

Sachet, Osvaldo (2024): “La sustitución del actual régimen indemnizatorio que protege al trabajador contra el despido arbitrario por un fondo de cese laboral. Una mirada desde la perspectiva del efecto “disuasivo” de la indemnización por antigüedad”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 45, Facultad de Derecho, Unicen.

LA SUSTITUCIÓN DEL ACTUAL RÉGIMEN INDEMNIZATORIO QUE PROTEGE AL TRABAJADOR CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO POR UN FONDO DE CESE LABORAL. UNA MIRADA DESDE LA PERSPECTIVA DEL EFECTO “DISUASIVO” DE LA INDEMNIZACIÓN POR ANTIGÜEDAD

OSVALDO, SACHET¹

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL CENTRO

Prólogo

La presente obra fue abordada con motivo de la invitación a participar con ella en un muy particular homenaje al Profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani con motivo de cumplirse 25 años de la publicación de su trascendente obra “Lecciones de Teoría General del Derecho”, y un muy especial tributo al Profesor Eduardo Víctor Lapenta, fallecido en el pasado 2022.

¹ Profesor en la asignatura Derecho Laboral y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de UNICEN.

Sachet, Osvaldo (2024): “La sustitución del actual régimen indemnizatorio que protege al trabajador contra el despido arbitrario por un fondo de cese laboral. Una mirada desde la perspectiva del efecto “disuasivo” de la indemnización por antigüedad”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 45, Facultad de Derecho, Unicen.

Como no escapará aún al lector más distraído, la apariencia que trasuntan uno y otro homenaje estaría dando una fundamentación absolutamente disímil, desvinculada entre sí, hasta ajena la una de la otra, que no explicaría esta conjunción de reconocimientos.

Pero esa apariencia se diluye rápidamente en cuanto relacionamos a los homenajeados con una institución que, a los que estamos en ella desde sus orígenes, nos emociona de solo mencionarla: la Facultad de Derecho de la Universidad del Centro de la Provincia de Buenos Aires. Nuestra querida Facultad de Azul.

Ellos fueron los que trasladaron una idea que nació en cabeza de un maestro genial como lo es el profesor Ciuro Caldani, a una realidad fáctica concretada por una perseverancia inagotable como lo fue la del profesor Lapenta. Claro que hubo otros cuantos que los acompañaron, pero quien alzó la bandera fue Miguel Ángel y quien comandó la batalla en el frente fue Eduardo.

Sin ellos, muy difícilmente se podría haber llevado a cabo semejante emprendimiento, asombrando aún a los que estábamos presentes desde la primera hora, punto desde el cual fuimos testigos de la claridad intelectual de aquellos, de su férrea voluntad puesta al servicio de una idea, de su incansable tesón, y de su gran dedicación para llevarla al lugar en el que ahora estamos: tenemos una Facultad en Azul, tenemos nuestra Facultad. El camino para llegar hasta acá no fue fácil ni tampoco corto. Hubo de comenzar a partir de una inolvidable Especialización en Magistratura que dictara en Azul la Facultad de Derecho de Rosario, con un tridente docente que siempre tendremos presente, como lo constituyeron el director procesalista de gran notoriedad profesor Alvarado Velloso, el reconocidísimo iusfilósofo profesor Ciuro Caldani ya mencionado, y la civilista de gran renombre profesora Noemí Nicolau.

Ellos, acompañados por un conjunto de excelentes profesores rosarinos, todos con gran riqueza como juristas y una perfecta preparación como docentes, a lo que debe agregarse una calidad humana excepcional, fueron los que crearon un clima académico que no existía en nuestra región y que sirvió de entorno cultural para el nacimiento, la

Sachet, Osvaldo (2024): “La sustitución del actual régimen indemnizatorio que protege al trabajador contra el despido arbitrario por un fondo de cese laboral. Una mirada desde la perspectiva del efecto “disuasivo” de la indemnización por antigüedad”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 45, Facultad de Derecho, Unicen.

promoción y el desarrollo de la tan creativa idea de generar en Azul un ámbito universitario que diera cobijo a una facultad de categoría como tal, y no a una pobre academia para la mera práctica de la abogacía como acontecía en zonas aledañas.

Y fue así y fue entonces que comenzó el devenir histórico de nuestra Facultad con el logro obtenido por nuestros “gestores” ante la Facultad de Derecho de la Universidad de Rosario para la instalación en nuestra ciudad de una extensión áulica de aquella casa de estudios, que comenzó a funcionar en las instalaciones del Campus local de la Universidad del Centro de la Provincia de Buenos Aires donde estaban y están asentados la Facultad de Agronomía y el Instituto de Hidrología de Llanura. Este fue el primer paso.

El segundo paso, siempre con la guía y la gestión de nuestros homenajeados, fue la incorporación como una disciplina de las varias que se dictaban y se dictan en la Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad del Centro de la Provincia de Buenos Aires, para luego desprenderse de Humanas pasando a convertirse en la Escuela de Derecho de la UNICEN y, más luego, en su Facultad.

Todo ese largo tránsito desde lo meramente áulico hasta terminar siendo una Facultad propia, no fue sencillo ni espontáneo; necesitó de ideas, de gestión y de dedicación, todo brindado con el esfuerzo y la inteligencia aportados por muchos pero, en primer lugar, por Miguel Ángel y Eduardo.

