

Material Imprimible

Curso Indemnizaciones laborales

Módulo Despido unilateral dispuesto por el empleador

Contenidos:

- Diferencias entre el despido directo e indirecto. Con causa y sin causa
- La grave injuria y la modificación efectuada por la ley bases al artículo 242 de la Ley de Contrato de Trabajo
- La injuria. Un nuevo tipo de injuria grave introducida por la ley bases
- 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

Sabemos que en lo que atañe al despido, existen básicamente dos modalidades genéricas que de manera clara vinculan tanto al trabajador, como a los del empleador. Estas modalidades son: el despido directo y el indirecto.

El primero, que se origina por una determinación del empleador, es aquel en el que el empleador decide extinguir, de manera unilateral, la relación laboral que lo vincula al trabajador. Este tipo de despido puede realizarse con o sin motivos asociados al desempeño del trabajador y su cumplimiento del contrato laboral.

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.

En el caso de existir lesiones graves en el marco del vínculo contractual laboral, estas pueden originar un despido directo inmediato con causa, es decir, que la sola existencia de una de estas lesiones, puede originar el despido directo.

Algunas de estas faltas o incumplimientos, están relacionadas a episodios de robo acreditado, fraude comprobado, violencia, indisciplina grave, o cualquier incumplimiento que ponga en riesgo la relación de confianza e impida la continuidad de la relación laboral.

Por otra parte, y en cuanto a las condiciones y responsabilidades pactadas en el contrato laboral, una sucesiva incurrancia en conductas de incumpliendo, puede también ser causal para un despido directo con causa.

La amplia mayoría de los contratos de trabajo son por tiempo indeterminado. O sea, se conoce su inicio pero se ignora la oportunidad en que tendrá finalización. Este vínculo

continuo genera en el trabajador la expectativa de continuar su desempeño, de mantener el empleo. Sin embargo, el empleador posee la facultad de disponer libremente su despido.

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 que puede recurrir el empleado, haciendo uso de su legítimo derecho. Esta es la del despido indirecto, que surge de una decisión del trabajador, o también denominado: “autodespido”.

Sostiene Honorio Alberto Díaz que teóricamente ante un despido incausado el dependiente podría, amparando en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, que se declare la inconstitucionalidad de la Ley de Contrato de Trabajo (artículos 245 y concordantes). Con esa declaración lograría después el reintegro al trabajo. Pero este es un camino excepcionalmente utilizado.

La 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, puedan determinar la extinción del mismo por parte del empleado.

Modificaciones en las condiciones esenciales del trabajo, la no asignación de tareas, el maltrato psicológico, las agresiones físicas, la falta de pago o pago parcial, pueden ser

motivo causal para que un trabajador se coloque en situación de despido, extinga el vínculo laboral, y exija la indemnización correspondiente, tal lo cual dispone la ley de contratos de trabajo.

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

Al despido motivado por justa causa, tanto del empleador como del trabajador, se refiere el artículo 242 de la Ley de Contrato de Trabajo (con el agregado realizado por la ley bases). La denuncia fundada en justa causa requiere, como veremos, de una injuria que se componga de elementos objetivos y subjetivos, lo que debe motivar una respuesta oportuna y proporcionada de la parte agraviada.

La autocalificación de la injuria no será determinante frente al claro precepto del artículo 242 de la Ley de Contrato de Trabajo, y habrá despido directo o indirecto por justa causa cuando el juez concluya que la parte contractualmente ofendida reaccionó en forma oportuna y proporcional frente a un incumplimiento contractual constitutivo de una injuria.

Antes de continuar desarrollando conceptualmente el término de “injuria” y sus elementos constitutivos, debemos indicar que el artículo 242 de la Ley de Contrato de Trabajo ha sido modificado vía la ley bases. En efecto, su artículo 94 indica: “Sustitúyese el artículo 242 de la ley 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias por el siguiente: ‘Una de las partes podrá hacer denuncia del contrato de trabajo en caso de inobservancia por parte de la otra de las obligaciones resultantes del mismo que configuren injuria y que, por su gravedad, no consientan la prosecución de la relación. La valoración deberá ser hecha prudencialmente por los jueces, teniendo en consideración el carácter de las relaciones que resulta de un contrato de trabajo, según lo dispuesto en la presente ley, y las modalidades y circunstancias personales en cada caso. Podrá configurar grave injuria laboral, como objetiva causal de extinción del contrato de trabajo, la participación activa en bloqueos o tomas de establecimiento. Se presume que existe injuria grave cuando, durante una medida de acción directa:

a) se afecte la libertad de trabajo de quienes no adhieran a la medida de fuerza, mediante actos, hechos, intimidaciones o amenazas;

b) se impida u obstruya total o parcialmente el ingreso o egreso de personas y/o cosas al establecimiento;

c) se ocasionen daños en personas o en cosas de propiedad de la empresa o de terceros situadas en el establecimiento (instalaciones, mercaderías, insumos y materias primas, herramientas, etc.) o se las retenga indebidamente.

Previo al distracto el empleador debe intimar al trabajador al cese de la conducta injuriosa, excepto en el supuesto de daños a las personas o cosas previsto en el inciso c), donde la producción del daño torna inoficiosa la intimación”.

Vemos que tanto el primer como segundo párrafo no ha experimentado cambios, se mantiene conforme la antigua redacción. Es en el tercer párrafo, donde se incorpora como cuestión novedosa y desde ya de gran debate y discusión de la doctrina, el de facultar al empleador a despedir por injuria a aquellos empleados que participen de bloques o tomen establecimientos.

Es decir, esta ley crea una nueva figura de despido, a la que le da nivel de “grave injuria” por el hecho concreto de **participar en bloqueos o toma de establecimientos**.

Pero... ¿qué entendemos por “participación en bloqueos o toma de establecimientos”? La propia Ley de Contrato de Trabajo denomina “establecimientos” a toda unidad técnica o de ejecución destinada al logro de los fines de la empresa, a través de una o más explotaciones.

“Establecimiento”, según el Art. 6° de la Ley de Contrato de Trabajo es “la unidad técnica o de ejecución destinada al logro de los fines de la empresa a través de una o más explotaciones”.

Por ello, ese término no es un sinónimo de “empresa”, la que, conforme al Art. 5 de la Ley de Contrato de Trabajo es “la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos”.

Por ello, si bien puede ocurrir que la empresa posea un único establecimiento, también es factible que tenga varios siendo cada uno de ellos “una parte” de la empresa (Por ejemplo: Sección, sucursal, dependencia, etc.). Es decir, nos referimos al lugar donde el empleado presta tareas, que, en la mayoría de los casos, puede ser en conjunto con la administración central de la empresa.

En síntesis: Si un dependiente del empleador participa en un bloqueo del lugar de trabajo, **entiéndase por bloqueo**, no permitir el paso, cerrar el paso, no dejar pasar por determinado lugar, obstrucción, entre otras formas de bloquear, o si un dependiente del empleador toma el lugar de trabajo y **entiéndase por toma**, el de apropiarse de manera indebida, hacer suyo lo ajeno, usurpar, conquistas, entre otros sinónimos.

El empleador respecto a este empleado o grupo de empleados que bloquen el lugar de trabajo, no dejen pasar a nadie, o se lo adueñan o lo usurpan apropiándose como propio, aquel podrá, mediante una notificación fehaciente, (una Carta Documento) despedirlo o despedirlos a los que hayan participado del bloqueo o de la toma del lugar de trabajo, siendo el despido no solo con justa causa no imputada al empleador, sino con carácter de injuria grave.

El artículo 94 de la ley de bases continua con una presunción a favor del empleador donde descarta toda valoración objetiva y apreciación judicial porque claramente indica: “Se presume que existe injuria grave cuando, durante una medida de acción directa: a) se afecte la libertad de trabajo de quienes no adhieran a la medida de fuerza, mediante actos, hechos, intimidaciones o amenazas.” Dicho de otro modo, cuando el bloqueo sindical impida con hechos concretos, a aquellos trabajadores que no adhieran a la acción gremial y desean ingresar al establecimiento para desarrollar sus tareas habituales. Esto significa que cualquier acción que impida o limite el derecho de un trabajador a no participar de una huelga o medida de fuerza, como amenazas o intimidaciones, **sería considerada "participación activa"** y justificaría un despido con justa causa.

“b) se impida u obstruya total o parcialmente el ingreso o egreso de personas y/o cosas al establecimiento.”

