



UNIVERSIDAD  
NACIONAL DEL LITORAL



UNL • FACULTAD DE  
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

DOCTORADO EN DERECHO

## **El contrato relacional de trabajo.**

*Crítica del sistema legal de protección  
contra el despido arbitrario.*

---

SEBASTIÁN COPPOLETTA

---

*Santa Fe, 16 de noviembre  
de 2020*

*A Lucy Zocca.  
En eterno agradecimiento.*

## **Resumen /**

El contrato de trabajo se ubica en un ámbito relacional de la Teoría General contractual, en el cual la gobernanza del acuerdo es asumida por la relación. De esta forma, las partes se comprometen al mantenimiento de una relación cooperativa a los efectos del desarrollo del acuerdo, basada en la buena fe. El despido arbitrario, por lo tanto, es una conducta oportunista de la parte empresaria que daña las expectativas de la persona que trabaja. El sistema protectorio constitucional argentino responde a ello otorgando una protección contra esos daños, que el legislador debe transformar en garantías primarias y secundarias de indemnidad de la persona que trabaja.

## **Abstract /**

The employment contract is located in a relational scope of the General Contract Theory, in which the governance of the agreement is assumed by the relationship. In this way, the parties undertake to maintain a cooperative relationship for the purposes of developing the agreement, based on good faith. Arbitrary dismissal, therefore, is opportunistic behavior by the business side that damages the expectations of the person who works. The Argentine constitutional protective system responds to this by granting protection against these damages, which the legislator must transform into primary and secondary guarantees of indemnity for the person who works.

## **Resumo /**

O contrato de trabalho se insere no âmbito relacional da Teoria Geral dos Contratos, em que a governança do contrato é assumida pela relação. Desta forma, as partes comprometem-se a manter uma relação de cooperação para fins de desenvolvimento do contrato, baseada na boa fé. A demissão arbitrária, portanto, é um comportamento oportunista do lado empresarial que prejudica as expectativas de quem trabalha. O sistema de proteção constitucional argentino responde a isso concedendo proteção contra esses danos, que o legislador deve transformar em garantias primárias e secundárias de indenização para quem trabalha.

**Palabras clave /** Derecho del trabajo. Despido arbitrario. Teoría General contractual. Contrato relacional. Indemnización por despido. Conflicto constitucional de Derechos.

# ÍNDICE /

## **Introducción /**

### ***Primera Parte*** / Presentación y aspectos metodológicos

**a** / Marco teórico: problema científico y delimitación del campo de investigación. **p7**

**b** / Hipótesis de investigación. **p11**

**c** / Metodología de investigación. **p12**

**d** / Acceso a la base de datos de bibliografía. **p15**

### ***Segunda parte*** / El contrato relacional de trabajo.

**Capítulo 1** / La Teoría General del Derecho de Contratos: sociedad, economía y contratos. **p17**

**Capítulo 2** / La noción de contrato relacional. **p32**

**a** / El concepto de contrato relacional. **p32**

**a.1** / La construcción doctrinaria. **p32**

**a.2** / La recepción jurisprudencial. **p43**

**b** / Los caracteres que identifican al contrato relacional. **p45**

**Capítulo 3** / La influencia del concepto de contrato relacional en la Teoría General contractual. **p52**

**Capítulo 4** / La influencia del concepto de contrato relacional en el Derecho del Trabajo. **p63**

**a** / La regulación de la relación laboral: una cuestión constitucional. **p77**

**b** / La extensión de las obligaciones que asumen las partes en el contrato relacional de trabajo:

Obligaciones explícitas e implícitas. **p84**

**b.1** / El reconocimiento jurídico de las expectativas implícitas. **p90**

**b.1.i** / La necesidad en el reconocimiento jurídico de las expectativas implícitas. **p97**

**b.1.ii** / La legitimidad en el reconocimiento jurídico de las expectativas implícitas. **p101**

**b.1.iii** / La razonabilidad en el reconocimiento jurídico de las expectativas implícitas. **p110**

**b.2 / Cuadro de exposición de ejemplo. p123**

**c / Corolario: el despido arbitrario como problema constitucional de la relación de dependencia. p126**

***Tercera parte / Deconstruyendo la teoría del despido arbitrario como acto ilícito.***

**Capítulo 1 / El contrato y su rescisión: regulación en el Derecho Civil y Comercial. p131**

**a / El Derecho Civil previo a la unificación de los Códigos. p131**

**b / El Derecho Comercial previo a la unificación de los Códigos. p135**

**c / La regulación del Código Civil y Comercial. p140**

**d / El Derecho del Consumo. p146**

**Capítulo 2 / El contrato de trabajo y su rescisión: protección contra el despido arbitrario con base en el argumento de la ilicitud. p149**

**a / La regulación normativa de la *protección* contra el despido arbitrario. p149**

**a.1 / La protección constitucional y convencional contra el despido arbitrario. p150**

**a.1.i / El mandato constitucional. p151**

**a.1.ii / El mandato convencional. p159**

**a.1.ii.I / El derecho *al* trabajo. p166**

**a.1.ii.II / La exigibilidad de los derechos sociales. p177**

**a.1.iii / Corolario sobre el mandato constitucional y convencional. p190**

**a.2 / La protección legal contra el despido arbitrario. p191**

**a.2.i / La regulación internacional suprallegal. p191**

**a.2.ii / La regulación en la ley. p199**

**b / El concepto de *arbitrariedad* en el despido. p204**

**b.1 / La construcción del concepto de *arbitrariedad* como *ilicitud*. p205**

**b.1.i / El Código de Comercio y la reforma de la ley 11.729. p206**

**b.1.ii / El Decreto-ley 33.302. p210**

**b.1.iii / La ley 20.744. p214**

**b.1.iv / El artículo 14 bis de la Constitución Nacional. p218**

**b.2 / La construcción del concepto de *arbitrariedad* como *licitud*. p227**

**c / El comienzo del abandono de la teoría del despido como acto ilícito. p233**

d / Corolario: cambio de paradigma. **p236**

**Cuarta parte / Construyendo la teoría relacional de protección contra el despido arbitrario.**

**Capítulo 1 / La construcción del concepto de *arbitrariedad* como *daño*. p254**

**Capítulo 2 / La construcción del concepto de protección como indemnidad. p267**

**a / La protección como garantía de indemnidad de la capacidad de consumo. p267**

**a.1 / El sujeto protegido y el tiempo de la protección. La garantía de indemnidad en la capacidad de consumo como condición de efectividad del despido arbitrario. p274**

**a.2 / El bien protegido. p277**

**a.3 / Llevando la garantía de indemnidad de la capacidad de consumo más allá de los límites del art. 245 de la ley 20.744. p280**

**b / Llevando la protección contra el despido arbitrario más allá de la garantía de indemnidad de la capacidad de consumo. p284**

**b.1 / La ampliación de la garantía primaria o sustantiva: p288**

**b.1.i / La ampliación de las expectativas legítimas que se reconocen protegidas en el sistema laboral. p290**

**b.1.ii / La protección de las expectativas legítimas de naturaleza de Seguridad Social. p297**

**b.1.iii / La protección de las expectativas legítimas en el Código Civil y Comercial. p304**

**b.2 / La garantía de segundo grado: la justiciabilidad de la violación de la garantía primaria de protección contra el despido arbitrario. p309**

**Capítulo 3 / La protección como indemnidad desde la visión de la empresa. p315**

**Capítulo 4 / El argumento político de la protección como indemnidad. p320**

**a / La protección social de la persona que trabaja. La libertad hacia adentro de la relación laboral. p320**

**b / La protección de la democracia. La libertad hacia afuera de la relación laboral. p334**

**Quinta Parte / Conclusiones. p338**

**BIBLIOGRAFÍA**



*(...) el despido se ha convertido en un tema  
que no se presta a diálogos serenos.*

Humberto Romagnoli<sup>1</sup>.