Por ello, y por tantas cosas más que sin duda serán motivo de otros futuros homenajes, hoy los recordamos y los homenajeamos con trabajos como el que aquí prologamos, que no es sino otro aporte más al desarrollo del saber jurídico, con un tema propio de la disciplina laboral, muy bien acometido y desarrollado por el profesor adjunto de la cátedra de Derecho Laboral de nuestra casa, Osvaldo Héctor Sachet.

El tema que aborda es la posibilidad de sustitución del régimen indemnizatorio del famoso art. 245 de la LCT en los casos de extinción del contrato de trabajo por causas ajenas al trabajador, mediante la implementación de un “fondo de cese laboral”, que no

Sachet, Osvaldo (2024): “La sustitución del actual régimen indemnizatorio que protege al trabajador contra el despido arbitrario por un fondo de cese laboral. Una mirada desde la perspectiva del efecto “disuasivo” de la indemnización por antigüedad”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 45, Facultad de Derecho, Unicen.

es una novedad pero que sin embargo últimamente es un tema que ha irrumpido y se ha expandido en su consideración al punto de haberse desorbitado de los claustros académicos para transformarse en objeto de consideración en el terreno de la política, ámbito en el cual también ha recibido fuertes críticas desde sectores que disienten fuertemente en relación a este instituto.

El profesor Sachet, fiel a su condición de estudioso del derecho, no aborda el tema desde lo político sino muy puntualmente desde la jurídico, analizando el “fondo” desde su posibilidad de integración al orden jurídico sin contraponerse con normas preexistentes de mayor jerarquía, y sin vulnerar el sistema con una juridicidad incompatible con la que resulta no solo del orden jurídico sino también de la lógica del Derecho que podría llegar a verse afectada por las consecuencias prácticas que pueden darse en la relación empleado-empleador, generando desbalances no razonables en perjuicio del trabajador.

El DNU 70/2023 dictado por el PEN a fines del mes de diciembre pasado, el art. 81 del Título TRABAJO que modifica el art. 245 de la LCT, incorpora el instituto del “fondo de cese laboral”, que ya existía para alguna actividad como la de la construcción, pero sin hacerlo de aplicación inmediata a todos los trabajadores sino sólo cuando medie una habilitación por convenio colectivo.

Esta importante modificación legal, si se mantiene la vigencia del mencionado decreto, abrirá una nueva discusión entre los juristas y los operadores del derecho, para los cuales, no dudo, será de mucha utilidad defender sus posiciones a partir del trabajo que nos deja el Profesor Sachet.

Muchas gracias por ello.

Horacio G. Rodríguez
Facultad de Derecho de la UNICEN
Azul, febrero de 2024

Sachet, Osvaldo (2024): “La sustitución del actual régimen indemnizatorio que protege al trabajador contra el despido arbitrario por un fondo de cese laboral. Una mirada desde la perspectiva del efecto “disuasivo” de la indemnización por antigüedad”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 45, Facultad de Derecho, Unicen.

Desde hace un tiempo algunos sectores de la vida política argentina vienen proponiendo sustituir el actual régimen indemnizatorio que protege al trabajador contra el despido arbitrario por uno semejante al que impera en el ámbito de la industria de la construcción y más concretamente, en el plano de la realidad actual, el art.81 del D.N.U 70/23 autoriza a los sujetos colectivos a crear, vía convencional, un modelo de esta naturaleza.

El vigente tiene una larga trayectoria y con algunas precisiones en cuanto a sus límites y contornos, ha sido considerado por la Corte Federal como una razonable reglamentación de la regla constitucional establecida en el artículo 14 bis que manda a proteger al trabajador contra el despido arbitrario.

Con esta directriz, se busca en definitiva dotar de “estabilidad” al contrato de trabajo, la cual puede asumir distinta intensidad según se incremente o atempere el derecho del trabajador a mantener la relación contractual, si es que no ha incurrido en ningún incumplimiento que justifique resolverlo por su culpa.

En el ámbito de la teoría, se acostumbra a clasificar a la estabilidad tomando como divisoria de aguas la existencia o no de eficacia extintiva del acto del empleador que tiene por objeto despedir al trabajador sin que exista justa causa.

Antes de la vigencia de la Ley de Contrato de Trabajo² la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció sobre este asunto, dejando en claro que cualquier reglamentación de la garantía de protección contra el despido arbitrario que consagre la invalidez del acto y el derecho del trabajador cesanteado a pedir su reincorporación al empleo no encuentra amparo constitucional.

² Ley 20.744 (B.O.27/09/1974).

Sachet, Osvaldo (2024): “La sustitución del actual régimen indemnizatorio que protege al trabajador contra el despido arbitrario por un fondo de cese laboral. Una mirada desde la perspectiva del efecto “disuasivo” de la indemnización por antigüedad”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 45, Facultad de Derecho, Unicen.