Bloquear los accesos a la empresa o impedir la entrada o salida de personas o mercaderías, aún de forma parcial, también **sería considerado "participación activa"**. Aquí como el anterior, juega la presunción a favor del empleador.

Y por último, “el inciso c) se ocasionen daños en personas o en cosas de propiedad de la empresa o de terceros situadas en el establecimiento (instalaciones, mercaderías, insumos y materias primas, herramientas, etc.) o se las retenga indebidamente.”

Cualquier daño a las instalaciones, mercaderías, herramientas u otros bienes de la empresa, o de terceros que se encuentren en el lugar, también sería **causal de despido justificado**.

La presunción la enmarca en tres incisos donde quedaría la causa probada sin dejar valoración crítica alguna. En los dos primeros se refiere al bloque, y el tercer inciso a la toma.

El artículo sigue: “Previo al distracto el empleador debe intimar al trabajador al cese de la conducta injuriosa, excepto en el supuesto de daños a las personas o cosas previsto en el inciso c), donde la producción del daño torna inoficiosa la intimación”.

Por último, cerrando el artículo 94 de la ley de bases que da nacimiento a un nuevo despido con justa causa y de índole grave e injurioso, como se indicó oportunamente, el empleador para hacer uso de su facultad legislativa de despedir con justa causa por bloqueo o toma de establecimiento, deberá notificar por carta documento al o a los trabajadores para que cesen su conducta, en términos del bloqueo.

En términos de la toma del lugar de trabajo, queda exceptuado de la notificación porque el legislador consideró que notificar a quienes rompen cosas propiedad de la empresa, (lo ajeno) o lastiman a otras personas, no tiene sentido emplazarlo a que cese una conducta que de por sí es repudiada por la ley, y no le hace falta notificar para despedirlo con justa causa.

Ahora bien, ¿qué pasa con un derecho de rango constitucional y supra legal? El derecho a huelga está consagrado en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales incorporado al bloque de constitucionalidad.

La huelga consiste en la abstención o interrupción de las actividades laborales por parte de los dependientes, que tiene por fin reclamar el cumplimiento de un derecho, obtener algún beneficio, o solicitar alguna acción por parte del empleador. Si bien esta actividad tiene muy diversas manifestaciones, tiene por nota característica el cese de la prestación de las actividades laborales.

Tal como sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la huelga y las medidas de acción directa asimiladas a ella: "paros intermitentes", "trabajo a reglamento", "trabajo a

desgano", entre otros, implican la abstención de la prestación laboral por parte de los dependientes como medio de presión para lograr que se satisfagan ciertas reclamaciones previamente expresadas.

La participación de la huelga debe ser, con la precondition de la declaración colectiva por parte de la asociación sindical organizada de forma "libre y democrática", un acto de adhesión personal de cada uno de los dependientes. Es decir, si bien la convocatoria la hace el colectivo, la efectiva adhesión o participación debe ser personal.

En resumen, a estas alturas estamos en condiciones de enumerar las consecuencias y argumentos de esta modificación, que podríamos subsumir en las siguientes, tantos positivas como negativas, a favor y en contra.

Las consecuencias positivas son las siguientes:

- Mayor protección del derecho a trabajar, ya que la modificación busca proteger el derecho de los trabajadores a no participar en medidas de fuerza si así lo desean, y a no ser objeto de presiones o represalias por parte de sus compañeros.
- Desaliento de medidas de fuerza extremas, puesto que al establecer consecuencias claras para la participación en bloqueos o tomas de establecimientos, se busca desalentar la adopción de medidas de fuerza que afecten gravemente el desarrollo normal de las actividades de la empresa.
- Mayor seguridad jurídica para los empleadores, dado que la modificación brinda mayor seguridad jurídica a los empleadores al establecer con mayor precisión las causales de despido justificado en el marco de medidas de fuerza.

Por su lado, las consecuencias negativas son:

- Limitación del derecho de huelga: Como ya lo desarrollamos anteriormente, la incorporación de la "participación activa" como causal de despido podría interpretarse como una limitación al derecho de huelga.
- Ampliación del poder de los empleadores, ya que se sostiene que la falta de una definición precisa de "participación activa" podría ser utilizada por algunos empleadores para despedir a trabajadores que participan en medidas de fuerza legítimas, lo que podría generar abusos e injusticias.
- Aumento de la conflictividad laboral, ya que los trabajadores podrían resistirse a la aplicación de esta nueva causal de despido, lo que podría derivar en medidas de fuerza más extensas o violentas.

