

Capacitate



Resumen Imprimible

Curso Indemnizaciones laborales

Módulo 3

Contenidos:

- Despido directo e indirecto. Con causa y sin causa
- La injuria
- Despido por causas económicas
- Despido por caso fortuito y fuerza mayor
- Despido por ausencias reiteradas
- Pérdida de confianza
- Agresiones verbales y físicas
- Despido por jubilación del trabajador

En lo que atañe al despido, existen básicamente dos modalidades genéricas que palmariamente vinculan tanto al trabajador, como a los del empleador. Estas modalidades son el despido directo y el indirecto.

Se conoce como **despido directo sin causa**, a aquel despido producido sin motivo, más que la sola decisión del empleador de extinguir el vínculo laboral. A este tipo de despido, le corresponde el pago de una indemnización a favor del trabajador, según lo establece la ley de contratos de trabajo. Por otra parte, y siempre desde la óptica del empleador, puede producirse un **despido directo con causa**, cuando el trabajador no cumpliera con el contrato laboral e incurra en faltas graves que pongan en riesgo la relación laboral. Este tipo de despidos, que no contemplan el pago de una indemnización, se fundamentan en el incumplimiento del trabajador en sus responsabilidades, o en la existencia de lesiones graves al contrato que impidan la continuidad de la relación laboral.


La amplia mayoría de los contratos de trabajo son por tiempo indeterminado. Se conoce su inicio pero se ignora la oportunidad en que tendrá finalización. Debido a ello se sostiene que existe en el trabajo una estabilidad relativa (impropia). El empleado no puede evitar que se ponga fin al vínculo. Pero, en este caso, se impone al empleador el deber de pagar un resarcimiento por el despido que produce, en que no existe una causa imputable al dependiente que justifique la medida. En consecuencia, en principio, el trabajador no puede oponerse al despido, generándose una diferencia entre el comienzo del vínculo laboral que es bilateral por nacer de un acuerdo y su finalización que puede ser unilateral por emerger de la voluntad del empleador.

Desde la posición del trabajador también puede provocarse una situación que extinga la relación laboral. En este caso, y cuando no exista una causa asociada al cumplimiento del contrato laboral, por parte del empleador, estaríamos hablando de un caso de **renuncia**- Como también hemos visto y analizado en el respectivo

primer módulo-, es decir, la extinción del contrato laboral, por parte del trabajador, sin un motivo asociado a una falta del empleador.

Pero existe también otra modalidad de extinción del contrato laboral, a la cual puede recurrir el empleado, haciendo uso de su legítimo derecho. Esta modalidad, es la del **despido indirecto**- el que surge de una decisión del trabajador- o también denominado: "autodespido". Esta causa (autodespido), se encuentra asociada de forma directa al incumplimiento, por parte del empleador, en alguna de las condiciones pactadas en el contrato laboral. En este caso, tanto faltas como lesiones graves al contrato, pueden determinar la extinción del mismo por parte del empleado.

La terminación unilateral – sino está determinado el motivo válido-significa que no existe causa para finalizar el contrato, por lo cual la ley contempla el pago de una indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable.



Es elemento objetivo de la **injuria**, un acto contra derecho que afecte la relación laboral, enunciado en el 242 de la LCT como la "inobservancia" por parte de uno de los sujetos ligados contractualmente de las obligaciones resultantes del mismo, es decir, un ilícito contractual. Al respecto, no es ocioso recordar que la ley manda a las partes a ajustar su conducta a lo que es propio de un buen empleador y de un buen trabajador, por lo que habrá "inobservancia" siempre que alguno de los sujetos, por acción u omisión, no se comporte como es debido, lo que amplía la enunciación de deberes y obligaciones específicas que formulan el mismo cuerpo legal, los diversos estatutos, las leyes especiales y los convenios colectivos.

Se ha conceptualizado al contrato de trabajo como un contrato complejo que se desdobra en una estructura de doble nivel: en el primario, existe un intercambio de trabajo y salario -contrato de cambio-, y en el segundo, existe un intercambio de promesas mutuas de comportamiento futuro. Promesas éstas que tienden al

mantenimiento de la relación en el tiempo y que le confieren su carácter de contrato de tracto sucesivo.

Los incumplimientos de éstas en prestaciones materiales (económicas de hacer o de dar) e inmateriales (de comportamiento) afectan la relación laboral pudiéndola extinguir por justa causa cuando su magnitud (cuantitativa o cualitativa) tornara imposible su prosecución. Esta ajustada interrelación de prestaciones materiales e inmateriales se llamó "injuria", entendida como la situación de incumplimiento que habilita al ofendido a activar el pacto comisorio implícito que tienen los contratos laborales donde ese vínculo se torna más estrecho aún.