Así se expidió frente a un decreto reglamentario de la ley que regulaba el escalafón de los empleados bancarios, en base a la cual se había ordenado la reincorporación de los dependientes despedidos y condenado al pago de las remuneraciones que le hubieran correspondido hasta su efectiva reinstalación, señalando que una obligación de esta naturaleza resulta inconstitucional, en la medida que suprime el poder discrecional del empleador respecto de la integración de su personal, lo cual viola la garantía de la libertad de comercio e industria y el derecho de propiedad (CSJN, 25/2/1969, “De Luca José c. Banco Francés del Río de La Plata s/reincorporación”, Fallos: 1969. 273:87).

Más acá en el tiempo y ya vigente la Ley de Contrato de Trabajo que instituyó un sistema de estabilidad impropia, el cívico tribunal reafirmó esta postura, deslindando y perfilando los alcances del mandato constitucional en la esfera del sector público y privado.

En el caso estaba en juego la afectación de la garantía de “*estabilidad*” conferida al empleado público instrumentada en un convenio colectivo de trabajo que habilitaba a la Administración Nacional de Aduanas a extinguir la relación de empleo del personal de planta permanente sin invocación de causa y mediante el pago de la indemnización por antigüedad prevista en el artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Dijo en el caso “Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas s/ reincorporación” (sentencia del 3 de mayo de 2007) que, si bien es cierto que el artículo 14 bis comprende al trabajo “en sus diversas formas”, lo cual entraña tanto al que se desarrolla dentro del campo de la actividad privada como la pública, no lo es menos que el constituyente ha previsto para esos ámbitos un diferente grado de estabilidad. Y luego de esbozar las razones

Sachet, Osvaldo (2024): “La sustitución del actual régimen indemnizatorio que protege al trabajador contra el despido arbitrario por un fondo de cese laboral. Una mirada desde la perspectiva del efecto “disuasivo” de la indemnización por antigüedad”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 45, Facultad de Derecho, Unicen.

históricas que justifican la distinción, señaló que para los agentes del sector público se ha establecido la garantía de estabilidad en sentido propio, que excluye por principio la cesantía sin causa justificada y debido proceso, y cuya violación trae consigo la nulidad de ésta y consiguiente reincorporación del trabajador, quedando reservada al ámbito privado la estabilidad en sentido impropio, es decir aquella según la cual el despido arbitrario resulta un acto válido, pero el autor se encuentra obligado a abonar una indemnización al trabajador cesanteado. Con la aclaración imprescindible, que ello era así, siempre y cuando el despido no encubriera un acto discriminatorio, supuesto en el cual, por imperio de la Ley 23.592, aquel no producía efectos, y su autor podía ser condenado a restituir las cosas a su estado anterior y a resarcir los daños y perjuicios, mientras que ahora la eficacia del acto extintivo parece recobrar vigencia de la mano del D.N.U 70/2023, con una consecuencia indemnizatoria agravada y tarifada (véase art.245 bis último párrafo de la L.C.T. incorporado por el art. 82 del DNU de mención).

De forma tal que sea que se considere al despido sin causa como un acto ilícito, sea que se lo estime como el ejercicio de un derecho concedido al empleador (en esta cuestión hay división en las opiniones de la doctrina), lo cierto es que tendrá como consecuencia la eficacia del acto y la obligación de indemnizar al trabajador afectado. Indemnización que ha sido tarifada por el legislador, lo cual implica asumir, por un lado, la existencia de un daño que no requiere su acreditación aun cuando por hipótesis puede que no esté presente, y por otro, que el módulo escogido por el legislador resulta omnicomprensivo de todo el daño patrimonial y extrapatrimonial que la cesantía puede haber provocado al afectado. Función que está presente también para aquella parte de los autores que

Sachet, Osvaldo (2024): “La sustitución del actual régimen indemnizatorio que protege al trabajador contra el despido arbitrario por un fondo de cese laboral. Una mirada desde la perspectiva del efecto “disuasivo” de la indemnización por antigüedad”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 45, Facultad de Derecho, Unicen.

consideran al despido como un acto lícito, puesto que la doctrina civilista admite que puedan registrarse supuestos indemnizatorios impuestos aun cuando por definición no exista culpa de aquel a quien se hace responsable del pago de aquella (Rodríguez Mancini, 2007).

En segundo plano, se asigna a esta indemnización una función denominada *disuasiva*, es decir encaminada a desalentar los despidos, o lo que sería un freno económico al deseo del empleador de desprenderse sin causa de su personal, que también aplica en el caso de inducir al afectado a colocarse en esa situación, cuando algún incumplimiento contractual grave emanado del principal no le deje otra opción que declararse despedido de manera indirecta.

Ahora bien, todo indica que la sustitución de este régimen indemnizatorio por un fondo de cese laboral a semejanza del que impera en el ámbito de la industria de la construcción, abastecería razonablemente la función resarcitoria asignada a la tarifa instituida por el artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Como es sabido, a través de la Ley 22.250 se ha creado un régimen de estas características para aquellos trabajadores de la industria de la construcción, según el cual se ordena la constitución de un Fondo de Cese laboral, que se integra con un aporte obligatorio a cargo del empleador, quien deberá realizarlo mensualmente desde el comienzo de la relación laboral, equivalente al doce por ciento (12%) de la remuneración mensual en dinero que perciba el trabajador durante el primer año de prestación, y del ocho por ciento (8%) a partir de allí.

