

Voces: FRAUDE LABORAL - PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL TRABAJO - BUENA FE - IN DUBIO PRO OPERARIO - INDEMNIZACIÓN POR FALTA DE REGISTRACIÓN - DETERMINACIÓN DEL MONTO INDEMNIZABLE - REGISTRACIÓN DEFECTUOSA - RELACIÓN DE DEPENDENCIA - PROCEDIMIENTO DE CRISIS - DESPIDO SIN JUSTA CAUSA

Título: La protección del trabajo, los incumplimientos del empleador y el art. 247 de la LCT

Autor: Serrano Alou, Sebastián

Fecha: 3-sep-2009

Cita: MJ-DOC-4368-AR | MJD4368

Producto: LJ

Sumario: *I. Introducción. II. Los requisitos de procedencia del art. 247 LCT. III. Los requisitos ausentes en el fallo. IV. Consideraciones finales.*

Por Sebastián Serrano Alou (*)

I. INTRODUCCIÓN

El fallo (1) que da lugar a este comentario resuelve la procedencia de la aplicación del art. 247 de la LCT en un caso particular, en el cual opino, se termina por cometer una injusticia, es decir, no se logra un resultado equitativo, principalmente porque se premia a un empleador que no cumplió con sus obligaciones durante la relación laboral permitiéndole abonar una indemnización muy inferior a la que correspondía, y se deja desprotegido al trabajador al abonarle un indemnización inferior a la que por derecho, en especial en virtud del art. 14 bis de la CN, debía cobrar.

El art. 247 debe ser considerado parte integrante de la LCT y del derecho del trabajo y no, un artículo de otra rama del derecho. Por ende, este artículo debe integrarse a la rama del derecho a la que pertenece, por lo que su interpretación debe hacerse según los principios del derecho del trabajo y respetando la directiva del art. 14 bis, en cuanto indica que "el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes". Por este motivo, el art. 247 de la LCT debe, como parte de la ley, y en especial del derecho del trabajo, servir para proteger el trabajo y no, para desproteger a los trabajadores en beneficio únicamente de la empresa y/o el empresario.

La responsabilidad empresaria puede considerarse desde el ángulo subjetivo del empresario, relacionado con el lucro, o desde el ángulo objetivo de la empresa, referido a sus contenidos económicos, sociales, culturales y políticos como institución social de producción. El ordenamiento laboral expresa el segundo punto de vista porque le interesa mantener la fuente de trabajo, no

solucionar los problemas personales del empleador. De ahí que excuse parcialmente la responsabilidad indemnizatoria para salvar el destino común de la empresa (2). Para salvar la empresa como institución (como "fuente de trabajo" suelen denominarla los trabajadores), la norma valida despidos dentro de un orden de prelación de los afectados, lo que es una muestra clara de que la misma continúa produciendo (3), es decir, que subsiste la fuente de trabajo. Si bien se está despidiendo trabajadores, existe una causa de justificación en la protección del trabajo en los contratos subsistentes, siendo preferible la conservación de algunas fuentes de trabajo antes que la extinción de todas. El despido de algunos trabajadores con derecho a una indemnización reducida es justificado por el mantenimiento de una empresa que es fuente de "trabajo decente" (4), empresa en la que continúan desarrollándose relaciones laborales y que quizás en un futuro pueda generar nuevos puestos.

El trabajo que se protege es el trabajo decente, proporcionado por un empleador diligente, y no el trabajo precario o la explotación de trabajadores por una empresa que actúa en forma negligente y/o fraudulenta. No puede obviarse que, además de limitarse el derecho indemnizatorio de algunos trabajadores, el art. 247 de la LCT es una especie de beneficio y/o premio que la LCT establece a favor del "empleador diligente", por lo que no pueden beneficiarse y/o premiarse con la reducción de la indemnización a aquellos empleadores que fueron negligentes y menos aún cuando esta negligencia -en algunos casos dolo- perjudicó al trabajador (v.gr. casos de trabajo registrado en forma deficiente).

Sería ilógico pensar que la ley protege a la empresa en la cual no se respetan los derechos de los trabajadores, y que para lograr esa protección limita los derechos de los trabajadores, salvo que se esté pensando en la nefasta época vivida por nuestro país con la ola flexibilizatoria iniciada en la década del '70 (con los recortes a la nueva LCT) y llevada a fondo por el gobierno de los años '90.

II. LOS REQUISITOS DE PROCEDENCIA DEL art. 247 LCT

No cualquier despido en el que se alegan causas de fuerza mayor o falta o disminución de trabajo puede encuadrar en el art. 247 de la LCT, deben darse ciertos requisitos en los que la doctrina y la jurisprudencia coinciden en mayor o menor medida.

Algunos requisitos son tomados del Derecho Civil en lo atinente a la fuerza mayor, pero estos requisitos deben ser integrados con el derecho del trabajo y sus principios. Los requisitos que se toman del derecho civil pueden sintetizarse en: a) imprevisibilidad, b) ajenidad, c) inevitabilidad, d) actualidad, e) imposibilidad, f) perdurabilidad (5). Pero estas bases deben completarse con los requisitos que el mismo art. 247 de la LCT y otras normas establecen, entre los que destacan: g) el procedimiento preventivo de crisis, h) el orden de los despidos, i) la buena fe laboral (art. 63 de la LCT, que siempre debe estar presente en la relación de trabajo: en el momento de su constitución, en su desarrollo y al momento de su extinción) y además requieren de una interpretación desde los principios del derecho del trabajo, los cuales giran en torno a: j) la protección del trabajo (art. 14 bis CN) (6).

