

Una nueva sentencia que confirma la ineficacia del sistema de tutela del trabajador para los casos de despido arbitrario en Argentina

A new sentence confirming the ineffectiveness of the employee guardianship system for cases of arbitrary dismissal in Argentina

María Florencia Suárez¹

Universidad Nacional de Santiago del Estero, Argentina

Sumario: I. Resumen. II. El comentario. 1. Sobre el despido. 1.2 Sobre la reparación de sus daños. III. Conclusión. IV. Bibliografía.

Resumen: El texto realiza un comentario cuestiones atinentes al despido y la reparación de los daños que este produce en una sentencia de la Cámara Nacional del Trabajo Argentina, Sala IV, del 23-10-2019, denominada "Barrera, Ramón Esteban c/cooperativa de provisión y Almacenes Mayoristas Almacor Limitada- ordinario - despido", por la cual se admite la demanda entablada por el Sr. Ramón Esteban Barrera, quien fuera despedido por la patronal, cuatro días después de realizar el reclamo salarial, alegando una falsa causa fundada en una inasistencia injustificada. El sentenciante resuelve que, tratándose de un despido inicialmente fundado en justa causa que no fue acreditada, el mismo deviene en incausado, admitiendo, entre otras cosas, la pretensión de resarcimiento por el daño moral reclamado.

Palabras clave: Despido- tutela laboral- daño moral.

Abstract: T The text makes a comment on issues related to the dismissal and the rapartion of the demages that this produces in a ruling of Cámara Nacional del Trabajo Argentina, Sala IV, del 23-10-2019, denominada "Barrera, Ramón Esteban c/cooperativa de provisión y Almacenes Mayoristas Almacor Limitada- ordinario - despido", which admits the lawsuits filed by Mr. Ramón Barrera, who was dismissed by the employer, four days after making the wage claim, alleging a false cause based on a unexcused absence. The sentencer resolves that, in the case of dismissal iniatiially based on just cause, was not proven, it becomes incaused, admitting, among other things, the claim for compensation for the moral damage claimed.

Keywords: Dismissal- labour protection- moral damage.

I. EL COMENTARIO

1. Sobre el despido.

El contrato de trabajo supone una relación de poder producto de la desigualdad económica que existe entre los sujetos que lo integran, la cual coloca al trabajador

¹ Abogada graduada de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC - Argentina). Becaria Interna Doctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET - Argentina) con lugar de trabajo en el Instituto de Estudios para el Desarrollo Social (Indes). Magister en Derecho del Trabajo .Universidad de Palermo (UP - Argentina). Especialista en Derecho del Trabajo por la Universidad de Salamanca y Castilla La Mancha (España). Docente de la Universidad Nacional de Santiago del Estero, (Argentina) e Integrante del Consejo de Redacción de la *Revista Digital Trabajo y Sociedad* (ISBN: 1514-6871) y del Grupo de investigación Estudios del Trabajo. mflorsua@gmail.com, nuevoindes@gmail.com.

Recibido: 08/03/2020

Aceptado: 30/05/2020

en una posición de inferioridad y debilidad contractual² frente a poderes que, desde siempre, goza el empleador y este carece (Goldín, 2014). Es decir, un mayor poder de negociación, antes de formalizar la relación laboral y un poder disciplinario³, de dirección⁴, *ius variandi*⁵ y para despedir⁶, después. Esto provoca, naturalmente, el ejercicio de una enorme coacción que pesa sobre el trabajador, quien en todo momento⁷, teme a perder su puesto de trabajo. Capón Filas (1998) señalaba que el temor al despido y el consiguiente desempleo es un gran disciplinador social.

Por eso, se vislumbró la necesidad de reforzar su protección teórica y práctica a través de una serie de mecanismos y previsiones - como la protección contra el despido arbitrario⁸ o el principio de continuidad del contrato de trabajo⁹- que contribuyeron a crear un marco legal de tutela diferenciada del trabajador, con normas de protección nacional e internacional que gozan, en algunos casos, de la máxima jerarquía constitucional¹⁰.

Sin embargo, fallos como el presente, revelan la posibilidad de una mala utilización de la extinción (justificada falsamente o injustificada) del contrato de trabajo por parte del empleador; como mecanismo de represalia ante el ejercicio de determinados derechos legítimos de su dependiente; tales como afiliarse a la organización sindical, tomar parte en una medida de fuerza, reclamar el pago puntual de remuneraciones o el cumplimiento de cualquier otra obligación legal.

