

PARTE TERCERA

DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO

CAPÍTULO VII

CONTRATO Y RELACIÓN DE TRABAJO

§ 24.	Generalidades	93
§ 25.	Definiciones	95
§ 26.	Las notas inmanentes del contrato de trabajo	96
§ 27.	Contratos de trabajo y contratos de derecho común ..	97
§ 28.	El empleo público	99
§ 29.	Sujetos y objeto del contrato de trabajo	99
§ 30.	Forma, contenido y prueba del contrato de trabajo ...	101
§ 31.	El concepto de continuidad o permanencia y el “ius variandi”	103
§ 32.	Suspensión del contrato de trabajo	104
§ 33.	Extinción del contrato de trabajo	109
§ 34.	Garantías especiales otorgadas por la LCT	122
§ 35.	Prescripción y caducidad	123
§ 36.	Privilegios: preferencia y clases	124

PARTE TERCERA

DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO

CAPÍTULO VII

CONTRATO Y RELACIÓN DE TRABAJO

§ 24. **GENERALIDADES.** — El contrato de trabajo constituye la institución fundamental del derecho del trabajo, en virtud de la cual se aplican todas las normas que rigen la relación jurídica entre empleador y trabajadores¹.

Podemos decir que esta institución, denominada contrato de trabajo, no aparece en el campo de la literatura jurídica hasta comienzos del presente siglo, como una consecuencia de la evolución y desarrollo de la revolución industrial.

Con ella se quiere tipificar una figura jurídica contractual que se diferencia de la antigua locación de servicios. De ahí que no se trate de un simple cambio de nombre, como pretenden algunos autores², sino de una nueva institución jurídica, surgida a consecuencia de la revisión que trajo aparejado el nuevo planeamiento del problema jurídico-social que representa el trabajo humano en el proceso técnico-económico de la producción, operado con el desarrollo del maquinismo, durante el desenvolvimiento de la vida industrial moderna³.

El contrato de trabajo, para Camerlynck y Lyon-

¹ Pérez, Benito, *El contrato de trabajo a plazo fijo*, en "Estudios sobre derecho individual de trabajo en homenaje al profesor Mario L. Devealli", Bs. As., 1979, p. 473.

² Balella, Giovanni, *Lezioni di legislazione del lavoro*, Roma, 1927, p. 133; Pic, Paul, *Traité élémentaire de législation industrielle*, Paris, 1930, p. 609; De Litala, Luigi, *Il contratto di lavoro*, Roma, 1937, p. 82; Capitant, Henri y Cuche, Paul, *Précis de législation industrielle*, Paris, 1936, p. 148.

³ Pérez, Benito, *El contrato de trabajo*, Bs. As., 1941, p. 3.

Caen, se ha separado, en su régimen jurídico, de las normas del Código Civil, debido al contexto y las exigencias del derecho social en que se sitúa. De este modo, a causa de esta profunda evolución que no ha llegado a su fin, una parte de la doctrina contemporánea, enfrentándose con la tesis liberal tradicional, se pregunta, incluso, si el contrato de trabajo no debe ser rechazado como fuente "genética" y normativa de las relaciones individuales. En su lugar proponen una nueva noción: *la relación de trabajo*, nacida exclusivamente del hecho de la entrada del trabajador en la comunidad profesional organizada que constituye la empresa⁴.

Este concepto sobre el contrato de trabajo responde a la concepción institucional de la empresa empleadora que rechaza la noción romanista e individualista del arrendamiento de servicios para fijarse e insistir en el carácter personal de las relaciones laborales, distanciándose de este modo del derecho contractual de las relaciones de carácter predominantemente patrimonial⁵.

Pero, sin negar la importancia de la teoría sobre la relación de trabajo, no podemos desconocer el interés que reviste actualmente el contrato de trabajo, aun adoptando incluso la teoría institucional de la empresa, sobre todo, en nuestro medio, donde predomina la organización de la empresa de carácter individualista, que desarrolla su acción dentro de un régimen capitalista liberal.

Actualmente, el contrato de trabajo, por la especificidad de su objeto, el espíritu que lo informa, el carácter imperativo de las disposiciones que reglamentan su ejecución, basadas en principios de orden público, hacen que su naturaleza jurídica no pueda confundirse con la locación de servicios, todo lo cual viene a demostrar que se trata de una institución de principios jurídicos propios, que determinan la particularidad de su naturaleza

⁴ Camerlynck y Lyon-Caen, *Derecho del trabajo*, p. 93 y siguientes.

⁵ Sobre estas bases Paul Durand edificará una original construcción de la empresa que debe ser analizada, no en términos individualistas y contractuales, sino institucionales y comunitarios (Camerlynck y Lyon-Caen, *Derecho del trabajo*, p. 263).

y condicionan la formación de una nueva rama del derecho que se va a denominar del trabajo⁶.

En cuanto a la denominada relación de trabajo, también comprendida en el art. 20, LCT, se trata de una situación de hecho que vincula a la persona que presta la actividad laboral con aquella a favor de quien la ejecuta, como lo hemos expuesto claramente en su oportunidad⁷.

El contrato de trabajo se diferencia de la relación de trabajo, porque en aquél hay un vínculo jurídico, mientras que en ésta sólo existe un nexo fáctico o de hecho, entre quien presta el trabajo y quien se beneficia con dicha prestación.

§ 25. **DEFINICIONES.** — La ley intenta definir tanto el contrato como la relación de trabajo, pero el legislador no ha sido muy feliz al adoptar esas definiciones, y esto confirma aquello que con tanta prudencia y sabiduría ya señalaban los juristas romanos *omnis definitio periculosa est*, pues en este caso, en su afán por comprender todas las situaciones imaginables dentro de la norma, no ha advertido que la casuística no es el método más aconsejable en la elaboración de las leyes.

Por eso nosotros, para evitar esas fallas, preferimos prohiar una definición en términos generales, de carácter doctrinario y, entonces desde la cátedra de derecho del trabajo con el malgrado e inolvidable maestro Leónidas Anastasi, adoptamos la definición de Rouast, para quien “el contrato de trabajo es una convención por la cual una persona pone su actividad profesional a dispo-

⁶ Brethe de la Grassaye, Jean, *Le droit et la sociologie du travail*, en “Revue de droit social”, 1963, p. 402; Bezerra de Menezes, Geraldo, *O direito do trabalho e a seguridade social na Constituição*, Río de Janeiro, 1976, p. 11; Roberti, Giovanni, *Espansione e sviluppo del diritto del lavoro*, en “Studi in memoria de Ludovico Barassi”, Milano, 1966, p. 761; Ripert, Georges, *Les forces creatives du droit*, Paris, 1955, p. 71. Durante varios siglos el contrato de trabajo ha constituido un procedimiento de explotación del asalariado dentro de la economía capitalista. Su evolución progresiva lo ha rehabilitado; colocado en su justo lugar en el marco de las nuevas estructuras del derecho del trabajo, puede constituir un instrumento de progreso social en beneficio del trabajador, Camerlynck y Lyon-Caen, *Derecho del trabajo*, p. 95.

⁷ Pérez, Benito, *El contrato de trabajo y la relación de trabajo en el régimen de la ley 20.744*, TSS, II-161.

sición de otra persona, a fin de trabajar bajo la dirección de ésta y en su provecho, a cambio de una remuneración llamada salario”⁸.

Como puede apreciarse fácilmente, en esta definición se ponen de manifiesto los elementos característicos y distintivos del contrato de trabajo, es decir, la actividad profesional, objeto específico de la prestación, sea ésta predominantemente manual o intelectual, y la forma en que debe prestársela, o sea la modalidad particular de que la prestación debe ser ejecutada bajo la dirección del empleador⁹.

§ 26. **LAS NOTAS INMANENTES DEL CONTRATO DE TRABAJO.** — La nota que hace a la esencia del contrato de trabajo y determina su naturaleza jurídica es la relación de subordinación del que presta la actividad profesional, hacia aquél que la remunera. Las notas que configuran la relación de subordinación consisten en el deber de obediencia por parte del trabajador y en el poder de mando, por parte del empleador. De este estado jurídico, creado por el contrato de trabajo, surgen los demás elementos integrantes de la relación de subordinación, como son las facultades de mando, directiva y disciplinaria, que aparecen en ella en estado potencial y, sólo llegan a actualizarse en el momento de comenzar la ejecución del contrato¹⁰.

A la nota de subordinación jurídica deben agregarse las de colaboración y la de continuidad o permanencia.

Los elementos característicos del contrato de trabajo, con respecto al vínculo existente entre las partes, los constituyen la subordinación, la continuidad y la colaboración¹¹.