Soy de la opinión de que todos y cada uno de los requisitos enumerados anteriormente deben ser cumplimentados, aclarando desde ya que la importancia de los distintos requisitos no es la misma, siendo los fundamentales y principales los siguientes: j, i, h, b (en ese orden).

La prueba de la procedencia del despido por fuerza mayor o falta o disminución de trabajo, es decir, del cumplimiento de los requisitos que le dan viabilidad, ocupa un lugar importante en el art. 247 de la LCT, el que establece que la causa del despido por fuerza mayor, falta o disminución de trabajo debe estar "fehacientemente justificada". Esta fehaciencia probatoria hoy se ve refrendada por la sanción de la Ley 26.428, la que volvió a hacer expreso en el texto de la ley, la aplicación del in dubio pro operario en la apreciación de la prueba. La aplicación del in dubio pro operario en la apreciación de la prueba lleva a que de existir una presunción que en alguna medida ratifique los dichos del trabajador (en este caso de la improcedencia del art. 247 LCT), aunque no genere una certeza en el juzgador, si el

empleador no produce una prueba fehaciente y asertiva en contrario se generará una duda que deberá inclinar la decisión a favor del trabajador. Hoy la duda favorece al trabajador y ello es ley (7).

III. LOS REQUISITOS AUSENTES EN EL FALLO

Los dos requisitos fundamentales de procedencia de la aplicación del art. 247 de la LCT se encuentran ausentes en el fallo: la protección del trabajo y la buena fe laboral; surgiendo claramente del fallo que el empleador no se comportaba como una persona diligente, como un buen hombre de negocios, ya que las irregularidades para con sus empleados estaban presentes. Tampoco se lee en el fallo que el demandado haya tramitado el procedimiento preventivo de crisis.

LA PROTECCIÓN DEL TRABAJO

Ha quedado demostrado en estos últimos años que la creación, el mantenimiento y la protección del trabajo en el sistema capitalista depende de una protección efectiva del trabajo por parte las leyes y no, de la existencia de normas flexibilizadoras que favorezcan las leyes del mercado económico, y por ende, al capital.

Del fallo "Vizzoti" de la CSJN puede extraerse claramente que, consentir que la reglamentación del derecho del trabajo reconocido por la Constitución Nacional debe resignar el sentido profundamente humanístico y protectorio del trabajador que aquella le exige, aduciendo el logro de supuestos frutos futuros, debe admitir que sean las "leyes" del mercado económico en general el modelo al que deban ajustarse las leyes y su hermenéutica, además de dar cabida en los estrados judiciales, en suma, a estos pensamientos y otros de análoga procedencia importaría (aunque se admitiere la conveniencia de dichas "leyes"), pura y simplemente, invertir la legalidad que nos rige como Nación organizada y como pueblo esperanzado en las instituciones, derechos, libertades y garantías que adoptó a través de la Constitución Nacional (8).

Es fundamental constatar que la aplicación del art. 247 de la LCT en los casos concretos, así como de toda norma que se aplica a relaciones laborales, es acorde a la directiva del art. 14 bis de la CN, que establece que "el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor". Por ende, la aplicación del art. 247 de la LCT debe encerrar en sí misma, principalmente, una protección del trabajo, la que se plasma en la conservación de la empresa para posibilitar la subsistencia de parte de los contratos de trabajo. Pero esta protección debe estar presente cuando se trata de salvar una fuente de trabajo en condiciones dignas y equitativas de labor, es decir, cuando el trabajo que genera la empresa es trabajo en el que se respetan los derechos de los trabajadores, tanto los que se quedan en la empresa, como de los que son despedidos, y que por ende se respetarán los de los trabajadores que con suerte se incorporarán en un futuro (de mejorar la situación).

En función de los distintos principios del derecho del trabajo y del derecho internacional de los Derechos Humanos -reconocidos por nuestra CSJN-, no puede asegurarse el éxito de la empresa al precio de dejar al trabajador desprotegido, de relegar el trabajo y su protección a un segundo lugar. Mucho menos puede protegerse al empresario sino es para el logro del bien común y, en este caso, como una consecuencia de la protección del trabajo y los trabajadores, es decir, la protección de la empresa del art. 247 de la LCT debe ser un medio para proteger al trabajador y no, un fin en sí mismo. Lo que se busca con la norma que analizamos es la subsistencia de la empresa como fuente de trabajo decente y humano, aunque para esto deban sacrificarse algunas de las relaciones de trabajo que se desarrollan en su seno. Se posibilitan algunos despidos, que no son arbitrarios, ya que obedecen a un fin de bien común como es el proteger una fuente de trabajo que tiene efectos socialmente positivos; pero no por esto se priva al trabajador de la protección de una indemnización que, aunque reducida, intenta evitar que al quedar fuera de la empresa, quede excluido también del acceso inmediato a la

satisfacción de sus necesidades hasta tanto consiga un nuevo empleo.