Como elemento subjetivo constitutivo se tendrá que ver con la ilicitud contractual de origen, a la cual se puede llegar por dos caminos: Por el incumplimiento de las prestaciones inherentes al contrato (actos u omisiones contractuales) y por actos extracontractuales que afecten el contrato.

En cuanto al primer elemento subjetivo necesario para constituir una injuria, el acto contra derecho debe ser imputable a la parte incumplidora, en el sentido de que se trate de una actitud o conducta reprochada por el ordenamiento vigente y de que no encuentre justificativo o eximente de fuente legal o convencional. Deberá mediar dolo o culpa (aunque sea leve) del ofensor, aunque esa calificación no es relevante frente a la determinación de la injuria. Por lo tanto, "existirá injuria con independencia de la intención de dañar, pero, de existir tal intención, aquélla se produce en forma indiscutible.

En lo que atañe al segundo elemento subjetivo de la injuria es la sensación o sentimiento de quien la padece, que tiene directa relación con la "proporcionalidad", lo que implica que según las circunstancias particulares que rodeen a cada situación, una inobservancia podrá derivar en la denuncia contractual (despido directo o indirecto) o en la eximición de cumplir con el débito

contractual en alguno de sus aspectos (suspensión o retención de tareas). Esta calificación del ofendido deberá producirse en un marco de restricción prudentemente autoimpuesto, porque en dicho análisis mediará la regla del artículo 10 de la LCT, que manda resolver las situaciones dudosas a favor de la continuidad del vínculo. Habrá "injuria" siempre que, producidas las pruebas a cargo del denunciante, a criterio del magistrado que entienda en la causa, haya agravio suficiente para denunciar el contrato por justa causa.

Del análisis conjunto de los elementos objetivos y subjetivos, se puede concluir que habrá injuria siempre que la inobservancia imputable de los deberes de prestación o conducta de uno de los co contratantes configure un daño en alguno de los componentes materiales o inmateriales que conforman la relación contractual, de modo tal que produzca una afectación en los intereses materiales o inmateriales del ofendido (directa o indirectamente).

No hay injuria sin daño contractual, aunque no todo daño contractual puede calificarse como injuria (dependerá de que se torne imposible la prosecución del vínculo y que no haya otra reparación disponible que la ruptura). La injuria no supone necesariamente un daño a los intereses patrimoniales bastando con que lo sea a los puramente morales. El daño podrá ser material o inmaterial, es decir, el hecho desencadenante de la injuria podrá provocar un perjuicio patrimonial al ofendido o simplemente una lesión a sus sentimientos (principalmente en la confianza). A su vez, el daño podrá ser cierto o potencial, bastando la posibilidad cierta de que se hubiera producido para considerar configurado el incumplimiento. Luego de producida la injuria, la reacción del ofendido, en tanto decida la resolución contractual, deberá estar vinculada causalmente a ésta y la injuria imputable a la otra parte.

Los requisitos que debe reunir la medida adoptada por la patronal, es decir la sanción impuesta por la cual se extingue la relación laboral con causa son:

- a) Proporcionalidad. Esta debe estar en directa relación con la gravedad de la falta, porque no todo incumplimiento contractual es apto para habilitar a la parte ofendida a resolver el vínculo con causa, sino sólo aquel o aquellas reiteraciones de aquel que no permita consentir, ni aun a título provisorio, la continuidad de la relación de trabajo. La proporcionalidad exigida de la respuesta no significa que ella daba ser igual, equivalente o comparable a la injuria en que se funde, ya que, en rigor de verdad, el requisito a cumplir es la falta de desproporción, entendida como inexistencia de exceso. Este recaudo no constituye una condición matemática, sino una apelación a la razonabilidad y prudencia que, a partir del principio de conservación del contrato de trabajo y del deber de respeto mutuo, obliga a las partes a adecuar y graduar sus comportamientos recíprocos.
- b) Gravedad cuantitativa y gravedad cualitativa Para medir adecuadamente la reacción frente a la "inobservancia", debemos tener presente que a la caracterización del "daño contractual", se llega a través de dos caminos que se unen sólo en el punto inicial (el incumplimiento) y en el punto final (la reacción). Esta bifurcación obedece a que no es un análisis lineal o matemático el que se efectúa frente a una posible injuria, sino que requiere de la aprehensión abstracta de los matices propios de las circunstancias del caso dado y su comparación con aquellos que resultan de un standard preconcebido (también abstracto), que puede variar según su ámbito territorial y temporal de interpretación.
- c) Oportunidad: Si bien la ley no establece cual es el plazo para que el empleador aplique la sanción correspondiente frente al incumplimiento del empleado, lo cierto es que no debe dejarse transcurrir un lapso de tiempo que pueda inferir un consentimiento por parte del empleador en la conducta sindicada, sin embargo hay situaciones que impiden que el empleador pueda tomar conocimiento del hecho injurioso, con lo cual el plazo

