



Proyecto de modificación del artículo 245 de la LCT.

## **DESPIDOS SIN CAUSA: CAMBIAR PARA QUE NADA CAMBIE**

**POR DI GIORGIO, FEDERICO H.**

Recientemente se ha presentado un proyecto de ley que pretende la modificación del artículo 245. El proyecto innova eliminando los topes máximos incluidos en la tarifa legal. Sin embargo los efectos del fallo Vizzoti c/ AMSA y la pasividad del Ministerio de Trabajo en el cálculo de los salarios promedios de convenio han vuelto a los mismos casi en inexistentes desde hace más de un año. La reforma necesaria del tratamiento que la ley argentina hace sobre estabilidad en el empleo y la adecuación de la misma al texto de la constitución aún se hace esperar.

El día 03 de marzo pasado, en la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, fue iniciado el expediente 0214-D-06. El mismo corresponde al Proyecto de Ley presentado por el diputado Héctor Pedro Recalde del Frente para la Victoria – PJ y que lleva por título “*Contrato de Trabajo, Ley 20744: modificación del artículo 245, sobre indemnización por antigüedad o despido*”. El breve proyecto de ley propone la modificación de la actual redacción del artículo correspondiente a la indemnización por antigüedad o despido manteniendo el párrafo primero de la misma, eliminando los párrafos segundo y tercero y elevando de un mes a dos meses el tope indemnizatorio mínimo.

Sin embargo la reforma propuesta es, en estos días, meramente virtual debido en menor medida a la doctrina del fallo Vizzoti c/ AMSA y en mayor medida a la inacción del Ministerio de Trabajo en el cálculo de los salarios promedios correspondientes a los 261 convenios colectivos homologados en el año 2005, demora que actualmente alcanza a cerca del 50% del total de los convenios. Por otro lado la reforma propuesta es conservadora del régimen vigente en tanto no soluciona la adecuación del texto de la ley al mandato expreso de la constitución de tutelar la estabilidad en el empleo del trabajador del sector privado, protegiéndolo contra el despido arbitrario. De este modo, la propuesta en debate en el Poder Legislativo no innova respecto de las necesidades actuales en materia de estabilidad.

### **EL ARTÍCULO 245 Y LA REFORMA PROPUESTA.**

El artículo 245 de la LCT establece la indemnización por antigüedad o despido. La técnica legislativa empleada es sencilla: el quantum de la indemnización será al equivalente de multiplicar un mes de sueldo (llamado base de cálculo) por cada año de servicios o fracción mayor de tres meses. A esa ecuación se aplican dos topes uno mínimo aplicable al total de la indemnización consistente en



1 mes de sueldo, y uno máximo aplicable a la base de cálculo y consistente en la imposibilidad de que ésta supere el triple del salario promedio de convenio aplicable a la relación laboral.

Cabe preguntarnos cuál es la causa jurídica de la existencia de esta indemnización. La doctrina es unánime en reconocer una doble naturaleza a la indemnización del artículo 245: la primera de carácter reparador, la segunda de carácter penal. La primera causa intenta reparar sobre una base objetiva el daño presunto que sufre el trabajador con motivo del distracto. La segunda, disuadir al empleador del ejercicio abusivo de recurrir al despido con ausencia de motivación clara. El sector doctrinario más conservador entiende al despido como un “*hecho que se halla en el curso normal de las cosas*” (Vázquez Vialard “*Tratado...*” 1984). La doctrina más progresista comprende que el distracto sin expresión sin causa constituye una conducta ilícita por parte del empleador, quien al no expresar la causa del mismo, redundando en un abuso de poder quebrantando unilateralmente el contrato de trabajo, alterando las condiciones de vida del trabajador y su familia y esencialmente no permitiéndole conocer el motivo de su despido ni poder defenderse ante la existencia de los mismos. Entonces a la tarifa se impone la reinstalación en el puesto y el derecho del trabajador de ejercer su propia defensa. Esta insalvable disparidad nos lleva obligatoriamente a preguntarnos cuál de estas argumentaciones y sus relacionadas técnicas legislativas cumplen de mejor forma con el mandato del artículo 14 bis de la Constitución Nacional de “*protección contra el despido arbitrario*”. Volveremos sobre este interrogante más adelante.

Volviendo a la técnica legislativa, en materia de topes, la redacción original de la ley 20.744 de 1974 estableció un tope máximo de tres veces el salario mínimo vital y móvil vigente al momento de la extinción del contrato de trabajo, no innovando en este sentido la reforma dictatorial de la ley 21.297. Durante el período de vigencia de la ley 23.697 (del 25 de septiembre de 1989 al 26 de diciembre de 1991) los topes fueron eliminados. Mas con posterioridad a la ley 24.013, los topes máximos y mínimos volvieron a ser impuestos, esta vez tomando como el tope máximo para la base de cálculo al salario promedio que surge de los convenios colectivos de trabajo aplicables a la relación laboral.

