

# EVOLUCIÓN E INVOLUCIÓN DEL ART.245 DE LA LEY DE CONTRATO DE TRABAJO

Gloria M. Pasten de Ishihara

## 1. Aspectos generales

Mucho antes que se sancionara la Ley de Contrato de Trabajo e inclusive antes de que se introdujera el art.14 bis en la Constitución Nacional, (1957) en noviembre de 1944, anunciando de alguna manera la legislación laboral que sobrevino, se dictó un decreto que dio lugar a la creación de un fuero y un procedimiento propio del derecho del trabajo. En la exposición de motivos se dijo que el movimiento legislativo contemporáneo en lo que respecta a las normas que rigen las relaciones jurídicas del capital y el trabajo, había dado forma a un nuevo derecho cuyo contenido social y humano tendían a proteger la parte débil de esa relación pero dado que los trámites de la justicia ordinaria eran formalistas, onerosos e inadecuados a los fines de resolver los litigios del trabajo, surgía la necesidad de instituir organismos especializados y procedimientos expeditivos para restablecer mediante normas adecuadas la igualdad de las partes evitando la gravitación de su distinta posición económica.

En 1974 se sancionó la Ley 20744, especie de código individual y sistematizado del contrato de trabajo que incorporó los principios generales del derecho del trabajo y consagró como norma positiva en nuestro derecho, específicamente en el art.4 tal como señalara el miembro informante, una concepción humanista del trabajo al referirse a la actividad productiva y creadora del hombre en sí; receptó la legislación de esa época, verbigracia, la reforma de la ley 11729 de 1934, estableciendo entre otras cuestiones el régimen de indemnización por despido, las vacaciones anuales pagas, el aguinaldo, normas referidas a la jornada, los descansos, la protección de la maternidad, entre otras.

Para ello tomó en cuenta la doctrina nacional, algunos antecedentes extranjeros como el estado de excedencia, convenios y recomendaciones de organismos internacionales y normas de convenciones colectivas pero también, la jurisprudencia plenaria, tanto de derecho sustantivo como adjetivo, como por ejemplo los requisitos para que una suspensión fuere considerada legal; la prueba en caso de falta de trabajo, la reconvencción, la integración de salarios, el preaviso etc., fallos señeros que marcaron el camino de la norma y que sin ninguna duda, fue generada por la actividad de los abogados laboristas.

Si retrocedemos al momento de la sanción de la Ley de Contrato de Trabajo, -1974- aparece como un empuje de la realidad que determinó que un parlamento dictara una norma constituida por 301 artículos, estructurada con base en la idea de justicia social, señalado así expresamente por Norberto Centeno en un artículo de su autoría "Introducción a la ley de Contrato de Trabajo" donde además expresó que la idea que la ley desarrollaba se fundaba en el trabajo como valor esencial y originario, donde sus datos se tomaron de la realidad concreta en función de ese ideal de justicia, en torno a un derecho del trabajo dinámico.

Estas ideas también fueron plasmadas en la exposición de motivos de la LCT donde se consignó que el primer y central principio está dado por la transmisión a la ley de la idea de justicia social y como prolongación de esa idea en el principio protectorio que orienta el derecho del trabajo y su destino la persona que trabaja.

Cuando se publicó la LCT ocurrió un hecho extraordinario que consistió en que gratuitamente era distribuida en los medios de transporte y seguramente en muchos otros lugares y a mi modo de ver generó conciencia jurídica en las personas trabajadoras acerca de sus derechos, a quienes se les acercaba una norma de fácil comprensión y con lenguaje tan sencillo que permitía que cualquier trabajador o trabajadora pudiera por ejemplo realizar el cálculo indemnizatorio en caso de despido y el preaviso. Claramente era la evidencia de una política orientada a la difusión de esos derechos que habían sido consagrados.

Es de conocimiento que la legislación nace, se desarrolla y también muere porque se sujeta al marco político, económico y social de una época, en el caso de la LCT, muchos dispositivos fueron objeto de importantes derogaciones mediante la ley 21297, sin embargo el Derecho del Trabajo es dinámico, por ello, dado que ha transcurrido cuarenta años desde la sanción de la Ley de Contrato de Trabajo y que materialmente no sería posible desarrollar la evolución de todos sus institutos, me interesa mostrar la evolución e involución de la norma que consagra el derecho de la persona trabajadora a ser indemnizado en supuestos de despido sin causa.

## **2. La protección contra el despido arbitrario**

Antes de ingresar en el instituto mencionado, resulta imprescindible recordar que en un momento social y político de gran convulsión, se insertó en el marco de una Constitución liberal e individualista el art.14 bis, columna vertebral del Derecho del Trabajo, una cláusula de neto corte transformador cuyo objetivo fue nivelar desigualdades, garantizar derechos mínimos a favor de la parte más débil en la relación laboral y consagró definitivamente el principio protectorio. Así, el art.14 bis se inicia con un postulado fundamental: *“El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes...”*, de esa manera, la reforma de 1957, con sus características particulares, otorgó a los derechos sociales rango constitucional y a la par, contenido y sustento a todo el derecho del trabajo argentino pues mediante ese enunciado revalorizó y privilegió las condiciones de la persona humana trabajadora consagrando sus derechos laborales, sindicales y de seguridad social que posteriormente se instrumentaron en la Ley de Contrato de Trabajo de 1974.

Como corolario, la reforma de 1994 mediante el artículo 75, inciso 22), otorgó rango constitucional a numerosos Tratados y Pactos internacionales, que afianzaron y sustentaron las directivas del art.14 bis, pues se resaltó la necesidad de proteger los derechos esenciales del hombre mediante la igualdad ante la ley y el compromiso de respetar y garantizar a todos los individuos los derechos fundamentales de la persona humana, su dignidad y valor e incorporados a nuestra Constitución Nacional, reafirmaron su carácter social y a la persona humana como su principal destinataria, el derecho a los deberes de asistencia y seguridad social y del trabajo, a la protección contra el desempleo, al desarrollo progresivo, a la ocupación plena y productiva y a la estabilidad en el empleo.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Arts.37 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 5° inc., e) I) IV de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial, 26 de la Convención Americana sobre Derechos humanos, Pacto de San José de Costa Rica, 6 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 11 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

El art.14 bis de la Constitución Nacional asegura a la persona trabajadora derechos individuales, sindicales y los provenientes de la seguridad social. Dentro del primer párrafo se encuentra la protección contra el despido arbitrario cuyo objetivo consiste en el amparo jurídico para otorgar permanencia en el empleo y asegurar la vigencia de la estabilidad en el contrato de trabajo<sup>2</sup> y dejó en manos del poder legislador su instrumentación legal.

Pero para poder observar la evolución e involución del art.245 de la Ley de Contrato de Trabajo, debemos partir de algunos indicios históricos acompañado de piniones doctrinarias y jurisprudenciales.<sup>3</sup>

**1889:** En agosto de 1889, la Comisión de Códigos<sup>4</sup> informaba al Poder Ejecutivo Nacional las principales reformas al Código de Comercio, sancionadas el 5 de octubre. En ese informe se tuvo en cuenta que habían transcurrido treinta años desde su sanción, aspecto que coincidía con el desenvolvimiento comercial, que se había triplicado la población, aumentado la producción y el consumo, también que las vías de comunicación se habían extendido prodigiosamente a todos los confines del territorio, creando nuevas y complicadas relaciones comerciales y reconociendo que al sancionarse el Código de Comercio nos hallábamos regidos por una complicada y deficiente legislación civil.