La nota de colaboración en el contrato de trabajo “consiste en que la actividad del dependiente debe

⁸ Planiol, Marcel y Ripert, Georges, *Traité pratique de droit civil français*, Paris, 1934, t. XI, p. 6.

⁹ Pérez, B., *El contrato de trabajo y la relación de trabajo en el régimen de la ley 20.744*, TSS, II-162.

¹⁰ Barassi, Ludovico, *Il diritto del lavoro*, Milano, 1936, t. I, p. 151.

¹¹ CNAT, Sala II, *in re* “Font, Juan c/Fontanal, José y Cía s/despido”, DT, VII-42.

orientarse en el mismo sentido en que está dispuesta la de su principal. Esto es, el dependiente en el desempeño de sus funciones, debe actuar del mismo modo, como si en su lugar actuara el empleador, cuya actividad está dirigida lógicamente hacia el éxito del negocio”¹².

El contrato de trabajo por tiempo indeterminado lleva en sí la posibilidad de una prosecución indeterminada en el tiempo, hasta que las partes pongan fin a ella, mediante el despido. Siendo, por tanto, esa posibilidad la que atribuye a la relación jurídica la nota de continuidad o permanencia. En concepto de Barassi, la continuidad constituye un estado de hecho que define la más o menos prolongada incorporación de un trabajador, como elemento normal de la empresa¹³.

Por lo tanto, las notas de subordinación, continuidad y colaboración son notas inmanentes al contrato de trabajo.

§ 27. **CONTRATOS DE TRABAJO Y CONTRATOS DE DERECHO COMÚN.** – Desde el comienzo de la aparición del contrato de trabajo como figura jurídica en el derecho positivo, se trató de determinar cuál era su naturaleza jurídica, a fin de establecer sus efectos en su aplicación a las relaciones laborales.

Así, no faltaron autores, influenciados por los principios tradicionales, para quienes el contrato de trabajo no era otra cosa que la antigua locación de servicios, si bien con nombre moderno¹⁴.

No llegaban a distinguir la diferencia entre la prestación de trabajo de la persona que lo suministra, llegándose de ese modo a confundir el sujeto de la relación jurídica con el objeto de la locación. La locación de servicios sólo tiene en cuenta la prestación de servicio contra una remuneración por el servicio prestado, prescindiéndose de la persona del trabajador (art. 1623, Cód. Civil). Las notas de colaboración y continuidad, esenciales al

¹² Pérez, Benito, *La actividad artística como objeto del contrato de empleo privado*, DT, VI-395.

¹³ Barassi, *Il diritto del lavoro*, t. I, p. 317; Pérez, Benito, *El contrato de trabajo a plazo fijo*, La Plata, 1979, p. 8 y siguientes.

¹⁴ Pérez, B., *El contrato de trabajo*, p. 27.

contrato de trabajo, no se dan en la locación de servicios. Se trata, por tanto, actualmente, de dos instituciones jurídicas diferentes.

Otros autores, entre ellos Bureau, consideraban que el contrato de trabajo era una variedad del contrato de compraventa, pues el trabajo prestado por el obrero es la mercancía vendida por éste y el salario representa el precio pagado por el patrón¹⁵. Dicha tesis es inadmisibles, después de haberse dejado de considerar el trabajo humano como una mercancía o artículo de comercio¹⁶.

Se trató también de explicar la naturaleza jurídica del contrato de trabajo por medio del mandato del derecho común. Pero la diferencia, entre estas dos instituciones jurídicas es notable y consiste principalmente en la relación con terceros que existe en el mandato, y falta en el contrato de trabajo y además la facultad de deliberación que tiene el mandatario respecto del negocio jurídico del mandante; facultad de la cual carece el locador de trabajo. De la relación con terceros surge la autonomía de que goza el mandatario respecto del mandante, la que falta en el contrato de trabajo, donde el que presta su actividad profesional está obligado a hacerlo bajo la dirección del empleador.

Tampoco han faltado quienes han atribuido al contrato de trabajo una naturaleza de carácter asociativo, considerando al trabajo y al capital como los dos factores principales de la producción, en cuyo proceso de desarrollo la coordinación y la subordinación de los actos simultáneos y sucesivos tienen un fin único de interés común. Siendo, por tanto, para dicha teoría indiferente que los beneficios que produzca la explotación de la empresa se distribuyan en forma de salarios o en forma de beneficios¹⁷. Pero, a poco que se ahonde en el estudio se advierte que no responde a la realidad de la institución, pues no existe la *affectio societatis* y, además, uno de los supuestos socios no participa de los beneficios sociales y está liberado

¹⁵ Bureau, Paul, *Le contrat de travail*, Paris, 1902, p. 144.

¹⁶ Lauzet, Louis, *Una cuestión obrera*, Bs. As., 1925, p. 5.

¹⁷ Chatelaine, Emile, *De la nature du contrat entre ouvriers et entrepreneurs*, Paris, 1902, p. 27.

de contribuir en la pérdidas, con la particularidad de que no interviene en la dirección y administración de los negocios de la presunta sociedad. A mayor abundamiento, en materia de sociedades, el principio de igualdad entre los asociados es evidentemente incompatible con la noción de subordinación¹⁸.

En síntesis, el contrato de trabajo, por la naturaleza de su objeto, el espíritu que lo informa, el carácter imperativo de las disposiciones que reglamentan su ejecución, basadas en principios de orden público, es una institución inasimilable a los contratos del derecho común, de locación de servicios, de compraventa, de mandato y de sociedad, todo lo cual viene a poner de manifiesto que el contrato de trabajo es una institución de principios jurídicos propios, que determinan la particularidad de su naturaleza jurídica y condicionan la formación de una nueva rama del derecho.

§ 28. **EL EMPLEO PÚBLICO.** — La relación de derecho público no constituye un contrato de derecho civil, ni de derecho público, sino que está comprendida en aquellas teorías que consideran a la relación como un régimen legal y reglamentario, en el cual todos los elementos están determinados de manera general, impersonal, objetiva. En virtud de la función de este régimen legal, se opera la incorporación del empleado al servicio del Estado, configurándose entre ambos una relación de carácter institucional, no contractual¹⁹.

Por lo tanto, la relación de empleo público se rige generalmente por principios de derecho administrativo, no laboral.

§ 29. **SUJETOS Y OBJETO DEL CONTRATO DE TRABAJO.** — Los sujetos del contrato de trabajo, son por una parte, el empleador, y por la otra, el trabajador.

Por parte del trabajador, el sujeto debe ser siempre una persona física o de existencia visible, capaz de ad-

¹⁸ Camerlynck y Lyon-Caen, *Derecho del trabajo*, p. 107.

¹⁹ Pérez, Benito, *Naturaleza jurídica de la relación de empleo público*, TSS, V-577 y siguientes.

quirir derechos y contraer obligaciones. En cambio, por parte del empleador, puede ser una persona de existencia visible o de existencia ideal, o persona jurídica.

El contrato de trabajo requiere como condiciones indispensables, para su validez: consentimiento, capacidad, objeto y causa lícita.

El consentimiento debe ser libremente expresado por las partes, pues de lo contrario no habría contrato (art. 1137, Cód. Civil y art. 45, LCT). En cuanto a la capacidad, los menores desde los 18 años y la mujer casada, sin autorización del marido, pueden celebrar contrato de trabajo (art. 32, LCT). La ley presume que los menores de dieciocho años y mayores de catorce que ejercieran cualquier tipo de actividad, en relación de dependencia, están autorizados por sus padres o representantes legales, para todos los actos concernientes a ella, así como también para estar en juicio laboral en acciones vinculadas al contrato o relación de trabajo y para hacerse representar por mandatarios mediante el instrumento otorgado en la forma que prevén las leyes locales, con intervención promiscua del ministerio público (art. 33, LCT).

El objeto del contrato de trabajo consiste en el cumplimiento de la prestación de trabajo a cambio de una remuneración²⁰, según la categoría profesional del trabajador, si se la hubiese tenido en consideración al tiempo de celebrar el contrato (art. 37, LCT)²¹.

En cuanto a la causa lícita, no podrá ser objeto del contrato de trabajo la prestación de servicios ilícitos o prohibidos. Aunque la nulidad del contrato no afectará al derecho del trabajador a percibir las remuneraciones e indemnizaciones que se deriven de la extinción del contrato por tal causa, de conformidad con las normas de esta ley y las previstas en los estatutos profesionales y las convenciones colectivas de trabajo (art. 42, LCT).

En cuanto a los efectos de la incorporación del trabajador a las órdenes del empleador, la LCT los contempla expresamente al establecer: "los trabajadores que ha-

²⁰ Camerlynck y Lyon-Caen, *Derecho del trabajo*, p. 109.