Según el principio de hermenéutica jurídica "in dubio pro justitia sociales", que tiene categoría constitucional, las leyes, pues, deben ser interpretadas a favor de quienes al serles aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el 'bienestar', esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad (no fue por azar que la justicia social se ha integrado *expressis verbis*, en 1994, a la Constitución Nacional). El principio "pro homine", connatural con los tratados internacionales de derechos humanos, determina que el intérprete deba escoger dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana (9), en vistas al logro del bien común (10). El objetivo preeminente de nuestra Ley Suprema, la Constitución Nacional, según expresa su Preámbulo, es lograr el "bienestar general", lo cual significa decir la justicia en su más alta expresión, esto es, la justicia social, cuyo contenido actual consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización (11).

El art. 247 de la LCT debe interpretarse favoreciendo un derecho humano fundamental, como es el derecho a trabajar, y al sujeto al que está dirigido, el trabajador, y no, interpretarse como una forma de beneficiar a la empresa, basándose en argumentos solamente económicos. Por lo tanto, si el art.247 establece una indemnización reducida, no es para que la empresa, a veces una sola persona, conserve en su poder una mayor parte del capital ante problemas generados por situaciones de fuerza mayor o falta o disminución de trabajo. Lo que se pretende con esta norma es que parte del dinero de las indemnizaciones quede en la empresa, facilitando y/o posibilitando su subsistencia y logrando que la mayor cantidad de personas resulten beneficiadas con la medida, ya que los trabajadores despedidos reciben parte de su indemnización, y los que quedan en la empresa conservan su trabajo, existiendo una posibilidad a futuro de que los despedidos u otros trabajadores se incorporen a la empresa. No se debe perder de vista que si bien el capital inicial es aportado por el empresario, este capital es mantenido y acrecentado gracias al trabajo de los trabajadores. De esto se extrae la conclusión, entre otras, de que no cabe lugar a dudas de que ante el cierre de la empresa, no corresponde la indemnización disminuida del art. 247 de la LCT, ya que no existe protección del trabajo en esa situación.

En este sentido, las palabras de la Dra. Ferreirós sirven para graficar la idea de protección del trabajo que debe surgir del art. 247: "La empresa es como un árbol en el que anidan los contratos de trabajo; la necesaria preservación del árbol es lo que conduce a esa licencia legislativa de rebaja sancionatoria en la que algunos despidos conducen a la extinción de algunos contratos de trabajo, permitiendo la subsistencia de muchos otros" (12).

No podemos obviar que nos hallamos frente a una legislación que debe crearse, interpretarse y aplicarse con conciencia de que es una legislación con compromiso social que difiera de otras legislaciones. En el derecho civil, las teorías son elaboradas generalmente sobre la base de fundamentos que tienen en cuenta una relación jurídica individual igualitaria y no asimétrica, una relación que no conlleva la necesaria asunción de riesgos por ninguna de las partes, más allá de los que naturalmente surgen en una relación de iguales. Por el contrario, en el derecho del trabajo, en la relación jurídica individual laboral, existe una desigualdad entre los protagonistas, que le confiere al vínculo una asimetría que está dada no solo por el poder de dirección del empleador sino porque él es, además, el dueño de los frutos que se obtengan como resultado. Por eso, para el principal son los mejores resultados, y consecuencia de ello, es la necesaria compensación en los tiempos de crisis, de menores beneficios o de mayores costos que se traducen en la absorción de los débitos y en el hecho de que es él quien queda librado al juego de las pérdidas y ganancias, mientras que el trabajador, ajeno a ello, goza de la protección del principio de indemnidad (13).

La facultad de despedir trabajadores con causa en la existencia de fuerza mayor o falta o disminución

de trabajo, debe ser ejercida de la misma manera que todas las facultades que la ley concede al empleador, "cuidando de satisfacer las exigencias de la organización del trabajo en la empresa" pero, lo que es más importante, "respetando la dignidad del trabajador y sus derechos patrimoniales, evitando todo abuso del derecho" (cfr. art. 68 LCT). Es decir, si bien el empleador debe velar por la organización de la empresa y su subsistencia, esto no puede hacerse descuidando la dignidad y los derechos de los trabajadores, y menos aún puede abusar de la facultad del art. 247 para ocultar despidos que obedecen a otras causas, en especial si estas son ilícitas u obedecen a su negligencia.

Un tema de fundamental importancia es el de la aplicación del art.247 de la LCT en el caso de empresas y/o empleadores que no cumplen con las obligaciones impuestas por las normas laborales y de la seguridad social. No se ve como puede un empleador negligente, y mucho menos el que actuó dolosamente en perjuicio del trabajador, puede beneficiarse con una norma de excepción que pretende proteger el trabajo decente y al trabajador. Estos empleadores no puede pretender al momento del despido de un trabajador hacer uso de la facultad del art. 247 de la LCT, ya que encontrándose en mora con el trabajador, en primer lugar no actuaron diligentemente, y en segundo lugar no pueden pretender exceptuarse del cumplimiento de la indemnización del art. 245 de la LCT cuando no cumplieron con otros derechos del trabajador, más si estos incumplimientos fueron constantes en la relación laboral en perjuicio del trabajador (14).