Sin embargo, en tales antecedentes, si bien se efectuaron extensas consideraciones sobre las normas modificadas, ninguna mención se efectúa respecto de los institutos laborales que contemplaban los arts. 154 a 160 que posteriormente fueron modificados por la Ley 11729.

No obstante, resulta relevante señalar que el art.157 del Código de Comercio de 1889, en su primer párrafo, otorgó los primeros indicios de lo que actualmente conocemos como “preaviso” pues establecía respecto de los factores o dependientes la obligación que en los supuestos de indeterminación del plazo, se podía finalizar dando aviso con un mes de anticipación y en su segundo párrafo disponía que el factor o dependiente despedido, tenía derecho al salario correspondiente a ese mes, salvo en casos de notoria mala conducta mientras que el art.158 contemplaba el caso de plazo estipulado y quien arbitrariamente se separaba de su cumplimiento, era obligado, a juicio de arbitradores, a indemnizar los perjuicios que causaba al otro.

Es decir, marca los antecedentes del actual preaviso y de los contratos de trabajo por tiempo determinado e indeterminado así como las consecuencias del incumplimiento por cualquiera de los contrayentes, aunque vale la pena resaltar que no se pone límite alguno al respecto, sólo se deja asentada la obligación de “indemnizar perjuicios” sin otros aditamentos.

---

<sup>2</sup> FERNÁNDEZ ,MADRID, Juan Carlos – 2007 – *Tratado Práctico del Derecho del Trabajo* – Tomo I – Buenos Aires: Editorial La Ley

<sup>3</sup>Sobre la base de la investigación histórica realizada en el trabajo de doctrina: PASTEN de ISHIHARA, Gloria Marina – 2010 - “Los Límites a la indemnización por despido arbitrario” en *“El despido arbitrario y sus consecuencias indemnizatorias”* Colección Temas de Derecho laboral – Buenos Aires: Errepar- 2010. Ampliada y corregida.

<sup>4</sup> *Anales de Legislación Argentina -1889-* Biblioteca Nacional del Congreso de la Nación. El PEN designó para integrar la Comisión a los Dres. Colombres y Basualdo quienes además, integraron a los Dres. Escalante y Zeballos.

**1934:** El 25 de septiembre de 1934 se sancionó la modificación al art.157 de la Ley 11729<sup>5</sup> que regía para empleados de comercio. En este momento, la lectura de sus incisos 1° y 3° nos brindan la primera pauta de nuestro actual 245, la prohibición de despedir sin previo aviso y el pago de la indemnización en orden a su antigüedad así como la forma de calcularla, haya mediado o no preaviso: una indemnización no inferior a la mitad de su retribución mensual por cada año de servicio o fracción mayor de tres meses, tomándose como base de retribución el promedio de los últimos cinco años o de todo el tiempo de servicio cuando era inferior a aquel plazo.

El debate parlamentario se centró más que nada en los nuevos empleados que reemplazaban a los anteriores no así en torno a la pautas señaladas pero la jurisprudencia, entre los años 1937 y 1938, da cuenta de cuestionamientos constitucionales respecto a la obligación por parte de los empleadores de abonar indemnizaciones por despido y se decía que “... una disposición legal que fija reglas reguladoras del trabajo, que tienden al bienestar general y se inspiran en el interés público –tal el apartado 3° del art.157 (reformado) del Código de Comercio- no vulnera ninguna cláusula constitucional y el Congreso puede dictarla en uso de sus facultades incontestables...”, “...pues para concluir que una norma legal es inconstitucional por repugnante a los textos que consagran los derechos de propiedad y de contratación, sería necesaria la prueba de que ella impone cargas tan onerosas que impiden el ejercicio razonable y justo de tales derechos...”<sup>6</sup>.

Este antecedente constituye –a mi modo de ver- el primero que introduce las dos pautas objetivas que se consideran en la actualidad y que se relacionan con la remuneración y la antigüedad en el empleo, pues ya no se menciona a la indemnización de los perjuicios en general, sino que se establecen pautas para calcularlos.

**1945:** Posteriormente, el 31 de diciembre de 1945 se publicó el Decreto 33.302, ( ratificado por la Ley 12921) <sup>7</sup>, dedicó el Título VII Capítulo I a la estabilidad de la persona trabajadora y en su art.67 dispuso que “Los empleadores no podrán despedir a los empleados y obreros comprendidos en las disposiciones del artículo 2° de este decreto ley, salvo el caso en que comprueben fehacientemente la existencia de causales de despido justificado de acuerdo con el art.159 del Código de Comercio...” y “...los empleados y obreros.....despedidos por causales distintas a las enumeradas en el art.159 del Código de Comercio, tendrán derecho a percibir una indemnización cuyo monto será el doble de la prevista en la Ley n°11729 ...”.

Respecto a éste último párrafo la jurisprudencia de aquella época, señalaba que cuando se duplicaba la indemnización de la ley 11729, lo hacía sancionando un acto arbitrario del empleador, situación que obviamente no ocurría cuando el despido ocurría por circunstancias ajenas a sus previsiones<sup>8</sup> y que el decreto mencionado había extendido la

---

<sup>5</sup> *Anales de Legislación Argentina Complemento años 1920-1940 – 1953* - Jerónimo Remorino – Director- Buenos Aires: Editorial La Ley

<sup>6</sup> C.Paz Cap. Sala III, 4 oct.1937, G. de P. t.19, pág.191 en Ramírez Gronda, Juan D. – 1949 - *Leyes Nacionales del Trabajo y sus reglamentaciones actualizadas y anotadas* – 2da.edición Buenos Aires: Editorial Ideas

<sup>7</sup> RAMIREZ GRONDA, J.D. - 1949 – *Leyes Nacionales del Trabajo y sus reglamentaciones actualizadas y anotadas* – Buenos Aires: Editorial Ideas y 1945 – *El Contrato de Trabajo Teoría General del Contrato y Exposición sistemática de la Ley 11729* – Buenos Aires: Editorial la Ley

<sup>8</sup> C.Apel.Trab., Sala I, 21 mayo 1948 Rev.D.del T. con nota del prof. Deali, citado en Ramírez Gronda J.D. 1949 – *Leyes Nacionales del Trabajo y sus reglamentaciones actualizadas y anotadas* - - Buenos Aires: Editorial Ideas

indemnización por despido a todos los trabajadores, doblando su monto y extendiendo a todos los trabajadores el modelo de la Ley 11729.<sup>9</sup>

Con relación a la conducta arbitraria del empleador y el derecho del trabajador a percibir una indemnización, Mario L. Deveali,<sup>10</sup> luego de analizar distintas teorías para explicar el fundamento de la indemnización por despido, que había aparecido por primera vez en la legislación italiana y difundida rápidamente en Europa y en nuestro continente, sostuvo que a su juicio, la que explicaba este instituto era aquella que la tomaba como una especie de resarcimiento de daños a que el empleador está obligado en el caso de interrumpir sin justa causa la relación de trabajo, teoría a la que calificó de ser la más fundada, especialmente en aquellas legislaciones que admitían expresa o implícitamente el derecho a una estabilidad más o menos efectiva pero afirmaba que el importe de la indemnización tal como estaba fijado en la ley –refiriéndose en el caso al D.33.302/45- no tenía en cuenta ni siquiera presuntivamente la magnitud del daño sufrido por el empleado despedido, puesto que “...su monto se relaciona con una situación pasada (*antigüedad*) y no futura. Y el pasado no solo no permite presumir el *damnum emergens*, sino tampoco el *lucrum cesans*, que en este caso está igualmente en función del futuro (*duración del paro*)...”, es decir, con meridiana claridad, advertía que resultaba evidente que la norma no reparaba el perjuicio padecido por el trabajador ante el despido arbitrario.