Se advierte, por lo tanto, un uso desviado y abusivo del despido en aquellos que son dispuestos con invocación de causas notoriamente ambiguas, falsas, insuficientes o imposibles de demostrar¹¹; o bien en supuestos donde a pesar de que la causa efectivamente existe, esta ha sido directa o indirectamente provocada (Toscani Gimenez, 2009) -de manera dolosa y fraudulenta- por el empresario. Esto es, rescisiones en las que el empleador propicia o induce directamente el motivo legalmente previsto, para poder despedir con causa y aprovecharse así de una situación más beneficiosa o de indemnizaciones reducidas.

Nos preguntábamos si esto último era en verdad posible, cuando durante la redacción de estas líneas tuvo lugar el brote del nuevo coronavirus, que motivara la declaración de pandemia por COVID -19, por parte de la Organización Mundial de la Salud (OMS)¹² y con ella; la posibilidad de invocar¹³ causas de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor¹⁴ para despedir¹⁵, como consecuencia del actual contexto de emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa,

² Llamada hiposuficiencia

³ Artículo 67 de la Ley de Contrato de Trabajo Argentina

⁴ Artículo 65 de la LCT

⁵ Artículo 66 de la LCT

⁶ En Argentina, incluso sin la necesidad de expresar causa. Artículo 245 de la LCT

⁷ Pero sobre todo en situaciones de crisis económica.

⁸ Art. 14 bis de la Constitución Nacional Argentina.

⁹ El Artículo. 90 y 10 de Ley de Contrato de Trabajo señalan una clara vocación de permanencia del contrato de trabajo, entendiendo que este se celebra por tiempo indeterminado y que en caso de duda debe estarse por la continuidad del mismo.

¹⁰ Con la Reforma Constitucional de 1994 se incorporaron a nuestra Constitución Nacional, en el art 75 inc.22, diversos tratados internacionales sobre derechos humanos, consagrando con jerarquía constitucional y status supra legal: el derecho internacional de los derechos humanos.

¹¹ Pero que en realidad "esconden o enmascaran" otra causa. Especulando, en algunos casos, con las demoras del consiguiente proceso judicial o buscando una ventajosa negociación con el trabajador, por ejemplo.

¹² Declaración del 11 de marzo del 2020.

¹³ De manera falsa, insuficiente o abusando del contexto de emergencia sanitaria.

¹⁴ Artículo 247 de la LCT

¹⁵ Esto fue prohibido por el Poder Ejecutivo mediante Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 329/2020, del 31 de marzo del 2020, ante noticias de despidos y suspensiones dispuestos por el sector privado. <https://www.pagina12.com.ar/257000-techint-avanzo-sobre-el-eslabon-mas-debil>.

previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, según lo estableciera la Ley 27.541.

Algo similar ocurre, por ejemplo, con el ejercicio del *ius variandi* por el cual -si bien es cierto se prohíbe su aplicación sancionatoria¹⁶- se faculta al empleador a introducir cambios relativos a la forma y modalidades de la prestación laboral, en tanto estos no resulten irrazonables; habilitando, caso contrario, al trabajador a darse por despedido sin causa de manera indirecta, mecanismo que resultaría menos resultaría ineficaz, como forma de tutela de los derechos del trabajador ante abusos o incumplimientos de la patronal¹⁷.

También se podría plantear una "zona gris" y consiguiente ámbito propicio para arbitrariedades- o incluso despidos discriminatorios- con la rupturas contractuales motivadas en la salud del trabajador. El artículo 254 de la LCT, por ejemplo, prevé la posibilidad de despedir a un trabajador por incapacidad física o mental sobreviniente a la iniciación de la prestación de servicios. Imaginemos la situación cuando, producto de un accidente o enfermedad, resultase una disminución definitiva en la capacidad laboral del trabajador y éste no estuviere en condiciones de realizar las tareas que anteriormente cumplía. Según dicho artículo, el empleador debería asignarle otras que pueda ejecutar sin disminución de su remuneración. Pero si este no pudiera dar cumplimiento a esta obligación por causa que no le fuere imputable- o no se le pudiera imputar¹⁸- deberá abonar al trabajador una indemnización reducida¹⁹.

En este marco y sin ir más lejos, la posibilidad otorgada al empleador de extinguir el contrato de trabajo sin ofrecer causa²⁰ y en cualquier oportunidad, en el sistema jurídico argentino, no hace más que acentuar, por un lado, aquella natural disparidad que existen entre los sujetos que integran el mismo y, por otro, constituir un elemento que acrecienta el carácter arbitrario y abusivo del mismo, ya que el trabajador se enfrenta a un acto profundamente lesivo para su persona sin siquiera poder pedir explicaciones a su empleador. De hecho, este constituye el recurso más utilizado para concretar despidos discriminatorios²¹.