En el caso que comentamos, la jueza tiene por probado que el trabajador estaba deficientemente registrado en cuanto a su fecha de ingreso (estuvo casi 2 años sin ningún tipo de registro) y el salario percibido. Por otro lado, si bien la jueza tiene por no probada la realización de horas extras por el trabajador, me permito disentir con la misma, ya que la prueba de las horas extras surge claramente de los testimonios y no es contradictoria entre sí sino complementaria, la que evaluada en su conjunto indica que el trabajador trabajaba jornada de 12 horas 6 veces por semana con turnos rotativos diurnos y nocturnos; sin que haya existido ninguna prueba de parte del empleador (15).

La falta del registro de la relación laboral es un hecho gravísimo, que no desaparece con una registración deficiente. Con el registro de la relación, comienza a funcionar la "Carta de Ciudadanía" en la empresa, que hace a la existencia misma del trabajador como tal. De ahí que una respuesta acertada nos interese a todos, porque un país en el que los trabajadores, al no estar registrados, trabajan sin existir, merece un repudio internacional porque semeja un territorio de esclavos (16). La situación del trabajador no registrado es de total desprotección: no está cubierto por la legislación laboral ni de seguridad social, carece de cobertura médico-asistencial para él y su familia y no tiene derecho al cobro de salario familiar, seguro de desempleo ni a la indemnización por accidentes de trabajo. Se trata, en consecuencia, de un disvalor que ocasiona un daño apreciable al dependiente, pero que se proyecta también a todo el orden social, al ser generador tanto de evasión fiscal y previsional como de competencia desleal con los empleadores que sí cumplen sus obligaciones, y asimismo de la pérdida de ingreso de las obras sociales y sindicatos por falta de pago de las cuotas pertinentes (17).

Resulta dudoso creer que quien se manejó de esta forma con el trabajador, que mantuvo la relación en la clandestinidad por casi dos años, hasta registrarla de forma totalmente deficiente, fue un "buen hombre de negocios". Por otro lado, resulta una contradicción que quien incurrió en conductas que son sancionadas con indemnizaciones agravadas por las leyes, se vea por otro lado beneficiado con una indemnización reducida. También es un despropósito que el demandado termine abonando una indemnización tres veces menor a la que correspondía al trabajador, trabajador que tuvo que soportar durante toda la relación de trabajo el hecho de que sus derechos eran violados por quien hoy recibe el premio de un importante descuento en las indemnizaciones de ley (18).

Es decir que si, como se viene manteniendo, la idea fundamental es la de proteger el trabajo (imperativo de constitucionalidad de las normas a aplicar a relaciones del trabajo, en especial, las del derecho del trabajo), el que debe ser decente y equitativo, y el art.247 de la LCT establece que el

despido con derecho al pago de una indemnización reducida "no debe ser imputable al empleador" y estar "fehacientemente justificado". No se ve cómo se protege al trabajo en el fallo comentado, en el que el trabajador nuevamente ve reducidos sus derechos en beneficio de un empleador que lo perjudicó a lo largo de toda la relación de trabajo, pero esta vez, por decisión del juez.

LA BUENA FE LABORAL

Cuando existe un despido, al momento de determinar la responsabilidad del empleador, tienen fundamental importancia sus conductas, las que se deben analizar para determinar si existió -respecto de los trabajadores- una conducta contraria a la buena fe, que está particularmente exigida por la Ley de Contrato de Trabajo en su art. 63 y que debe observarse durante todo el contrato y especialmente en el momento de su terminación, dado que se encuentra en juego la dignidad de la persona humana y de su proyecto de vida, derechos humanos que protegen con toda amplitud la Constitución Nacional en su art. 14 bis y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que se enuncian en lo pertinente en el art. 75 inc. 22 (19). El despido en el que se alega fuerza mayor o falta o disminución de trabajo no es la excepción a esto.

Según el art. 63 de la LCT, "Las partes están obligadas a obrar de buena fe, ajustando su conducta a lo que es propio de un buen empleador y de un buen trabajador, tanto al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato o la relación de trabajo".

El empleador que pretende acceder al beneficio de la indemnización reducida del art. 247 de la LCT, que significa un menoscabo al derecho del trabajador, debe haber actuado siempre con buena fe y diligencia, cumpliendo con sus prestaciones debidas y manejando sus negocios con el cuidado propio de quien entiende que debe cumplir con sus obligaciones, dejando de lado negligencias o actitudes fraudulentas. Toda negligencia encierra una cierta culpabilidad, ya sea positiva o negativa (20).

Durante el transcurso de la relación de trabajo, el hecho de haber actuado siempre con buena fe en su relación con el trabajador, cumpliendo con sus obligaciones como "un buen hombre de negocios", será un claro indicio de su falta de culpabilidad en la ruptura de la relación laboral, que dará fuerza a la justificación del despido con una indemnización reducida con base en la conservación de una empresa dirigida por una persona diligente y de buena fe que genera y mantiene una fuente de trabajo decente. Como vimos, este no era el caso del demandado.

Pero al finalizar la relación laboral, también deberá existir buena fe de parte del empleador, el que deberá cumplir con todas las obligaciones que surgen de una desvinculación, máxime si es de excepción.