comenzará desde que se tomó conocimiento o pudo ocurrir que sea necesario instrumentar un sumario para investigar quien fue el autor de determinada conducta, con lo cual en estos casos recién cuando el empleador tenga el conocimiento del hecho es que comenzará a computarse el plazo para efectivizar la medida.

En cuanto a la actitud frente a incumplimientos anteriores, aquí es preciso indicar que, si efectivamente es el trabajador el que reiteradamente incumplió con su deber, para que ello sea justificativo de la denuncia con causa del contrato debió mediar una actitud constante y perseverante del empleador, tendiente a corregir previamente al dependiente, de modo tal de posibilitar la prosecución del contrato conforme a lo que es debido.

En el caso de la suspensión por motivos disciplinarios, se trata de tornar operativas las facultades que derivan de lo previsto en los artículos 64, 65 y 67 de la LCT y de equilibrar los dos valores en juego, haciendo un uso funcional de esas potestades del empleador. Por un lado los “fines de la empresa” y “las exigencias de la producción”, y por el otro, la “preservación y mejora de los derechos personales y patrimoniales del trabajador”, “excluyendo toda forma de abuso de derecho”.

De no procederse de tal manera, se entenderá que el empleador consintió esos incumplimientos (por más que efectivamente existan) y, por aplicación de la doctrina de los actos propios, luego no podrá invocarlos como antecedentes justificantes del despido. A su vez, el trabajador tiene la carga de impugnar esas sanciones previas en tiempo oportuno, porque de no hacerlo caducará el derecho (artículo 67, LCT) y hará presumir la justicia de esas sanciones. Distinto sería que intente presumir que el trabajador consintió algún incumplimiento del empleador por el hecho de que no hubiera intimado oportunamente, lo que iría en contra de

las disposiciones de los artículos 12 y 58 de la LCT, que establecen que su silencio está protegido.

El **despido por causas económicas** tiene principios propios y distintos de los del derecho civil en virtud a que no se puede invocar la crisis general –del país- para despedir. La empresa es un alea que beneficia al empresario y debe asumir los riesgos propios de su explotación, de su falta de planificación y de no guardar para peores tiempos

El trabajador subordinado no participa en principio, en los riesgos de la empresa, no es el socio del empleador en los riesgos o pérdidas del negocio, como no lo es en las ganancias. Una de las cuestiones más importantes es que la falta o disminución del trabajo o fuerza mayor no sean imputables al empleador y sean ajenas al riesgo propio de la empresa, este concepto de ajenidad ha sido elaborado largamente por la doctrina y la jurisprudencia y resulta muy difícil de probar, quedando descartado que la misma pueda ser probarse con testigos, cobrando vital importancia la prueba contable e informativa.

Ni un resultado económico negativo ni una disminución en las ventas es suficiente para disponer una suspensión o la cesantía de sus trabajadores, por lo cual, no resulta ajustado a derecho que la empresa despida directamente por una causa económica.

Dice el artículo 219 de la LCT, que: *“Se considera que tiene justa causa la suspensión que se deba a falta o disminución de trabajo no imputable al empleador (ajenidad), a razones disciplinarias o a fuerza mayor debidamente comprobada”*. El plazo máximo de suspensión es por 30 días en el año calendario-artículo 220 LCT- (Deben computarse días corridos conforme el Código Civil y Comercial de la Nación y como establece la SCJBA incluyendo los inhábiles). Si el empleador se excediera, el empleado puede considerarse en situación de despido por exceso en la suspensión-Artículo 222 de la LCT.

El trabajador tiene derecho a impugnar la suspensión la que debe ser anoticiada por escrito, contener plazo cierto y fecha entre las cuales se opera la suspensión de actividades con la indicación de cuando se reanudan. No corresponde que el empleador indique en su comunicación con términos: “*Suspensión hasta nuevo aviso*” o bien “*hasta que mejore la situación de la empresa*”.