La jurisprudencia ha sido contraria a la aplicación de los topes cuando éstos, por mesurados, pulvericen la indemnización desnaturalizando así el derecho que pretenden proteger. Esta doctrina se ha repetido en *Ulman c/V.A.S.A.* (TySS 1984:966), *Paluri c/ Establecimientos Metalúrgicos Santa Rosa S.A.* (Fallos 306:1964), *Grosso c/ San Sebastián S.A.C.I.F.yA.* (L.L.1991-B:220), *Martinelli c/ COPLINCO Platense de I.C.S.A.* (D.T. 1994-A:713), *Vega c/ Consorcio de Copropietarios del Edificio Loma Verde* (DT 1994-A:632) y *Rivero c/ E.L.M.A.* (DT 1997-A:664). Sin embargo la doctrina posterior a la ley 24.013 y en particular al fallo *Villareal c/ Roëmmers* (DT 1998-A:515) cerró la buena fortuna de los topes que no son puestos en duda en tanto, a partir de la reforma, éstos son generados indirectamente por las partes en el contrato individual de trabajo al tomarse como referencia un Convenio Colectivo en que ambas estuvieron representadas.

La artificiosa *pax* que impuso *Villareal* fue quebrada solamente por el reciente fallo del 14 de septiembre de 2004 cuando en los autos *Vizzotti c/ AMSA S.A.* la Suprema Corte se expidió respecto de la constitucionalidad de los topes máximos incorporados por la ley 24.013 al texto del artículo 245 de la Ley de Contratos de Trabajo. La solución encontrada por la Corte, técnicamente discutible, admite, en principio la tarifación de la indemnización por despido sólo cuando la aplicación de los topes máximos contenidos en la misma hagan que el monto total indemnizatorio pueda verse



reducido en más de un 33% (pauta recogida de la jurisprudencia de la Corte relativa a que la confiscatoriedad fiscal). En ese caso, corresponderá aplicar la limitación a la base salarial prevista en los párrafos segundo y tercero del art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, sólo hasta el 33% de la mejor remuneración mensual normal y habitual computable.

En materia de topes, el proyecto en análisis pretende la eliminación de los párrafos segundo y tercero del artículo 245 y con ello de toda referencia al tope máximo. Carecemos de datos precisos, pero nos permitimos sospechar que la cantidad de relaciones laborales respecto de las cuales habrá de seguirse la doctrina *Vizzotti* es mínima en relación al conjunto de la clase obrera.

### **EL CARÁCTER VIRTUAL DE LA REFORMA PROPUESTA. LA RESPONSABILIDAD DEL MINISTERIO DE TRABAJO EN EL CÁLCULO DE LOS SALARIOS PROMEDIO DE CONVENIO.**

La tarifa del actual artículo 245 prevé la aplicación de un tope máximo sobre la base del triple del promedio que resulta de las escalas salariales contenidas en el convenio colectivo que resulte de aplicación. En cuanto a quien es el encargado del cálculo de ese promedio, la norma es suficientemente diáfana, dice la norma: *“Al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social le corresponderá fijar y publicar el monto que corresponda juntamente con las escalas salariales de cada Convenio Colectivo del Trabajo”*.

En otras palabras el encargado del cálculo del salario promedio de cada convenio colectivo es el Ministerio de Trabajo, ningún otro sujeto puede arrogarse esa función. Si el Ministerio no cumple con la manda legal y no calcula el salario promedio de los convenios, entonces no existe tope y por consecuencia indemnización habrá de calcularse sin topes. El silogismo es sencillo y la jurisprudencia ha sido conteste en este sentido: *“La indemnización del artículo 245 de la LCT debe fijarse sin tope máximo si el convenio colectivo específico de la actividad no lo prevé, no resultando admisible que se aplique por analogía un convenio colectivo ajeno”*. (García c/ A.C.A. TySS 00:337).

La negociación colectiva del último bienio correspondió casi exclusivamente a la actualización de las escalas salariales previstas en convenios colectivos de trabajo de décadas anteriores. El artículo 245, en su actual redacción, utiliza indirectamente a esas escalas salariales para el cálculo del tope máximo al recurrir al promedio de las mismas. El texto de la norma prevé que el cálculo de ese promedio lo haga exclusivamente el Ministerio de Trabajo de la Nación. Sin embargo el Ministerio de Trabajo evidencia una extraordinaria demora en el cálculo de esos promedios.