Como reiteradamente lo ha sostenido la Dra. Ferreirós, cuando un empleador se acoge a una norma de excepción, como es la que examinamos, debe haber cumplido previamente con la totalidad de los requisitos exigidos por ella; haberse comportado como un buen "hombre de negocios", demostrar que ha llevado a cabo su función con la diligencia debida y con la responsabilidad empresaria de tales estándares, requiriéndose además, haber efectivizado en tiempo y forma, la indemnización atenuada prevista por la ley. No es posible cubrirse con el paraguas de este tipo de protección excepcional, sin haber cumplido con los requisitos totales que la misma norma impone, para introducirse en ella. Quien acepta el beneficio, debe cumplir con los recaudos que el mismo requiere (21).

De los rubros que se acogen en el fallo, surge claramente que el empleador luego de despedir al trabajador invocando la causal del art. 247 de la LCT, no había cumplido con ninguna de las obligaciones a su cargo, es decir, no había abonado ninguno de los rubros indemnizatorios al trabajador ni siquiera los indiscutidos (indemnización art.247 LCT, integración mes de despido, salarios 11 días de julio de 2006, sueldo anual complementario de 2006). Es más, la propia magistrada preopinante, en

cuyo voto se basa el fallo, la que decide que "corresponde acoger el agravamiento indemnizatorio previsto en el art. 2 de la Ley 25.323, ya que aquel (el trabajador) con posterioridad al despido dispuesto por el demandado intimó a este para que abonase las indemnizaciones derivadas del despido y ante el incumplimiento del deudor se vio obligado a litigar para obtener la satisfacción de su crédito (fs. 279 y 280)", es decir, la que evaluó que el incumplimiento del demandado no encontraba justificación (conf. 2º párr., art. 2 Ley 25.323).

No podría haber alegado en su defensa el empleador que fue el trabajador el que no concurrió a la sede de la empresa a retirar la indemnización o que, habiendo intentado hacer efectivo el pago de las indemnizaciones que surgen de un despido en los términos del art. 247 de la LCT, el trabajador rechazó aceptarlas, ya que para estos casos existe el instituto de la consignación judicial, por medio de la que el empleador demostrará su diligencia (22).

Por lo expuesto hasta ahora, queda más que claro el hecho de que nunca existió buena fe en los actos del empleador, ni durante la relación laboral ni una vez extinguida esta, con lo cual no se entiende cómo puede premiarse esta conducta con una norma de excepción como el art.247 de la LCT, más cuando queda claro que no se protege el trabajo ni en el caso concreto del trabajador despedido ni en el caso de los futuros trabajadores, los que deberán soportar la mala fe y los incumplimientos de un empleador que ha dado acabadas muestras de su mala fe y su conducta desajustada a derecho.

EL PROCEDIMIENTO PREVENTIVO DE CRISIS

La Ley 24.013 establece un procedimiento especial para el caso en que se pretende modificar la situación de un determinado porcentaje de trabajadores dentro de una empresa por causas de fuerza mayor, causas económicas o tecnológicas. Cuando no se alcanzan estos porcentajes, el procedimiento a seguir es el del Decreto 328/1988 , según lo establece el Decreto 265/2002 .

Si bien existe quienes opinan que el procedimiento preventivo de crisis no está dotado de genuina obligatoriedad (23), me permito disentir con esta idea. La obligatoriedad del procedimiento preventivo de crisis surge de la sanción de su omisión, la sanción básica, y que podría complementarse con otras sanciones, que sería la de considerar que el despido carece de justa causa. Puede verse en la omisión de los empleadores de recurrir a este procedimiento, una actitud negligencia contraria al obrar de "un buen hombre de negocios", de un administrador diligente, ya que aunque existe un procedimiento que sirve para poder llegar a una mejor solución del conflicto, una solución consensuada, deciden tomar una medida unilateral e inconsulta. Esta sanción es la misma que se aplica al empleador si no cumple con la obligatoriedad de "justificar fehacientemente" que el despido obedece a las situaciones del art.247 de la LCT o si no logra demostrar que la causa del despido "no le es imputable" (24).

En el fallo comentado no existe ninguna referencia a que el empleador haya tramitado el procedimiento preventivo de crisis, lo que no extraña al observar la totalidad de su conductas, las que son prueba de su negligencia.

Resulta importante aclarar que el procedimiento preventivo no hace más que acreditar el cumplimiento de uno de los varios requisitos a seguir y observar por parte del empleador para poder justificar la aplicación al caso de lo dispuesto por el art. 247 de la LCT, pero en forma alguna resulta per se suficiente para tener por demostrado el obrar del buen empleador (25). La mera tramitación ante el Ministerio de Trabajo del procedimiento preventivo de crisis (arts. 98 y ss. de la Ley 24.013), de ningún modo significa que se encuentre probada la falta o disminución de trabajo con los alcances y requisitos que el art. 247 de la LCT exige para autorizar al empleador a ampararse en dicha norma (26). El procedimiento preventivo de crisis regulado por la Ley Nacional de Empleo es una instancia administrativa de conciliación cuya tramitación -y aun la eventual homologación del acuerdo al que llegaren las partes- no tiene por efecto la acreditación de la falta o disminución de trabajo no imputable

al empleador, sino que se limita a la posibilidad de resolver una situación conflictiva mediante la negociación y suspendiendo -durante su tramitación- la posibilidad de adopción de medidas de acción directa por parte de los trabajadores y los despidos por parte del empleador (27).