²¹ Pérez, Benito, *La representación sindical*, ED, 93-108, V.

biendo sido contratados por terceros con vista a proporcionarlos a las empresas, serán considerados empleados directos de quien utilice su prestación. En tal supuesto, y cualquiera que sea el acto o estipulación que al efecto concierten los terceros contratantes y la empresa para la cual los trabajadores presten o hayan prestado servicios responderán solidariamente de todas las obligaciones emergentes de la relación laboral y de las que se deriven del régimen de la seguridad social" (art. 29, LCT). De esta forma el legislador procura evitar toda maniobra fraudulenta en perjuicio del trabajador, tratando de precaver que sea víctima de empleadores insolventes.

§ 30. **FORMA, CONTENIDO Y PRUEBA DEL CONTRATO DE TRABAJO.** — Las partes podrán escoger libremente sobre las formas a observar para la celebración del contrato de trabajo, salvo lo que dispongan las leyes o convenciones colectivas en casos particulares.

De tal suerte, pueden adoptar la forma verbal o escrita. En la práctica de las relaciones laborales, predomina generalmente el uso de la forma verbal, si bien la obligación a cargo del empleador de llevar un libro especial, registrado y rubricado por autoridad competente, en el que deben constar la fecha de ingreso y egreso del trabajador, junto con todos sus datos personales, tiende a garantizar los derechos del trabajador, aunque no se especifiquen por escrito las obligaciones de los contratantes.

Por los demás, la ley reconoce una serie de presunciones sobre la validez de ciertas formalidades, libradas a la apreciación de los jueces en caso de desavenencias entre las partes, si bien en cuanto a sus derechos y deberes están obligadas, activa y pasivamente, no sólo a lo que resulta expresamente de los términos del contrato, sino a todos aquellos comportamientos que sean consecuencia de él, o resulten de la ley, de los estatutos profesionales o de las convenciones colectivas de trabajo, apreciadas con criterio de colaboración y solidaridad (art. 62, LCT).

De acuerdo con las distintas modalidades del contrato de trabajo, éste puede celebrarse por tiempo indeter-

minado, a plazo fijo, de temporada y en forma eventual, cuando la actividad del trabajador así lo demuestre, por las características de la prestación para la cual se lo contrató.

El contrato de trabajo por tiempo indeterminado, es el que se celebra comúnmente en la práctica de las relaciones laborales de las distintas categorías profesionales y, por llevar en sí la posibilidad de una prosecución indeterminada en el tiempo, dio origen a la creación de los institutos del preaviso y la indemnización por despido.

El contrato de trabajo a plazo fijo durará hasta el vencimiento del plazo convenido por las partes, no pudiendo celebrárgelo por un plazo mayor de cinco años (art. 93, LCT).

Los efectos de su rescisión pueden diferir notablemente de los del contrato a plazo indeterminado²².

El contrato de trabajo de temporada tiene lugar cuando, por las necesidades de la empresa o explotación, las tareas se cumplen sólo en determinadas épocas del año, y ellas están sujetas a repetirse, por un lapso dado, en cada ciclo, a causa de la naturaleza de la actividad. Como, por ejemplo, las tareas cumplidas por los mozos de hotel, en lugares de veraneo.

El contrato de trabajo eventual tiene por objeto la prestación de servicios extraordinarios y transitorios, determinados de antemano o por exigencias extraordinarias y transitorias de la empresa, explotación o establecimiento. Se entenderá además que media tal tipo de relación cuando el vínculo comience y termine con la realización de la obra, la ejecución del acto o la prestación de servicio para el que fue contratado el trabajador (arts. 99 y 100, LCT).

El contrato de trabajo por equipo es aquel que celebra el empleador con un grupo de trabajadores por intermedio de un delegado o representante de los obreros, quienes se obligan a la prestación de servicios propios de la actividad de aquél. El representante de los prestadores de servicios actúa como una especie de gestor de negocios, si bien la LCT en su art. 101, párr. 1º, dispone

²² Pérez, B., *El contrato de trabajo a plazo fijo*, p. 8 y siguientes.

que “el empleador tendrá respecto a cada uno de los integrantes del grupo, individualmente, los mismos deberes y obligaciones previstos en esta ley, con las limitaciones que resulten de la modalidad de las tareas a efectuarse y la conformación del grupo”. Esta disposición viene a ser redundante e inocua ante lo prescripto en el art. 29 de la citada ley.

Recordamos que el decreto reglamentario de la ley 11.544 definía en su art. 10 el trabajo por equipos de la siguiente forma: “Se entiende por equipo: a) un número cualquiera de empleados u obreros cuya tarea comienza y termina a una misma hora en trabajos en que, por su naturaleza, no admiten interrupciones; y b) un número cualquiera de empleados u obreros cuya tarea esté en tal forma coordinada que el trabajo de unos no puede realizarse sin la cooperación de los demás” (art. 10, decr. regl. 16.115/33 de la ley 11.544).

El trabajo por equipos se usa, generalmente, en industrias de trabajo continuo, p.ej., la del vidrio, que por la naturaleza de su explotación no admite interrupciones.

§ 31. **EL CONCEPTO DE CONTINUIDAD O PERMANENCIA Y EL “IUS VARIANDI”**. – La nota de continuidad imprime a la relación laboral un signo de permanencia, excluyendo evidentemente todos los síntomas de temporariedad, que es lo que caracteriza a la proyectada posibilidad de la prolongada incorporación del trabajador en el ámbito de la empresa²³. Ahora bien, esta prolongada incorporación de un trabajador a la organización de la empresa constituye una situación de hecho, que no debe confundirse con la estabilidad garantizada por la ley. De ahí que el empleador esté facultado para introducir, en ejercicio del *ius variandi*, todos aquellos cambios relativos a la forma y modalidades de la prestación del trabajo, en tanto esos cambios no importen un ejercicio irrazonable de esa facultad, ni alteren modalidades esenciales del contrato, ni causen perjuicio material ni moral al trabajador (art. 66, LCT). El ejercicio abusivo de esas facultades

²³ Pérez, B., *El contrato de trabajo a plazo fijo*, p. 8 y siguientes.

por parte del empleador colocan al trabajador en la posibilidad de considerarse despedido sin causa.

§ 32. **SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.** — La preocupación por la seguridad en el empleo explica el creciente recurso del derecho del trabajo a la técnica de la suspensión, cada vez que la imposibilidad de ejecución reviste un carácter meramente temporal, siendo así posible evitar la ruptura en interés del asalariado y, a veces, incluso de la misma empresa²⁴.

a) *Causas determinantes de la suspensión.* Las causas más frecuentes de suspensión del contrato de trabajo son los accidentes y enfermedades inculpables, que impiden la prestación del servicio. Estas causas no afectarán el derecho del trabajador a percibir su remuneración durante el período de tres meses, si su antigüedad en el servicio fuere menor de cinco años, y de seis meses si fuere mayor. En los casos en que el trabajador tuviere carga de familia y por las mismas circunstancias se encontrara impedido de concurrir al trabajo, los períodos durante los cuales tendrá derecho a percibir su remuneración se extenderán a seis meses y doce meses, respectivamente, según si su antigüedad fuese inferior o superior a cinco años. La remuneración que en estos casos corresponda abonar al trabajador se liquidará conforme a la que perciba en el momento de la interrupción de los servicios, con más los aumentos que durante el período de interrupción fueren acordados a los de la misma categoría por aplicación de una norma legal, convención colectiva de trabajo o decisión del empleador (art. 208, LCT).

El trabajador, salvo casos de fuerza mayor, deberá dar aviso de la enfermedad o accidente y del lugar en que se encuentra, en el transcurso de la primera jornada de trabajo respecto de la cual estuviere imposibilitado de concurrir por alguna de esas causas. Desde ese momento queda obligado a someterse al control que se efectúe por el facultativo designado por el empleador (arts. 209 y 210, LCT).

²⁴ Camerlynck y Lyon-Caen, *Derecho del trabajo*, p. 121.

Vencidos los plazos de interrupción de trabajo, si el trabajador continúa impedido para volver al trabajo, el empleador deberá conservarle el puesto durante el plazo de un año, contado desde el vencimiento de aquéllos.

Vigente el plazo de conservación del empleo, si el trabajador no pudiera reintegrarse a sus tareas por haber sufrido una disminución en su capacidad laboral, el empleador deberá asignarle otra que pueda ejecutar, sin reducirle la remuneración. Si el empleador no pudiera dar cumplimiento a esta obligación, por causa que no le fuera imputable, deberá abonar al trabajador una indemnización por despido simple. En caso contrario, si estuviere en condiciones de hacerlo y no lo hiciere deberá abonar una indemnización doble. Esta situación se asimila a la incapacidad absoluta y permanente derivada de la enfermedad o accidente, por cuya causa deberá abonársele también una indemnización equivalente a la del despido sin justa causa.