## **INTRODUCCIÓN /**

Esta no es una tesis sobre flexibilidad laboral.

Comenzar el desarrollo de la tesis con este enunciado categórico negativo es necesario dado que el título puede llevar a pensar que la propuesta científica será el típico discurso de la flexibilización laboral, esto es, entender que la extinción del contrato de trabajo sin justa causa es un derecho del empleador que se justifica en la necesidad de reducir *costos empresarios*, despreciando la tutela de la persona en situación de trabajo<sup>2</sup>.

El desafío científico, la novedad y –también– el riesgo en esta tesis es sostener una interpretación justamente muy opuesta al discurso flexibilizador, pero tomando argumentos que concilien la protección de la persona que trabaja con los intereses de la administración de la empresa. La novedad jurídica que pretendo plantear es una interpretación del sistema

---

<sup>1</sup> Romagnoli, Humberto. *Prólogo* en: Baylos, Antonio y Pérez Rey, Joaquín. *El despido o la violencia del poder privado*. Ed. Trotta. Madrid (2009); pág. 11.

<sup>2</sup> Guibourg, Ricardo. *Flexibilizaciones, motivos y circunstancias*. La Ley 2019-F. Cita online: AR/DOC/3396/2019.

jurídico de protección contra el despido arbitrario -tal como está legislado en la República Argentina al momento de presentación de esta tesis- desde la visión *relacional* del contrato de trabajo, la cual resulta más beneficiosa para la persona que trabaja que la interpretación tradicional basada en la *ilicitud* del acto de despido arbitrario, pues cumple en mejor forma con el principio protectorio constitucional.

Por ello, el objeto de esta tesis no es argumentar *en contra* de la teoría de la ilicitud del despido arbitrario sino presentar una interpretación *superadora* de ese conflicto entre la licitud y la ilicitud. En ese sentido, voy a sostener que ambas doctrinas, en realidad, parten del mismo error de base: considerar el contrato de trabajo desde una visión *transaccional*. Por ello, el cambio interpretativo que voy a proponer requiere de aceptar otra Teoría General contractual en el Derecho del Trabajo: el contrato *relacional* de trabajo.

En la primera reunión con el director de esta tesis, Miguel Angel Maza, me ha observado el riesgo que implica el tema: la posible confusión con un discurso flexibilizador. Hemos analizado ello y he decidido asumir el riesgo; en tanto observo que el paradigma de la interpretación causal del despido arbitrario como acto ilícito se encuentra agotado, y se ofrece a la persona que trabaja en forma subordinada la peor de las interpretaciones: sostener que este tipo de despidos es un acto ilícito y entonces, como tal, imposible de regularlo jurídicamente más allá de la sanción, pero a su vez como un acto libre de realización por parte del empleador, con plenos efectos extintivos del contrato de trabajo, con la imposición de una *indemnización* cuyo cumplimiento efectivo no tiene efectos sobre la extinción del contrato.

Es necesario superar este paradigma.

Y si bien el cambio podría darse por una reforma legislativa -necesaria-, pretendo sostener en esta tesis que ello es también posible con una argumentación jurídica sobre los textos jurídicos vigentes, que sea distinta a la actual y predominante en el discurso jurídico. En consecuencia, es necesario señalar que esta es una tesis que ofrece una interpretación del sistema jurídico de la extinción del contrato de trabajo tal como se encuentra regulado en el Derecho Argentino al momento de su presentación ante las autoridades académicas, aunque

me referiré en forma accesoria a propuestas de reforma legislativas. Y he elegido este enfoque de *lege data* pues, aún con la legislación vigente y con todas sus imperfecciones estructurales, un cambio de su interpretación por la doctrina y jurisprudencia podría dar un radical cambio en el efecto protectorio, en beneficio de la persona que trabaja.

Sostener un cambio radical en la interpretación de la legislación vigente implica romper paradigmas, ir contra lo establecido, en contra del discurso sostenido por la doctrina. De allí el riesgo de ser confundido con un discurso sobre la *licitud* del despido.

La idea de *paradigma* la tomo en su estilo clásico como la asunción por parte de una comunidad científica, en un espacio y tiempo definido, de un determinado marco conceptual. La doctrina laboralista argentina en estos momentos sostiene el paradigma del despido arbitrario como *acto ilícito*, en base a la idea del contrato de trabajo como generador de la obligación empresaria de mantenimiento de la relación por un plazo determinado incierto. Así, afirma Mario Ackerman que: “*la consideración del contrato de trabajo por tiempo indeterminado como una contratación a plazo incierto, así como justifica que al extinguirse el vínculo laboral por la jubilación del trabajador no se abone indemnización alguna, también explica que el despido incausado debe ser considerado un ilícito contractual -en cuanto supone el incumplimiento de la obligación de respetar el plazo legal- que obliga al empleador a pagar una indemnización por daños y perjuicios que, en el diseño legal actual, está tarifada en función de la antigüedad y la remuneración del trabajador.*”<sup>3</sup>

La ruptura del paradigma imperante implica reformular criterios de base en el Derecho del Trabajo, empezando, ni más ni menos, con el carácter del propio contrato de trabajo. Esta tesis se construye sobre la idea o carácter *relacional* del contrato de trabajo, lo cual influye en forma directa en la posibilidad de su rescisión unilateral. Ello lleva a abandonar la teoría del despido arbitrario como acto ilícito para, finalmente, presentar una nueva calificación de la indemnización por despido arbitrario regulada en el art. 245 de la ley 20.744, en lo que hace a su naturaleza jurídica y al sujeto protegido.

---

<sup>3</sup> Ackerman, Mario. *Sobre el contrato de trabajo por tiempo indeterminado*. Revista de Derecho Laboral Tomo: 2005-2. *Contratación laboral*. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2005). Cita: RC D 2260/2012

Los grandes cambios implican romper paradigmas. Y ello es así en todas las ciencias y aun en el arte. Desde lo jurídico, pretendo hacer lo mismo en esta tesis, proponiendo el abandono del concepto de contrato *transaccional* de trabajo y su sistema protectorio construido sobre la idea de obligaciones incumplidas, en procura de una teoría *relacional* del contrato de trabajo, que reconoce un sistema protectorio basado en los daños que el despido arbitrario genera. La redefinición de los conceptos de *arbitrariedad* y de *protección* permitirán construir un sistema protectorio relacional, que comprenda en el sistema laboral los daños que el despido arbitrario genera.

Esta tesis es presentada para la obtención del máximo grado académico que reconoce le Universidad Nacional del Litoral, el título de Doctor. Y este es el momento indicado y propicio para agradecer a quienes me han dado una oportunidad académica cuando mi *curriculum vitae* era solo una hoja en blanco pues, tomando la frase de Isaac Newton, *si logro ver lejos es porque me he parado sobre los hombros de gigantes*<sup>4</sup>, entonces, aun sin saber que tan lejos alcanza mi mirada, mi agradecimiento a Lorenzo Macagno, Adolfo Rouillón, Aída Kemelmajer, Patricia De Petre, José Daniel Machado, Pablo Topet e Isaac Rubinzal.