IV. CONSIDERACIONES FINALES

En épocas en que se reconoce la importancia del derecho a trabajar y acceder a un trabajo, a partir de la dificultad cada vez mayor de insertarse o reinsertarse en el mercado laboral, cuando se discute el derecho a reincorporación del trabajador en caso de despido arbitrario-discriminatorio, se hace indispensable ante la compleja realidad actual un replanteo del régimen de estabilidad del trabajador, la protección contra el despido arbitrario y de los principios de la reparación dentro del Derecho de Trabajo.

Si bien es cierto que es necesario atraer inversiones para generar trabajo, el trabajo que deben generar los inversores es trabajo legítimo y estable y no, un mero espejismo de trabajo. Siempre será mejor que el Estado implemente políticas que lleven a la creación de trabajos dignos y a la protección del trabajo y los trabajadores, no que a todo precio intente tentar a los inversores, aun ofreciendo las ventajas de una mano de obra sin derechos (28).

La interpretación del art. 247 debe ser conforme al principio protectorio del trabajo, so pena de inconstitucionalidad, y su aplicación debe ser restringida a aquellos casos que realmente impliquen una protección del trabajo, justificada en las causas taxativamente enumeradas por dicho artículo, que reúnan los requisitos que se desarrollaron. No debe permitirse bajo ningún concepto que este instituto premie al empresario negligente que no cumplió con sus obligaciones y perjudicó al trabajador, no puede servir para ocultar despidos arbitrarios, ni para proteger el capital, es decir, la rentabilidad como fin último de la empresa, sino que debe ser una forma extrema de mantener la empresa del empresario diligente, para mantener una fuente de trabajo decente que mediante el respeto de sus derechos dignifica a la persona de los trabajado r.

La negligencia o el dolo del empleador que no cumple acabadamente con sus obligaciones para con los trabajadores son conductas que impiden considerar que existe un despido que obedece a causas o circunstancias "no imputables al empleador y fehacientemente justificadas". No existe justificación posible de un despido dispuesto por un empleador, alegando causas ajenas a su obrar, cuando este no ha respetado los derechos del trabajador, más si esta violación del derecho del trabajo y las obligaciones de la seguridad social se extendió durante toda su relación con el trabajador, y aun finalizada esta.

(1) CNTrab, Sala III, 27/04/2009, "Coronel Eleodoro de Jesús c/ Descalzo Jorge Domingo Jesús s/ despido".

(2) Cfr. CAPÓN FILAS, Rodolfo, Derecho del Trabajo, Platense, La Plata, 1998, p. 749.

(3) Cfr. CAPÓN FILAS, Rodolfo en: CNTrab, Sala VI, 05/09/1995, "Moreira, Ramón Marcelino c/ Guillota Hnos. SA y otro".

(4) El concepto de trabajo decente de la OIT únicamente vino a actualizar la directiva del art. 14 bis de nuestra CN: "El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor". En la memoria del director general de la OIT "Reducir el déficit de trabajo decente. Un desafío global" (SOMAVÍA, 2000), el término es presentado como una noción en la que se estructuran las siguientes dimensiones: trabajo productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad, en el cual los derechos son respetados y cuenta con

remuneración adecuada y protección social. Condiciones de por sí escasas en el empleo actual, sobre todo en países con menor grado de desarrollo, donde predominan sus antónimos: injusto, inapropiado, precario, exiguo.

(5) Cfr. FERREIRÓS, Estela Milagros, "De la extinción del contrato de trabajo por fuerza mayor o por falta o disminución de trabajo", Revista de Derecho Laboral, 2000-2, Rubinzal Culzoni, p. 99; El despido por fuerza mayor o por falta o disminución de trabajo, La Ley, Colección de Análisis Jurisprudencial, 01/01/2003, p. 229.

(6) Para la Dra. FERREIRÓS, al tratar el art. 247 de la LCT se debe "armonizar el contenido de los arts. 5, 21, 22, 25, 65, 66, 67, 68 y 247 de la LCT y a su vez vincularlos con los arts. 513, 514 y cctes. del CCiv.". (Cfr. FERREIRÓS, Estela Milagros, El despido por fuerza mayor o por falta o disminución de trabajo, op. cit.). Según la Dra. CAÑAL, con cita de DE LA FUENTE, "que la fuerza mayor tuviera un tratamiento diferente en nuestro ámbito no implica la distorsión de un principio, sino su ajuste a la realidad en la que se lo aplica". Al comentar el plenario N° 25 de la CNTrab, afirma que "Es una manifestación más de cómo aquella minoría que consideraba que la fuerza mayor debía ser considerada con particularidades en el mundo del trabajo, poniéndole trabas para que pudiese funcionar libremente como eximente, iba ganando terreno, particularmente en el voto del Dr. Pellicciotta donde la falta o disminución de trabajo y la fuerza mayor aparecen asimiladas por sus efectos". Por último, con cita del Dr. Guibourg, expresa que: "Sería entonces un escándalo jurídico aplicarle las instituciones del derecho común como se hace en el caso de un contrato civil o de uno comercial, porque su desigualdad se hace digna de una protección específica" (Cfr. CAÑAL, Diana, Falta de trabajo y fuerza mayor: razones para una evolución, La Ley, DT 1999-A, p. 627).

(7) Cfr. SERRANO ALOU, Sebastián, El principio in dubio pro operario y la apreciación de la prueba, Abeledo Perrot, RDLSS 2009-11-980.

(8) Cfr. CSJN, 14/09/2004, "Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA SA".