Este fondo será depositado en una cuenta a nombre del trabajador (que reditúe beneficios acordes con las variaciones del poder adquisitivo de la moneda), y podrá disponer del mismo al cesar la relación laboral, debiendo la parte que

Sachet, Osvaldo (2024): “La sustitución del actual régimen indemnizatorio que protege al trabajador contra el despido arbitrario por un fondo de cese laboral. Una mirada desde la perspectiva del efecto “disuasivo” de la indemnización por antigüedad”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 45, Facultad de Derecho, Unicen.

resuelva rescindir el contrato, comunicar a la otra su decisión en forma fehaciente (Arts. 15 y 17 de la ley citada).

Si bien este régimen no ha merecido reproches en materia de validez constitucional, hay que recordar al respecto que ello obedece a las características distintivas de la actividad subyacente. Como lo ha puntualizado la doctrina, estas relaciones de empleo están signadas por su transitoriedad y alto nivel de rotación. Las fluctuantes necesidades de la industria de la construcción en general y de cada obra en particular determinan constantes modificaciones en las plantas de personal, relaciones de empleo breves e inestables y la imposibilidad de mantener las fuentes de trabajo, más allá de las concretas necesidades de cada obra (Ackerman, 2006).

Como derivación de estas notas distintivas, los trabajadores de la industria de la construcción carecen de estabilidad en el empleo, lo que hace que cualquiera de las partes pueda disolver el contrato de trabajo sin necesidad de invocar causa, y con el único requisito que impone la ley, que es la comunicación fehaciente de esa decisión. Con una aclaración indispensable, que es que esta extinción se produce aun cuando el empleador hubiera incumplido con sus obligaciones de inscripción del trabajador, y depósito de los aportes al Fondo de Cese Laboral, a diferencia de lo que ocurría con el sistema de la Ley 17.258, que en estos casos mantenía el contrato vigente hasta que el deudor hubiera ingresado sus aportes.

Queda claro entonces que este tipo de régimen que algunos sectores de la vida política pretenden extender –al día de hoy por habilitación convencional- al resto de las relaciones de trabajo, aparece justificado por la existencia de una actividad caracterizada esencialmente por estar destinada a terminar al ritmo de las obras.

Sachet, Osvaldo (2024): “La sustitución del actual régimen indemnizatorio que protege al trabajador contra el despido arbitrario por un fondo de cese laboral. Una mirada desde la perspectiva del efecto “disuasivo” de la indemnización por antigüedad”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 45, Facultad de Derecho, Unicen.

Cabe preguntarse entonces, si la pretendida generalización por vía convencional o legal de este régimen a todo el resto de las actividades de producción de bienes y servicios abastece el mandato constitucional de proteger al trabajo y al trabajador contra el despido arbitrario.

El primer problema que se evidencia, es que este fondo de cese laboral se anuncia como un dinamizador de las relaciones de empleo: El empleador puede administrar sus recursos humanos sin tener que contar con una previsión económica para hacerlo (en teoría cada dependiente tiene su fondo de cese depositado en una cuenta bancaria), o caer en reclamos judiciales, calificados por los partidarios de esta novedad como producto de una suerte de “industria”. Por su parte, el trabajador puede renunciar al empleo sin irse como ocurre actualmente “con las manos vacías”. O sea que tiene la posibilidad de dejar el trabajo para moverse en el mercado laboral sabiendo que en el medio cuenta con dinero en su cuenta bancaria para subsistir.

Hasta aquí, desde esta perspectiva exclusivamente “económica”, podría decirse que nada grave hay que objetar al sistema. Sin embargo, si se intenta una mirada más amplia se advierte que la herramienta sólo puede funcionar cuando se da el caso de un empleador que cumple con sus obligaciones en lo atinente a la registración de la relación laboral y el ingreso de los aportes al sistema relativo al cese. Y eso en nuestro país en gran medida no ocurre, porque existe un alto porcentaje de trabajadores no registrados (aproximadamente el 42,2%), en una patología de larga data, a la que ahora el D.N.U. referido le quita las penalizaciones con que la Ley 24.013 procuraba –infructuosamente hay que decir- conjurar ese mal.

Sachet, Osvaldo (2024): “La sustitución del actual régimen indemnizatorio que protege al trabajador contra el despido arbitrario por un fondo de cese laboral. Una mirada desde la perspectiva del efecto “disuasivo” de la indemnización por antigüedad”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 45, Facultad de Derecho, Unicen.

Desde luego que para esta clase de trabajadores (unos 5.500.000 aproximadamente) no aplica la automaticidad que pueden tener los formales en lo que hace al cobro inmediato del fondo de cese laboral al momento de cesar en su trabajo sea porque el empleador prescinda de sus servicios, sea porque han decidido renunciar. Su destino probablemente será tener que tramitar un juicio, pero no como ocurriría hoy con el objeto de cobrar una indemnización por despido y falta de preaviso que se encuentra tarifada en base a su antigüedad e ingreso. Si como postulan los partidarios de este sistema, se replica el modelo que rige en el ámbito de la industria de la construcción, el empleado marginado de la registración en principio ni siquiera contará con una acción directa contra su empleador para que le pague ese fondo que debió estar depositado en el banco. Lo que está previsto que haga (Art. 18 primer párrafo Ley 22.250), es que reclame a su empleador el ingreso de los aportes omitidos, en un camino que, por tratarse de una obligación de hacer, puede terminar en tratar de conminarlo a hacerlo, y no más que ahí, para luego, si lo logra, ir al Banco y percibir ese fondo, o si fracasa, reclamar daños y perjuicios por la privación del mismo (algunos admiten que esta vía se emprenda directamente), pero sin contar con una cuantificación con el formato de tarifa.