Y en el mismo sentido, quiero agradecer a aquellas personas que me han ayudado en la discusión de las ideas que intentaré exponer en esta tesis, pues estas ideas no surgen aisladas, sino que se desarrollan en debates académicos y, muchas veces, en relaciones de amistad; por ello, mi agradecimiento a Roxana Mambelli, Jorge Elías, Diego Tula, Cesar Carballo, José Luis Ugarte, Mariana Otarola, César Arese, Luis Discenza, Carlos Toselli y Sebastián Pusineri. Dentro de estas especiales personas que mezclan amistad y academia hago referencia como grupo, porque tiene autopercepción como tal, a los/las Exbecarios/as del Curso de Especialización para Expertos Latinoamericanos en Relaciones Laborales de la Universidad de Bolonia, Centro Internacional de Formación de la OIT en Turín y de la Universidad de Castilla La Mancha; la lista de nombres que debería incluir en este grupo es realmente muy extensa, pero por esa autopercepción de grupo a la que hago referencia, estoy seguro que si personalizo el agradecimiento en Pedro Guglielmetti, todas y todos se sentirán

---

<sup>4</sup> Newton, Isaac. *Letter from Sir Isaac Newton to Robert Hooke*. La cita en inglés: *If I have seen further it is by standing on the shoulders of Giants*.

identificadas/os.

Desde Uruguay, Héctor Babace e Ignacio Zubillaga me han ayudado con la doctrina de ese país. Raúl Saco me ha brindado información sobre el sistema jurídico peruano y sobre la jurisprudencia de ese país en referencia al despido. José Luis Ugarte ha sido, como siempre, de gran ayuda en la información chilena. Desde Europa he recibido ayuda en el material bibliográfico y en la discusión de ideas de la profesora Anna Rogozińska-Pawelczyk y de los profesores Loic Lerouge y György Kiss, a quienes agradezco y reconozco el especial esfuerzo de superar las barreras de nuestros respectivos idiomas. A todos y todas, muchas gracias.

También mi muy especial agradecimiento a Miguel Angel Maza, por la dirección de este trabajo, que ha aceptado con muy buenas palabras hacia mí y en la cual ha mantenido siempre un espíritu crítico que me ha ayudado en la investigación académica. Sus hombros también me han ayudado para intentar este esfuerzo de ver más allá.

En una famosa conferencia en la Universidad Stanford, Steve Jobs hizo referencia a que distintos acontecimientos de la vida, que separados no parecen tener importancia, de repente se unen misteriosamente y cobran trascendencia. A veces, cuando eso sucede, toma años reunirlos. La cuarta parte de esta tesis, hace referencia a la libertad basada en la independencia económica, y no puedo dejar de unir esto con la frase que Ana María Varese, mi madre, le dijo a ese adolescente rebelde que alguna vez intenté representar sin mayor éxito... *¿querés libertad?, la libertad es económica*. Ojalá los argumentos que expongo en esta tesis sean tan contundentes como el de mi madre.

Mis hijas Agustina y Florencia, y mi hijo Tomás, con sus maravillosas presencias en mi vida han ayudado al desarrollo de algunas ideas que se exponen en la cuarta parte. El y ellas no lo saben, pero me han proveído generosamente de preguntas que reclamaban respuestas.

Este es el último párrafo que escribo. A estas alturas, debo admitir que una tesis se escribe no cuando el autor lo quiere sino cuando determinadas circunstancias confluyen.

Algunas de ellas dependen del propio autor y otras no. Las lecturas y la investigación han sido mi esfuerzo, pero las letras no se tipearon formando palabras que expresen ideas hasta tanto ciertas circunstancias externas que escapan a mi dominio lo han permitido. Que esas circunstancias hayan existido es gracias a Florencia Spiaggi, pues su compañía en mi vida sienta las bases para que todo sea posible; a ella, mi agradecimiento y mi amor.

*Las personas construyen sus vidas alrededor de sus empleos  
y planifican el futuro en la expectativa de que ellos se mantengan.  
Para la mayoría de los empleados el despido es un desastre.*  
Peter Millett <sup>5</sup>.

## ***Primera Parte /***

### **Presentación y aspectos metodológicos**

#### **a / Marco teórico: problema científico y delimitación del campo de investigación.**

El art. 14 bis de la Constitución Nacional enuncia que el trabajo en todas sus formas gozará de la protección de las leyes, dentro de la cual dispone la protección de la persona que trabaja en forma dependiente contra el despido arbitrario comunicado por la persona empleadora. Esto implica una limitación de la libertad constitucional de organización de la empresa contenida en el art. 14 de la Constitución, pues los poderes de organización y dirección empresarios, en lo que respecta al despido arbitrario, encuentran un límite en dicha protección del mismo rango constitucional.

Sin embargo, la regulación legal del despido *arbitrario* y sus consecuencias comienza temporalmente antes de la existencia del mandato constitucional y, en esa historia, ha seguido un desarrollo doctrinario y legislativo cambiante; en el cual ha mantenido una relación de fuentes con el Derecho Civil y Comercial.

---

<sup>5</sup> House of Lords. *Johnson v. Unisys Limited*. [2001] UKHL 13; [2001] 2 All ER 801. “*Many people build their lives round their jobs and plan their future in the expectation that they will continue. For many workers dismissal is a disaster.*”

Actualmente, la gran mayoría de la doctrina laboralista califica al despido directo arbitrario como un *acto ilícito* y, desde ahí se ha omitido toda regulación legal del distracto como lógica consecuencia de esa naturaleza jurídica, limitándose la ley 20.744 -y estatutos particulares que regulan la misma situación- a imponer una indemnización que se devenga como consecuencia de aquel. La construcción de este paradigma se basa, a su vez, en otros conceptos dados referidos al contrato de trabajo. La teoría de la *ilicitud* del despido funda esa antijuridicidad en el incumplimiento de la obligación a plazo que impone al empleador de mantener la vigencia del contrato de trabajo. Ello, a su vez, implica un concepto de contrato *transaccional* tomado del clasicismo contractual decimonónico, con lo cual, en la concepción doctrinaria dominante se desconocen o rechazan no solo los avances que en esa materia reconocen el Derecho Civil y Comercial, sino, más aún -y cardinal en esta tesis- el concepto de *contrato relacional*.