El mismo autor destacó lo expresado por el Senador Bravo al discutir la Ley 11729 donde indicó que “...aunque tutelada en parte por el término del preaviso, la interrupción del trabajo, la incertidumbre de encontrarlo a la terminación del otro, los contratiempos y dificultades eventuales del período intermedio, determinan, indudablemente, daños a los empleados; daños que parece entendido que sean indemnizados por el patrón, que después de todo, ha rescindido por su sola voluntad la relación bilateral de sus servicios..”<sup>11</sup>.

**1889/1948:** En síntesis, de lo acontecido históricamente, desde 1889 hasta 1948, se informa que desde la doctrina, en especial Deveali y Unsain<sup>12</sup>, quienes presentaban algunas diferencias de opiniones, vislumbraban la necesidad de indemnizar los perjuicios causados por el despido del trabajador por arbitrariedad del empleador, sosteniéndose que el contenido moral, ético y social y su vinculación con el concepto de desocupación era el freno económico al despido sin justa causa, pero el importe que se fijaba no tenía en cuenta la magnitud del daño causado.

**1966:** Con posterioridad a 1945 no se observan otras modificaciones pues la Ley 16881 actualizó los montos indemnizatorios fijados en la Ley 11729 y estableció topes que luego se repitieron en la Ley 20744<sup>13</sup>. Cabe señalar que esta norma que contenía una

<sup>9</sup> KROTOSCHIN, Ernesto – 1955- *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo* – Volumen I – Buenos Aires: Roque Depalma

<sup>10</sup> DEVEALI, Mario L. – 1948 – *Lineamientos de Derecho del Trabajo* – Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina

<sup>11</sup> Idem anterior. Se lee en cita nro.12 de la obra de Mario L. Deveali.

<sup>12</sup> Idem anterior, Cit.por Develai en nota 1

<sup>13</sup> Ley 16881 B.O.19/V/66 .Art.39 inc.3º apartado C): Sin causa justificada: el empleador que despidiera sin expresión de causa, o no probare la que hubiere invocado, deberá abonar al trabajador una indemnización por despido, equivalente al importe de su remuneración mensual por cada año de servicios o fracción mayor de 3 meses, tomando como base el promedio de los salarios percibidos durante el último año o durante todo el tiempo de la prestación de servicios, si este fuere inferior. Dicho promedio no podrá exceder del equivalente a 3 veces el importe mensual del salario vital mínimo para el trabajador sin cargas de familia, sin aplicación de coeficientes, vigente al tiempo de finalización del contrato. El importe total

reglamentación del contrato de trabajo fue vetada por el Poder Ejecutivo Nacional quien promulgó solamente las normas relativas a la extinción de dicho contrato y a las indemnizaciones correspondientes. La particularidad es que el 18 de agosto de 1967 fue derogada por la Ley 17391 pero nueve días antes (8 de agosto de 1967) la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Ciriaco Colella v.S.A.Fevre y Basset y/u otro” la declaró “...constitucionalmente inválida y que faltando promulgación, la pretendida ley no es tal inválida...”. Cabe recordar como dato histórico, que la Ley 16881 para el caso de despido sin causa justificada previó una indemnización equivalente “...al importe de la remuneración mensual por cada año de servicio o fracción mayor de tres meses, tomando como base el promedio de los salarios percibidos durante el último año o durante todo el tiempo de la prestación ...” “...dicho promedio no podrá exceder del equivalente de tres veces el salario vital mínimo, para el trabajador sin cargas de familia, sin aplicación de coeficientes, vigente al tiempo de la extinción del contrato...” y por último que la indemnización en ningún caso podía ser inferior a dos meses del salario del trabajador.<sup>14</sup>

Hasta este momento, el primer antecedente que da cuenta de la reparación tarifada y con topes legales en materia de indemnización por despido la constituyó la Ley 11719 de 1934 aunque un sistema similar fue el adoptado por el legislador al sancionar la Ley 9688<sup>15</sup>, promulgada el 11 de octubre de 1915, que también fijaba una indemnización tarifada cuyos parámetros eran el grado de incapacidad y el salario diario y éste a su vez era determinado en función del promedio salarial percibido por la víctima<sup>16</sup>.

**1974:**El 8 de marzo de 1974 el Poder Ejecutivo elevó al Congreso Nacional la Ley 20744 subrayando la legitimación ética del Derecho del Trabajo y que “...la normativa integral de una relación ... desde el punto de vista ético y del bien común no se reduce a un mero intercambio de prestaciones, sino a una problemática que tiene como centro al hombre que trabaja y a su entorno familiar...”<sup>17</sup> y en la Exposición de Motivos<sup>18</sup> se expresaba que el proyecto receptaba diversos sistemas para hacer operativa la garantía constitucional que confiere al trabajador protección frente al despido arbitrario, nació en el artículo nuevo que introdujo la reforma constitucional de 1957 que no fijó un tipo especial de protección y que éste era el fin que perseguía la norma, de tal manera que consagró la reparación del despido en el proyecto, destacando que consistía en el regulado en ese momento por la Ley 11729.

Allí, el art.266 disponía que la indemnización que debía abonar el empleador en supuestos de despido sin justa causa, era equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres meses, tomando como base la mejor remuneración mensual percibida durante el último año o durante el plazo de prestación de servicio, cuya base no podría exceder del equivalente a tres veces el importe mensual del salario mínimo vital, vigente al tiempo de la extinción del contrato y que el importe de la

de la indemnización en ningún caso será inferior a 2 meses del último salario normal del trabajador....”Esta norma fue derogada por la Ley 17391 B.O.28/08/67 que sustituyó el apartado 3 del art.157 del Código de Comercio.

<sup>14</sup> *Derecho del Trabajo* – 1966 – Revista crítica mensual de jurisprudencia., doctrina y legislación – Tº XXVI – Buenos Aires: La Ley

<sup>15</sup> UNSAIN, Alejandro M –1952- *Ordenamiento de las Leyes Obreras Argentinas* – Academia de Ciencias Económicas Ediciones Especiales nº 2 – Buenos Aires: El Ateneo Editorial

<sup>16</sup> VAZQUEZ VIALARD, Antonio – 1988 – *La responsabilidad en el Derecho del Trabajo* – Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma

<sup>17</sup> *Derecho del Trabajo* - Revista critica mensual de jurisprudencia, doctrina y legislación – 1974 (T.XXXIV) Mensaje del Poder Ejecutivo, Editorial La Ley, Buenos Aires .

<sup>18</sup> Idem anterior

indemnización en ningún caso podría ser inferior a dos meses de sueldo calculados en base al sistema establecido <sup>19</sup>, de esta manera, la norma retomaba los lineamientos de la derogada Ley 16881.

El Senador Pennisi <sup>20</sup> en los antecedentes parlamentarios explicaba que en los casos de despido sin justa causa se siguió el criterio de establecer montos indemnizatorios de suficiente cantidad como para disuadir al empleador del despido mientras que el Diputado Rizo agregaba que se modificaba la forma de establecer la indemnización pues en lugar de tomar el promedio de remuneraciones, se realizaría sobre la base del mejor sueldo mensual con el tope equivalente a tres veces el importe mensual del salario mínimo vital.