(9) Cfr. CSJN, 03/05/2007, "Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas".

(10) El bien común es un concepto referente a las condiciones de vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y que tiende, como uno de sus imperativos, a la organización de la vida social en forma que se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana. Cfr. CSJN, 21/09/2004, "Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales SA", con cita de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

(11) Cfr. CSJN, 13/09/1974, "Berçaitz, Miguel Ángel c/ Instituto Municipal de Previsión Social".

(12) Cfr. CNTrab, Sala VII, 31/03/2009, "Romeo, María Rosario c/ García María Magdalena y otro s/ despido".

(13) Cfr. FERREIRÓS, Estela Milagros, "De la extinción del contrato de trabajo por fuerza mayor o por falta o disminución de trabajo", Rubinzal Culzoni, Revista de Derecho Laboral, 2000-2, p. 99; El despido por fuerza mayor o por falta o disminución de trabajo, La Ley, Colección de Análisis Jurisprudencial, 01/01/2003, p. 229.

(14) La norma laboral del art. 247 de la LCT, no encuentra sus antecedentes ni en el instituto del caso fortuito y fuerza mayor ni en el de la teoría de la imprevisión. En nuestra disciplina, la excepción se da como respuesta a la necesaria inserción de la empresa, por pequeña que ella sea, en un consenso social que la necesita funcionando como ámbito en el que anidan todos los contratos de trabajo, que de otra manera resultarían disueltos (Cfr. FERREIRÓS, Estela Milagros, "De la extinción. . .", ob. cit.; El

despido. . ., ob. cit. En el mismo sentido, de que no se trata de la teoría de la imprevisión: Cfr. CAPÓN FILAS, Rodolfo, Derecho del Trabajo, p. 751). Si el art. 247 de la LCT no es igual al instituto del caso fortuito y fuerza mayor ni el de la teoría de la imprevisión, ambos del derecho civil, es principalmente por la desigualdad existente entre las partes de la relación laboral, derecho que tiende a la protección de la parte débil. Entonces no puede ser la protección del art. 247 de la LCT menor a la del derecho civil, que en casos de excepción como los mencionados establece, en relación a la excesiva onerosidad sobreviviente (art. 1198 CCiv.) que: "No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora", y un enunciado similar contiene el art. 513 CCiv. al referirse a la fuerza mayor, es decir, que en el derecho civil no puede hacer uso de estos institutos el deudor que estaba en mora. En nuestro caso, no podría el empleador moroso con el trabajador por incumplimiento de sus obligaciones ampararse en esta norma de excepción. No puede seguir permitiéndose la existencia de un derecho civil cuyas normas resultan más tuitivas que las del propio derecho del trabajo, cuya esencia es la protección del trabajador. Para el Dr. SIMON, el instituto del art. 247 de la LCT resulta más favorable al empleador que la aplicación del régimen del derecho común, en este caso, de la teoría de la imprevisión. El hecho previsto por el derecho común de que "no procederá la resolución, si el perjudicado hubiera obrado con culpa o estuviese en mora", en nuestra materia implicaría que el empleador no podría pretender despedir por falta o disminución de trabajo adeudando salarios o cotizaciones a los organismos de la seguridad social. Para el jurista, llama la atención de que la ruptura del contrato en los términos del art. 247 de la LCT no guarde relación con el objetivo protectorio del derecho del trabajo y que el derecho del trabajo resulte en algunos casos menos protectorio que el derecho común. (Cfr. SIMON, Julio César, Despido por falta de trabajo y teoría de la imprevisión, Rubinzal Culzoni, Revista de Derecho Laboral, 2000-1, p. 271 y ss.)

(15) En relación a la prueba de las horas extras ya me he explayado en otras oportunidades: SERRANO ALOU, Sebastián, Las horas suplementarias y su prueba, Errepar, Errenews, Novedades Santa Fe, 20/10/2008, N° 1, 25 de agosto de 2008 y Compendio de Jurisprudencia, Doctrina y Legislación N° 28, enero-febrero de 2009, p. 325; La prueba de los hechos habituales de la relación laboral: el caso de las horas suplementarias, Derecho del Trabajo On Line, año IV, N° 687, miércoles 18 de marzo de 2009.

(16) CNTrab, Sala VI, 23/08/2004, "Salinas, Noelia c/ Compañía de Telecomunicaciones y Seguridad SRL y otros" .

(17) GRISOLIA, Julio Armando, Régimen indemnizatorio en el contrato de trabajo, Nova Tesis, 3ª edición, Rosario, Santa Fe, 2005, p. 383; GRISOLIA, Julio A. - AHUAD, Ernesto J., La reparación del daño ante la falta de registración del contrato de trabajo, JA 2006-I-1058 y LEXIS N° 0003/012481.

(18) Recalculando las indemnizaciones que corresponden al trabajador considerando la improcedencia del art. 247 de la LCT, y con un razonamiento similar al de la magistrada, el fallo quedaría así: A la luz de lo expuesto, se difieren a condena los siguientes conceptos y montos: indemnización art. 245 LCT: \$40.800; preaviso más la incidencia del sueldo anual complementario: \$5.200; integración mes de despido, más la incidencia del sueldo anual complementario: \$260; salarios 11 días de julio de 2006: \$880; sueldo anual complementario de 2006: \$1.273,33; vacaciones de 2006 más la incidencia del sueldo anual complementario -el progreso de este último rubro no fue cuestionado por el demandado-: \$1.560; indemnización art. 45 Ley 25.345: \$7.200; agravamiento indemnizatorio art. 1 Ley 25.323: \$40.800; agravamiento indemnizatorio art. 2 Ley 25.323: \$23.330. Esto da un total de \$ 131.303,33, muy superior a los \$39.505,33 del fallo.