A través de la teoría de la *ilicitud* del despido arbitrario se ha llegado al escenario actual -doctrinal y jurisprudencial- en el cual la comunicación de la decisión de la empresa sobre el fin de la relación tiene pleno efecto interruptor del contrato más no implica el efectivo cumplimiento -pago- de la sanción indemnizatoria que fatalmente desencadena. De esta forma, tal como se interpreta hoy la protección contra el despido arbitrario por la doctrina y jurisprudencia, este tiene efectos extintivos inmediatos sobre el contrato de trabajo por la mera comunicación de esta decisión empresaria a la persona que trabaja, pero solo obliga al empleador al pago de una indemnización *ex post* a la extinción contractual, sin que ello sea requisito para la eficacia extintiva. Y de esta forma, en la interpretación actual del sistema indemnizatorio, la persona despedida sufre de forma inmediata al despido la pérdida de la capacidad de consumo de bienes y servicios que le otorgaba el salario, sin la sustitución inmediata de ella por la indemnización devengada. Esta crisis del sistema indemnizatorio, como señala Jorge Elías, “*no ha merecido la atención de los laboralistas en las publicaciones especializadas*” y “*tanto la legislación como la jurisprudencia de alguna manera han reconocido, en forma no siempre directa o explícita, esta insuficiencia, potenciando las indemnizaciones por despido o acumulándola a otras reparaciones.*”<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Elías, Jorge. *La crisis del sistema de protección contra el despido arbitrario*. Revista de Derecho Laboral. Tomo: 2011-1. Extinción del contrato de trabajo – III. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2011); págs. 11 y sigs. Cita: RC D 430/2013

Por ello, para el mejor cumplimiento del mandato constitucional, postulo que debería asumirse, en primer lugar, la naturaleza *relacional* del contrato de trabajo, lo cual implica abandonar la idea, propia de un contrato *transaccional*, de una obligación a plazo de mantenimiento del contrato de trabajo por parte de la persona empleadora, y el reconocimiento de una *expectativa* de ambas partes en el normal desarrollo del contrato. Y siendo, entonces, lo protegido esa *expectativa* de perdurabilidad del vínculo por los beneficios que se obtiene de la relación, en lo que respecta específicamente al devengamiento del salario, su contenido es el acceso al consumo de bienes y servicios que posibilita a la persona que trabaja, y por lo tanto, la protección constitucional materializada en el art. 245 de la ley 20.744 debe entenderse como una garantía de indemnidad en la capacidad de consumo de bienes y servicios conferida al trabajador o trabajadora, es decir, a la persona mientras posea ese *status* contractual.

Esto implica considerar en forma crítica la naturaleza jurídica de lo que clásicamente se llama *indemnización por antigüedad* pues, pretendiendo que esta es un pago que debe efectuarse como requisito del efecto extintivo del distracto, postularé un carácter distinto vinculado a la persona que trabaja como sujeto consumidor que, a su vez, permitirá armonizar constitucionalmente este instituto con la protección contra el despido arbitrario.

Por ello, sostengo en esta tesis que, según se encuentra actualmente legislado, el efecto extintivo del despido arbitrario sobre el contrato de trabajo se condiciona a la carga del efectivo pago de la garantía de indemnidad de la capacidad de consumo a la persona que trabaja. De esta forma, no solo se evita que el/la trabajador/a se encuentre en una situación en la cual ya no devenga salario ni ha cobrado la indemnización, sino que, además se evitaría la desvinculación en el cálculo indemnizatorio entre el salario devengado que se utiliza en el cómputo y el salario vigente al momento del efectivo pago, a los efectos de evitar que la persona que trabaja y es despedida sin causa sea la única víctima del efecto inflacionario.

Esta tesis limita su objeto de investigación a la argumentación doctrinaria sobre la regulación jurídica de la protección contra el despido *arbitrario*, quedando fuera del campo de estudio, en consecuencia, el despido que en su motivo determinante implique una causa

distinta a la arbitrariedad empresarial. De esta forma, y muy importante, queda fuera del ámbito de estudio el despido que en su motivo determinante implica la violación a los Derechos Humanos de la persona que trabaja: igualdad (no discriminación), libertad sindical, libertad religiosa, derecho a la propia imagen, etc. Sin embargo, en tanto se postulará un concepto particular de *arbitrariedad*, la protección de los Derechos Humanos de la persona que trabaja se considerará especialmente dentro del ámbito de protección contra el despido arbitrario, postulándose que la protección contra la *arbitrariedad* del despido podría extenderse aun a considerar comprendidos a ciertos Derechos Fundamentales.

No tengo dudas respecto a que el sistema protectorio argentino contra el despido arbitrario requiere un cambio legislativo<sup>7</sup>. Tal vez, cuando se asuma el abandono de la teoría de la ilicitud del despido arbitrario se pueda elaborar una ley decididamente -y efectivamente- protectoria. Pero como esos no parecen ser los tiempos actuales, esta tesis pretende demostrar que un cambio en la interpretación de la legislación vigente permite un sustancial avance en la protección contra el despido arbitrario, aún sin cambio legislativo. Por ello he insistido que este es un tema académico y de doctrina, que luego debería ser recogido por la jurisprudencia.

---

<sup>7</sup> Goldin, Adrián. *Flexibilidad laboral y protección del trabajador; el modelo danés de "flexicuridad" y la Argentina*. Derecho del Trabajo 2010 (septiembre), 2287. Cita Online: AR/DOC/5829/2010. “No hay en Argentina, prácticamente, supuesto alguno de extinción (salvo aquellos que responden a la exclusiva voluntad o responsabilidad del trabajador) que no conlleve el pago de una indemnización a cargo del empleador equivalente a la mitad de la que está prevista para el caso de despido injustificado (medio mes de sueldo por año de servicio). Ello me ha llevado en otra oportunidad a sostener que esa "primera mitad" de la indemnización por despido no forma parte de su contenido punitivo sino que se vincula más estrechamente con prestaciones del tipo de las de la seguridad social —en este caso, con las que se refieren a la pérdida del puesto de trabajo— puestas en este caso en cabeza del empleador. Desde tal perspectiva, sería posible convertir ese primer 50 % en una prestación por cesantía, que el empleador podría integrar en una cuenta individual a la orden del trabajador mediante contribuciones periódicas, y cuya percepción tendría el trabajador asegurada toda vez que el contrato se extinguiera por cualquier causa. Serviría de tal modo como un primer auxilio "seguro" e inmediato ante la contingencia de desempleo, y podría de ese modo articularse con el régimen de desempleo en sentido estricto. Esa aplicación no afectaría la imputación punitiva del 50 % restante de la indemnización, que pagaría directamente el empleador al trabajador en caso de despido injustificado. En este último caso el trabajador percibiría ambos conceptos, por lo que su situación resarcitoria actual no se vería afectada; si mejorada, pues ese 50 % "provisional" no estaría sujeto a la voluntad o posibilidad de pago del empleador al momento de la ruptura, y lo percibiría también en supuestos de extinción no imputables a éste. El empleador, a su vez, tendría una carga financiera menor al momento de la extinción, pues esta prestación por cesantía habría sido progresivamente ingresada.”

En consecuencia, siendo el objeto de estudio la argumentación doctrinaria sobre la legislación vigente, debo asumir en el marco teórico todas las circunstancias jurídicas dadas por, precisamente, la legislación vigente. Por lo cual, estas se toman y se asumen como datos jurídicos que no ingresan en el campo de investigación en forma crítica. Por ello, la legislación vigente es una limitante en el marco teórico de esta tesis, pues debo partir de situaciones jurídicas dadas, cuya modificación depende de una decisión legislativa y no de un cambio de interpretación doctrinaria. Así, y lo más importante, debo partir de la base que según la ley 20.744, la persona empleadora y la persona que trabaja se encuentran unidas por un *contrato de trabajo*. Si bien quisiera discutir esta idea sobre la existencia de un contrato, no es el marco teórico de esta tesis. Ello condiciona esencialmente el desarrollo de la investigación pues, sobre la idea del contrato de trabajo, la doctrina actual sobre el despido arbitrario toma este desde la idea de contrato *transaccional* como un problema de *rescisión contractual* cuando, en cambio, yo estimo que el problema desde la teoría *relacional* del contrato es de *ejercicio (o de su limitación) del poder* que la relación entre estas personas reconoce en cabeza de la parte empleadora, y al cual queda sometido la persona que trabaja. De tal forma, en la crítica a la doctrina actual -al paradigma- deberé afrontar el análisis de la problemática de la rescisión del contrato bilateral, pues sobre esa idea se construye la doctrina que pretendo criticar. Y luego, en tanto no puedo escapar de la idea del *contrato de trabajo* que impone la ley 20.744, la teoría del *contrato relacional* me permitirá llevar el problema del despido arbitrario al nivel de un conflicto constitucional de distribución de poder entre particulares en el seno de una sociedad democrática.