Como se puede observar, de los antecedentes parlamentarios en esta etapa histórica surge preocupación por parte de los legisladores respecto de la necesidad de indemnizar adecuadamente como elemento disuasivo, no obstante, se estableció un tope en función del salario mínimo vital y móvil e independientemente de la antigüedad con un mínimo de dos meses.

**1976:**El 23 de abril de 1976 se elevaba el mensaje de modificación de la Ley de Contrato de Trabajo mediante la Ley 21297, explicando que las modificaciones propuestas en modo alguno lesionaban el principio protectorio ínsito en el derecho laboral ni cercenaban ningún derecho inalienable del trabajador, sólo eran un “... un instrumento dirigido a corregir excesos y vicios y a reconstruir la armonía en el campo laboral a través de las relaciones individuales del trabajo...” <sup>21</sup> y con tales fundamentos, derogó y modificó –en perjuicio de la persona trabajadora- innumerables artículos del texto original,<sup>22</sup> aunque mantuvo el tope máximo limitado a tres veces el importe del salario mínimo, vital y móvil vigente al tiempo de la extinción del contrato y estableciendo que el importe de la indemnización en ningún caso podía ser inferior a dos meses de sueldo.

**1989:**El 25 de septiembre de 1989 se publicó en el Boletín Oficial la Ley 23697 de Emergencia Económica –por primera y única vez- incorporó un sistema sin tope,

---

<sup>19</sup> *Derecho del Trabajo* – 1974 – Revista Crítica mensual de jurisprudencia, doctrina y legislación – Buenos Aires: La Ley - Textual LCT original: Art. 266.- En los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa, habiendo o no mediado preaviso, éste deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a un (1) mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres (3) meses, tomando como base la mejor remuneración mensual percibida durante el último año o durante el plazo de prestación de servicio. Dicha base no podrá exceder del equivalente a tres veces el importe mensual del salario mínimo vital, vigente al tiempo de la extinción del contrato. El importe de esta indemnización en ningún caso podrá ser inferior a dos meses de sueldo calculados en base al sistema del párrafo anterior. En el caso de sistemas indemnizatorios establecidos en razón de la antigüedad en regímenes particulares y estatutos profesionales, aprobados por leyes o decretos – leyes sus montos se incrementarán en un cincuenta por ciento (50%).El importe de esta indemnización en ningún caso podrá ser inferior a dos (2) meses de sueldo, calculado en base al promedio del párrafo anterior. Para fijar el promedio de remuneraciones se estará a lo dispuesto en los artículos 112 y 114 de esta ley. En el caso de sistemas indemnizatorios establecidos por estatutos, leyes especiales o regímenes particulares, los montos de los mismos se incrementarán en un 50 por ciento.

<sup>20</sup> *Idem anterior*

<sup>21</sup> *Contrato de Trabajo Ley 20744* – 1988- Buenos Aires: AZ Editora

<sup>22</sup> La reforma derogó 25 artículos y modificó 98. Estos datos se pueden visualizar en el índice de correlación entre la numeración del texto original y del texto ordenado por la Ley 21297, publicado en “*Contrato de Trabajo texto ordenado*” – 1976- Buenos Aires: Jurisprudencia Argentina

sustituyó el art.245 por el art.48, mantuvo los parámetros de un mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres meses tomando como base la mejor remuneración mensual normal y habitual percibida durante el último año o durante el plazo de prestación de servicios y estableció que en ningún caso la indemnización podía ser inferior a dos meses de sueldo.

**1991:** Sin embargo, esta norma fue derogada en diciembre de 1991 cuando en el Boletín Oficial se publicó la Ley 24013 más conocida como Ley Nacional de Empleo que modificó el art.245 pero mientras en la legislación anterior se tomaba como pauta el SMVM, aquí se refiere al promedio de las remuneraciones del Convenio Colectivo de Trabajo, manteniendo el tope mínimo en dos meses, además en el art.141 dispuso que el salario mínimo vital y móvil no podría ser tomado como índice o base para la determinación cuantitativa de ningún otro instituto legal o convencional.

Recuérdese que hasta el dictado de la Ley 24013, diversas normas del Derecho del Trabajo y como se ha visto en el desarrollo anterior, tomaban en consideración al salario mínimo vital y móvil para establecer la cuantía de las indemnizaciones pero se opinaba que ello generaba un elemento que lo distorsionaba pues si aumentaba, se proyectaba sobre otros institutos constituyéndose un nuevo obstáculo al momento de efectuar adecuaciones y en virtud de ello, la Ley 24013 introdujo el art.141, norma que fue derogada en julio de 2010.<sup>23</sup>

**1998:** En septiembre de 1998, la Ley 25013 de aplicación a los contratos que se celebraron a partir de su vigencia, redujo sustancialmente el monto indemnizatorio, estableciendo que para el caso de despido sin justa causa, el empleador debía abonar una indemnización equivalente a una doceava parte de la mejor remuneración, normal y habitual percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios, si éste fuere menor por cada mes de servicio o fracción mayor de diez días, manteniendo los topes máximo y mínimo. Respecto del tope máximo estableció que la remuneración base no podía exceder el equivalente a tres veces el importe mensual de la suma que resultara del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo y respecto del tope mínimo, nunca inferior a dos doceavas partes del sueldo.

**2004:** En marzo de 2004 se sancionó y publicó la Ley 25877<sup>24</sup>. En el Mensaje de Elevación<sup>25</sup> se sometió a consideración del Honorable Congreso de la Nación mantener el texto del artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo tal como había sido sancionado por la Ley 24013 y respecto del mínimo garantizado, la propuesta se fundó en "...fijarlo en un monto equitativo que equilibra la relación entre la antigüedad de los trabajadores y el cuántum indemnizatorio...", y se sugirió establecerlo en un mes de sueldo como reparación en el caso de despido sin causa.

Analizar la totalidad de los fundamentos expuestos en la Sesión Extraordinaria celebrada por la Cámara de Senadores de La Nación del 24 de febrero de 2004 para sostener la propuesta del PEN u obtener la modificación al piso al mínimo garantizado según se consignó en el Mensaje de Elevación, excede ampliamente el presente trabajo.

---

<sup>23</sup> El 6 de julio de 2010 se publicó en el Boletín Oficial n° 31938 la Ley 26598 que derogó el art.141 de la Ley 24013 y de los fundamentos del proyecto de Ley se puede inferir que la decisión tuvo como fin habilitar a los actores sociales para concertar cláusulas que tengan como referencia dicho salario y que puedan pactar libremente la conveniencia o no de utilizar dicho instituto como índice, base o referencia de otros institutos.

<sup>24</sup> Reforma Laboral Ley 25877 – 2004 Suplemento Especial La Ley – Buenos Aires

<sup>25</sup> Biblioteca del Congreso de la Nación - Mensaje de Elevación del PEN -11/2/2004 – Documento 0608-PE-03



Sin embargo, sin que implique desatención alguna respecto de todas las exposiciones, extraje algunas que a mi modo de ver, reflejan claramente los fundamentos centrales de dos posturas contrarias. Una, sostuvo que el piso mínimo garantizado en un mes de sueldo en concepto de indemnización significaba establecer una proporcionalidad razonable entre la indemnización por despido que percibía un trabajador a la fecha del despido con una antigüedad de noventa y un días con otro trabajador de igual sueldo con una antigüedad de dos años y ochenta y nueve días, pues ambos percibirían la misma indemnización de dos meses, pese a que entre ellos existía una antigüedad de veintitrés meses<sup>26</sup>.