En este sentido, el tribunal caracterizó al despido represalia del Sr. Barrera como una relación género- especie con el despido discriminatorio, que se produce, directa o indirectamente, cuando el trabajador realiza una conducta lícita y como consecuencia de su actuar, el empleador lo despide o lo pone en situación de despido porque el actuar lícito del trabajador altera directa o indirectamente sus intereses. Esta representaría una medida "disciplinaria", que suele utilizarse por los empleadores como un despido "ejemplificador", para que el trabajador y sus compañeros (actuales y futuros) sepan qué actitudes pueden tomar y cuáles no, ya que desobedecer dicha directiva pondría en riesgo su fuente de trabajo y medio de subsistencia.

Lo anteriormente expuesto, nos permite sostener que, si la tarifa del despido no repara integralmente el daño -como veremos en el siguiente apartado- y si el acto

¹⁶ A través del Artículo 69 de la LCT.

¹⁷ Al respecto Barrera Nicholson (2006), señala que "sostener que cuando la ley dice que no se puede innovar en las condiciones y modalidades del trabajo, el empleador conserva su potestad de despedir aparece como claramente contradictorio. En primer lugar ¿el despido no significa que se innova, radicalmente diríamos, en las condiciones y modalidades del trabajo? No se nos escapa que la norma refiere a las condiciones en las que el trabajo se prestaba hasta el momento del conflicto, pero si no se puede modificar lo menos ¿se puede modificar lo más?" (P.3)

¹⁸ El agregado me pertenece.

¹⁹ Igual a la prevista en el artículo 247 de la LCT.

²⁰ Art. 245 de la LCT

²¹ Incluso hay quienes sostienen, como Gastón Leandro Medina (2012), que la decisión unilateral del empleador de extinguir el contrato de trabajo sin que medie una causa objetiva de despido resulta ser, en sentido jurídico, un ostensible acto discriminatorio al interior del colectivo de trabajadores. Así, quien segrega a uno o más trabajadores sin razones objetivas, o sin explicar ni manifestar las existentes, ejerce una conducta jurídicamente discriminatoria al brindar un trato desigual a un sujeto de entre otros en igualdad de condiciones.

de despedir (con falsa causa o aún sin causa), suele funcionar como una sanción o represalia; o los que es peor, como recurso para encubrir actos discriminatorios o de simple conveniencia o especulación económica; cualquier ejercicio de derechos por parte del trabajador queda severamente limitado en un sistema de estabilidad impropia²² como el nuestro.

1.2 Sobre la reparación de sus daños

Luego de establecer las características del despido (discriminatorio- represalia), el tribunal reconoció, entre otras cosas, la existencia de un daño extracontractual y admitió la pretensión de resarcimiento por el daño moral reclamado.

En primer lugar, habría que resaltar el carácter excepcional de la solución otorgada, que como bien aclara el fallo²³, es una medida que se da:

“Cuando las condiciones en que se extinguió el ligamen muestran nítidamente la salida de ese estándar- ya de por sí nocivo para el trabajador- que queda comprendido en el remedio del art. 245 LCT. Esta indemnización adicional procede cuando la actitud de la empleadora excede el ámbito contractual en detrimento del trabajador, que por esta misma circunstancia no estaría cubierto por la tarifa. Dicha conducta excesiva deviene lesiva de bienes patrimoniales o extrapatrimoniales del dependiente, que acarrea la obligación de resarcir integralmente esos daños, pues el accionar supera parámetros razonables”.

Solo ocasionalmente en nuestra praxis es reconocida la reparación de daños extrapatrimoniales. La regla general para los casos de despidos injustificados (o abusivos, discrecionales o incluso provocados, como hemos visto, salvo los discriminatorios), es la indemnización tarifada²⁴, a partir de la cual se repara la totalidad los perjuicios sufridos, es decir tanto el daño material; como moral emergente de la ruptura.

Esto nos ha llevado a preguntarnos tres cosas. Primero, si acaso en todos los supuestos de despidos sin causa, no se produce también una conducta lesiva que genera daños extracontractuales, al trabajador en su órbita extrapatrimonial (daños a su proyecto de vida, daños psicosomáticos, pérdida de chances y oportunidades, daño moral, etc.), los cuales no están incluidos en la tarifa pero que también merecerían que la reparación integral²⁵ en sede laboral, sea la regla y no la excepción en nuestro país.