Todo ello, sin embargo, y lo repito, es una imposición del marco teórico, con lo cual me permito la reserva académica de discutir fuera de esta tesis estos conceptos que aquí se asumen como datos y fuera de la crítica académica.

#### **b / Hipótesis de investigación.**

El contrato de trabajo responde a la categoría de *relacional* y, por lo tanto, el mantenimiento en el tiempo de la relación de trabajo, entendida como una relación cooperativa, es una expectativa mutua de las partes contratantes, pero referida a distintos intereses. El despido *arbitrario* implica una conducta oportunista del sujeto empleador

contraria al desarrollo cooperativo de la relación, que ocasiona un *daño* por el quiebre injustificado de las *expectativas* legítimas que la persona que trabaja tiene en los beneficios que obtenía en esa relación. Por ello, el mandato protectorio del art. 14 Bis de la Constitución Nacional ordena al Poder Legislativo disponer un sistema que *garantice* la *indemnidad* de la persona que trabaja frente a esos daños. Y así, si por parte de la persona que trabaja, esa expectativa se encuentra referida, entre otros intereses personales y económicos (art. 4 de la ley 20.744), al mantenimiento de la capacidad de consumo de bienes y servicios que posibilita el salario, entonces el art. 245 de la ley 20.744 es su garantía de indemnidad. De esta forma, el efecto extintivo del despido arbitrario sobre el contrato de trabajo se encuentran condicionados a su inocuidad sobre esa capacidad de consumo, lo cual implica necesariamente la carga del pago de una suma de dinero como requisito del efecto extintivo del despido, que *garantizará* a la persona que trabaja y es arbitrariamente despedida a permanecer en su capacidad de consumo por un tiempo posterior al distracto; plazo este que será mayor en cuanto mayor sea la expectativa de permanencia en el contrato dado por el normal desarrollo de la relación laboral.

### **c / Metodología de investigación.**

Esta tesis pretende modificar el *status quo* de la doctrina actual imperante sobre el despido arbitrario, abandonando la teoría de su ilicitud e instalando la noción del contrato *relacional* de trabajo. Y sobre esta base postular al mandato protectorio del art. 14 Bis de la Constitución Nacional como una garantía de indemnidad de la persona que trabaja.

En consecuencia, primero es necesario presentar el carácter *relacional* del contrato de trabajo para luego, sobre este concepto, postular el abandono de la teoría de la ilicitud del acto del despido para sostener, luego, la protección constitucional contra el despido arbitrario como una garantía de indemnidad. De tal forma, el objetivo de la tesis comprende tres fases. En primer lugar, la argumentación sobre el carácter *relacional* del contrato de trabajo, luego, la *deconstrucción* de la teoría de la ilicitud del despido arbitrario y, en tercer lugar, la *construcción* de la teoría relacional de protección contra el despido arbitrario.

Dado que la tarea argumentativa se realiza desde la noción de *contrato relacional* de trabajo, la etapa *deconstructiva* de la tesis implicará, necesariamente, abandonar el método axiomático propio tanto del derecho contractual clásico como de la teoría de la ilicitud del despido arbitrario. El primero, en tanto la ilicitud del despido arbitrario se basa, necesariamente, es una Teoría General contractual clásica. En ese sentido, el paradigma contractual transaccional clásico de la fuerza del acuerdo estático e inmodificable da lugar a la ilicitud del despido por el incumplimiento obligacional. Así, desde premisas dadas en forma dogmática, la doctrina laboralista va desprendiendo conclusiones en cascada que desembocan en la ilicitud del despido arbitrario. La empresa contrata a la persona que trabaja y, desde allí en más ese acuerdo es inmodificable<sup>8</sup>, sin que las vicisitudes que luego afectan a aquella decisión original de entrar en el contrato, y que son extrañas a las partes, puedan dar lugar a algún argumento sobre la necesidad de salida del contrato.

Es necesario demostrar el error de esos paradigmas. Y abandonarlos, como ya lo ha hecho el Derecho Civil y Comercial<sup>9</sup>.

La *deconstrucción* no implica la demolición. No se debe sencillamente demoler la teoría de la ilicitud, arrasando con ella, pues evidentemente ha prestado un servicio como argumento protectorio de la persona que trabaja, aunque postulo en esta tesis que actualmente responde a un paradigma socioeconómico inexistente. Por ello, debe desarmarse esa teoría, y utilizando los materiales que de ella pueden ser todavía rescatados, será posible construir una mejor protección para la persona que trabaja de las consecuencias perjudiciales del despido arbitrario.

La cuarta parte de la tesis, referida a la *construcción* del paradigma del despido arbitrario como daño y la protección constitucional como garantía de indemnidad, implica metodológicamente abandonar las formas usuales jurídicas de argumentación racional sobre

---

<sup>8</sup> El *ius variandi* no implica un cambio en la estructura del contrato de trabajo.

<sup>9</sup> Santarelli, Fulvio. *La regulación del mercado a través del contrato. Una propuesta para la protección del empresario débil*. La Ley 2007-C, 1044. Cita Online: AR/DOC/1783/2007

textos normativos para enfocar la base argumental en la conducta humana como fenómeno jurídico. La metodología será, entonces, necesariamente interpretativa sobre los hechos y sentimientos de las partes en la relación laboral, debiéndose introducir la noción del *contrato psicológico*. En este aspecto, la fuerza vinculante del contrato se encuentra en las *expectativas* que las partes tengan en él, y la conducta que cada parte mantenga y desarrolle durante la relación contractual laboral en relación a aquellas expectativas será fuente de obligaciones contractuales implícitas, que junto a las obligaciones explícitas que por fuente legal y convencional integran el contrato de trabajo, determinará el campo obligacional de las partes.

La regulación argentina de rescisión del contrato de trabajo por la libre voluntad de la parte empleadora, con una posterior sanción indemnizatoria, es un sistema extraño en el mundo jurídico occidental por la amplitud de libertad aceptada. Aun con enormes diferencias entre ellos, los distintos sistemas jurídicos que regulan la relación laboral dependiente tienden a negar esta libertad absoluta del despido. El caso paradigmático de despido libre -tal vez-, sea el de Estados Unidos de Norteamérica, país en el cual el *employment at-will* tiene la misma libertad rescisoria incausada que en Argentina, aunque luego el sistema norteamericano comienza a mostrar restricciones bajo la protección de los derechos civiles, por medio de contratos en los que interviene los sindicatos (*union contracts*) o bajo regulaciones laborales estatales. Fuera de este caso, el conjunto de países europeos y latinoamericanos regulan, por lo general, serias restricciones a la libertad empresaria de despido. Por esta razón, no presento en la tesis una parte especialmente dedicada al derecho comparado, pues las diferencias con el modelo argentino son directamente de base; ello sin perjuicio de ocasionales referencias a sistemas jurídicos extranjeros cuando es relevante en forma particular, en especial, al sistema legal de la República Oriental del Uruguay.