La otra postura expresó su interés en que se elevara a dos meses de sueldo y fundó la propuesta en el espíritu protectorio de la legislación laboral, la Constitución Nacional y los y los Tratados internacionales, por considerar que era insuficiente dado que no constituía una medida disuasiva tendiente a evitar los despidos por parte del empleador, pues elevando ese piso a dos meses se podría cubrir el poder adquisitivo de la indemnización, especialmente en épocas de crisis y en momentos donde se advertía que los salarios estaban devaluados y que mediante la comparación entre el poder adquisitivo del pago por indemnizaciones según las diferentes normativas de 1997,1999 y 2004 se demostraba que en definitiva se perjudicaba al trabajador.<sup>27</sup>

La Ley 25877 ha sido la última norma que modificó el sistema indemnizatorio para el supuesto de despido arbitrario. Como se puede apreciar de las etapas históricas brevemente reseñadas, la voluntad legislativa para consagrar la garantía prevista en el art.14 bis de la Constitución Nacional ha evolucionado acorde a esos tiempos. En 1934, los legisladores advierten la necesidad de poner límites a la voluntad discrecional del empleador y se impone la obligación de reparar los perjuicios causados; en 1949, se declaró el derecho a trabajar como derecho especial del trabajador, en 1957 se consagró a nivel constitucional que el trabajo gozará de la protección de las leyes las que asegurarán al trabajador la protección contra el despido arbitrario y casi contemporáneamente, la doctrina y la jurisprudencia se ocupó arduamente de descubrir la naturaleza de la indemnización por despido, haciendo visible a la persona trabajadora, no ya como recurso o factor económico, sino reconociendo su dignidad y sus derechos humanos fundamentales.

Desde los orígenes del Derecho del Trabajo, con escasas excepciones, el legislador optó por establecer limitaciones a la indemnización por despido arbitrario, estableciendo una tarifa sujeta a parámetros objetivos: antigüedad en el empleo y el salario percibido con la finalidad de reparar el perjuicio que padecía el trabajador ante la extinción arbitraria del contrato de trabajo, sistema tarifado que fue convalidado por nuestro Máximo Tribunal en la causa “Villarreal Adolfo c/ Roemmers” de 1997 aunque condicionado a que su aplicación no implicara la supresión o desnaturalización del derecho que se pretendía asegurar ni la pulverización del real contenido económico del crédito indemnizatorio.

También se puede observar que siempre existió un tope salarial, en una primera etapa referido al salario mínimo vital y móvil (Leyes 11729 y 20744, en su versión original); posteriormente y hasta la actualidad vinculado al salario del convenio colectivo de la actividad (Leyes 24013 y 25013), modificación que se observa como positiva si se tiene

<sup>26</sup> Biblioteca del Congreso de la Nación – Versión taquigráfica (provisional) Cámara de Senadores de la Nación 43° Reunión – 1° Sesión Extraordinaria – 24 de febrero de 2004 – Exposición del Senador Julio Antonio Miranda

<sup>27</sup> Idem anterior . Exposición de la Senadora Nancy Barbarita Alevin.

en cuenta que el SMVM durante muchos años se mantuvo estático y en valores sumamente reducidos.<sup>28</sup> La excepción la constituyó el art.48 de la Ley 21697 que eliminó el tope máximo y mantuvo el mínimo y dos meses, mientras que la Ley 25877 redujo el tope mínimo.

### **3. El momento actual en la protección contra el despido arbitrario**

El art. 245 en la redacción otorgada por la ley 25.877, reúne las características de una indemnización tarifada y ello implica que ante el despido injustificado, quienes deben ponderar su aplicación deben atenerse a las pautas que la norma prevé, ello es, antigüedad y remuneración. Se ha sostenido que en este marco, la persona trabajadora – salvo casos excepcionales- no puede invocar que los daños padecidos son mayores o menores<sup>29</sup> a la tarifa ni el empleador podría alegar que el daño causado fue menor a la tasa legal o inclusive que no existió, de allí que la primera observación es que la indemnización prevista en el art. 245 de la L.C.T. corresponde siempre según una tarifa legal con total independencia de los daños reales sufridos por el trabajador.

No obstante, ya algunas Salas de la Cámara Nacional de Apelaciones del trabajo en supuestos de violencia laboral (ambiente de trabajo hostil, acoso sexual, acoso psicológico) en general y en particular respecto de las mujeres (Ley 26485) se agrega una indemnización extratarifaria en concepto de daño moral con fundamento en el art.19 de la Constitución Nacional y en normas de derecho común (arts..1071,1072 , 1078 y 1109 del Código Civil) y según el caso, también se funda en el art.1° de la Ley 23592.

Otro aspecto que resulta significativo es memorar las opiniones de aquellos juristas que en las primeras épocas destacaban la necesidad de una justa reparación en caso de despido arbitrario, pues sostenían que debía actuar como elemento disuasivo para que el empleador se abstuviera de incurrir en tales actos, la función de orden moral y ético y la imposibilidad de que la norma contemplara en su real dimensión el daño causado a la persona trabajadora y especialmente destaco, tanto en aquellos tiempos pasados como en los actuales, la pérdida de los derechos que se generan en orden a la antigüedad y aquellos vinculados con la seguridad social, especialmente los relativos a la atención médica para todo el grupo familiar a lo que se suman las dificultades a las que se somete a la persona para obtener un nuevo trabajo, la duración del paro y la incertidumbre que se genera en consecuencia, en las que confluyen además circunstancias personales como por ejemplo, la edad, el sexo, la capacitación y ello se suman razones de público conocimiento, económicas y sociales vigentes en el orden nacional e internacional.

Desde esa perspectiva, aún cuando no se opongan reparos a mantener un sistema tarifado de reparación del daño causado a la persona trabajadora, que como ya señalé fue convalidado por nuestro más Alto Tribunal, se encuentra latente una cuestión larga y arduamente debatida por la doctrina y la jurisprudencia y se vincula con determinar si los topes indemnizatorios satisfacen la garantía constitucional de protección contra el despido arbitrario, aún cuando la Corte también recientemente se ha expedido al respecto.

#### **3.a) Los topes indemnizatorios**

<sup>28</sup> Sólo a modo de ejemplo: desde 1994 a junio de 2003 el salario se mantuvo en \$200.

<sup>29</sup> ETALA, Carlos Alberto – 2005- *Contrato de Trabajo Ley 20744 texto ordenado según decreto 390/76* – Buenos Aires: Astrea

Como se expresó, el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo establece una reparación tasada en base a dos pautas objetivas: la antigüedad del trabajador en su empleo y la remuneración que a diferencia de la Ley 11729 que establecía como base el promedio de las remuneraciones, actualmente se refiere a la mejor remuneración mensual normal y habitual devengada pero restringida a que no supere el equivalente a tres veces el importe mensual que resulte del promedio de todas de las remuneraciones previstas en el Convenio Colectivo de trabajo aplicable al trabajador al momento del despido.

La última parte de la norma se refiere al tope mínimo que funciona como garantía para que las personas trabajadoras perciban como mínimo una indemnización equivalente a un sueldo tomándose como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual, conforme los términos de la primera parte del art.245 de la LCT.

### **3.b.) El tope mínimo**

El art.245 in fine de la LCT dispone que la indemnización por antigüedad en ningún caso podrá ser inferior a un mes de sueldo calculado sobre la base del sistema establecido en el primer párrafo, es decir, el trabajador despedido injustificadamente nunca podrá percibir como indemnización total una suma menor a un mes de la mejor remuneración mensual, normal y habitual, obviamente sin la consideración del tope salarial que establece la norma en su segundo párrafo.