Parece entonces evidente que esta franja de trabajadores no tendrá en su haber una protección razonable frente a la extinción sin causa de su contrato de trabajo, como manda a hacerlo al legislador en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional. Es cierto que puede imaginarse alguna otra solución como estaba previsto en el antiguo régimen de la industria de la construcción de la Ley 17.258. Tal como expuse anteriormente, allí estaba pensado que en caso de falta de entrega de la libreta de aportes al F.C.L u omisión de ingreso de estos montos,

Sachet, Osvaldo (2024): “La sustitución del actual régimen indemnizatorio que protege al trabajador contra el despido arbitrario por un fondo de cese laboral. Una mirada desde la perspectiva del efecto “disuasivo” de la indemnización por antigüedad”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 45, Facultad de Derecho, Unicen.

el trabajador afectado tenía derecho a continuar percibiendo sus salarios hasta tanto el empleador cumpliera sus obligaciones. Pero una solución semejante nos retrotrae al punto de partida, porque seguramente provocará el efecto que se pretende evitar y se achaca al régimen actual. Esto es la litigiosidad que generará; como lo destaca la doctrina, esa disposición mereció severas críticas precisamente por la cantidad de juicios a que dio lugar, a punto tal que precisamente esa fue la razón de la mutación a la actual Ley 22.250 (Ackerman, 2006).

El otro problema que irradia el cambio del actual régimen indemnizatorio a uno como el que venimos desarrollando es a mi juicio más relevante porque afecta la relación de fuerza entre los sujetos del contrato de trabajo, de por sí desequilibrada o asimétrica, en la cual se reconoce al trabajador como alguien con mayor vulnerabilidad frente al empleador.

Vale recordar que el principio protectorio que emerge o informa al artículo 14 bis de la Constitución Nacional tiene como finalidad, además de proteger la dignidad del trabajador en su condición de persona humana, equilibrar las diferencias preexistentes entre trabajador y empleador, evitando que quienes se desempeñan bajo la dependencia jurídica de otros sean víctimas de abusos que ofendan esa dignidad en virtud del poder diferente de negociación y el desequilibrio jurídico y económico existente entre ellos (Grisolia, 2011).

Esta directriz se relaciona directamente con la protección contra el despido arbitrario que también impone al legislador la citada norma constitucional. Es difícil sostener que se brinda protección al trabajo, si el trabajador carece de una tutela razonable contra el acto que sin causa alguna precisamente tiende a dejarlo sin ese medio de vida. Todo ello desde luego en el marco cultural y

Sachet, Osvaldo (2024): “La sustitución del actual régimen indemnizatorio que protege al trabajador contra el despido arbitrario por un fondo de cese laboral. Una mirada desde la perspectiva del efecto “disuasivo” de la indemnización por antigüedad”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 45, Facultad de Derecho, Unicen.

socioeconómico que nos alberga, es decir asumiendo que el trabajo es un bien escaso, y que el desempleo es una situación desfavorable para quien ha sido colocado –o inducido a colocarse- en ella sin motivo alguno.

Por esta razón, como decíamos al principio, el legislador ha instituido en el artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo la indemnización tarifada que está en riesgo de ser sustituida por un fondo de cese laboral. Y si bien como también mencionamos la función de esta indemnización –como de todas- es fundamentalmente la de reparar el daño que provoca el despido arbitrario, tiene otra que pareciera estar en segundo plano, pero que adquiere especial significación si se compara el actual sistema con el que se propone como novedoso.

Si dejamos de lado el caso de los empleados no registrados, podríamos decir que en el supuesto de los que se encuentran en blanco, la creación de un régimen que contemple un fondo de cese laboral podría sustituir razonablemente la función resarcitoria que hoy tiene la indemnización por antigüedad. No porque esa sea indiscutiblemente su naturaleza jurídica. Cabe recordar que en doctrina ha recibido otras calificaciones, como la de “seguro de desempleo”, “garantía de tiempo de servicios”, “capitalización de la antigüedad”, “salarios diferidos”, “compensación por tiempo de servicios”, entre otras (Ackerman y Tosca, 2006). Aun así, el propio artículo 15 de la Ley 22.250 se encarga de aclarar que “El sistema a que se refiere el presente artículo para el trabajador de la industria de la construcción reemplaza al régimen de preaviso y despido contemplados por la

Sachet, Osvaldo (2024): “La sustitución del actual régimen indemnizatorio que protege al trabajador contra el despido arbitrario por un fondo de cese laboral. Una mirada desde la perspectiva del efecto “disuasivo” de la indemnización por antigüedad”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 45, Facultad de Derecho, Unicen.