Debemos tener en cuenta que la inclusión de la “participación activa” en bloqueos o tomas de establecimiento como causal de despido con justa causa tiene consecuencias tanto para empleadores como para trabajadores.

Por su parte, los argumentos a favor son los siguientes:

- Mayor protección del derecho al trabajo: Se argumenta que la modificación busca proteger el derecho de aquellos trabajadores que desean continuar con sus labores durante una medida de fuerza y no desean participar de la misma. La nueva normativa, bajo esta línea argumentativa, serviría como disuasivo a presiones o represalias por parte de compañeros que sí adhieran a la medida.
- Desaliento de medidas de fuerza extremas, dado que se propone que el establecimiento de consecuencias legales claras para la participación en bloqueos o tomas de establecimientos podría funcionar como un mecanismo para desalentar la toma de medidas de fuerza que afecten de manera desproporcionada el desarrollo normal de las actividades de la empresa, buscando así un equilibrio en la relación entre las partes.
- Mayor seguridad jurídica para los empleadores, puesto que se plantea que la modificación aporta mayor claridad a las causales de despido justificado en el marco de medidas de fuerza, brindando a los empleadores herramientas para actuar dentro de un marco legal más preciso.

¿Y cuáles son los argumentos en contra? Veamos:

- Limitación del derecho de huelga: Críticos argumentan que la incorporación de la "participación activa" como causal de despido podría ser interpretada como una restricción al derecho de huelga consagrado en la Constitución Nacional. Esta restricción podría tener un efecto disuasivo en la participación de los trabajadores en medidas de fuerza legítimas, debilitando su poder de negociación.
- Ampliación del poder de los empleadores: La falta de una definición precisa del término "participación activa", abre la posibilidad a interpretaciones subjetivas por parte de los empleadores. Esta ambigüedad podría ser utilizada para despedir a trabajadores que participan en medidas de fuerza legítimas, lo que podría generar abusos e injusticias, abriendo la puerta a prácticas antisindicales.
- Aumento de la conflictividad laboral: Existe la preocupación de que la modificación, en lugar de promover la armonía en las relaciones laborales, pueda generar un efecto contrario. La potencial resistencia de los trabajadores a la

aplicación de esta nueva causal de despido podría derivar en un incremento de la conflictividad laboral, con medidas de fuerza más extensas o incluso la radicalización de las mismas.

Finalmente, y a modo informativo, tengan presente que esta modificación referente a causales de injurias, ya lo contemplaba el Decreto DNU 70/2023 (B.O. 20/12/2023), puntualmente en su artículo 80, y se replicó en dicha ley.

Habiendo desarrollado la modificación efectuada por esta ley bases al artículo en cuestión, retomamos con el desarrollo de los componentes de la injuria, indicando que es elemento objetivo de la misma, un acto contra derecho que afecte la relación laboral, enunciado en el 242 de la Ley de Contrato de Trabajo, incorporando expresamente como causas de despido o injuria laboral grave 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 primero, existe un intercambio de trabajo y salario -contrato de cambio-
- y en el segundo, existe un intercambio de promesas mutuas de comportamiento futuro. Dichas promesas 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 "injurias", 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 que 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 Ley de Contrato de Trabajo, 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 cocontratantes 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).

Nótese que deliberadamente se ha delimitado la extensión del daño a los componentes del contrato y no al ofendido, respecto de quien bastará que se produzca una afectación a sus intereses contractuales.

Esta delimitación resulta necesaria, teniendo en cuenta que pueden darse situaciones que provoquen un daño en la relación pero no a la contraparte contractual, aunque si éste se produce, será un elemento más a favor de la calificación del incumplimiento como injuria. De tal modo, la noción de daño no es ajena a la configuración de la injuria, aunque es pertinente distinguir el daño al contrato del daño a la contraparte contractual.

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 que se extingue la relación laboral con causa son:

- Primeramente, 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.