Resulta demasiado dificultoso que el empleador pueda abonar indemnizaciones reducidas si no cumple con el procedimiento preventivo de crisis que se encuentra legislado en los artículos 98 a 105 de la ley Nacional de empleo.

El empleador debe instar (de carácter obligatorio) la iniciación del procedimiento (La norma reglamentaria del decreto 265/02, detalla los requisitos que debe cumplir la presentación) que tramitará ante el Ministerio de Trabajo. También puede hacerlo la asociación sindical e incluso de oficio por parte de la autoridad administrativa cuando la crisis implique la posible producción de despidos.

Para las empresas que cuenten con más de 50 trabajadores, se requiere que la presentación inicial del empleador titular explicita las medidas que propone para superar la crisis o atenuar sus efectos, indique qué tipo de medidas propone en las materias que el decreto detalla y, si la propuesta incluye reducciones de la planta de personal, deberá cuantificar la oferta indemnizatoria dirigida a cada uno de los trabajadores afectados (Decreto 2074/94).

El procedimiento es una instancia en sí de información y conciliación- tiene carácter preventivo- se entiende previa a la comunicación del empleador de cesantías por fuerza mayor, causas económicas o tecnológicas-, por lo que no correspondería su apertura ante despidos o suspensiones ya anoticiados.

La veda a la aplicación de los despidos o suspensiones está establecida a partir de la notificación de la apertura de la instancia y hasta su conclusión.

El caso fortuito o la fuerza mayor son conceptos unívocos (mismo significado), cuestión también que en la doctrina civil resulta distinción meramente académica. En otras palabras, ambos preceptos resultan equiparables de donde se define como el hecho que no ha podido preverse o que previsto, no ha podido evitarse. En el derecho de trabajo solo se acepta la fuerza mayor sea ajena a la empresa.

La doctrina laboral confirma que los elementos básicos y esenciales de la fuerza mayor son

- la imprevisibilidad
- y la inevitabilidad.

Enrique herrera adiciona cuatro elementos más:

- Ajenos al deudor (léase empleador)
- Actuales,
- Sobrevinientes y
- Impedimento absoluto de cumplimiento

El texto del artículo 247 LCT, regula en forma expresa y de alguna manera autoriza la extinción por causas objetivas, siendo las tres únicas condiciones que impuso el legislador las siguientes: El pago del 50 % del monto de la indemnización por despido del 245 LCT, Que se comience por el personal menos antiguo. Ante igualdad de antigüedad, comenzar por el que tenga menos cargas de familia.

Ausentismo laboral. Debe tenerse en cuenta dos aspectos fundamentales a saber, en primer lugar que el criterio de apreciación de las faltas es cuantitativo y no cualitativo, aquí el despido se produce por acumulación de faltas, no por una falta única.

Si bien la última falta es la que desencadena el distracto, no es más que el último eslabón de una larga cadena de incumplimientos pequeños. En segundo lugar, no debe haber tolerancia por parte del empleador, este tiene que ir sancionando cada antecedente para luego, ante una última falta, poder despedir.

La tolerancia ante los incumplimientos se puede deber por ejemplo a que las faltas son justificadas, es decir que el empleador no puede consentir incumplimientos, los mismos sean puntualizados por la vía epistolar y se advierta al trabajador que, ante una nueva falta, será despedido.

El trabajador, cuando tiene una razón atendible para ausentarse, tiene que comunicarlo a su empleador si es posible con debida antelación. También debemos mencionar que, una cosa es la falta sin aviso, la que puede ser justificada, aunque la omisión del aviso por si solo puede generar sanciones disciplinarias incluso la máxima-el despido y otra es la justificación de la ausencia por lo que no cabe el despido por ausencias.

La **pérdida de confianza** es un sentimiento subjetivo, se ha dicho que la misma lesiona gravemente el deber de fidelidad que deriva de la índole de las tareas asignadas y no permite la continuación de la relación laboral. Aunque cuando no se haya acreditado perjuicio material, el daño moral producido por la pérdida de confianza es suficiente para considerar el despido. Esta pérdida, es sentimiento de quien la emite y o conforma un supuesto autónomo de justa causa de despido en los términos del 242 de la LCT.

El juez debe analizar hechos u omisiones imputables al contratante denunciado, la carga de cuya acreditación pesa en la esfera del denunciante, a fin de evaluar si ellos constituyen incumplimiento que imposibilite la continuidad del vínculo laboral.