Ley de Contrato de Trabajo”. También algunos autores lo ven de este modo³, y la jurisprudencia ha dicho que

La ley 22.250 ha establecido un mecanismo económico-financiero (fondo de desempleo) destinado a solventar la estabilidad del obrero de la construcción, mecanismo que ha recibido distintos calificativos..., pero que en su esencia se releva como congruente con los propósitos constitucionales, por que tiende a reemplazar los mecanismos resarcitorios de la Ley de Contrato de Trabajo, sirviendo como indemnización proporcional al tiempo de trabajo... (CNAT, sala V, 13-5-83, “Martínez, José y otros c/ Inhoude Klein Construcciones SA”, L. T. XXX-926, p. 32).

Ahora más allá que de algún modo la existencia de este tipo de fondo de desempleo supla la función resarcitoria que hoy tiene la indemnización por antigüedad, carece sin embargo de esa segunda finalidad con la que cuenta el resarcimiento del artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo que antes hemos destacado como la “*disuasiva*”, y que recobra especial relevancia ni bien se ven los efectos de su ausencia.

Desde esta perspectiva, ello quiere decir que una indemnización como la actual, tiene el propósito de desalentar al empleador a que prescinda sin causa de un trabajador, o indirectamente lo obligue a colocarse en esa situación. Como señala la doctrina “*el costo económico de la indemnización pretende evitar los despidos directos sin causa*” (Grisolia, 2011: 951), o “*tiene relación con la posibilidad de*

³³ Véase Masa (2004) citado por Ackerman y Tosca (2006).

Sachet, Osvaldo (2024): “La sustitución del actual régimen indemnizatorio que protege al trabajador contra el despido arbitrario por un fondo de cese laboral. Una mirada desde la perspectiva del efecto “disuasivo” de la indemnización por antigüedad”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 45, Facultad de Derecho, Unicen.

disuadir al empleador de ejercer la potestad de despedir” (Fernández Madrid, 2007: 1804).

En este andarivel, el reemplazo del actual régimen indemnizatorio por uno de *capitalización anticipada* de un fondo de cese laboral, lo primero que desvanece es esa función disuasiva del resarcimiento y excluye una técnica preventiva del despido. Como acertadamente lo explica Ackerman (2006), no lo desalienta en la medida que el empleador, al momento de deliberar la decisión de reducir su plantel, ya tiene amortizado el costo de su determinación, de suerte que no habrá de acarrearle ninguna consecuencia patrimonialmente disvaliosa. Y si se interpreta que el mandato constitucional contenido en el artículo 14 bis de protección contra el despido arbitrario tiene una función preventiva del daño que provoca la rescisión sin causa del contrato de trabajo, todo indica que se entra en zona de debate acerca de la validez constitucional que tendría un cambio de este tipo.

Pero se debe agregar también, que la pérdida de esa función disuasiva asociada a la indemnización por antigüedad tal como la conocemos va mucho más allá de la prevención frente al despido arbitrario. Si se amplía la mirada, esa indemnización no sólo desalienta el acto incausado del cese, sino que opera como prevención, disuadiendo también al empleador de incumplir con todo el resto de las obligaciones y deberes que se le imponen en el desarrollo de la relación contractual.

Como es sabido, una de las herramientas para hacer operativa la protección del trabajo de rango constitucional, es la imperatividad de sus normas, o lo que se conoce como el orden público laboral. Esto es una fuerte intervención Estatal sobre el contrato individual de trabajo y deriva como necesidad de alterar el

Sachet, Osvaldo (2024): “La sustitución del actual régimen indemnizatorio que protege al trabajador contra el despido arbitrario por un fondo de cese laboral. Una mirada desde la perspectiva del efecto “disuasivo” de la indemnización por antigüedad”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 45, Facultad de Derecho, Unicen.

resultado al que llegaría la autonomía de la voluntad de las partes, si se la dejase en libertad de regular las relaciones de trabajo dependientes. Y para hacer eso es preciso que sean de aplicación imperativa porque si las normas fueran disponibles para las partes, siendo el trabajo un bien escaso como ocurre en estos lares, su destino sería el de convertirse en puras declaraciones que nunca alcanzarían a regir (Rodríguez Mancini 2007).

A la par de esta regla aplica el principio de irrenunciabilidad de los derechos de trabajador, puesto que ningún sentido tendría que el legislador asigne a ciertas normas naturaleza inderogable cuando se va a constituir el vínculo, si luego el trabajador pudiera renunciar a aquellos derechos que el orden legal le ha concedido.

Es por ello que la finalidad disuasiva que apareja el actual régimen indemnizatorio se proyecta sobre el resto de los derechos del trabajador, en la medida que contribuye a desalentar al titular del poder de dirección de incumplir las normas imperativas o privar a sus empleados de los derechos que emergen de la ley de contrato de trabajo, los convenios colectivos o el contrato individual. Y lo disuade, porque el empleador sabe que, de hacerlo, si su incumplimiento fuera cualitativa o cuantitativamente grave, el empleado tendrá derecho a colocarse en situación de despido, con la misma consecuencia indemnizatoria que si hubiera decidido despedirlo de manera directa y arbitraria.