La ley 11729 en su art. 157 inc. 3ro. había previsto que en ningún caso la indemnización podía ser inferior a un mes de sueldo pero la legislación laboral con las vicisitudes sociales, económicas y políticas por las que atravesó, siempre previó que la indemnización mínima debía estar constituida por dos meses de remuneración. En cambio, la Ley 25877 redujo tal indemnización y la doctrina mostró dudas acerca de la interpretación de la voluntad legislativa. Se ha expresado que tal vez se pretendía abaratar el despido de los trabajadores de menor antigüedad, aunque tal política no era compartida, en tanto producía una intensa rotación de la mano de obra y la inserción muy precaria de trabajadores de escasa antigüedad<sup>30</sup> y que no resultaba comprensible tal reducción cuando se volvía a la redacción original del art.245 de la LCT, siendo que en tal caso, para que se cumpla el mandato constitucional de protección contra el despido arbitrario, la carga indemnizatoria que se imponga al empleador debe ser de tal magnitud económica que resulte disuasiva para evitar los despidos sin causa, por lo tanto, se ha sostenido que esta modificación fue regresiva y contraria al principio de progresividad de los Derechos sociales (art.75 inc.19 de la C.Nacional).

No obstante ello, el debate parlamentario generado alrededor de las modificaciones que se propusieron y que posteriormente encontró consagración en la ley 25877, proporciona otros elementos de análisis. Las comparaciones efectuadas respecto a la antigüedad de dos trabajadores, uno, noventa y un días de antigüedad y otro con dos años y ochenta y nueve días, que en cualquier caso cobrarían un tope mínimo de dos meses y aparecería injusta con base a la diferente antigüedad, prescinde de algunos aspectos que a mi modo de ver y desde el principio protectorio, despojan de sustento a esta postura.

En primer lugar, los primeros tres meses se refiere al periodo de prueba, dato que no se puede omitir, porque el empleador posee la facultad de despedir en ese lapso sin indemnización alguna y por otra parte, como dato de la realidad, no es muy común que

---

<sup>30</sup> RAMIREZ , Luis Enrique y otros – 2004 - *Reforma laboral 25877* – Nova Tesis – Editorial Jurídica, Buenos Aires

se despida al trabajador apenas superado el periodo de prueba; otro aspecto tiene que ver con la pretensión de encontrar proporcionalidad en el tope mínimo pues aún cuando se advierte cierta razonabilidad no es menos cierto que se inserta en el marco de un criterio meramente matemático, en todo caso, debiera haberse encontrado una solución progresiva pues desde la perspectiva apuntada, se pierde el verdadero sentido de la norma como medida disuasiva y desde la óptica del art.14 bis de la Constitución Nacional e inmersa en el Principio Protectorio, lo que se pretende es evitar los despidos por parte del empleador pero en los términos actuales de la norma se diluye y causa perjuicio a la persona trabajadora.

### **3.c) El tope máximo**

Es el que mayores cuestionamientos ha recibido. El art.245 en su segundo párrafo dispone que la base para calcular la indemnización por despido no debe ser superior al tope que publique el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social para cada actividad, sin embargo, esta imposición normativa en los últimos tiempos no ha sido acatada por la justicia laboral pues las impugnaciones constitucionales efectuadas por las personas trabajadoras, han sido receptadas favorablemente por la mayoría de los jueces del fuero.

Ello ha sido fruto de distintas etapas donde los salarios convencionales no han evolucionado con la dinámica esperada por el legislador así como tampoco se observa que se hubieran superado otras dificultades vinculadas a la actuación del organismo administrativo. Debe recordarse que desde 1991 hasta el año 2003 los sueldos básicos de los convenios colectivos se mantuvieron estáticos y por ende muy bajos con relación a las remuneraciones en general que crecieron diferencialmente, por ello, el tope salarial que se regula como excepción se convirtió en una regla que operó en casi todos los cálculos indemnizatorios y ante planteos de inconstitucionalidad, la Corte Suprema de Justicia de la Nación debió expedirse en diversas ocasiones.

### **3.d.) La jurisprudencia de la C.S.J.N., la doctrina y el caso Vizzotti**

Los autores especializados han señalado, con relación al sistema tarifado para el caso de despido arbitrario y la protección constitucional, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha mostrado una tendencia casi invariable acerca de la convalidación de normas que fijaron indemnizaciones para los supuestos de extinción del contrato de trabajo y otorgado pautas concretas para la interpretación del art.245 de la Ley de Contrato de Trabajo. Reiteradamente ha hecho referencia a la protección contra el despido arbitrario, a la necesidad de establecer pautas para medir la razonabilidad del sistema, buscando las soluciones más justas, desechando normas que aparecían violatorias del derecho de igualdad ante la ley y destacando el derecho de propiedad del trabajador así como el resguardo del Principio Protectorio.

Sólo a modo de ejemplo, cito con las particularidades propias de cada precedente, a partir de 1941<sup>31</sup>: “José Dordal y Roperó ( Fallos 189:234) , “Valdez c/ Cintioni” (Fallos 301:319) y García Lupo (Fallo: 307:602) donde la CSJN descalificó una sentencia que había promediado los últimos seis meses de trabajo a valores nominales porque habían perdido significado por el proceso inflacionario e hizo referencia al imperativo constitucional de afianzar la justicia y la garantía de la inviolabilidad de la propiedad del

---

<sup>31</sup> En el tema, un prolijo y detallado análisis de la Jurisprudencia de la CSJN se puede leer en: ALVAREZ MAGLIANO, M.Cristina – FERA, Mario S. – 2002 – *El Derecho del Trabajo según la Corte Suprema de Justicia de la Nación* - Buenos Aires: Ad-Hoc

trabajador y con variantes significativas en fallos posteriores, tal el caso Bagolini del 12/11/91, que rescato como un antecedente de suma actualidad porque allí se señaló que la remuneración debía ser la que el trabajador debió *percibir* pues de lo contrario se permitiría un indebido beneficio del empleador deudor a quien dejaba librada la determinación del importe del resarcimiento y en orden a ello, recuérdese que la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, el 19 de noviembre de 2009 dictó el Fallo Plenario n° 322 en los autos: “Tulosai, Alberto Pascual c. Banco Central de la República Argentina” donde se dispuso que no correspondía incluir en la base salarial prevista en el primer párrafo del artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, la parte proporcional del sueldo anual complementario, doctrina que fue precedida por un interesante debate acerca de la supresión por la Ley 25877 de la palabra “percibida” y la inclusión del verbo “devengar” vinculados a la periodicidad, al momento en que las remuneraciones se van devengando y al sentido que le dio el legislador a la palabra “devengada”.

También considero pertinente destacar la doctrina del caso “Jauregui c/ Unión Obreros y Empleados del Plásticos” (Fallos 306:940)<sup>32</sup> donde se puntualizó la necesidad de calcular el monto de las indemnizaciones sobre la base de pautas reales porque el deterioro del poder adquisitivo del salario entre la finalización de un ciclo de trabajo y el momento del despido, beneficia indebidamente a quien con su conducta generó la situación e importa un manifiesto desmedro patrimonial en su derecho de propiedad y en los atinentes a una retribución justa y a la protección contra el despido arbitrario. Específicamente se expresó que la finalidad del art.245 al referirse a la “mejor remuneración normal y habitual percibida” significa que el fin de la norma fue el de otorgar al trabajador una base de cálculo indemnizatorio que fuera suficientemente representativa de su nivel de ingresos en circunstancias en que éstos sufrieran variaciones ya sea de tipo real o nominal y ponderar la base de cálculo de la indemnización sobre pautas reales

En cuanto al tope máximo, la Corte Suprema se abocó a su tratamiento en diferentes oportunidades, ya sea refiriéndose expresamente a la constitucionalidad o haciendo referencia a otras cuestiones<sup>33</sup>.