Sus elementos son bien precisos, a saber:

- a) No constituye causa autónoma de despido
- b) Constituye un sentimiento subjetivo,
- c) No necesita causar un perjuicio material o una pérdida para el empleador, basta agravio moral,
- d) En la comunicación de despido no alcanza con una referencia vaga y genérica del mismo sino una concreta referencia al hecho injurioso
- e) La pérdida de confianza no consiste en la imputación de un delito.

La **agresión verbal o el insulto** es causa suficiente de despido aun cuando no existan antecedentes personales del trabajador, aunque una cosa es el trato entre compañero de trabajo y otra con supervisores, encargados y directivos. Deben tenerse en cuenta el significado de los insultos y si los mismos pueden ser debidamente acreditados como injuria-apreciada mediante la sana crítica judicial- que no admitan la continuidad del vínculo laboral. La burla a un compañero de trabajo y actitudes de probación perturban el normal desenvolvimiento de la labor, lo cual merecen reproche judicial y por ende su despido. Desafiar a pelear sumado a reiterados insultos de gruesos calibres es motivo del distracto laboral.

Para definir a la riña en el ámbito laboral, consideramos que es un altercado o conflicto que se suscita entre dos o más trabajadores produciendo serios costos económicos y sociales para los mismos.

Se debe recordar que el derecho en general prohíbe vías de hecho, pues el monopolio de la fuerza está en manos del estado. Solo se admite en dos supuestos:

- Para proteger la posesión ante el despojo
- y Legítima defensa. No se admite la autodefensa y en general, probada lo reconocida la agresión corresponde al trabajador acreditar que fue en legítima defensa. Agresión reciproca no resulta eximente y el único

posible es cuando son consecuencias de una injusta agresión es decir, en el ejercicio legítimo del derecho a autodefenderse.

La falta de antecedentes del agresor no resulta eximente tampoco. La agresión a un superior configura por sí sola, injuria grave aun cuando no tuviera sanciones disciplinarias anteriores. La agresión debe ser probada y resulta improcedente que se la tenga solo por dichos del agredido. Los jueces laborales no pueden entrar a valorar si ha habido legítima defensa desde el punto de vista penal, tampoco pueden tener en cuenta si ha habido agresión, el hecho de que haya habido o no denuncia penal por lesiones. Los jueces deben valorar las circunstancias de cada caso teniendo en cuenta que la agresión física, si es tolerada, causa un daño irreparable a las facultades de dirección de la empresa.

 **Capacitarte**

Hasta antes de la sanción de la reforma, el empleador podía intimar a los empleados para que inicien los **trámites jubilatorios**, una vez cumplido los requisitos de años de aportes y de edad. En el caso de hombres, de 65 años, y en el caso de las mujeres, 60 años. No obstante estas últimas podían optar por seguir trabajando hasta los 65 años si lo deseaban; con lo cual el empleador no podía ejercer la facultad de intimar, en la medida que la trabajadora eligiera seguir prestando servicios hasta los 65.

Sin embargo, la reforma previsional, sancionada en diciembre de 2017 (ley 27.426- B.O. 28/12/2017), introdujo entre otras cuestiones (Netamente del derecho previsional y cuyo tratamiento, excedería el presente modulo), la modificación de

dicho artículo, el cual queda actualmente redactado de la siguiente forma:” *A partir de que el trabajador cumpla setenta (70) años de edad y reúna los requisitos necesarios para acceder a la Prestación Básica Universal (PBU) establecida en el artículo 17, inciso a) de la ley 24.241 y sus modificaciones, el empleador podrá intimarlo a que inicie los trámites pertinentes, extendiéndole los certificados de servicios y demás documentación necesaria a esos fines.*

A partir de ese momento, el empleador deberá mantener la relación de trabajo hasta que el trabajador obtenga el beneficio y por un plazo máximo de un (1) año. Lo dispuesto en el párrafo precedente no afecta el derecho del trabajador de solicitar el beneficio previsional con anterioridad al cumplimiento de los setenta (70) años de edad. (El resto del artículo mantiene la redacción anterior)

A su vez, mediante el Decreto 110/2018 (reglamentario de la ley de reforma) establece:

Quedan sin efecto los plazos previstos en el artículo 252 de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744, que hayan comenzado a transcurrir con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma introducida por la Ley N° 27.426, es decir, antes del 29 de diciembre de 2017. El empleador podrá requerir la información necesaria de la Administración Nacional de la Seguridad Social (la “ANSES”) a fin de constatar si el trabajador se encuentra en condiciones de acceder a la PBU y, por su lado, la ANSES deberá instrumentar un mecanismo expedito para brindar la información mencionada a los empleadores, respecto de los trabajadores a su cargo.

