevé que la violación de la veda extintiva no quita eficacia a la manifestación de voluntad del empleador, y sólo acarrea la duplicación de las indemnizaciones.

El Decreto 264/02, en un probable exceso reglamentario, impuso además el deber de transitar la vía del llamado procedimiento preventivo de crisis o el del Decreto 328/88, según correspondiera de acuerdo con los trabajadores afectados, en forma previa a la adopción de los despidos.

Pero más allá de los reproches que pudieran dirigirse al Decreto 264/02 o, aun, al propio artículo 16 de la Ley 25.561, lo cierto es que esta suspensión no parece ser sino una consecuencia de las limitaciones que se han impuesto para la aceptación de la falta o disminución de trabajo por causas no imputables al empleador como fundamento para legitimar el pago de indemnizaciones reducidas, lo que suele llevar a las empresas, urgidas por reducir su plantel de trabajadores, a producir los despidos sin invocación de causa, asumiendo el pago de la totalidad de los resarcimientos tarifados.

VIII. BALANCE

La necesidad de una regla como la del artículo 16 de la Ley 25.561 probablemente sea una prueba acabada de la ineeficacia del sistema de indemnizaciones tarifadas con tope como un obstáculo para los despidos sin justa causa.

O, lo que es lo mismo, de su imperfección como regla de desarrollo de la garantía constitucional de protección contra el despido arbitrario.

Insuficiencia que se agrava con el mecanismo indemnizatorio de la Ley 25.013 que, en muchos casos, y especialmente cuando los afectados son trabajadores con remuneraciones elevadas y poca antigüedad, supone una erogación irrisoria para el empleador que despidé sin causa.

Lo cierto es que toda esta materia está reclamando una reelaboración que permita compatibilizar la necesidad de los empleadores de organizar sus empresas y adecuar sus planteles de trabajadores a sus reales necesidades y, al mismo tiempo, que ese legítimo derecho no suponga una privación del derecho de los trabajadores a una razonable protección frente a los abusos, la mala fe o la prepotencia de quienes se apropián de los frutos de su trabajo.

Probablemente con el auxilio de la negociación colectiva y de las instituciones de la seguridad social ambas necesidades puedan satisfacerse. En todo caso, la experiencia europea podrá aportar algunas buenas ideas para esto.

Tal vez esta nueva etapa de la democracia argentina, en la que parecen soplar aires de renovación con moderación y equilibrio, pueda aportar el marco para un sincero debate e intercambio de ideas que permita la necesaria reformulación del sistema de estabilidad en el empleo y de protección contra el despido que, por lo que se ha visto, no parece merecedor de elogios.