Desde un punto de vista procesal-administrativo, dentro de la compleja estructura de la *Dirección Nacional de Relaciones del Trabajo* es competencia de la *Unidad Técnica de Investigaciones Laborales* (U.T.I.L.) el cálculo del salario promedio de cada convenio. La normalidad de la costumbre administrativa nos indica que los expedientes conteniendo proyectos de CCT son remitidos a la U.T.I.L. una vez que la *Asesoría Legal y Técnica* de la Dirección ha dictaminado sobre la legalidad del acuerdo. Expedida la U.T.I.L. en lo que hace a los topes es devuelto a la *Asesoría Legal y Técnica* quien elabora el proyecto de acto homologatorio y remite el expediente, a través del *Director*



*Nacional de Relaciones del Trabajo, al señor Ministro de Trabajo o a la Secretaria de Trabajo a los fines de la homologación.*

Pero debemos señalar una realidad. En los años 2004 y 2005 se negociaron principalmente Actas Acuerdo que renovaron las escalas salariales de los convenios colectivos vigentes. Los datos aparecidos en los informes sobre Negociación Colectiva de este Observatorio del Derecho Social son evidentes: en 2004 se actualizaron 206 escalas salariales (gráfico 7.a. página 15) y en 2005 se actualizaron 355 escalas salariales (gráfico 7.a. página 17)\*. La magnitud de esa actividad negocial parecería haber desbordado las capacidades de la U.T.I.L. y al punto que **el 47% de los CCT o Actas Acuerdo son homologados o registrados sin cumplir el cálculo previo de los salarios promedio de convenio.**

Los convenios colectivos carentes del cálculo de los salario promedio de convenio no corresponden solamente a unidades de negociación menores, si no también a unidades de negociación de ámbito mayor. A mero título ilustrativo, el Acta Acuerdo registro 192/05 firmada el 29 de Junio de 2005 por la Federación Argentina de Empleados de Comercio (FAECyS) y que renovó las escalas salariales para la actividad mercantil (con una cobertura aproximada de un total de 2.000.000 de trabajadores) al día de la publicación del presente comentario carece de cálculo del promedio de las remuneraciones y por ello de topes.

En síntesis el Ministerio ha calculado apenas la mitad de los topes que la ley manda y esa demora podría deberse a tres motivos. El primero a una falta de los recursos humanos y materiales indispensables para hacer frente a la cantidad de negociaciones colectivas. Una segunda explicación puede encontrarse en la desidia de quienes se encuentran al frente de la DNAS y la UTIL para cumplir con sus mandatos legales. La tercera a una decisión política deliberada de acompañar la tendencia generada por el anteriormente citado fallo *Vizzotti c/ AMSA*. Lamentablemente es imposible identificar cuál de los tres es el verdadero, pero sospechamos que debería encontrarse una respuesta al interrogante en una combinación entre el primero y tercero de los motivos mencionados: ciertamente la cantidad de negociaciones colectivas en este último bienio exorbita los promedios de los años anteriores, sin que el Ministerio de Trabajo haya producido modificaciones considerables en el material y personal afectados a la función que den una respuesta satisfactoria a ese crecimiento, pero al mismo tiempo la presencia de la doctrina *Vizzotti* hace que la aplicabilidad del promedio haya sido puesta en duda y tal vez se utilice esta “*resistencia administrativa*” (de algún modo hay que llamarla) para introducir cambios al texto de la ley sin vulnerarla.

Respecto de la influencia del proyecto de reforma, y volviendo sobre las sospechas contenidas en el último párrafo del título anterior, volvemos a preguntarnos a cuántas relaciones laborales habrá de aplicarse la doctrina *Vizzotti*. Por lo expuesto debemos responder que el número que se obtenga deberá dividirse, al menos, por la mitad.



## **LA AUSENCIA DE RESPUESTA AL MANDATO CONSTITUCIONAL Y LA FALTA DE PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO.**

Como hemos señalado, el proyecto 0214-D-06 mantiene la actual redacción del párrafo 1° del artículo 245 pero elimina el “*tope máximo*” de los párrafos segundo y tercero y amplía el “*tope mínimo*” de uno a dos meses de sueldo. Fundamenta la reforma en que “*la aplicación de dicho tope es contraria a los derechos consagrados en el artículo 14 bis de nuestra Carta Magna, en tanto las indemnizaciones por despido sin justa causa se ven menguadas en gran parte, perdiendo así su sentido reparatorio y consecuentemente la protección contra el despido arbitrario se torna incompleta e insuficiente, en palmaria contradicción con el precepto constitucional*”. Más adelante, también se garantiza el carácter conservador de la reforma propuesta “*la eliminación del tope indemnizatorio en nada menoscaba el sistema tarifado previsto por la ley 20.744*”.