La Administración Federal de Ingresos Públicos (la “AFIP”) y la ANSES, en el ámbito de sus respectivas competencias, deberán establecer las normas operativas para efectivizar el acceso del empleador al beneficio previsto para el pago de las contribuciones patronales. Por su lado, se faculta a la Secretaría de Seguridad Social del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social a establecer las normas aclaratorias necesarias para dar cumplimiento a dicho beneficio. La ANSES deberá proporcionar al empleador una copia de la resolución

por la que se otorga el beneficio al trabajador, y podrá hacerlo a través de medios electrónicos.

La reforma equipara el límite de edad para ambos, hombres y mujeres, llevándolo a la edad de 70 años, sin embargo, esto no implica que los trabajadores y trabajadoras deban ahora jubilarse a los 70 años, sino que el empleador no podrá intimarlos antes de esa edad para que se jubilen, y eventualmente desvincularlos. Con lo cual, si cualquier trabajador, aun cumpliendo los requisitos para solicitar su jubilación, pretende seguir prestando servicios en relación de dependencia hasta los 70 años, no podrá ser intimado por su empleador para que se jubile antes de esa fecha, y si pretende desvincularlo deberá eventualmente desvincularlo, abonando las indemnizaciones pertinentes. Se remarca que la reforma no cambia los requisitos para acceder a la jubilación, que siguen siendo los mismos, 30 años de aportes y la edad (hombres 65, y mujeres 60 con opción a 65).

La intimación que regula el artículo 252 de la ley de contrato de trabajo es una facultad del empleador y no una obligación, por lo que si aquél considera adecuado mantener el vínculo de trabajo aun cuando el trabajador puede acceder a jubilarse, no existe obstáculo para que lo haga, caso contrario, el trabajador no puede oponerse al ejercicio legítimo de esa facultad del empleador.

Si bien no establece una forma específica de realizar la intimación, aunque resulta a las claras que el medio empleado para efectivizar el instituto debe ser de una forma tal, que se pruebe por sí mismo, en consecuencia, excluimos la intimación verbal.

Debe ser escrita: ya sea por telegrama, carta documento, nota escrita firmada por el trabajador etc. También quedan excluidos los medios tecnológicos.

En cuanto al contenido de la intimación, la misma debe ser claro y fehaciente e implicará también, notificación del preaviso como lo refiere la norma, integrándose

de esta manera con el instituto del preaviso regulado en los artículos 231 al 239 de la Ley de Contrato de Trabajo.

El plazo de intimación es de un año calendario desde que es intimado el trabajador o desde que se le entregan los certificados previstos en el artículo 80 de la LCT, según lo que ocurra último. Ha entendido la jurisprudencia que la omisión de alguna de estas cargas -intimación y entrega de los certificados previstos en el artículo 12, inciso g de la Ley 24.241- impide el inicio del cómputo del plazo.

También se ha sostenido que si el accionante inició los trámites jubilatorios por su propia voluntad, sin que mediara al respecto emplazamiento previo de la empleadora, la situación no puede subsumirse en el dispositivo creado por el artículo 252 LCT, en la medida en que su operatividad resulta indecible de la requisitoria del principal al dependiente para promover la obtención de la jubilación.

Si el trámite culmina con antelación al plazo normativo, el empleador se encuentra facultado para extinguir el vínculo de trabajo con su dependiente sin indemnización alguna.

Generalmente se hace hincapié en la intimación y las condiciones que ésta debe reunir para que sea eficaz pero se olvida que existen otros requisitos legales para que sea aplicable la figura del 252:

La jurisprudencia no es uniforme acerca de cuáles son los certificados que debe entregar el empleador para cumplir la obligación prevista en la ley de contrato de trabajo.

Una parte de la jurisprudencia sostiene que deben entregarse tres instrumentos: el certificado de trabajo, el certificado de servicios y remuneraciones, y el certificado de aportes y contribuciones. También, se ha sostenido que una correcta interpretación de lo que dispone este artículo en materia de entrega de las certificaciones al trabajador a fin de que inicie los trámites pertinentes, es la entrega efectiva de tal documentación y no la mera puesta a disposición del trabajador.

Desde esa fecha es que debe computarse el plazo de un año expresado en la citada norma y ante una eventual negativa del dependiente al retiro de la misma, la principal puede consignarla judicialmente.