- En segundo lugar, gravedad cuantitativa y gravedad cualitativa, y diremos que 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.
- En tercer lugar, la oportunidad, y podemos expresar que si bien la ley no establece cuál 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 que el plazo comenzará desde que se tomó conocimiento, o pudo ocurrir que sea necesario instrumentar un sumario para investigar quién fue el autor de determinada conducta, con lo que, 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 Ley de Contrato de Trabajo y de equilibrar los dos valores en juego, haciendo un uso funcional de esas

potestades del empleador. Por un lado los “finés 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 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 Ley de Contrato de Trabajo, que establecen que su silencio está protegido.

Como indica Luis Saiach, la cuestión de **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 verificarse 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 que no resulta ajustado a derecho que la empresa despida directamente por una causa económica.

Dice el artículo 236 de la Ley de Contrato de Trabajo 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. Si el empleador se excediera, el empleado puede considerarse en situación de despido por exceso en la suspensión.

Asimismo, el trabajador tiene derecho a impugnar la suspensión, la que debe ser anoticiada por escrito, contener plazo cierto y fecha entre las que 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-, y 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.

La circunstancia de que no se haya aprobado u homologado el procedimiento preventivo no obsta a que el juez concluido aquel sin acuerdo, analice la cuestión a la luz del artículo 247 de la Ley de Contrato de Trabajo, ya que lo que resulta decisivo es que exista una

crisis concreta, que esté debidamente probada, que no se deba a su conducta y que ha tomado todas las medidas necesarias para paliar dichas consecuencias. Sin embargo, la ausencia de procedimiento preventivo obsta a la posibilidad de que el empleador pueda invocar siquiera la falta o disminución de trabajo o la fuerza mayor.

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.

No obstante, el profesional Enrique Herrera adiciona cuatro elementos más:

- Ajenos al deudor (léase empleador)
- Actuales,
- Sobrevinientes
- E impedimento absoluto de cumplimiento

El texto del artículo 247 de la Ley de Contrato de Trabajo, 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 de la Ley de Contrato de Trabajo
- Que se comience por el personal menos antiguo,
- Ante igualdad de antigüedad, comenzar por el que tenga menos cargas de familia.

Si bien es cierto que la mayoría de la doctrina asocia el concepto de fuerza mayor con la falta o disminución del trabajo, también llamada causa económica, para otra parte de la doctrina minoritaria, no es menos cierto que esta causal resulta autónoma a partir de la partícula disyuntiva “o” que utiliza el legislador.

Así, un incendio no es causal de fuerza mayor si se debió a la imprevisión de la empresa que no colocó térmicas o los resguardos correspondientes, tampoco lo es un derrumbe

sino fue a consecuencia de un huracán. Tampoco, la circunstancia del derrumbe del edificio del empleador, ya que es un hecho que debe ser contemplado por todo empresario porque son parte del riesgo propio a una organización y no puede trasladarse al trabajador. Misma negativa, ante una eventual clausura del local por parte de la autoridad respectiva.

El tema del **ausentismo laboral** es complejo, ya que no se trata solo de un hecho que pueda generar el despido, sino de conductas reiteradas, de pequeños incumplimientos que aislados no significarían nada pero que en el curso de los años, revelan que no se cumple debidamente con las obligaciones fundamentales del trabajador.

Deben 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 serán puntualizados por la vía epistolar y se advertirá al trabajador que, ante una nueva falta, será despedido.

Además, 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, o sea, el despido, y otra es la justificación de la ausencia, por lo que no cabe el despido por ausencias.

Se ha indicado que las ausencias reiteradas e injustificadas pueden constituir motivo autónomo de despido por justa causa, mas no encuadra en la prevista en el abandono, como acto de incumplimiento de trabajo del artículo 244 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Las inasistencias injustificadas y la última, determinante de la cesantía en conjunta, configuran la justificación prevista por el artículo 242 de la Ley de Contrato de Trabajo, al constituir una causal de injuria.

Dijimos anteriormente que la ausencia de un día no justifica el despido cuando no hay antecedentes anteriores, pero cuando sí los hay, puede serlo y aceptarse si se demuestra la existencia de numerosos antecedentes que habrían motivado otras sanciones. Por otro lado, las reiteradas ausencias sin justificación configuran injuria suficiente que no consiente la prosecución del vínculo, sin obligación de indemnizar.

Registrando el trabajador numerosas inasistencias con aviso, cabe presumir que las mismas fueron justificadas sí, no obstante su número y regularidad, no merecieron sanción o advertencia alguna por la empleadora.