La otra causa de suspensión del contrato de trabajo se produce a consecuencia de ser llamado el trabajador bajo bandera, esto es, cuando deba prestar servicio militar obligatorio. El plazo de esta suspensión se computa desde la fecha de su convocatoria, hasta treinta días después de concluido el servicio militar. Si vencido este plazo el trabajador no se reincorpora a sus tareas sin justa causa, se configura el abandono del trabajo sin derecho a indemnización alguna.

b) *Suspensiones dispuestas por el empleador y requisitos para su validez.* La suspensión del trabajador puede obedecer a falta de trabajo o a razones económicas de la empresa, en cuyos casos el empleador sólo las podrá disponer dentro de los límites y con arreglo a las condiciones fijadas por la ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas de trabajo, los consejos de empresa y, si los hubiere, los reglamentos internos que éstos dicten.

El empleador podrá aplicar suspensiones como medidas disciplinarias, proporcionadas a las faltas o incumplimiento demostrados por el trabajador. Éste tiene derecho, dentro de los treinta días corridos de notificado de la medida o sanción, a cuestionar su procedencia y el

tipo o extensión de ella, para que se le suprima, sustituya por otra o restrinja, según los casos. Vencido dicho plazo se tendrá por consentida la sanción disciplinaria aplicada (art. 37, LCT).

Las suspensiones fundadas en razones disciplinarias o debidas a falta o disminución de trabajo no imputable al empleador, no podrán exceder de treinta días en un año, contados a partir de la primera suspensión (art. 220, LCT).

En el plazo de treinta días aplicado por razones disciplinarias, no deben computarse las suspensiones motivadas por causas económicas. La suspensión aplicada por razones disciplinarias no guarda ninguna relación con la suspensión dispuesta por motivos económicos. La primera tiene carácter sancionatorio y su finalidad es punitiva, aplicada al trabajador por sus actos de inconducta o indisciplina. En cambio, la segunda reviste un carácter económico y su finalidad es preservar los intereses de la empresa, en beneficio del empresario y el de los propios trabajadores²⁵.

Ahora bien, las suspensiones por fuerza mayor debidamente comprobadas podrán extenderse hasta un plazo máximo de 75 días en el término de un año, contado desde la primera suspensión, cualquiera que sea el motivo de ella. En este supuesto, así como en el de suspensión por falta o disminución de trabajo, deberá comenzarse por el personal menos antiguo dentro de cada especialidad. En cuanto al personal ingresado en un mismo semestre, se comenzará por el que tuviere menos cargas de familia, aunque con ello se alterase el orden de antigüedad.

Para que la suspensión dispuesta por el empleador sea considerada válida, debe fundarse en justa causa, tener plazo fijo y ser notificada por escrito al trabajador.

Cuando el empleador no observa el cumplimiento de esos requisitos al aplicar suspensiones, en casos de sanciones disciplinarias, el trabajador tendrá derecho de impugnarla por ilegítima y a percibir la remuneración

²⁵ Pérez, Benito, *La suspensión disciplinaria en el contrato de trabajo*, JA, 6-1970, secc. prov., p. 595 y siguientes.

por todo el tiempo que estuviere suspendido, si hubiere impugnado la suspensión y, de no ser satisfecha aquélla, a considerarse despedido.

Son causas de suspensión del contrato de trabajo el desempeño de cargos electivos por parte del trabajador ya sea en el orden nacional, provincial o municipal. Igualmente, por el desempeño de cargos electivos o representativos en asociaciones profesionales de trabajadores con personería gremial, o en organismos o comisiones que requieran representación gremial. En ambos supuestos, tendrán derecho a la reserva de su empleo por parte del empleador y a su reincorporación, hasta treinta días después de concluido el ejercicio de sus funciones, no pudiendo ser despedidos durante los plazos que fije la ley respectiva, a partir de la cesación de ellas.

El período durante el cual los trabajadores hubieren desempeñado las funciones precedentemente aludidas será considerado tiempo de trabajo a los efectos del cómputo de antigüedad frente a los beneficios concedidos por la ley sobre contrato de trabajo, estatutos profesionales y convenciones colectivas de trabajo, que le hubiesen correspondido en el caso de haber prestado servicios.

La suspensión puede tener también carácter preventivo, cuando se origine en denuncia criminal realizada por el empleador y, si ésta fuere desestimada o el trabajador imputado sobreesido provisional o definitivamente, aquél deberá reincorporarlo al trabajo y satisfacer el pago de los salarios perdidos durante el tiempo de la suspensión preventiva, a menos que el trabajador opte, dadas las circunstancias del caso, por considerarse en situación de despido²⁶.

c) *Efectos de la huelga sobre el contrato de trabajo.* La huelga, desde que dejó de considerársela delito, fue evolucionando conceptualmente hacia un derecho público subjetivo de carácter colectivo, hasta ser reconocido su ejercicio por las constituciones modernas²⁷.

²⁶ Pérez, Benito, *La suspensión precautoria en el contrato de trabajo*, DT, XXIII-519.

²⁷ Pérez, Benito, *El derecho de huelga en la Constitución argentina*,

La Constitución argentina al incorporar, en la parte dogmática, la garantía del derecho de huelga a los gremios, vino ésta a constituir una modalidad de la defensa de los intereses profesionales y, en su consecuencia, no podrá conciliarse, lógicamente, el ejercicio de ese derecho con la ruptura del contrato de trabajo. De ahí que la huelga produzca simplemente la suspensión del contrato de trabajo y, por tanto, el trabajador conserva su empleo a pesar de la huelga²⁸.

Como en otros casos legítimos de suspensión del trabajo, la ley obliga al patrono, al finalizar la huelga, a reincorporar a todos los asalariados huelguistas²⁹.

Para Lavasseur, la huelga es una interrupción colectiva y concertada de trabajo, ligada a una reivindicación profesional³⁰.

Las definiciones de Lavasseur y Camerlynck, sobre la huelga, coinciden, en cierto modo, con la adoptada por nosotros: "el derecho de huelga constituye la abstención y el abandono del lugar de trabajo, concertados para la defensa de un interés profesional de carácter colectivo"³¹.

El ejercicio del derecho de huelga trae aparejada la suspensión de la prestación de trabajo y, a consecuencia del carácter sinalagmático del contrato de trabajo, la obligación del empleador de pagar el salario y sus complementos está correlativamente suspendida. De este modo el contrato queda suspendido en su conjunto, pues, además de la pérdida del salario se extiende a sus complementos, como las primas sobre asiduidad y rendimiento e incluso las asignaciones familiares, aunque esto sea discutible.

en "Estudios jurídicos en homenaje al profesor Mariano Tissebaum", Tucumán, 1966, p. 423 y siguientes.

²⁸ Pérez, B., *El derecho de huelga en la legislación argentina*, Sensus, XXIX-1 y siguientes.

²⁹ Camerlynck y Lyon-Caen, *Derecho del trabajo*, p. 485.

³⁰ Lavasseur, G., *La notion juridique de la grève*, en "Revue de Droit Social", 1952, p. 389; 1954, p. 404.

³¹ Pérez, B., *El derecho de huelga en la legislación argentina*, p. 427.

§ 33. **EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.** – La resolución del contrato de trabajo puede ser unilateral o bilateral.

La rescisión del contrato puede hacerse mediante un acto jurídico unilateral denominado despido o preaviso.

Como lo hemos expuesto *ut supra* el contrato de trabajo tiene una vocación de continuidad o permanencia. Se trata, pues, de un contrato de tracto sucesivo, que desarrolla su ejecución a través de su prosecución en el tiempo, a semejanza del contrato de locación de cosas o de arrendamiento rural comprendidos en el derecho común. Y la ley, a fin de evitar una rescisión abrupta, en perjuicio de uno de los contratantes, como lo prevé el Cód. Civil en su art. 1610, ha prescripto para el contrato de trabajo un plazo de preaviso.

El instituto del preaviso tiene su origen en las costumbres de las actividades laborales, de donde pasó a ocupar un lugar en el derecho positivo³².

La ley positiva lo acogió primeramente para los contratos de trabajo a plazo indeterminado, y después lo extendió a los contratos a plazo fijo, aunque esto aparezca, en principio, un poco extraño porque en el contrato de tiempo determinado *dies interpellat pro homine*³³.

La ley prescribe que el contrato de trabajo no podrá ser disuelto por voluntad de una de las partes sin previo aviso, o en su defecto indemnización. Es decir que, tanto el empleador como el trabajador están obligados a preavisar cuando se disponen a rescindir el contrato.

La notificación del preaviso deberá formularse por escrito, y su plazo comenzará a correr desde el último día del mes en que el despido fue notificado (art. 233, LCT).