En 1982 en la causa “Carrizo” (Fallos 304:972) la Corte declaró la inconstitucionalidad del art.4° de la Ley 21274 que fijaba límites indemnizatorios pues consideró que eran insuficientes por haber perdido actualidad las pautas para determinar dicho tope, criterio que con posterioridad confirmaría una de las hipótesis de validez constitucional aunque en 1984 en las causas “Ulman c/ VASA” y “Paluri” (Fallos 306:1311 y 306:1964), falló a favor de la constitucionalidad de la tarifa, rechazó planteos de inconstitucionalidad del art.245 de la LCT sustentando su decisión en que era el legislador quien debía establecer las bases jurídicas que reglamentan las relaciones del trabajo y las consecuencias que se derivan de la ruptura del contrato de trabajo, sin que los jueces se encuentren facultados para decidir sobre el mérito o conveniencia de la legislación en la materia, doctrina que reiteró con posterioridad en el caso Grosso de 1990 (Fallos 313:850).

Como hipótesis de descalificación del salario mínimo por el impacto de la inflación y la consecuente omisión de su actualización, la Corte se expidió en “Vega c/ Consorcio”

<sup>32</sup> LOPEZ, Justo – CENTENO, Norberto O. y FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos – 1987 - *Ley de Contrato de Trabajo Comentada* – Tomo II – Buenos Aires: Ediciones Contabilidad Moderna S.A.I.C.

<sup>33</sup> ALVAREZ MAGLIANO, M. Cristina – FERA, Mario S. – 2002 – *El Derecho del Trabajo según la Corte Suprema de Justicia de la Nación* - Buenos Aires: Ad-Hoc

y Martinelli c/ Coplinco” y reiteró esta doctrina en numerosos precedentes donde por aplicación de esa pauta advertía la pulverización del crédito del trabajador; aunque en otros supuestos descalificó fallos de tribunales donde se había utilizado el caso “ Vega c/ Consorcio” aduciendo la excepcionalidad de las circunstancias y que la comparación entre la indemnización según correspondiese o no el tope, no autorizaba a extraer conclusión alguna acerca de la injusticia o irrazonabilidad del salario mínimo.

Respecto de la Ley de Empleo, que ya no contemplaba el parámetro del salario mínimo vital y móvil sino el promedio de los salarios del convenio colectivo de trabajo, la Corte recién se expidió en 1997 en el caso “Villarreal c/ Roemmers” (Fallos 320:2665) donde por primera vez abordó la cuestión constitucional relativa al tope según el art.245 aunque allí reiteró el criterio expuesto en las causas “Ulman “ y “Paluri”, y consideró que de acuerdo a la Resolución salarial del Ministerio de Trabajo, el monto indemnizatorio no podía ser considerado absurdo o arbitrario ni tampoco implicaba la desnaturalización del derecho que se pretendía asegurar o que se tradujera en la pulverización del real contenido económico del crédito indemnizatorio.

A partir de este fallo, comenzó una serie de pronunciamientos donde aplicó la misma doctrina y descalificó sentencias cuando se apartaron del tope indemnizatorio aun cuando -conforme señalan Álvarez de Magliano y Fera- los pronunciamientos posteriores tenían particularidades diferentes pues se analizaron situaciones vinculadas al personal jerárquico no alcanzado por el convenio colectivo , por falta de desarrollo mínimo de la cuestión, por exceso en las facultades judiciales al establecer proporcionalidad entre el resarcimiento y el ingreso del trabajador, etc. , mientras que en otros precedentes, la Corte no se pronunció respecto de la constitucionalidad del tope pero si respecto de la obligación de aplicarlo en el caso de los trabajadores no amparados por convenios colectivos, reafirmando su criterio en el sentido que la aplicación de los topes en cuanto su desventaja o acierto escapaba a la consideración del Poder Judicial.

La Corte Suprema de Justicia de La Nación, el 14 de septiembre de 2004, en el caso Vizzoti donde la aplicación del tope mencionado implicó reducir la indemnización por antigüedad a un 90,55%, expresó que la limitación a la base salarial de la indemnización por despido sin justa causa sólo debe aplicarse hasta el treinta y tres por ciento de la mejor remuneración mensual normal y habitual computable, pues de lo contrario “... significaría consentir un instituto jurídico que termina incumpliendo con el deber inexcusable del art. 14 bis de la Constitución Nacional, acerca de que el trabajo gozará de la protección de las leyes y que éstas asegurarán al trabajador protección contra el despido arbitrario y condiciones equitativas de labor, contrariando el principio de razonabilidad del art. 28 de la Ley Suprema”.

Esta decisión ha sido objeto de innumerables trabajos doctrinarios. Sólo a modo de ejemplo, se advirtió que el Máximo Tribunal no se apartó de la doctrina anterior que convalidó las fórmulas tarifarias y la existencia de límites a las indemnizaciones pero prescindió del análisis del tope para centrar la atención en el resultado del resarcimiento final mientras que en el caso Vizzoti, se apartó del resultado final de la fórmula y examinó la relación entre el salario real y el techo económico en las remuneraciones convencionales promedio sosteniendo que resultaba ineludible la existencia de una proporcionalidad razonable entre el salario realmente devengado por el trabajador y el módulo utilizado como tope, pero tal decisión ha dado lugar a otras reflexiones vinculadas a la necesidad de modificar el sistema indemnizatorio para que verdaderamente cumpla la manda constitucional.

En su caso, el Dr Rubio se pregunta porqué la Corte acepta y sostiene como razonable la reducción del 33% de la remuneración y porqué no concluyó que también sería, aún más razonable, que la base indemnizatoria no debía llevar tope alguno porque en definitiva determinó un nuevo tope indemnizatorio y efectuó un paralelo con la confiscación en materia de propiedad<sup>34</sup> mientras que el Dr. Etala llevó a cabo un análisis detenido de la protección del despido arbitrario y del derecho de propiedad en vinculación con el concepto de “confiscatoriedad”, pero en este caso, con sustento en la tesis de la interpretación armónica o equilibrada de la Constitución y formulando algunas hipótesis donde resalta-entre otros aspectos- que el tribunal intentó deslindar el derecho social de protección contra el despido arbitrario de aquellos de raíz individualista y liberal, como el derecho de propiedad, porque en este caso, el sujeto protegido era un trabajador así como tampoco encontró que el trabajador gozara de un “derecho de propiedad” sobre la indemnización por antigüedad, razón por la cual se limitó a descalificar la reducción “confiscatoria”.<sup>35</sup>

En definitiva, la Corte Suprema no pone en duda la validez constitucional de un régimen tarifado de indemnizaciones por despido sin justa causa ni tampoco la posibilidad de fijar toques que limiten los márgenes de esa tarifa pero no se comparte la forma en que deben resolverse los casos en los que la reducción de la indemnización por aplicación del tope exceda del límite fijado, supuesto en los cuales la Corte sostiene que corresponde aplicar un tope y debe establecerse sólo hasta el 33%, pues consideran que cuando la aplicación del tope resulta inconstitucional, la indemnización debe calcularse sin ningún tope porque la tarifa se modela sobre la mejor remuneración normal y habitual del trabajador no pudiendo el juez crear pretoriamente una tarifa pues esa es la función de los legisladores.