Segundo, habida cuenta de la insuficiencia de la tarifa para reparar la totalidad de los daños producidos, ¿qué función cumpliría entonces la indemnización prevista en nuestro sistema jurídico, como consecuencia legal para los casos de despido sin causa? Ojeda (2008) describe, al menos, tres:

²² Sistema de estabilidad receptado en nuestro país por el cual la relación de trabajo puede finalizar a instancias del empleador, sin invocación de causa alguna, siempre que cumpla con el pago de la indemnización tarifada prevista. Sin posibilidad de reclamar la nulidad del acto y reinstalación al puesto de trabajo.

²³ CNAT, Sala IV, 23-10-2019, “Barrera, Ramón Esteban c/cooperativa de provisión y Almacenes Mayoristas Almacor Limitada- ordinario – despido”

²⁴ La indemnización se encuentra tarifada en función de la antigüedad y la remuneración que posea el trabajador al momento del despido, y limitada a un tope en relación al promedio de remuneraciones previstas en los convenios colectivos aplicables.

²⁵ Artículo 1740 del Nuevo Código Civil Argentino. Reparación plena. La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable.

La primera disuasiva- sancionatoria como técnica de protección del despido. Es decir que busca de manera preventiva desalentar al empleador a despedir sancionando la conducta antijurídica del empleador. La segunda función es la de amortiguar el desamparo económico subsiguiente. Esta posición hace hincapié en la situación del trabajador desocupado es decir en situación de paro forzoso. Se trataría entonces de una técnica preventiva que, basada en dicha finalidad, puede fundamentarse como un instrumento de la previsión social que el legislador puso a cargo del empleador y el estado. Y por último, la tercera es la función económica de reducción de los costos secundarios y terciarios. Con ella Ojeda expresa que cuando la función preventiva o disuasiva de la indemnización fracasa y el despido se concreta, surge el problema de identificar los daños causados y asignarlos, es decir imputar sobre cuál patrimonio han de recaer sus consecuencias, que claramente será el del empleador.

A las que podríamos agregar una cuarta descrita por Enrique Herrera, (como se cita en Brain, 2016) como "punitiva", porque funciona como sanción o penalidad ante el quiebre del principio de continuidad de la relación laboral.

Los autos en cuestión permiten refutar cada una de ellas y sostener que, en realidad, la reparación prevista en la ley no cumpliría, en principio, ninguna de las funciones para la que fue concebida. Pues, lejos de disuadir al empleador para despedir y proteger al trabajador, lo habilita a hacerlo, a través del art 245 de la LCT y de una serie situaciones que se muestran propicias para despedir abusivamente, como hemos visto. Tampoco puede sostenerse válidamente que dicha indemnización repare integralmente el daño que se produce, no solo porque excluya el daño moral, sino también porque según Brain (2016), esta ha sido dispuesta por el legislador teniendo en cuenta el mercado de trabajo y no al trabajador²⁶ y cubre el daño hacia atrás, "basándose en la antigüedad del trabajador, y no en las consecuencias inmediatas y mediatas que debe afrontar el trabajador y su grupo familiar, luego de su despido". Por lo tanto, tampoco amortizaría el desamparo económico subsiguiente. A decir verdad resulta difícil pensar que los trabajadores despedidos encuentren un empleo equivalente al que han perdido. En todo caso es más probable que logren incorporarse a un puesto de trabajo peor, o más precario que el que tenían. Menos aún, podría pensarse que esta funcione como sanción o penalidad para el empleador, quien puede determinar de antemano el costo de su accionar y especular con él.

En tercer y último lugar, recordando las palabras del tribunal en cuanto dispuso que tratándose de un despido inicialmente fundado en justa causa que no fue acreditada, el mismo deviene en incausado, nos preguntamos si es lo mismo un despido sin causa; que uno donde la causa alegada por el empleador nunca existió; o bien fue provocada por él mismo; haciendo un uso arbitrario²⁷ y abusivo²⁸ de este instituto y, si en tal caso, correspondería otorgarle idéntico tratamiento. O si en

²⁶ La tarifa no tiene en cuenta su situación personal y particular; sino la del empleador que posee un costo y que puede ser determinado de antemano.

²⁷ Al respecto aclara Bidart Campos (en La Constitución Reformada, T. II, Ed. Ediar 2009) señaló que "Parecería, a primera vista, que si el art. 14 bis impone la protección contra el despido arbitrario, deja desguarecido al que, sin serlo, carece de causa. No es así. Lo que ocurre es que, a nuestro criterio, una cosa es el despido que por su arbitrariedad resulta agravante o injurioso para el empleado, y otra parcialmente distinta es el despido incausado". "Bidart Campos señala que se debe tener presente que cuando "el constituyente de 1957 califica al despido protegido con el adjetivo "arbitrario", hay que dar por cierto que ha usado el concepto tradicional de arbitrariedad que desde siempre acuñó la doctrina y la jurisprudencia". Entonces, "no todo despido sin causa es arbitrario y la sanción que se previere para el despido arbitrario debe ser más severa para el empleador que la establecida para el despido sin causa, puesto que nos encontramos ante un supuesto de ruptura de la relación laboral gravemente agravante, injurioso, ofensivo e irrazonable".