Esta situación hace que el efecto disuasivo de la indemnización por antigüedad represente un paraguas de protección respecto de todos aquellos derechos que la ley le ha asignado al trabajador y que tienen en miras su protección. Estos son innumerables: el salario garantizado según su categoría, la limitación al tiempo de trabajo, la no obligatoriedad por regla de trabajar en horas extraordinarias o en

Sachet, Osvaldo (2024): “La sustitución del actual régimen indemnizatorio que protege al trabajador contra el despido arbitrario por un fondo de cese laboral. Una mirada desde la perspectiva del efecto “disuasivo” de la indemnización por antigüedad”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 45, Facultad de Derecho, Unicen.

días destinados al descanso, el derecho a un período mínimo de descanso anual, a sus licencias pagas, la invariabilidad de las condiciones esenciales del contrato, etc.

Quiere decir que actualmente el empleador no podrá exigir a su dependiente que haga aquello a lo que no está obligado; y tampoco podrá privarlo de sus derechos adquiridos, o compelerlo a que acepte negociar alguna condición esencial del contrato por debajo de lo que tiene garantizado, sin exponerse a que el afectado lo denuncie declarándose despedido y constituyéndose en acreedor a una indemnización.

Por esta razón, la existencia de una indemnización por antigüedad como la que actualmente existe, no sólo obra como disuasión para evitar que el empleador despidan sin causa a su empleado; sirve también para desalentarlo a incurrir en cualquier otro tipo de incumplimiento que afecte los derechos del trabajador. Piénsese que el empleador dirige la empresa y tiene la potestad de “mandar”; pero ello siempre dentro del límite que le imponen las normas protectorias. Por ejemplo no podrá imponer al trabajador una reducción salarial invocando problemas económicos de la empresa, no podrá hacerlo trabajar más horas que las pactadas o garantizadas por las normas que ponen límite a la jornada, o tampoco exigirle que postergue sus vacaciones, todo ello sencillamente porque si le reduce unilateralmente los haberes seguramente a la larga el empleado le exigirá que le pague la diferencia bajo apercibimiento de declararse despedido; o si no le gusta que el empleado haga uso de sus descansos, no tendrá otro camino que respetarlo o de lo contrario prescindir de él, pero indemnizándolo.

Es pertinente preguntarnos entonces cómo funcionaría toda esta red de protección destinada a un sujeto que al decir de la Corte Federal demanda

Sachet, Osvaldo (2024): “La sustitución del actual régimen indemnizatorio que protege al trabajador contra el despido arbitrario por un fondo de cese laboral. Una mirada desde la perspectiva del efecto “disuasivo” de la indemnización por antigüedad”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 45, Facultad de Derecho, Unicen.

preferente tutela constitucional⁴. El punto de partida es pensar qué sería de las relaciones laborales si el empleador, en lugar de tener que respetar los derechos del empleado porque sabe que de lo contrario aquel se dará por despedido, tiene para sí que, en ese caso, no le adeudará ninguna *indemnización por antigüedad* como hoy la conocemos, sino que por haber ingresado mes a mes un aporte a una cuenta bancaria abierta a nombre del dependiente, esa indemnización en formato de fondo de cese laboral ya ha sido depositada de antemano y por lo tanto técnicamente *no se la adeuda*.

Consideramos que reflexionar alrededor de ello es por lo menos inquietante. Porque la disuasión que produce al empleador la existencia de una indemnización por antigüedad que adeudará si decide despedir arbitrariamente al empleado, o si se dispone a incumplir sus obligaciones a sabiendas que generará la posibilidad de que aquel se coloque en esa situación, pone un serio equilibrio en la relación dispar de fuerzas que cada uno tiene en su origen. Puede decirse que el efecto *desaliento* opera como igualador o compensador de la vulnerabilidad que aqueja a aquel que necesita obtener o conservar su trabajo. Probemos imaginar cómo sería trabajar cuando ambos sujetos sepan anticipadamente que ya no existe una indemnización que sirva para inducir al empleador a no despedir sin causa a su empleado. Porque hoy de algún modo el dependiente esta *empoderado* para resistir los embates y defender sus derechos. Si lo quieren hacer trabajar un día feriado y justo es el cumpleaños de su hijo, dirá sin temor que no. Se tomará las licencias que le correspondan, no se quedará a trabajar más allá de los límites de

⁴ CSJN, “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ Art. 39 Ley 24.557”, 21/9/2004, Fallos: 327:3753; “Vizzotti, Carlos Alberto c/ AMSA S.A. s/ Antigüedad Art. 245”, 14/9/2004, Fallos: 327:3677.

Sachet, Osvaldo (2024): “La sustitución del actual régimen indemnizatorio que protege al trabajador contra el despido arbitrario por un fondo de cese laboral. Una mirada desde la perspectiva del efecto “disuasivo” de la indemnización por antigüedad”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 45, Facultad de Derecho, Unicen.

la jornada y todo ello debido a que en principio el empleador no podrá exigirle que lo haga. Podrá negarse a prestar tareas si no le proveen los elementos que las normas de seguridad e higiene establezcan con el objeto de cuidar su salud o integridad física, etc. Los ejemplos pueden seguir imaginándose sin mucho esfuerzo. Y es así porque en el fondo el trabajador sabe que su empleador no podrá obligarlo sin costo. Tampoco podrá dejar de pagarle los haberes, sea los que surjan del uso de licencias legales remuneradas, sea cuando simplemente no le gustó que le dijeran que no. El freno estará siempre presente en la medida que su incumplimiento podrá terminar con un escenario de despido indirecto y deuda por indemnización.