La omisión del preaviso crea el derecho a una indemnización equivalente al monto de la remuneración correspondiente al plazo del preaviso. Una vez notificado el despido, no podrá ser retractado, salvo acuerdo de partes (art. 234, LCT).

³² Rouast, André y Durand, Paul, *Précis de législation industrielle*, Paris, 1947, p. 377.

³³ Pérez, B., *El contrato de trabajo a plazo fijo*, p. 9.

El período de preaviso de acuerdo con la ley de contrato de trabajo depende de quien lo da. Si parte del trabajador, será de un mes. Si del empleador, será de uno o dos meses, según que la antigüedad en el empleo sea mayor o menor de cinco años. Estos plazos se computan a partir del primer día del mes siguiente al de la notificación (art. 233, LCT). Por eso, de producirse el despido dispuesto por el empleador y si la fecha de su notificación no coincide con el último día del mes, la indemnización sustitutiva, por falta de preaviso, deberá integrarse con una suma igual a los salarios por los días faltantes hasta el último día del mes en que el despido se produjera (art. 233, LCT).

Durante todo el período de preaviso, el trabajador gozará, sin reducción de salario, de una licencia diaria de dos horas dentro de la jornada legal de trabajo para buscar nueva ocupación, pudiendo optar por las dos primeras o las dos últimas de la jornada. Podrá, igualmente, optar por acumular las horas de licencia en una o más jornadas íntegras.

Durante el transcurso del preaviso subsistirán las obligaciones emergentes del contrato de trabajo³⁴. Sin embargo la ley establece que el trabajador podrá considerar extinguido el contrato de trabajo, antes del vencimiento del plazo, sin derecho a remuneración por el período faltante del preaviso, conservando el derecho a la indemnización por despido; renuncia que deberá formalizar el trabajador mediante despacho telegráfico colacionado cursado personalmente (arts. 236 y 240, LCT)³⁵. No alcanzamos a comprender esta incongruencia de técnica legislativa, porque si el preaviso produce el despido y éste no puede ser retractado, salvo acuerdo de partes, no se compagina con los principios generales del derecho, que el trabajador pueda considerar extinguido el contrato cuando se le ocurra, porque aun cuando el preaviso tenga por objeto darle oportunidad de encontrar una nueva ocupación, también se debe tener en cuenta

³⁴ Pérez, Benito, *Efectos del preaviso en el contrato de trabajo*, TSS, I-779.

³⁵ Pérez, B., *Efectos del preaviso en el contrato de trabajo*, TSS, I-779.

que el preaviso transforma, a los efectos de su rescisión, un contrato de plazo indeterminado, en uno de plazo fijo, por lo cual las partes están obligadas a su cumplimiento hasta el vencimiento del mismo.

El preaviso no podrá notificarse durante la suspensión del contrato de trabajo, por ejemplo, cuando el trabajador se encuentra con licencia por enfermedad, vacaciones, maternidad, etcétera. Ahora bien, cuando la suspensión del contrato de trabajo o prestación de servicios fuese sobreviniente a la notificación del preaviso, el plazo de éste se suspende hasta que cesen los motivos que lo originaron y comienza a correr una vez desaparecidos, hasta el vencimiento del plazo legal. Aclaremos que no se interrumpe el plazo, sino que sólo se suspende, porque de lo contrario, no podría computarse, a los efectos del plazo, el tiempo transcurrido antes de ocurrir la causa de la suspensión.

a) *Naturaleza jurídica del preaviso.* Sobre la naturaleza jurídica del preaviso se han intentado elaborar varias teorías. Unsain, si bien se refiere a la naturaleza del preaviso, se ocupa más bien de los efectos de él que de su naturaleza jurídica³⁶. Otros le atribuyen el carácter de un sistema tarifario y lo consideran relacionado con la indemnización por antigüedad, la cual se representa como un plazo suplementario del preaviso, pues ella constituye, en opinión de Barassi, “una segunda cautela, integrativa del preaviso”, o una indemnización por falta de aquél, a favor del que se encuentra expuesto a los daños del despido³⁷. No compartimos ninguna de estas teorías, por no ajustarse a la realidad, ni al derecho positivo argentino.

Como sostiene García Martínez, el plazo del preaviso debe computarse siempre al determinarse la antigüedad, porque el patrono está en la obligación ineludible de dar, ante todo, el preaviso que marca la ley, siendo secundaria la obligación de resarcir el daño que causa al empleado la ruptura brusca y arbitraria del contrato de trabajo de duración indeterminada. Consecuentemen-

³⁶ Unsain, Alejandro M., *Empleados de comercio*, Bs. As., 1935, p. 137.

³⁷ Barassi, *Il diritto del lavoro*, t. II, p. 443.

te, el carácter de indemnización sustitutiva correspondiente a la falta de preaviso, no impide el derecho a que se compute como servicios efectivamente prestados por el empleado u obrero, el período de preaviso a los efectos de la antigüedad y de la obtención de los beneficios previsionales³⁸.

La naturaleza jurídica de la indemnización por falta de preaviso configura una obligación subsidiaria de carácter indemnizatorio, al ser su monto equivalente al plazo legal de preaviso.

b) *Distintas causas de extinción del contrato de trabajo.* Una de las causas de extinción del contrato de trabajo puede ser la renuncia al cargo. Pero para su validez legal el trabajador debe cumplir con la formalidad de la notificación exigida por la ley. La extinción del contrato de trabajo por renuncia del trabajador, medie o no preaviso, como requisito para su validez, deberá formalizarse mediante despacho telegráfico colacionado cursado personalmente por el trabajador, expedido gratuitamente por la oficina de correos. Podrá hacerlo ante la autoridad administrativa del trabajo. Y dicha autoridad deberá comunicarlo inmediatamente al empleador, y tendrá los mismos efectos que la notificación por escrito (arts. 235 y 240, LCT). Las exigencias de estas formalidades tienden a evitar que el empleador, con maniobras coercitivas, simule la renuncia del trabajador al cargo, en fraude a la ley. Puede, asimismo, rescindirse el contrato de trabajo por mutuo consentimiento de las partes, pero este acto deberá formalizarse mediante escritura pública o ante autoridad judicial o administrativa del trabajo (art. 241, LCT), para su validez; de lo contrario el acto será nulo y sin ningún valor.

La extinción del contrato de trabajo también puede operarse por justa causa, consistente en la denuncia formulada por una de las partes contra la otra, aduciendo que no se da cumplimiento a las obligaciones contraídas en el contrato de trabajo, cuya inobservancia configura una injuria a sus intereses, y que por su gravedad impide

³⁸ García Martínez, Francisco, *El aporte jubilatorio y la indemnización por preaviso*, JA, 1947-II, secc. doctr., p. 49.

la prosecución de la relación laboral. La valoración sobre el alcance de la injuria invocada deberá ser hecha prudencialmente por el juez, teniendo en consideración la naturaleza de las relaciones entre principales y dependientes y las modalidades y circunstancias personales de cada caso.

La notificación del despido por justa causa dispuesta por el empleador, deberá ser notificada en forma explícita al trabajador, expresando claramente los motivos en que se funda la ruptura del contrato. Consecuentemente, en caso de producirse demanda judicial a raíz del despido, no se admitirá en ella la modificación de la causa invocada en la notificación para rescindir el contrato (art. 243, LCT).

Otra de las causas de rescisión del contrato es el abandono del trabajo, por parte del trabajador, pero éste sólo se configurará previa constitución en mora por parte del empleador, hecha en forma fehaciente, para que aquél se reintegre al trabajo, salvo que por el comportamiento voluntario, concluyente y recíproco de las partes traduzca inequívocamente el abandono de la relación de trabajo (art. 241, LCT).

c) *Indemnización por despido: su naturaleza jurídica.* En los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa, habiendo o no mediado preaviso, el empleador deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicios o fracción mayor de tres meses, tomando como base la mejor remuneración mensual normal y habitual percibida durante el último año o durante el plazo de prestación de servicios (art. 245, LCT).

El instituto del despido tuvo su origen en las costumbres laborales, primero, de donde fue tomado, después en la jurisprudencia, la que trató de encontrar una fórmula, mediante la cual se evitara la ruptura abusiva del contrato de trabajo por tiempo indeterminado, teniendo en cuenta la desigualdad de las partes en la relación y la preocupación por mantener la estabilidad en la relación de trabajo.