²⁸ El artículo 10 del nuevo Código Civil dispone que la ley no ampara el ejercicio abusivo de derechos y faculta al juez a ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.

realidad, estaríamos ante un acto doblemente ilícito. Nos referimos a un modo agravado de antijuridicidad del despido que lo tornaría doblemente reprochable. Si el despido sin causa constituye, en sí, un acto antijurídico, al dañar- injusta y arbitrariamente- al sujeto trabajador en su persona y en sus bienes, en violación a garantías constitucionales (Ar. 14 bis), el obrar doloso y fraudulento que se perpetra al invocar una falsa causa o intentar provocarla, configuraría una segunda situación más gravosa, no pudiendo acarrear la misma consecuencia que el anterior²⁹.

III. CONCLUSIÓN

El fallo revela una vez más insuficiencia del régimen de tutela vigente en Argentina y la ineficacia de la protección con la que debiera contar el trabajador para poder exigir el cumplimiento de los deberes por parte del empleador, como los salariales que reclamó el actor, por ejemplo. La reparación prevista en la ley (indemnización tarifada) no cumpliría, en principio, ninguna las funciones para la que fue concebida, al no protegerlo ni reparar integralmente el daño derivado de la pérdida del empleo en los casos de despidos represalia como el de Barrera; pero tampoco los casos de despido sin causa en general.

Lo que nos permite finalmente plantear si no es necesario someter a un nuevo examen el actual régimen de despido, en correspondencia con el constitucionalismo social, los derechos fundamentales y los derechos humanos constitucionalizados³⁰, para analizar si el mantenimiento del régimen indemnizatorio actualmente vigente no implica recortes inadmisibles en materia reparatoria.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- BIDART CAMPOS. *La Constitución Reformada*, Tomo II, Buenos Aires, Ediar, 2009.
- BRAIN, DANIEL HORACIO. *La reparación tarifada e integral ante el despido arbitrario. Influencia y aplicación del Código Civil y Comercial de la Nación*. Santa Fe, RubinzalCulzoni, 2016, P.193.
- BARRERA NICHOLSON, Antonio. *Tres casos de despidos nulos. En fraude a la ley, discriminatorio e incausado*, (Inédito), 2006.
- CAPON FILAS, Rodolfo. *Derecho del Trabajo, "Sentido del despido arbitrario"*, Buenos Aires, Platense El Dial, DC9B5.
- GOLDIN, Adrián O. *El derecho del trabajo: conceptos, instituciones y tendencias*. Buenos Aires, Ediar, 2014.
- MEDINA, Gastón Leandro, "El despido incausado como acto discriminatorio", Revista Anales (Número 43). La Plata, Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales, 2012, P 353-363

²⁹ En España se los ha denominado "despidos en fraude de ley" y a pesar que no cuentan con recepción legal, existen antecedentes jurisprudenciales que los han sancionado con la nulidad del acto y correspondiente reinstalación del trabajador al puesto de trabajo.

<https://elderecho.com/declaran-nulo-por-fraude-de-ley-el-despido-de-tres-trabajadores-del-sae>

http://digibuo.uniovi.es/dspace/bitstream/10651/34567/6/TFM_SuarezLopez,%20J.A.pdf

³⁰ Como el derecho al trabajo. Este aparece mencionado, con diversa formulación, principalmente en: la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) (artículo. 23.1), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) (artículo. 6) y en el sistema interamericano queda reconocido por el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, 1996), que en su artículo 7 habilita, inclusive, a la readmisión al mismo en caso de despido sin justa causa. Todos ellos incluidos en el Art 75 inc. 22 de nuestra CN a partir de 1994.

OJEDA, Raúl Horacio. *Tratado de Derecho del Trabajo. Tomo IV. La Relación Individual del Trabajo- III*, Santa Fe, RubinzalCulzoni, 2008, P. 253-262.

TOSCANI GIMENEZ, Daniel, "Garantía del trabajador frente al despido arbitrario, discrecional o provocado por el propio empresario", *Revista de Derecho Social*, 46, España, Editorial Bomarç, P. 97 a 119.