Los aspectos relativos al formato de redacción, a las citas a pie de página y a las referencias bibliográficas responden al *Reglamento de Presentación de Tesis* de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral.

Finalmente, dos aspectos de metodología relacionados a la redacción. En primer lugar, he descartado el uso tradicional en la redacción jurídica de la primera persona del plural en

favor del uso de la primera persona del singular, pues entiendo que ello no solo le otorga a la redacción un estilo más cálido, sino que también refleja que la redacción de una tesis doctoral es una construcción unipersonal. En segundo lugar, pero aún más importante, una cuestión de género. En el ámbito del Derecho del Trabajo, y en especial en esta tesis, se hace continua y reiterada referencia a las partes del contrato de trabajo, y en lo que respecta a la parte que contractualmente asume poner a disposición su fuerza de trabajo, usualmente se hace referencia a ella como *el trabajador*. Esto sucede aun en los textos de las normas jurídicas. Para tener una adecuada perspectiva de género en la redacción, y en tanto en la argumentación jurídica que se propone en esta tesis no hay diferencia de género en la materia, me debería referir a *la trabajadora/el trabajador*. Ello, sin embargo, no resuelve el problema de la inclusión de aquellas personas que no se consideran comprendidas en ninguno de los términos de la opción binaria de hombre/mujer. Por ello, respecto a la parte del contrato de trabajo que se obliga a poner a disposición la fuerza de trabajo voy a referirme como *la persona que trabaja*, pues ello es mucho más preciso en forma técnica por dos razones principalmente: en primer lugar, resuelve la cuestión de género, porque la expresión *persona que trabaja* incluye a todas las personas humanas sin referencia al género, con lo cual están indudablemente comprendidas todas las distintas expresiones del mismo aún más allá del binomio mujer/hombre; y en segundo lugar, ya dentro de la materia laboral, esta materia regula la situación de una persona, con todo su entidad y esencia como tal, en el aspecto en que se relaciona con otras personas a través de la relación de dependencia laboral<sup>10</sup>; y ello implica que la visión de esta rama de Derecho debe ser necesariamente humanista desde el concepto de *persona*. Limitar la referencia a la mera noción de *trabajadora* o *trabajador*, restringiría el análisis jurídico de aquellas situaciones que en el ámbito del trabajo dependiente implican la esencia de la persona humana.

#### **d / Acceso a la base de datos de bibliografía.**

En la sección *Bibliografía* se inserta un código QR que da acceso a una base de datos en la cual he guardado los artículos de doctrina extranjera y la jurisprudencia extranjera, a los

---

<sup>10</sup> Sinzheimer, Hugo. *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*. Ed. IELSS. Madrid (1984). “*Quien presta trabajo no da ningún objeto patrimonial, sino que da a sí mismo. El trabajo es el hombre mismo en situación de actuar.*”

efectos de facilitar el acceso a los mismos.

*Contracts are always more than the contract document.*

Stewart Macaulay <sup>11</sup>

*El contrato de trabajo no es el que consta en un escrito,  
sino el que se ejecuta en hechos.*

Código de Trabajo de República Dominicana.

Principio IX.

## ***Segunda parte /***

El contrato relacional de trabajo

### **Capítulo 1 /**

**La Teoría General del Derecho de Contratos: sociedad, economía y contratos.**

La regulación de la *relación de dependencia laboral* existente entre la organización empresaria y la persona que trabaja ha sido encomendada por el Derecho del Trabajo argentino a la idea de *contrato*. A la crítica que a ello puede formularse debe agregarse, además, los problemas derivados de asumir a qué *idea* o *concepción* de contrato nos referimos cuando hablamos de *contrato de trabajo*.

Conforme lo he expuesto en la primera parte, siendo esta tesis una crítica a la legislación vigente sobre despido arbitrario, debo asumir como un hecho jurídico dado que la

---

<sup>11</sup> Macaulay, Stewart. *The real and the paper deal: empirical pictures of relationships, complexity and the urge for transparent simple rules*. En: AA.VV. *Implicit dimensions of contract*. Campbell, David; Collins, Hugh y Wightman, John. Ed. Hart Publishing. Oxford (2003); pág. 53.

ley 20.744 regula un *contrato de trabajo* y, por lo tanto, la crítica a este recurso excede el marco teórico<sup>12</sup>. Pero, no obstante, dado el contrato de trabajo, debe asumirse en forma crítica el estudio de cuál es la *Teoría General del Contrato* que se reconoce como aplicable a este contrato de trabajo. Y esta crítica es cardinal en esta tesis pues, sostengo, la doctrina laboralista aborda la relación de trabajo como un contrato desde una Teoría General errónea y, desde allí, el error se traslada a la interpretación del sistema protectorio contra el despido arbitrario.

En esta segunda parte de la tesis presentaré las diferencias en la Teoría General del Contrato entre la noción transaccional y relacional, en la tercera parte abordaré la crítica de asumir la Teoría General del Contrato transaccional para la relación de dependencia, y en la cuarta parte, finalmente, sostendré la aplicación de la teoría del contrato relacional para la relación laboral y, en especial, para el despido arbitrario.

El recurso al *contrato* para regular la relación de dependencia laboral<sup>13</sup> no es una decisión intrascendente para el Derecho del Trabajo pues la Teoría General del Contrato no es aséptica. El contrato es una estructura de poder, en el cual cada parte pretende asegurarse el comportamiento de su contraparte en la satisfacción de sus intereses propios. Y esa estructura de poder se construye -al menos en Occidente- sobre los cimientos de la sociedad capitalista la cual, a su vez, implica una determinada concepción del poder en la creación y distribución de la riqueza. De tal forma, y presentado en sentido inverso, la estructura capitalista de una

---

<sup>12</sup> Referencia obligada en esta discusión es: Kahn-Freund, Otto. *A note on status and contract in British labour law*. The Modern Law Review Vol. 30. Edit. 1967, págs. 635 y sigs. *Trabajo y derecho*. Ed. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Publicaciones. Madrid (1987). Ver también: Snyder, Franklin. *The Pernicious Effect of Employment Relationships on the Law of Contracts*. 10 Texas Wesleyan Law Review 33 (2003).

<sup>13</sup> Como lo reitero en distintas oportunidades a lo largo del texto, el marco teórico de la tesis, planteado como una crítica de *lege data* al sistema de protección contra el despido arbitrario, hace que la crítica al recurso al contrato exceda a aquél. Sin embargo, observo que la captura de la relación de dependencia laboral por el contrato responde, entre varias causas, al proceso de privatización de las relaciones humanas. A la par de la relación de dependencia laboral puede señalarse al matrimonio como otra relación *contractualizada* en un período de tiempo, respecto de la cual luego se comenzó a valorar sus aspectos relacionales (derecho a pensión de los concubinos, reconocimientos de derechos a las personas del mismo género antes del matrimonio igualitario, el reconocimiento legislativo de la unión convivencial, etc.). Al respecto ver: Scott, Elizabeth y Scott, Robert. *Marriage as Relational Contract*. 84 Virginia Law Review. 1225 (1998).

determinada sociedad generará una idea de distribución del poder dentro de la sociedad, y la Teoría General del Derecho Contractual responderá a ella; como consecuencia, el contrato de trabajo terminará atrapado en esa concepción de la forma de distribución social del poder.