Sobre la naturaleza jurídica de la indemnización por despido se ha escrito mucho, existiendo una gran canti-

dad de teorías, entre las cuales recordaremos las más difundidas. Entre ellas la de Greco y Peretti-Griva, quienes le atribuyen el carácter de una especie de suplemento de salario diferido, cuyo pago se hace efectivo en el momento de operarse la rescisión del contrato de trabajo³⁹. Teoría ésta jurídicamente inadmisibles en nuestra opinión, porque de tratarse de una especie de salario diferido, el empleador no podría aprovecharse de él en los casos de despidos justificados, que no dan derecho al pago de la indemnización.

Para otra teoría, constituye un premio de fidelidad al trabajador que por su permanencia ininterrumpida al servicio de una empresa merece un tratamiento especial, por su colaboración y laboriosidad⁴⁰. Pero esta teoría no concuerda tampoco con la realidad de un ordenamiento jurídico como el argentino, en el cual el trabajador adquiere el derecho a la indemnización después de un breve plazo de vigencia del contrato (art. 231, LCT).

Una teoría muy difundida es la del resarcimiento del daño causado por el despido arbitrario, sostenida, entre nosotros, por Bogliano⁴¹. Esta teoría, al pretender obtener una especie de resarcimiento integral de los daños sufridos por el trabajador con el despido, en principio viene a equiparar los efectos de la rescisión del contrato regido por la LCT con los celebrados de acuerdo con las disposiciones del Cód. Civil, sin reparar en que la LCT establece un sistema de indemnización tarifaria o transaccional, cuyo monto está en función de la antigüedad del empleado despedido y no del daño experimentado. Esta limitación legal no permite calcular, ni siquiera presuntivamente, la magnitud del daño sufrido, para determinar el *damnum emergens*, ni tampoco el *lucrum cessans*, siendo que este último debe calcularse en función del futuro, sobre la posibilidad en el tiempo de encontrar el despedido una nueva ocupación.

³⁹ Greco, Paolo, *Il contratto di lavoro*, Torino, 1939, p. 401; Peretti-Griva, Domenico Ricardo, *Il rapporto di impiego privato*, Milano, 1935, p. 299.

⁴⁰ Barassi, *Il diritto del lavoro*, t. II, p. 446.

⁴¹ Bogliano, Palmiro, *La estabilidad en el contrato de trabajo*, Bs. As., 1957, p. 178 y siguientes.

En opinión del profesor Unsain, la indemnización por despido constituye una especie de seguro de desocupación⁴², “como un preventivo de paro forzoso comprendido dentro de las leyes de previsión, pero ella sólo puede tener base jurídica recurriendo al concepto de salario diferido”. Esta teoría, aparte de la disparidad existente entre la definición y su fundamento jurídico, no estimamos que por su naturaleza constituya una especie de seguro de desocupación, porque éste no puede ser unilateral y, en segundo lugar, la indemnización por despido vendría a amparar tanto al empleado despedido inmotivadamente, como al renunciante, y hasta al despedido con justa causa, en contra de lo previsto por la propia ley.

El profesor Deveali, por su parte, al ocuparse de la naturaleza jurídica de la indemnización por despido, la considera como una integración de la correspondiente a la falta de preaviso⁴³. Este autor, partiendo de los orígenes históricos del instituto del preaviso, y de la circunstancia de que las primeras legislaciones advirtieron ya que, frente al hecho de la resolución del contrato de trabajo, la situación del empleado se presentaba, generalmente, mucho más difícil que la del empleador, puesto que por lo común es más fácil para el empleador encontrar un nuevo empleado que reemplace al renunciante, que para el empleado despedido encontrar una nueva ocupación.

En consideración a estas circunstancias, tales leyes dispusieron dos distintos plazos de preaviso, según que la iniciativa del despido partiera del empleador o del empleado, fijándolos en mayor medida (comúnmente el doble) cuando partía de aquél.

Pero sucedió que “la observancia de este segundo plazo, bastante largo, resultaba muy molesto para las empresas; las cuales, por tanto, preferían muy frecuentemente no conservar en servicio, durante todo el plazo, al empleado despedido y, en consecuencia, abonaban la in-

⁴² Unsain, *Empleados de comercio*, p. 157.

⁴³ Deveali, Mario L., *Naturaleza jurídica de la indemnización por despido*, DT, I-305 y *Lineamientos de derecho del trabajo*, Bs. As., 1956, p. 357.

demnización correspondiente a la parte del preaviso no transcurrida en servicio”.

Como se ve, para Deveali, la indemnización por despido equivaldría a ese segundo plazo de preaviso y, consecuentemente, por su naturaleza jurídica constituye una integración del preaviso. Pero este autor no advierte que su teoría no se compadece con el derecho positivo argentino, que acuerda ambas indemnizaciones (preaviso y despido) después de un breve plazo de vigencia del contrato de trabajo.

No compartimos las conclusiones de la teoría de Deveali, no sólo por las razones expuestas, sino, sobre todo, porque se trata de dos institutos de naturaleza jurídica y finalidad diferentes. En nuestra opinión, la naturaleza jurídica del preaviso es de carácter indemnizatorio y su finalidad tiende a posibilitar al trabajador despedido que busque una nueva ocupación y, al empleador, que consiga un reemplazante. En cambio, la indemnización por despido es de carácter previsional y su finalidad tiende más bien a prever las contingencias deparadas por el desempleo, mientras el despedido no encuentra nueva ocupación.

Otra teoría, sostenida por algunos autores italianos, inspirada en la *Relazione Orlando*, es la que atribuye a la indemnización por despido carácter asistencial. Entre ellos se encuentra Mazzoni⁴⁴, quien, al examinar el derecho a la indemnización por despido, expresa que nos encontramos en un campo muy afín al de la previsión y, precisamente, en el campo de la asistencia, cuyo carácter social justifica *ictu oculi* la inderogabilidad de las normas que la sancionan. Y después de asimilarla a la indemnización debida a los derechohabientes por muerte del empleado, concluye que la indemnización siempre constituye un socorro, esto es, tiene siempre naturaleza asistencial.

La teoría que atribuye a la indemnización carácter asistencial, a pesar del predicamento que tuvo en su momento en la doctrina, no es aplicable a regímenes legales

⁴⁴ Mazzoni, Giuliano, *Natura giuridica della indennità di licenziamento in materia di impiego privato*, en *Revista "Il diritto del lavoro"*, año 1936, vol. I, p. 100 y siguientes.

como el argentino, en el cual carece de derecho el operario renunciante y solamente son indemnizables los despidos operados sin justa causa. Además, este autor, al asignarle un carácter asistencial, la asimila a la indemnización por fallecimiento del empleado y esta indemnización tiene una causa y objeto distintos de aquélla⁴⁵.

Para terminar con esta reseña doctrinaria, recordaremos que nosotros hemos venido sosteniendo desde la cátedra de derecho del trabajo y de la previsión social de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Plata, que la naturaleza jurídica de la indemnización por despido constituye una recompensa previsional de desempleo que la ley 11.729 antes, y la LCT después, ponen a cargo del empleador, al no garantizar la LCT la estabilidad legal del dependiente. Siendo, por tanto, su finalidad primordial prevenir, de algún modo, las contingencias deparadas al trabajador por el despido, mientras no comienza una nueva ocupación. Y la consideramos una recompensa previsional de desempleo porque, aun cuando el trabajador consiga durante el preaviso otro empleo, ella propende en este supuesto a consolidar ese derecho potencial del empleado al servicio del nuevo empleador, ya que si éste lo despide antes de los tres meses, carece el trabajador de derecho a reclamar la indemnización (art. 245, LCT). Carencia que viene a suplir la indemnización percibida en el despido anterior⁴⁶.

La indemnización por despido como recompensa previsional de desempleo está informada en razones de interés público y en principios de justicia social.

d) *Despido directo o indirecto*. El despido puede ser directo o indirecto. Es directo cuando el empleador resuelve rescindir *ad nutum* el contrato de trabajo, comunicando al trabajador esa decisión. Lo hace directamente al notificarle el preaviso en forma legal.

El despido es indirecto cuando proviene del incumplimiento contractual por cualquiera de las partes, y da

⁴⁵ Pérez, Benito, *Naturaleza jurídica de la indemnización por muerte del empleado*, DT, IX-422.

⁴⁶ CNAT, en pleno, *in re*, "Sawady, Manfredo c/SADAIC", TSS, VI-160.

motivo a la otra para resolver el contrato (art. 242, LCT). Esto ocurre cuando se configura la injuria laboral que, por su gravedad, no consiente la prosecución de la relación de trabajo.

De tal suerte, cuando la injuria laboral cometida por el empleador lesiona los intereses del trabajador, como puede ser, p.ej., el ejercicio abusivo y arbitrario de la facultad de dirección que altera las condiciones de trabajo excediendo los límites establecidos por el *ius variandi* (art. 66, LCT); el exceso del plazo legal de suspensión no aceptado por el trabajador (art. 222, LCT); la falta de pago de la remuneración (art. 74, LCT), y otras situaciones similares que configuren una injuria a los intereses del trabajador, apreciada con arreglo a las circunstancias contempladas en el art. 242, LCT, pueden dar derecho a éste a considerarse en situación de despido. En todos estos supuestos se configura el despido indirecto.