La ley de reforma previsional modificó también la situación del trabajador que obtuvo el beneficio jubilatorio, y continúa trabajando a órdenes del mismo empleador. El anterior texto 253 LCT establecía: *“En caso de que el trabajador titular de un beneficio previsional de cualquier régimen volviera a prestar servicios en relación de dependencia, sin que ello implique violación a la legislación vigente, el empleador podrá disponer la extinción del contrato invocando esa situación, con obligación de preavisarlo y abonar la indemnización en razón de la antigüedad prevista en el artículo 245 de esta ley o en su caso lo dispuesto en el artículo 247. En este supuesto sólo se computará como antigüedad el tiempo de servicios posterior al cese”.*

Puede observarse que el artículo sostenía que a los efectos del cómputo de la antigüedad para el cálculo de la indemnización del Art. 245 (o de cualquiera de ellas para las que ella opera como base de cálculo como lo son, p.ej: las previstas En los arts. 212, 247 y 248 de la LCT), ella se computaría desde "por el tiempo de servicio posterior al cese" en el caso en que el trabajador "volviera a prestar servicios en relación de dependencia".

En este sentido, el artículo, no contemplaba la situación del trabajador que continuaba trabajando, a pesar de obtener la jubilación, por lo que las empresas debían dar bajas y nuevas altas o, en algunos casos, solicitarle al trabajador que renuncie, para evitar futuros planteos en relación a la antigüedad y monto de las indemnizaciones por extinción del vínculo.

Lo que realiza la reforma previsional (en su artículo 9), es incorporar un último párrafo al 253 de la LCT: *“También es aplicable lo dispuesto por el presente artículo al trabajador que sigue prestando servicios sin interrupción a las órdenes del mismo empleador, luego del goce del beneficio de la jubilación, considerándose la fecha del acuerdo de la prestación como inicio del cómputo de la antigüedad posterior al mismo.”* Como podrá apreciarse, de esa manera, el cómputo de antigüedad del trabajador jubilado a partir del cese, es aplicable tanto al que "vuelve" (por haberse extinguido la relación laboral con posterior reingreso) como al que "sigue" a órdenes del mismo empleador luego de jubilarse, acordando la continuidad de la relación laboral

Si bien la norma del 253 alude a las indemnizaciones previstas en los artículos 245 y 247 de la LCT que refieren los casos de extinción de la relación laboral por despido sin causa, en el primer caso, y fuerza mayor y falta o disminución de trabajo en el segundo, también se aplica el mismo criterio (cómputo de la antigüedad considerando sólo el tiempo de servicios como trabajador jubilado) a fin de calcular las indemnizaciones previstas en la LCT que se liquidan sobre la base de aquellas, tales como las indemnizaciones por imposibilidad de asignar tareas compatibles con una disminución definitiva de capacidad laboral (Artículo 212 Párrafo 2º de la LCT), incapacidad absoluta (Artículo 212 Párrafo cuarto de la LCT), muerte del trabajador (Artículo 248 de la LCT), vencimiento de contrato a plazo fijo de una duración de 12 meses o más (Artículo 250 de la ley de contrato de trabajo).

En los casos vinculados con la posibilidad de un accidente o enfermedad inculpable del trabajador, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, ha sostenido que acreditado que se encuentra incapacitado totalmente el trabajador para desempeñar cualquier tipo de labores a la época de la extinción del vínculo, la causal invocada en esa oportunidad para resolver el contrato resulta indiferente ni es obstáculo para que proceda la indemnización que se pretende por la circunstancia que el trabajador estuviere prestando servicios hasta la fecha del cese ocurrido por renuncia para acogerse a los beneficios de la jubilación. La jurisprudencia en la ciudad de Buenos Aires (Nacional) ha tenido un criterio similar en cuanto a lo resuelto a nivel provincial.

La Ley de contrato de trabajo, tampoco aclara si el empleador puede intimar a un trabajador en condición de jubilarse que tiene tutela sindical, pero de la lectura del artículo 48 de la Ley de Asociaciones Sindicales surge el impedimento de despedir sin causa al trabajador que tiene dicha tutela protectoria de la ley, debiendo iniciar –en caso de seguir con su tesitura- previamente el proceso de desafuero ante la justicia nacional o provincial y por un proceso sumarísimo, o bien, esperar que el plazo de estabilidad sindical se extinga por el mero transcurso del tiempo. Etala advierte sobre la colisión normativa entre la facultad del empleador de intimar al trabajador que reúne todos los requisitos idóneos para obtener la jubilación a iniciar el trámite- y esa situación cuando se trata de un representante a quien habría que desaforar tal como lo hemos indicado anteriormente- (es decir quitarle los fueros) previamente.