Recordemos que el artículo 245 se limita a “tutelar” la estabilidad en el empleo del trabajador poniéndole un precio al despido. Ese precio es variable y depende de dos factores la antigüedad del trabajador en el puesto y la remuneración que percibe. Según el texto de la ley, el trabajador queda sujeto a la discrecionalidad del empleador quien puede despedirlo sin necesidad de argumentar causas graves (v.g.: injurias del trabajador), es más sin expresar causa alguna. En otras palabras, el trabajador, la parte más débil en la relación laboral, queda absolutamente sujeto la libre irracionalidad del empleador en cuanto a la duración del contrato de trabajo.

Sin embargo, destacamos que el proyecto señala su carácter conservador del régimen vigente sin por ello poder saciar la imperiosa necesidad de reformar el sistema tarifado en concepto de indemnización de despido sin justa causa.

Sucede que el sistema elegido por el legislador en el artículo 245 evidencia una evasión en la garantía a “*la preferente tutela*” del trabajador en recientes palabras de la C.S.J.N. La tutela de los derechos del trabajador comienza con la imposición del contrato de trabajo y su protección y esta imposición y protección no puede ser vulnerada ni por las partes del contrato ni por el propio legislador.

Del carácter continuo de las prestaciones en la relación laboral nace el derecho de permanencia del trabajador en su puesto de trabajo y de esa permanencia deriva el derecho a la estabilidad. Ante la “*protección contra el despido arbitrario*” que el artículo 14 bis asegura al trabajador, la respuesta del legislador que interviene en el contrato de trabajo debe ser suficientemente severa en elación de las subjetividades y arbitrariedades del empleador. Creemos que en ese sentido restan al legislador, además de la tarifa como variable insuficiente, sólo dos alternativas posibles: la primera condicionar la facultad del empleador a despedir sólo cuando existan motivos graves, y la segunda facilitar al trabajador fueros en los que se le permita cuestionar la gravedad de la causa del despido. Además del Convenio 158 y la Recomendación 166 de la OIT, otros sistemas comparados prevén la opción del trabajador de reclamar su readmisión en el empleo propuesta y en nuestro país se está abriendo camino en la jurisprudencia aplicándose a supuestos especialmente graves la ley 23.592 merced a un debate abierto en la doctrina e impulsado principalmente por Moisés Meik.



Las alternativas señaladas son consecuentes con un derecho del trabajo propio de naciones democráticas y la arbitrariedad en las relaciones laborales, y en este caso en el instituto del despido, sólo en la tiranía cabe.

## **CONCLUSIONES.**

Como conclusión, el proyecto 0214-D-06, intenta, a partir de la eliminación de los párrafos segundo y tercero del artículo 245 y con ello toda referencia al tope máximo que se calcula sobre la base del triple del salario promedio de los convenios colectivos de trabajo. Sin embargo, la reforma que a simple vista parece auspiciosa, no lo es tanto en tanto no produce modificación alguna en un área del derecho del trabajo que requiere de una modificación severa. A partir de la doctrina Vizzotti, el efecto de los topes se ha visto reducido sobre las indemnizaciones más altas. Por su parte ante el incumplimiento del Ministerio de Trabajo en calcular los promedios, son menos los contratos de trabajo a los que resulta aplicable tope alguno.

En otras palabras, la CSJN ya ha hecho lo suyo en Vizzotti, y en forma silenciosa y absolutamente inadvertida, la UTIL, la DNAS y el Ministerio de Trabajo se ha ocupado de hacer lo propio en materia de topes. Entonces el proyecto en ciernes habrá de tener un efecto casi nulo sobre las relaciones laborales como se van desarrollando en estos últimos tiempos, pese al debate generado y a la publicidad sobre el mismo.

Coincidimos con el proyecto en que la reforma en materia de estabilidad en el empleo es urgente, sin embargo insistimos en que la vía seleccionada no es la correcta.

Pero como nuestra intención no es solo señalar lo erróneo del camino elegido por el legislador, sino proponer alternativas, nos atrevemos a recordar lo sostenido por García, Gianibelli, Meguira, Meik y Rozenberg en "*Tiempo de Derechos*", acerca de la necesidad de adecuar la normativa nacional en materia de estabilidad, incorporando técnicas jurídicas que no repugnen a la protección adecuada contra el despido arbitrario. En ese sentido resulta necesaria la inserción en el texto legal del ejercicio de la opción de reclamar la readmisión en el empleo del trabajador mal despedido, permitiéndole recurrir a procedimientos expeditos previstos autónoma o heterónomamente, que operen como garantía en protección del trabajador y que le permitan, esencialmente, ejercer su legítimo derecho de defensa ante la conducta expulsiva del empresario. ■

---

\*N.B.: Nuestros informes sobre el Estado de la Negociación colectiva pueden ser consultados en [www.observatoriocta.org.ar](http://www.observatoriocta.org.ar).