Cuando la resolución de la relación de trabajo se produce sin justa causa por parte del empleador, entonces éste queda obligado a abonar al trabajador una indemnización equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual, percibida durante el último año o durante el plazo de prestación de servicios (art. 245, LCT). Pero la indemnización por despido no es integral, sino de carácter tarifario y por eso tiene un tope máximo y otro mínimo.

El tope máximo no podrá exceder del equivalente a tres veces el importe mensual del salario mínimo vital, vigente al tiempo de la extinción del contrato. Y el tope mínimo, en ningún caso podrá ser inferior a dos meses de sueldo calculados en base al sistema del párrafo anterior (art. 245, LCT).

Igual derecho tendrá el trabajador, en caso de despido indirecto, cuando el empleador hiciese denuncia del contrato sin estar fundado en justa causa.

De tal manera, cuando la extinción del contrato de trabajo no se haya producido sin justa causa, sino por razones de fuerza mayor o por falta o disminución de trabajo, el trabajador tendrá igualmente derecho a la indemnización por despido, pero ésta será equivalente en

su monto a la mitad de la que le hubiere correspondido en caso de despido injustificado.

En cuanto a los efectos de la fuerza mayor en el contrato de trabajo, aunque no es fácil su caracterización a la luz del derecho positivo, ella no puede ser invocada por el deudor, como causa de liberación si no constituye un hecho objetivo que impida el cumplimiento de la obligación⁴⁷.

No se olvide que el concepto de fuerza mayor en la LCT responde a los fundamentos de la responsabilidad objetiva, del riesgo de empresa y, por tanto, no son aplicables los principios del dolo y de la culpa del derecho común y, en su consecuencia, para que la fuerza mayor pueda ser invocada por el principal como justa causa de rescisión del contrato de trabajo, es necesario que aquélla haya determinado de manera absoluta el cese o la liquidación del negocio⁴⁸.

La falta o disminución de trabajo debe obedecer a causas no imputables al empleador fehacientemente justificadas, como, p.ej., la falta de materia prima o de energía; el exceso de producción, la falta de ventas del producto, etc., en cuyos supuestos el despido del trabajador sólo dará derecho a éste a percibir una indemnización equivalente a la mitad de la prevista para el producido sin justa causa. En tales casos el despido deberá comenzar por el personal menos antiguo dentro de la especialidad. Respecto del personal ingresado en un mismo semestre, deberá comenzarse por el que tuviere menos cargas de familia, aunque con ello se alterara el orden de la antigüedad (art. 247, LCT). Prioridad ésta que sólo será válida para los ingresados en el último semestre.

Los motivos invocados por el empleador para despe-

⁴⁷ Aubry, C. y Rau, C., *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 5ª ed., Paris, 1920, t. V, p. 167; Baudry-Lacantinerie, G. y Barde, L., *Traité théorique et pratique de droit civil*, 3ª ed., Paris, 1908, t. I, p. 457 y 458; Colin, Ambroise y Capitant, Henri, *Cours élémentaire de droit civil français*, Paris, 1931, t. III, p. 26; Planiol y Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. XI, p. 86; Demogue, René, *Traité des obligations en général*, Paris, 1931, t. VI, p. 217.

⁴⁸ Pérez, Benito, *La fuerza mayor en el contrato de trabajo*, DT, VI-514 y siguientes.

dir al trabajador deben ser expresados por escrito, en forma clara e indubitable.

El contrato de trabajo puede resolverse por mutuo consentimiento de las partes. Pero este acto, para ser legalmente válido, deberá formalizarse mediante escritura pública o ante autoridad judicial o administrativa del trabajo. Esta formalidad tiene un carácter preventivo, a saber, evitar que el empleador pueda obtener la rescisión del contrato mediante amenazas hechas al trabajador o a sus familiares. Aunque esto es muy difícil que acontezca actualmente a causa del desarrollo del derecho sindical y de los medios de comunicación masiva.

e) *Beneficiarios de la indemnización en caso de muerte del trabajador.* La extinción del contrato de trabajo se produce también por muerte del trabajador. En este caso las personas enumeradas en el art. 38 de la ley 18.037 (sobre previsión social), tendrán derecho a percibir una indemnización igual a la prevista en el art. 247, LCT, es decir a la que tendría derecho el trabajador fallecido en caso de despido por falta o disminución de trabajo. Aunque cabe aclarar que la ley previsional 18.037 no reconoce ningún derecho a la concubina, como lo hace, por aberración legal, la LCT. Esta ley equipara los derechos de la viuda, o sea, los de la esposa legítima del trabajador, a la mujer que hubiese vivido públicamente con éste en aparente matrimonio durante un mínimo de dos años anteriores al fallecimiento, cuando éste fuese soltero o viudo. Esta circunstancia acentúa el desvarío del autor de la ley, al equiparar la situación legal de la concubina, con la de la mujer legítima, cuando no existe ningún impedimento para regularizar legalmente esa situación anormal, agravada por la legislación, doctrina y jurisprudencia de un país que no permite el divorcio a vínculo, en defensa de la familia legítima.

Cuando el trabajador fuere casado, igual derecho tendrá la concubina, cuando la esposa de aquél se hallare divorciada o separada de hecho, por su culpa o por culpa de ambos, siempre que al momento de la muerte del causante el concubinato se hubiese mantenido durante los cinco años anteriores al fallecimiento (art. 248, LCT).

También la ley establece que esta indemnización de carácter asistencial reconocida a los parientes del trabajador, es independiente de la reconocida a sus derechohabientes por la ley de accidentes del trabajo. No son incompatibles ambos derechos, porque en la indemnización por muerte del trabajador su naturaleza jurídica es de carácter asistencial, mientras que la de la ley de accidentes del trabajo es de carácter indemnizatorio⁴⁹.

Los beneficios reconocidos a los derechohabientes en el caso de fallecimiento del trabajador, por su carácter asistencial deberían estar comprendidos en el ámbito de la seguridad social y no regidos por el contrato de trabajo.

La extinción del contrato de trabajo por muerte del empleador, acontece cuando el motivo de la explotación del negocio depende de sus condiciones personales o legales, cuya actividad profesional haya sido la causa de la relación laboral y sin las cuales ésta no podría continuar. Así, por ejemplo, si el empleador es un escribano de registro, cuyo fallecimiento produce su caducidad y determina la clausura de la escribanía, o de un técnico que por su especialidad viene a ser insustituible por sus sucesores. En estos casos los empleados tendrían derecho a percibir solamente una indemnización por despido simple.

La extinción del contrato de trabajo puede producirse por abandono del trabajo hecho por el trabajador, como un acto de incumplimiento de las obligaciones a su cargo, pero sólo se configurará la rescisión previa constitución en mora por parte del empleador, hecha en forma fehaciente, para que se reintegre a sus tareas dentro del plazo que impongan las modalidades que resulten de cada caso en particular (art. 244, LCT).

La extinción del contrato de trabajo se opera por el vencimiento del plazo convenido por las partes, no pudiendo celebrárselo por un lapso mayor de cinco años (art. 93, LCT).

En cuanto a la rescisión del contrato de trabajo a pla-

⁴⁹ Pérez, Benito, *La muerte del trabajador frente a las leyes 9688 y 11.729, LL, 102-963 y siguientes.*

zo fijo, el régimen anterior, en virtud de la ley 11.729, que fue la primera que legisló sobre esta modalidad contractual, establecía el instituto de la tácita reconducción del contrato al vencimiento del plazo pactado. Por consiguiente, si las partes no denunciaban el contrato dentro de los plazos legales, automáticamente, al vencimiento del plazo contractual convenido se operaba la renovación del contrato, por un plazo igual al fenecido y en las mismas condiciones de ejecución. Pero en el régimen actual la LCT ha venido a modificar el sistema anterior, al establecer que las partes deberán preavisar la extinción del contrato con una antelación no menor a un mes ni mayor de dos, respecto de la expiración del plazo convenido por escrito y, la parte que lo omita se entenderá que acepta la conversión del contrato en uno de plazo indeterminado (art. 94, LCT).

De producirse la rescisión *ante tempus* del contrato de trabajo a plazo por culpa del empleador, de conformidad con la tesis sostenida por nosotros desde hace mucho tiempo, el empleador queda obligado a satisfacer al trabajador, además de las indemnizaciones por falta de preaviso y despido, una indemnización por incumplimiento contractual de acuerdo con el derecho común, cuyo monto, en la práctica de las relaciones laborales, equivale al de los sueldos dejados de percibir durante el tiempo correspondiente al vencimiento del plazo contractual⁵⁰.