De modo tal que no puede decirse que sustituir el actual régimen indemnizatorio por un fondo de cese laboral, abastece sobradamente el mandato constitucional de proteger al trabajador contra el despido arbitrario que emana del artículo 14 bis debido a que en definitiva el dependiente continuará con el derecho a contar con ese resarcimiento en su poder si el empleador decide poner fin a la relación contractual, al menos sin tomar en cuenta que esa misma disposición manda en primer lugar a proteger el trabajo en todas sus formas, que no es otra cosa que proteger al trabajador frente al otro sujeto de la relación contractual. No hay que olvidar que como lo tiene dicho la doctrina, este principio tiene como finalidad proteger la dignidad del trabajador en su condición de persona humana, y procura equilibrar las diferencias preexistentes entre el trabajador y el empleador, evitando que quienes se desempeñan bajo la dependencia jurídica de otros sean víctimas de abusos que ofendan su dignidad, en virtud del poder diferente de negociación y el desequilibrio jurídico y económico existente entre ellos (Grisolia, 2011).

Sachet, Osvaldo (2024): “La sustitución del actual régimen indemnizatorio que protege al trabajador contra el despido arbitrario por un fondo de cese laboral. Una mirada desde la perspectiva del efecto “disuasivo” de la indemnización por antigüedad”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 45, Facultad de Derecho, Unicen.

Es indudable que la ausencia del efecto disuasivo que tiene la actual indemnización por antigüedad volverá a descompensar las relaciones de poder que tienen los sujetos del contrato. No es lo mismo trabajar bajo las órdenes de otro cuando ese otro tiene resuelta de antemano la consecuencia indemnizatoria de un despido incausado. Ya no habrá protección que cuide y empodere al dependiente. La relación siempre estará a expensas de la decisión del empleador, quien podrá ponerle fin cuando desee. Y como el trabajador lo sabe, no le será sencillo poner límites a los abusos.

Es cierto que aun así no habrá espacio para encubrir actos discriminatorios. Sabido es que a partir del precedente “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ Acción de Amparo”⁵, la Corte Federal dejó en claro que

La ley 23.592 es aplicable en el ámbito del derecho individual del trabajo por tres razones: porque no hay nada en el texto de la ley ni en la finalidad que persigue que indique lo contrario; porque la proscripción de la discriminación no admite salvedades ni espacios de tolerancia y porque la especificidad de la relación laboral la distingue de otros vínculos jurídicos al consistir la prestación de uno de sus celebrantes en actividad humana, la cual resulta inseparable de la persona humana y, por lo tanto, de su dignidad (CSJN, 2010: 10).

Pero ello no alcanza para compensar el desequilibrio del punto de partida, desde que las dificultades probatorias que tienen este tipo de conductas harán cuesta

⁵ CSJN, “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo”, 7/12/2010, Fallos: 333.2306.

Sachet, Osvaldo (2024): “La sustitución del actual régimen indemnizatorio que protege al trabajador contra el despido arbitrario por un fondo de cese laboral. Una mirada desde la perspectiva del efecto “disuasivo” de la indemnización por antigüedad”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 45, Facultad de Derecho, Unicen.

arriba el camino a transitar. Máxime cuando esta alternativa acaba de ser diseñada por “el legislador” en el D.N.U 70/23 (Art. 245 bis L.C.T.) con el formato de validez del acto abusivo, indemnización tarifada, y neutralidad de la carga probatoria.

Referencias bibliográficas

RODRIGUEZ MANCINI, Jorge (2007): *Ley de Contrato de Trabajo, comentada, anotada y concordada*, T. IV, Buenos Aires: La Ley.

ACKERMAN, Mario (2006): *Tratado de Derecho del Trabajo*, Diego M. Tosca (coord.), T IV y V, Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

GRISOLIA, Julio A. (2011): *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, T. 1, Buenos Aires: Abeledo Perrot.

MASA, Alberto (2004): “Nuevos apuntes sobre el régimen estatutario del trabajador de la construcción”, *Revista de Derecho Laboral*, N° 2004-1, p.157.

FERNANDEZ MADRID, Juan C. (2007): *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, Tercera Edición Actualizada y Ampliada, Buenos Aires: La Ley.

Jurisprudencia:

CSJN, “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo”, 7/12/2010, Fallos: 333.2306.

CSJN, “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ Art. 39 Ley 24.557”, 21/9/2004, Fallos: 327:3753.

CSJN, “Vizzotti, Carlos Alberto c/ AMSA S.A. s/ Antigüedad Art. 245”, 14/9/2004, Fallos: 327:3677.

Sachet, Osvaldo (2024): “La sustitución del actual régimen indemnizatorio que protege al trabajador contra el despido arbitrario por un fondo de cese laboral. Una mirada desde la perspectiva del efecto “disuasivo” de la indemnización por antigüedad”, *Cartapacio de Derecho*, Vol. 45, Facultad de Derecho, Unicen.

CSJN, 25/2/1969, “De Luca José c. Banco Francés del Río de La Plata s/reincorporación”, Fallos: 1969. 273:87.

CSJN, “Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas s/reincorporación”, 3/5/2007, SAIJ, SAIJ: FA07000252.