Ahora bien, cabe resaltar que el art. 14 bis de la Constitución Nacional contiene y consagra la protección contra el despido arbitrario y deja en manos del legislador establecer las bases jurídicas que reglamentan las relaciones de trabajo y las consecuencias que se derivan de la ruptura del contrato laboral, circunstancia que reiteradamente ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pero no se puede omitir que cuando por efecto de la aplicación del tope máximo se verifica la reducción de la indemnización calculada en base al salario real, ninguna duda genera acerca de que tal situación no satisface la garantía constitucional de protección señalada.

A las jerarquizadas opiniones cabe agregar que el fallo Vizzoti no ha logrado solucionar la cuestión y que a poco de su dictado, no fue pacíficamente acatada. Por una parte surge indudable el valor que se atribuye a los fallos que dicta la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de los tribunales de menor jerarquía pero debido al sistema difuso de control constitucional que impera en nuestro país, los jueces como custodios del sistema democrático, son quienes en definitiva deben evaluar en cada caso concreto si la aplicación de una determinada norma resulta violatoria de derechos amparados y protegidos por otra norma de jerarquía superior.

---

<sup>34</sup> RUBIO, Valentín – 2004 – Artículo 245 de la LCT Inconstitucionalidad del tope indemnizatorio - *en Revista de Derecho Laboral – Número Extraordinario – Fallos Recientes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* - Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores

<sup>35</sup> ETALA, Carlos Alberto - 2004 – Protección contra el Despido Arbitrario, Derecho de propiedad y confiscatoriedad (con especial referencia al fallo dictado por la Corte suprema en el caso “Vizzoti c/Amsa) - *en Revista de Derecho Laboral – Número Extraordinario – Fallos Recientes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* - Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores

Desde esa perspectiva, el panorama judicial se presenta diferente. Si bien la mayoría de los jueces declaraba la inconstitucionalidad de los topes indemnizatorios, a partir del fallo Vizzoti, se produjo otro quiebre. Algunos jueces de Primera Instancia de la Justicia Nacional del Trabajo aplicaban la doctrina mencionada mientras que otros declaran la inconstitucionalidad del tope legal aún cuando no se ajuste al porcentaje, que como un tope más, incorporó el Máximo Tribunal pero aquí la unidad de análisis se integra con la constatación de la vigencia del principio de igualdad ante la ley, la directiva del Preámbulo de afianzar la justicia, el derecho de propiedad de la persona trabajadora, la inconveniencia de aplicar criterios economicistas presuponiendo que una mínima disminución no violaría el precepto constitucional a lo que se suman las directivas de la normativa internacional. Sin embargo, en la actualidad son pocos los magistrados/das que no aplican el precedente citado Vizzotti ya que la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, mayoritariamente sí lo hace.

### **A modo de conclusión:**

Como adelanté en el comienzo, este trabajo ha sido un intento de mostrar lo más claramente posible de qué manera evolucionó e involucionó la norma destinada a reparar el daño causado ante un despido arbitrario, intentando incursionar en los antecedentes históricos, tarea ardua y apasionante por cierto, pero de suma complejidad que impactan en el ánimo y dificultan la posibilidad de abstraerse de las connotaciones políticas y sociales de cada época. Por ello, pido disculpas al lector o lectora si estas reflexiones lucen acotadas o insuficientes.

Como se ha señalado, es claro que la reforma constitucional de 1957, dio vida y sustento al Derecho del Trabajo cuyo reconocimiento significó un cambio fundamental jurídico y social, pues el art.14 bis, consagró definitivamente el principio protectorio y revalorizó y privilegió a la persona humana trabajadora mientras que la reforma constitucional de 1994 la reafirmó como su principal destinataria.

Los interrogantes se dirigen a determinar si la protección constitucional incorporada en 1957 que se materializó en el art.245 de la Ley de Contrato de trabajo, es suficiente o merecedora de ser modificada. La opinión de jerarquizados autores de épocas pretéritas y actuales, la doctrina de la Corte Suprema y la jurisprudencia de los Tribunales, da cuenta de un estado de situación no ajustada a la manda constitucional.

Sin dejar de recordar como otro antecedente a la ley de accidentes del trabajo de 1916, su sistema tarifado y las limitaciones en materia de indemnización, lo cierto es que con anterioridad a 1934 a quien arbitrariamente se apartara del cumplimiento contractual, se lo obligaba a indemnizar los perjuicios ocasionados pero sin ningún tipo de limitación, situación que ocurre a partir del año citado, no obstante, de los mensajes de elevación y sus antecedentes parlamentarios, no fue posible extraer con claridad los fundamentos de la imposición limitativa, a la par que autores como Deveali que ya en 1948 señalaron que la normativa de esa época ni siquiera presuntivamente podía evaluar la magnitud del daño sufrido por el empleado despedido y Usain destacaba que esta indemnización aparecía vinculada al concepto de desocupación porque era el freno económico al deseo del empleador de desprenderse de personal.

El primer antecedente de los topes indemnizatorios surge a partir de 1934 con la reforma de la Ley 11719, se mantiene en toda la legislación posterior y continúa con la ley 25877, norma que respecto de la garantía mínima de protección contra el despido



arbitrario, significó una regresión pues su decisión respondió a un criterio de proporcionalidad respecto del cual el Mensaje de Elevación ninguna referencia efectuó.

A diferencia de la Ley 11729, que para calcular la base indemnizatoria establecía el promedio de las remuneraciones, la legislación posterior tomó como base el SMVM, luego a partir de la Ley 24013, se refiere a la mejor remuneración mensual normal y habitual pero limitada a no superar el promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo, debiéndose destacar que en los últimos años se ha desarrollado la negociación colectiva adecuándose los salarios aunque no podría aseverar si en todas las actividades han sido acordes a la realidad económica y social.

Con anterioridad al dictado del fallo Vizzoti por la Corte Suprema de Justicia de la Nación se verificaban innumerables planteos de inconstitucionalidad y dio lugar a que el Máximo Tribunal se expidiera validando el sistema tarifario pero respeto de los topes, salvo casos muy excepcionales, en general los rechazó. En la actualidad y como consecuencia del fallo citado, una porción minoritaria de la justicia de primera instancia del trabajo y de algunos jueces o juezas de Cámara, no acatan el fallo de la Corte.

Se propicia una reforma pero considero que las alternativas que se propongan, deben tener como finalidad el reconocimiento del derecho de la persona trabajadora a una estabilidad efectiva, a la operatividad de la garantía constitucional de protección contra el despido arbitrario mediante una indemnización que constituya una reparación eficaz del perjuicio sufrido, que la cuantía económica sea adecuada, suficiente y constituya verdaderamente una medida disuasiva para evitar los despidos arbitrarios, máxime en épocas como las que estamos viviendo.

Por último, cabe resaltar que las dos variables utilizadas por el art.245 de la Ley de Contrato de Trabajo dependen, en la realidad concreta, de la voluntad del empleador (salario y antigüedad), por lo que agregar un nuevo y tercer elemento de ajuste a la tarifa demuestra la relación de fuerzas existente. Un derecho nuevo, sin mezquindades nos interpela a todos en la construcción de una sociedad más justa.