§ 34. **GARANTÍAS ESPECIALES ACORDADAS POR LA LCT.** — La ley de contrato de trabajo establece una serie de prerrogativas tendientes a garantizar al trabajador la percepción íntegra de su salario y al mismo tiempo lo previene de ciertas contingencias que impidan hacerlo efectivo.

Cabe recordar que el legislador, teniendo en cuenta el carácter alimentario de la remuneración del trabajador, desde la sanción de las primeras leyes obreras, entre ellas la de accidentes del trabajo, previno ya que la indemnización no puede ser objeto de embargo, cesión,

⁵⁰ Pérez, Benito, *Efectos de la rescisión "ante tempus" en el contrato de trabajo a plazo*, DT, XVII-152 y siguientes.

transacción o renuncia y goza de todas las franquicias y privilegios acordados por las leyes civiles y comerciales al crédito por alimentos (art. 13, ley 9688).

Con la misma disposición, al referirse al salario, trató de protegerlo contra todos los abusos a que podría estar expuesta su percepción. Así, exigió que su pago fuera abonado en moneda nacional, bajo pena de nulidad, para evitar los efectos del odioso *truck system*, tan generalizado en muchas actividades laborales (ley 11.278)⁵¹. Prohibió expresamente toda clase de descuentos y retenciones, en concepto de multas, fijadas en los sonados reglamentos de taller.

Otra de las garantías que ofrece la ley sobre contrato de trabajo es el beneficio de litigar sin gastos en la defensa de sus derechos, tanto en la instancia administrativa como en la judicial, al extremo de que su vivienda no podrá ser afectada al pago de costas en caso alguno (art. 20, LCT). La legislación obrera ha dado en denominar estas prerrogativas beneficio de pobreza⁵².

§ 35. **PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD.** — Las acciones sobre créditos provenientes de las relaciones individuales de trabajo y, en general, de disposiciones de convenios colectivos, de laudos con eficacia de convenios colectivos y disposiciones legales o reglamentarias del derecho del trabajo prescriben a los dos años. Esta norma tiene carácter de orden público y el plazo no puede ser modificado por convenciones ni individuales ni colectivas (art. 1º, ley 17.709).

La reclamación formulada ante la autoridad administrativa del trabajo del pago de créditos originados en relaciones laborales, interrumpe el curso de la prescripción durante el trámite, pero en ningún caso por un lapso mayor de seis meses (art. 2º, ley 17.709).

⁵¹ Esta ley fue sancionada para evitar la inícuca explotación de los trabajadores, mediante la abusiva práctica del *truck system* en los ingenios azucareros y en los obrajes, cuyas tareas estaban comprendidas en el régimen de la ley 12.789.

⁵² Pérez, Benito, *El beneficio de pobreza en el proceso laboral*, JA, 1967-V-949 y *El beneficio de pobreza en el proceso laboral de la provincia de Buenos Aires, Sensus*, VIII-311 y siguientes.

El pago parcial hecho a cuenta de crédito, interrumpe también la prescripción y queda expedita al trabajador la acción para reclamar el pago de la diferencia correspondiente, por todo el tiempo de la prescripción. Es decir que el plazo de dos años comienza a correr desde la fecha en que se le hizo efectivo el pago.

Los casos de caducidad deben resultar de la LCT. Así, por ejemplo, el trabajador pasible de una medida disciplinaria puede cuestionar su procedencia dentro de los treinta días corridos de notificada la medida. Vencido ese término, se habrá operado la caducidad para hacerlo y se tendrá por consentida la sanción disciplinaria.

Otro caso de caducidad del derecho del trabajador se opera cuando éste no procede dentro de los seis meses, al embargo de los bienes afectados al privilegio de sus créditos, que hubiesen sido retirados del establecimiento del empleador, aunque su poseedor sea de buena fe (art. 269, LCT).

§ 36. **PRIVILEGIOS: PREFERENCIA Y CLASES.** – El trabajador tendrá derecho a ser pagado con preferencia a otros acreedores del empleador, por los créditos que resulten del contrato de trabajo (art. 261, LCT).

La LCT, en un título especial (Título XIV), trata sobre la preferencia de los créditos laborales, extendiendo los privilegios a favor del prestador de trabajo a situaciones no contempladas ni por el Cód. Civil ni por el Cód. de Comercio, y tampoco por leyes especiales que rigen la prestación de trabajo.

También la ley, después de establecer que los privilegios de los créditos laborales se transmiten a los sucesores del trabajador y son irrenunciables, medie o no concurso, excluye las acciones judiciales promovidas por el trabajador para hacer efectivo el crédito del fuero de atracción del concurso, quiebra o juicio sucesorio del empleador. Este procedimiento no lo compartimos, porque agotada la instancia del fuero laboral tiene el trabajador que recurrir al juez del concurso o al del juicio sucesorio para proseguir su cobro, con toda una superposición de trámites que inútilmente dilatan su percepción.

Se debe articular para los créditos laborales un procedimiento sumario, aplicable tanto en la quiebra como en el juicio sucesorio del empleador que facilite su cobro, con prioridad a los asignados a los acreedores con privilegio especial, teniendo en cuenta el carácter alimentario del crédito de los trabajadores.

La ley prescribe que los créditos por remuneraciones debidas al trabajador por seis meses y los provenientes de indemnizaciones por accidente del trabajo, antigüedad o despido, falta de preaviso y fondo de desempleo, gozan de privilegio especial sobre los bienes que integren el establecimiento, donde hayan prestado sus servicios o que sirvan para la explotación de que aquél forma parte (art. 268, LCT).

La ley parece extender el privilegio especial a los últimos seis meses trabajados antes de la declaración de quiebra o fallecimiento del empleador. Pero como la ley se refiere además a indemnizaciones por accidente del trabajo y antigüedad, cuya periodicidad puede exceder ese lapso, no llegamos a comprender por qué el legislador limita ese beneficio a un plazo tan breve. Porque el interés de la ley debe ser si el trabajador ha prestado o no el trabajo.

Hay créditos privilegiados, nos dice Cordeiro Álvarez, que se establecen en protección de los intereses de determinados acreedores: entre ellos se encuentran los salarios de la gente de servicio de la casa del deudor, y el sueldo de los empleados y obreros de su industria o comercio.

La ley no ha podido dejar de lado a esos pequeños acreedores de mínimo patrimonio, que en la generalidad de los casos viven exclusivamente de esos créditos que representan la compensación de su trabajo⁵³.

La jurisprudencia, anota Lanfranchi, sobre un caso concreto de privilegio de sueldos ganados con anterioridad a los seis meses de inmediata precedencia a la declaración de quiebra, estableció que "no corresponde privilegio por el crédito que proviene de sueldos e

⁵³ Cordeiro Álvarez, Ernesto, *Tratado de los privilegios*, Bs. As., 1941, p. 39.

indemnizaciones ganados por el empleado con anterioridad a los seis meses inmediatamente anteriores a la declaración de quiebra del patrón”⁵⁴. Este criterio de interpretación nos parece erróneo, pues desde el momento en que el salario ha sido devengado, existe un crédito a favor del trabajador, ya que del plazo no depende la existencia del crédito, sino tan sólo su exigibilidad.

La ley establece dos clases de privilegios: el especial, sobre las remuneraciones debidas al trabajador por seis meses, y los provenientes de indemnización por accidente de trabajo, antigüedad y despido, falta de preaviso y fondo de desempleo, así como también sobre bienes del empleador en poder de terceros, aunque el poseedor de ellos lo sea de buena fe. Asimismo, sobre el edificio, los créditos de los trabajadores ocupados en su edificación, reconstrucción o reparación. El privilegio operará tanto en el caso de que el trabajador fuese contratado directamente por su propietario o cuando éste se valga de un contratista o subcontratista.

La ley también legisla sobre privilegios generales aplicables a los créditos por remuneraciones y subsidios familiares debidos al trabajador por seis meses y los provenientes de indemnizaciones por accidente de trabajo, por antigüedad o despido y por falta de preaviso, vacaciones y sueldo anual complementario, los importes por fondo de desempleo y cualquier otro derivado de la relación laboral, que gozaran de privilegio general (art. 273, LCT).

La ley de contrato de trabajo, bajo este aspecto, ha venido a mejorar notablemente la situación de los créditos del trabajador en la falencia del empleador; materia tan descuidada y confusa, tanto en el Cód. Civil como en el de Comercio.

⁵⁴ Lanfranchi, César, *Privilegio de las remuneraciones del trabajador en la quiebra del empresario*, DT, XVII-58.