Explica que hay tres teorías al respecto:

- la primera es que no puede intimarse, ni aún con desafuero previo, al representante gremial.
- La segunda es que puede intimarse, previo desafuero, pero debe aguardarse hasta la finalización del mandato para hacerla operativa.

- La tercera, que es la que se acepta en este caso, es que hay que iniciar el juicio de desafuero pero la intimación corre a partir del momento mismo en que se autoriza el mismo.

Obtenida la exclusión de la tutela sindical, podrá intimar al dependiente aunque, no podrá despedirlo hasta una vez agotado el plazo máximo de estabilidad sindical es decir, hasta un año después de finalizado el mandato del mismo [artículo 48 de la Ley 23.551

Distinto será el caso de aquel dependiente que, habiendo concluido su mandato, se encuentra todavía dentro del período especial de protección de un año previsto en el art. 48 de la Ley 23.551. Habiendo la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo establecido como doctrina plenaria "VIEYRA" que "dada una garantía temporal de estabilidad de fuente legal o convencional, ella no es vulnerada por el preaviso otorgado por el empleador durante su vigencia para que el contrato se extinga una vez vencida dicha garantía"

En este caso resulta innecesario recurrir al procedimiento judicial previo de exclusión de tutela para efectuar la intimación a jubilarse, siempre y cuando el despido del trabajador no se produzca antes de haber transcurrido un año de la finalización de su mandato.

La postulación y eventual elección de un dependiente ya intimado para un cargo sindical, no enerva la facultad del empleador de extinguir la relación de trabajo en los términos del artículo 252 de la LCT aun cuando se tratara de un dependiente reelegido para un nuevo período. La pretensión del dependiente, en esas condiciones, de continuar en su puesto de trabajo o ser indemnizado, configuraría una conducta abusiva y un antifuncional ejercicio de una garantía concebida para otros fines, además de ser contraria a la buena fe (artículo 63 de la LCT).

La ley determina que para establecer la antigüedad del trabajador se aplica la regla prevista por el artículo 18 (acumulación de la antigüedad anterior) pero se permite al empleador deducir de la indemnización por despido (artículo 245 de la LCT) lo percibido por igual concepto por despidos anteriores, disponiendo como garantía para el trabajador que el importe de la indemnización resultante no podrá ser inferior a la que le hubiera correspondido si su período de servicios hubiera sido sólo el último con prescindencia de los períodos anteriores al reingreso. En tal sentido, el artículo 255 de la LCT determina que *“La antigüedad del trabajador se establecerá conforme a lo dispuesto en los artículos 18 y 19 de esta ley, pero si hubiera mediado reingreso a las órdenes del mismo empleador se deducirá de las indemnizaciones de los artículos 245, 246, 247, 250, 251, 253 y 254 lo percibido por igual concepto por despido anteriores”*.

Refiere el artículo 18: *“Cuando se concedan derechos al trabajador en función de su antigüedad, se considerará tiempo de servicio el efectivamente trabajado desde el comienzo de la vinculación, el que corresponda a los sucesivos contratos a plazo que hubieren celebrado las partes y el tiempo de servicio anterior, cuando el trabajador, cesado en el trabajo por cualquier causa, reingrese a las órdenes del mismo empleador”*.

Artículo 19: *“Se considerará igualmente tiempo de servicio el que corresponde al plazo de preaviso que se fija por esta ley o por los estatutos especiales, cuando el mismo hubiere sido concedido”*.

El artículo 255 de la LCT aclara que el hecho de haber percibido una indemnización por una relación laboral anterior, no implica aniquilar la antigüedad adquirida por ese trabajador, sino que se mantienen incólumes los preceptos previstos en los artículos 18 y 19 de la LCT y trata a esas sumas de dinero como pagos a cuenta. La intención del legislador es que el empleador no indemnice o compense por segunda vez la antigüedad del trabajador. Resulta

pertinente tener muy en cuenta lo preceptuado por la LCT respecto al plazo de pago de indemnizaciones.

En dicho contexto, el artículo 255 bis indica: *“El pago de las remuneraciones e indemnizaciones que correspondieren por la extinción del contrato de trabajo, cualquiera sea su causa, se efectuará dentro de los plazos previstos en el artículo 128 computados desde la fecha de extinción de la relación laboral.*