(19) CNTrab., Sala VI, 03/04/2009, "Aboy, Guillermo Adolfo y otros c/ Banca Nazionale del Lavoro SA y otros s/ despido" (del voto del Dr. Fernández Madrid) .

(20) Cfr. FERREIRÓS, Estela Milagros, "De la extinción. . .", p. 104.

(21) Cfr. FERREIRÓS, Estela Milagros, "De la extinción. . .", p. 99, El despido. . ., p. 229; CNTrab, Sala VII, 17/10/2007, "De Biase Osvaldo Hector c/ Grinfa SA y otros" ; 11/12/2007, "Rothar Sergio Heriberto c/ San Sebastián SA s/ despido" ; 17/02/2009, "Alsup SRL c/ Segovia, Marcelo s/ consignación"; 18/02/2009, "Giménez, Ramón Andrés c/ San Sebastián SA s/ despido"; 31/03/2009, "Romeo, María Rosario c/ García, María Magdalena y otro" ; entre otros.

(22) Cfr. Tribunal del Trabajo de Córdoba, Sala X, 27/02/2004, "Pinto, Daniel E. c/ Cive SAIC" .

(23) Cfr. CAÑAL, Diana, Falta de trabajo y fuerza mayor: razones para una evolución, La Ley, DT 1999-A, p. 627.

(24) Resulta interesante un fallo de una de las salas de Apelación en lo Comercial de la Capital Federal, en el que se expresa que: "Corresponde poner de resalto también, que la concursada -pese a sus manifestaciones- no intentó echar mano al 'procedimiento preventivo de crisis de empresas' que autoriza el art. 98 de la Ley 24.013, por lo cual no puede pretender que la indemnización que corresponde al ex trabajador es la prevista por el art. 247 de la LCT (50%) y no la prevista por el art.245 de la misma (100%), puesto que la prueba de tales extremos corre por cuenta de quien alega dicha causal, debiendo apreciarse la satisfacción de dicha carga con criterio restrictivo, atendiendo a que la previsión legal implicada consagra una auténtica excepción a la indemnización integral prevista por el segundo de los artículos citados en este párrafo" (Cfr. CNCom., Sala C, 02/08/2005, "Gargarella, Donatucci y Cía. SA s/ concurso preventivo (incidente de verificación de crédito por Tullio Marcelo H.)"). En el mismo sentido, la Sala II de la CNTrab, con voto del Dr. Maza establece que el procedimiento preventivo de crisis es un requisito ineludible en todos los casos de despido por las causales del art. 247 de la LCT. En el fallo se puede leer: "No resulta ocioso señalar al quejoso que para justificar la falta de trabajo, no basta la mera invocación de una desesperante situación económica, sino que debe demostrar: (. . .) f) haber cumplido con el procedimiento preventivo de crisis que ordenan los Decretos 264/02 y 265/02 al remitir al Decreto 328/88 en los casos de despidos como el de autos -individuales-" (Cfr. CNTrab., Sala II, 05/03/2008, "Guzmán Martín Gabriel c/ Tacural SA s/ despido"). Pero este no es el único caso en que se alega, entre distintas causas, la falta de cumplimiento del procedimiento preventivo de crisis como una de las razones por las que se rechaza el encuadramiento del despido en el art. 247 de la LCT. (Cfr. CNTrab., Sala III, 18/12/2008, "Espindola Jorge Humberto c/ Nutrimentos SA y otros s/ diferencias de salarios").

(25) Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, 22/10/2008, "Nieva Marcelo Andrés c/ Alberto J. Macua SA y otros - C. P. L. s/ recurso de inconstitucionalidad" .

(26) Cfr. art. 8 Decreto 265/2002, CNTrab. Sala IV, 16/03/2001, "Asencio Riquelme, Oscar Guillermo c/ Acetatos Argentinos SA s/ despido"; Sala V, 19/05/2006, "Vivas, Miguel A. c/ Peugeot Citröen Argentina SA"; Sala X, 21/11/2006, "Liendo Elena Victoria c/ Obra Social para el Personal del Ministerio de Economía Obras y Servicios Públicos s/ despido" ; CNCom, Sala B, 29/05/2007, "Capurro Mirta Ester c/ Yagmour SRL s/ despido" .

(27) Cfr. CNTrab. Sala X, 28/08/1997, "Landaburu, Rodolfo c/ Aerolíneas Argentinas SA s/ despido".

(28) SERRANO ALOU, Sebastián, Los caracteres, efectos y fundamentos de las obligaciones solidarias en el Derecho del Trabajo, La Ley, Derecho del Trabajo On Line, año IV, N° 745, miércoles 17 de Junio de 2009.

(*) Abogado, Universidad Nacional de Cuyo. Cursando la Maestría en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales, Universidad Nacional de Tres de Febrero. Autor de numerosos artículos de doctrina en revistas jurídicas y no jurídicas.