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 Ley de Contrato de Trabajo.

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:

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

Veamos juntos algunos ejemplos de pérdida de confianza:

- Ocultamiento de mercaderías, ya que el hecho de sorprender al trabajador salir del establecimiento ocultando mercaderías es suficiente para determinar la causal.

- Las cajas pueden cometer supuestos típicos de la figura en razón de lo que manejan. Incurren en la situación de no marcar a determinadas personas todo lo que adquieren, ya que comprometen la cuantía de los ingresos de caja.
- También aquel empleado que sin autorización retira dinero. Se aplica además en aquel supuesto del trabajador que tuvo la intención de enriquecerse ilícitamente aunque la operación haya sido impedida por la empresa y la misma no haya sufrido perjuicio económico.
- Además, la tenencia por parte del trabajador de artículos denunciados como robados sin que diera explicaciones de cómo habían llegado a su poder son causa suficiente de la pérdida de confianza. Un insulto dirigido a compañeros de trabajo o gritos injuriantes, incluso así la empresa, también lo es como actitudes agraviantes.

Los casos más comunes que generan el despido son sustracciones o el intento de sustraer elementos de propiedad del empleador. En consecuencia, este se encuentra en la disyuntiva de denunciar el hecho o despedir.

Tengamos en cuenta que la denuncia de un hecho ilícito penal, en dicha sede judicial, conlleva la circunstancia de tener que atenerse a los avatares de la causa penal.

La absolución o sobreseimiento del trabajador en sede penal, no obsta, en principio, a que los jueces laborales determinen que la conducta de aquel configura injuria a los intereses del empleador, pues ambos tribunales ejercen potestades en ámbitos diversos y con finalidades distintas porque disímiles son los bienes jurídicos tutelados en uno y otro fuero.

Ahora bien. Dicho sobreseimiento, desde la perspectiva del trabajador, coloca al mismo en el receptor de una conducta agraviantemente a su honor que no permite que prosiga la relación laboral en los términos del artículo 242 de la Ley de Contrato de Trabajo, ya que no resulta equitativo que se le exija a la parte afectada la continuidad del vínculo en virtud del carácter personal de la prestación con su empleador que infundadamente lo denunció en sede penal por delito cometido en su establecimiento.

Sin embargo, la condena en sede penal y la comprobación de la culpa del trabajador, originan el perjuicio absoluto, y por ende, resulta válido el despido.

Si en el fuero penal se declaró prescripta la acción penal no hay sobreseimiento o absolución alguna al no haberse pronunciado respecto a la existencia o no del hecho denunciado, por ende, será el juez laboral quien tendrá expedita la posibilidad de

averiguar e indagar respecto a los hechos acontecidos sobre la base de la injuria laboral y no como configurantes del ilícito penal.

En tema salarios, se suspende preventivamente dicho pago hasta que se resuelva la causa penal pero se corre el riesgo que se deban pagar los salarios por el termino de suspensión -aunque la causa haya durado cinco años- y a su vez, tener que abonar las indemnizaciones por despido en el supuesto que el trabajador decida extinguir el vínculo o el empleador no decida proseguirlo.

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 compañeros 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 aprobación perturban el normal desenvolvimiento de la labor, lo que merecen reproche judicial y, por ende, su despido. Desafiar a pelear sumado a reiterados insultos de gruesos calibres es motivo del distracto laboral.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han analizado a través de sus resoluciones judiciales cuándo existe la agresión o riña en el ámbito laboral y cuáles son sus consecuencias, especialmente si están involucrados muchos trabajadores y si se encuentran comprendidos dentro de la causal justificada por despido.

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

Sin embargo, no se la debe confundir con la agresión. La primera es una actitud concertada de dos o más personas para agredirse mutuamente; la agresión, en cambio, parte de una sola persona.

Más allá de lo antes indicado, 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 la agresión corresponde al trabajador acreditar que fue en legítima defensa. Asimismo, la agresión recíproca 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.

Despedir a los dos participantes de una riña puede ser una buena política empresarial, aunque también despedir a uno solo, no se incurriría en discriminación si se valoran las circunstancias en que acaeció el hecho. Reaccionar físicamente con una bofetada a raíz de una provocación verbal es causal de despido de quien ha bofetado, ya que en esta situación, no se debe reaccionar y dar aviso a los superiores.