Por lo tanto, asumir que la relación de dependencia laboral es un contrato implica tomar partido sobre qué es y cómo funciona ese contrato en la economía capitalista occidental conforme una Teoría General del Derecho de Contratos. Y si bien el Derecho del Trabajo se justifica en la idea de la *relación de dependencia o subordinación*, esta rama del Derecho no presenta una Teoría General propia del contrato, dedicándose simplemente a mitigar los efectos de la Teoría General del Derecho de Contratos en el ámbito contractual en cuanto afecta el principio protectorio.

La sociedad occidental liberal capitalista que se forjó luego de las revoluciones norteamericana y francesa, y la primera revolución industrial, tuvo su Teoría General contractual. Su expresión está dada en el Código Civil de Francia del año 1804 y, por medio de esa fuente, llega al Código Civil de la República Argentina del año 1869. Como sostiene Hugh Collins, “*en la medida en que el mercado se convirtió en el instrumento dominante para la producción y asignación de la riqueza, la concepción decimonónica del derecho contractual aportó la herramienta por la cual esas relaciones de mercado podían ser entendidas y reguladas.*”<sup>14</sup>

Esta Teoría General del Derecho Contractual representa el modelo clásico.

La sociedad occidental del Siglo XIX había abrazado la libertad por medio de la Revolución Francesa, había limitado al Estado por medio de la Constitución Norteamericana y había creado bienes standarizados (no artesanales) de producción para el mercado luego de la primera Revolución Industrial. En esa época, en el año 1776, Adam Smith publicaba su libro *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, conocido también como

---

<sup>14</sup> Collins, Hugh. *The law of contract*. Ed. Butterworths, Londres (1993); pág. 4. “*As markets became the dominant instrument for the production and allocation of wealth, the nineteenth-century conception of contract law supplied the tool by which these market relations could be understood and regulated.*”

*La riqueza de las naciones*, invocando una libertad natural que ordena la economía hacia su desarrollo. Como afirma Gonzalo Sozzo, “*en este modelo de derecho, el progreso era fundamentalmente individual: el individuo es el agente del progreso. Se progresa cuando mejoran las condiciones materiales de autoprotección sobre la base de la diligencia, la libertad y la propiedad. En este contexto, los bienes ambientales eran considerados como un recurso económico a ser explotado; reducidos al estatuto de "cosas", los bienes ambientales son absolutamente apropiables por medio de la transformación producto del trabajo humano y utilizables al infinito por el propietario, lo que constituye una doble autorización para destruirlos. Claramente, la idea de infinitud de los recursos naturales se asociaba a la idea de infinitud y perpetuidad del progreso.*”<sup>15</sup>

Para ese sistema social de creación y asignación de riqueza en libertad, el Derecho Contractual proporcionó la idea de un acuerdo libre entre dos personas iguales e informadas que actuaban racionalmente en la búsqueda de satisfacer sus propios intereses por medio del intercambio de bienes. De esta forma, y citando nuevamente a Hugh Collins, “*el rol del derecho de contratos fue concebido principalmente como la facilitación de elecciones voluntarias otorgándoles fuerza legal*”<sup>16</sup>, mediante el cual las partes lograban un espacio de soberanía no-estatal en el cual regular sus acuerdos, pero teniendo siempre al Estado como último garante del cumplimiento del acuerdo a través de la ejecución de las obligaciones.

La libertad en el contenido del contrato y la información sobre los bienes transables, que era de fácil acceso debido a la escasa tecnología agregada al producto<sup>17</sup>, presuponían un acuerdo en el cual se hallaban presente, en ese momento y para cada una de las partes, la representación de todas las implicancias futuras de ese acuerdo. Si cada persona podía acceder a los derechos de propiedad sobre las cosas disponibles en el mercado, cosas sobre las cuales

---

<sup>15</sup> Sozzo, Gonzalo. *Los nuevos modelos constitucionales alternativos al desarrollo en América del Sur (buen vivir y desarrollo perdurable en la arena del derecho)*. Revista de Derecho Ambiental 40. Ed. La Ley. Buenos Aires (2014); pág. 77. Cita Online: AR/DOC/5780/2014.

<sup>16</sup> Collins, Hugh. *Ob. Cit. The law...*; pág. 5. “*The role of the law of contract was conceived principally as the facilitation of voluntary choices by giving them legal effect.*”

<sup>17</sup> El agregado tecnológico a los productos comienza con la segunda revolución industrial.

tenía información, y era libre de lograr los términos contractuales que siguiendo sus propios intereses lograra el intercambio de lo que se poseía por lo que se deseaba, entonces ese acuerdo de voluntades era reconocido por el Estado bajo la forma de un contrato, y eventualmente exigible ante los tribunales estatales. Estos últimos, claro está, estaban llamados a hacer cumplir los contratos en la forma exacta que las partes lo habían celebrados; esto, en tanto, si cada parte valoró en forma subjetiva y libre los términos del acuerdo y, por lo tanto, valoró positivamente el contrato, luego un tribunal no podía revisar la equidad de esa transacción pues no podía acceder a los intereses subjetivos de cada parte al contratar.

De tal modo, para una sociedad que producía en forma industrial para el mercado bienes aún con escaso agregado tecnológico y en la cual se le reconocía a todas las personas<sup>18</sup> la posibilidad de acceder a la propiedad de los bienes, el Derecho Contractual ofreció un contrato que promovía y aseguraba las transacciones de bienes. Y la seguridad era brindada por el consentimiento; por lo cual, *pacta sunt servanda* mediante, el contrato era considerado ley para las partes y, bajo esa Teoría General se asumía que *quien dice contractual dice justo*<sup>19</sup>.

Al respecto, sostiene Ian Macneil que “*la combinación de intercambio con promesa ha sido una de las herramientas sociales más poderosas jamás desarrolladas para la producción de bienes y servicios. Además, la especificidad en las transacciones tiene sus propias virtudes especiales. Solo un sistema de transacciones específicas para el intercambio de bienes presentes puede ser una forma efectiva de realizar negocios sin interferencias del acervo social, y por lo tanto, los contratos de transacciones específicas o concretas cumplen esta función.*”<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> La expresión *todas las personas* debe tomarse en forma amplia, pues el sistema jurídico de esa época tenía restricciones sobre los seres humanos que accedían a ese concepto (esclavitud) y, además, reconocía incapacidades de Derecho sobre ciertas personas (mujeres).

<sup>19</sup> Fouillée, Alfred.

<sup>20</sup> Macneil, Ian. *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law*. Northwestern University Law Review Vol. 72; pág 859. “*The combination of exchange with promise has been one of the most powerful social tools ever developed for the production of goods and services. Moreover, discreteness in transacción so projected has its own special virtues. Just as a system of discrete transactions for exchanging present goods*

No obstante, la rigidez del consentimiento en la Teoría General Contractual clásica ha pasado a la historia, pero la regulación del trabajo tuvo una situación de especial regulación en el Código Napoleón. No es objeto de esta tesis una extensa investigación histórica sobre las formas de regulación del trabajo en la antigüedad, pero hasta el Código Francés de 1804 las relaciones laborales se comprendían en la noción de *status*<sup>21</sup>, con lo cual la idea de *libertad* revolucionaria implicaba suprimir el sometimiento estatutario al trabajo obligado<sup>22</sup> y de por vida. Por ello, el art. 1836 del Código Civil francés limitaba temporalmente la prestación de servicios personales y, por lo tanto, si en el contrato se estipulaba un tiempo determinado, esa cláusula quedaba comprendida bajo el rigorismo del *pacta sunt servanda*; pero si no existía tal cláusula y el contrato era por tiempo indeterminado, la filosofía revolucionaria imponía la *libertad* y, entonces, cualquiera de las partes podía rescindir el contrato, con una notificación prudencial a la contraparte.