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.

Además es importante saber que 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.

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, por lo que el empleador no podía ejercer la facultad de intimar, en la medida que la trabajadora eligiera seguir prestando servicios hasta dicha edad.

Sin embargo, la reforma previsional, sancionada en diciembre de 2017, introdujo, entre otras cuestiones, la modificación de dicho artículo, que 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 lo siguiente: 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, también conocida como “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, o sea, 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.

Como hemos indicado, 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. Por lo dicho, 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 procura desvincularlo deberá abonarle las indemnizaciones pertinentes.

Asimismo 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.

Este artículo se caracteriza por ser una norma que no opera de pleno derecho, sino que requiere una manifestación expresa de alguna de las partes, es decir, si concurren los requisitos de la ley pero las partes no se han manifestado en ese sentido, la relación laboral continuará su curso normalmente sin que suceda su extinción.

Si bien el artículo 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. Dicha intimación debe ser escrita, ya sea por telegrama, carta documento, nota escrita firmada por el trabajador etc. También quedan excluidos los medios tecnológicos, como por ejemplo correo electrónico, whatsapp, facebook, etc.

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.

Téngase en cuenta que el deber de buena fe impone que si el trabajador adolece de algún impedimento, debe comunicarlo de manera fehaciente al empleador explicando los motivos del impedimento, así como de proceder a su iniciación si reúne los requisitos de ley.

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 Ley de Contrato de Trabajo, 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 de la Ley de Contrato de Trabajo, 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.

Asimismo, 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 del artículo 253 de la Ley de Contrato de Trabajo 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 artículo 245, ella se computaría “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.

Si bien la justicia se expidió sobre esta situación en el plenario de 2009 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo: "COUTO DE CAPA" fijándose la siguiente regla: "Es aplicable lo dispuesto por el art. 253 párrafo último de la Ley de Contrato de Trabajo al caso de un trabajador que sigue prestando servicios sin interrupción a las órdenes del mismo empleador, luego del goce del beneficio de la jubilación".

Y en igual sentido, la doctrina sentada por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, a partir del fallo dictado el 05/05/2010 en la causa "Liptak Ghiloni, Enrique contra ROBERTO L. BOTTINO S.A. sobre juicio de Indemnización por antigüedad", en líneas generales, como estaba redactado, provocaba incertidumbre y confusión.

Lo que realiza la reforma previsional (en su artículo 9), es incorporar un último párrafo al 253 de la Ley de Contrato de Trabajo: "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 Ley de Contrato de Trabajo 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, es decir, cómputo de la antigüedad considerando sólo el tiempo de servicios como trabajador jubilado, a fin de calcular las indemnizaciones previstas en la Ley de Contrato de Trabajo 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, incapacidad absoluta, muerte del trabajador, vencimiento de contrato a plazo fijo de una duración de 12 meses o más.

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 el trabajador se encuentra incapacitado totalmente 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 no 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 protectora 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.

El Dr. 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.

Este 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

Quizás la solución sería que promovida una demanda por desafuero para que un representante gremial pueda ser intimado a iniciar los trámites jubilatorios, no podría presentarse para un nuevo cargo gremial electivo, o en caso de presentarse al mismo no tendría efectos de protección, ya que la misma sólo regiría hasta el momento en que vencía su original mandato.

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 artículo 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 Ley de Contrato de Trabajo 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.

Más allá de haber analizado los distintos supuestos indemnizatorios contemplados en el artículo 253 de la Ley de Contrato de Trabajo, se debe tener en cuenta que en el caso de inexistencia de reingreso del trabajador ni continuidad tácita, es decir, cuando el trabajador se retira para acogerse al beneficio previsional, la liquidación final debida a que el trabajador obtuvo su jubilación equivale a una renuncia, días trabajados, vacaciones no

gozadas, sueldo anual complementario proporcional. Además, conforme el artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, no se abona indemnización.

Una cuestión más respecto al caso del despido de un trabajador que haya reingresado a las órdenes del mismo empleador: 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 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 Ley de Contrato de Trabajo 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”.

Según el 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”.

En realidad, el artículo 255 de la Ley de Contrato de Trabajo 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 Ley de Contrato de Trabajo 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 Ley de Contrato de Trabajo 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.”