Sin embargo, volviendo al rigorismo contractual de la Teoría General clásica, ya en el

---

*may be an effective way to conduct business free of all sorts of extraneous social baggage, so too may discrete transaction contracts serve this function.”*

<sup>21</sup> Kiss, György. *Transition of a Contract of Employment: from the Locatio Conductio to the Relational Contract*. New Zealand Journal of Employment Relations, 43(3): 75-90.

<sup>22</sup> Por ejemplo, como consecuencia de la gran mortandad de trabajadores en época de la *Peste Negra* (bubónica) en Inglaterra se sancionaron una serie de actos legislativos emitidos por sucesivos reyes y reinas que obligaban a las personas pobres a trabajar bajo sanción de prisión. Esto comenzó con The Ordinance of Labourers en 1349, luego The Statutes of Labourers en 1350, The Statute of Artificers en 1562 y The Masters and Servants Act en 1823. En lo que refiere a la temática de esta tesis, es interesante señalar que bajo esta legislación se creó la presunción de que todo contrato de empleo (sirvientes) se celebraba por el término de un año, vencido el cual el contrato podía ser rescindido aun sin causa por el empleador. Esta presunción se arraigó en el *common law* de las colonias británicas en América y, luego de la independencia continuó como el Derecho consuetudinario que regula el contrato de trabajo en los Estados Unidos de Norteamérica, conocido ahora como *employment at will*, en el cual el empleador puede terminar el contrato en cualquier momento y por cualquier razón. Esto nos lleva a la escena típica de las películas y series norteamericanas en la que la persona que trabaja es despedida verbalmente y coloca sus cosas en una caja y se retira del lugar de trabajo.

Asimismo, es interesante señalar en nuestra historia argentina la imposición de la *papeleta de conchavo*, que acreditaba que el portador era una persona empleada, y ante cuya falta la condena era el servicio militar. Los antecedentes de este tipo de regulaciones se remontan a la legislación española que castigaba la vagancia. Por supuesto, la referencia literaria a este sistema (aunque particularmente referido a la recluta militar) es *El gaucha Martín Fierro*.

Siglo XX, las relaciones económicas se complejizan debido a que los productos elaborados ganan en incorporación tecnológica (segunda revolución industrial), la sociedad se diversifica y aparecen los conceptos de *clase media* y de *persona consumidor/a*, y los negocios requieren de estructuras jurídicas elaboradas que proyectan las consecuencias del acuerdo hacia el futuro<sup>23</sup>. Sobre esta evolución, afirma Ian Macneil que “*hasta ahora solo hemos tratado con los intercambios actuales de bienes existentes. Sin embargo, tales intercambios pueden desempeñar un papel limitado en las economías avanzadas, ya que estas requieren una mayor especialización del esfuerzo y más planificación de la que se puede lograr eficientemente mediante el intercambio actual a través de transacciones específicas; estas economías avanzadas requieren la proyección del intercambio hacia el futuro a través de varios tipos de planificación, es decir, la planificación que permite y promueve el grado necesario de especialización del esfuerzo.*”<sup>24</sup>

En este nuevo escenario económico y social ya no es tan fácil sostener que al momento del consentimiento las partes del contrato tenían toda la información sobre el objeto de la transacción (pues los bienes se vuelven tecnológicamente complejos) ni que pueden representarse en ese momento todas las implicancias futuras del acuerdo que celebran. De tal modo, si bien el consentimiento sigue siendo la base del contrato, comienza a reconocerse la posibilidad de su afectación y de limitar su fuerza obligatoria. *Contrato* ya deja de ser sinónimo de *Justicia*, y cobra importancia en la teoría contractual la noción de *causa*. En el Derecho argentino, el Decreto-ley 17.711 representa este fenómeno contractual denominado Teoría Neoclásica del Derecho Contractual. En este sentido, afirma Graciela Lovece que “*la reforma Borda de 1968 determina la reformulación del concepto cerrado de contrato-instrumento; la interpretación entonces tiene que ver con la apertura del contrato, mediante la aplicación de los principios generales del derecho como marco referencial de aquél: no se*

---

<sup>23</sup> Por ejemplo, la franquicia comercial.

<sup>24</sup> Macneil, Ian. *Ob. Cit. Contracts: Adjustment...*; pág. 857. “*Thus far we have dealt only with present exchanges of existing goods. Such exchanges can, however, play but a limited role in advanced economies. Advanced economies require greater specialization of effort and more planning than can be efficiently achieved by present exchange through discrete transactions; they require the projection of exchange into the future through planning of various kinds, that is, planning permitting and fostering the necessary degree of specialization of effort.*”

*interpreta exclusivamente la declaración de voluntad plasmada en el instrumento, sino a ésta en relación con las normas protectivas.”<sup>25</sup>*

La producción en masa para el mercado de productos con agregado tecnológico requiere de planificación en el tiempo a los efectos de asegurarse la provisión de los insumos y materias primas, así como la adecuada distribución de los bienes hasta el consumidor final. Estos acuerdos complejos y de largo termino requerían de la seguridad del contrato clásico, pero ya no podían cumplimentar con la representación total del negocio al momento del consentimiento y, de tal forma, el contrato comienza a requerir de cierta flexibilidad y, en consecuencia, se reconoce la creación de obligaciones más allá de los términos expresos y concretos del juego de oferta y aceptación. El Derecho, como sistema estatal, fue llamado entonces no solo para asegurar en forma coercitiva el cumplimiento de los términos expresos del contrato, sino también para proveer una legislación complementaria o supletoria del acuerdo de partes, que opere ante vacíos o lagunas de un contrato que ya no se reconocía como completo y autosuficiente; de esta forma, el Derecho de Contratos tenía la función económica de no solo asegurar la transacción de los bienes sino también de reducir los costos del acuerdo a los efectos de facilitar la transacción de bienes y servicios.

En este sentido, expresa Ronaldo Porto Macedo Jr.: *“varias transformaciones ocurridas en las prácticas contractuales afectaron profundamente los conceptos clásicos que articulaban el pensamiento contractual clásico de fines del Siglo XIX. En primer lugar, se puede decir que el principio de la igualdad sufrió transformaciones, no en el sentido de su destrucción, sino en su metamorfosis en una forma más sustantiva de igualdad. (...) El reconocimiento de las diferencias de estatus jurídico hará que progresivamente el Derecho Social pase a ser un derecho de desigualdades, un derecho de privilegios y discriminaciones positivas, moral y políticamente legitimados. Dentro de esta nueva perspectiva, la pertenencia a clases o grupos de agentes funcionalmente definidos pasa a determinar el tipo de régimen jurídico contractual que regulará las transacciones en cuestión, basado en padrones específicos y particulares de regulación.*

---

<sup>25</sup> Lovece, Graciela. *El principio de la autonomía de la voluntad. Sus límites en la sociedad actual*. La Ley 2007-F, 753. Cita Online: AR/DOC/2945/2007

*En segundo lugar, también la idea de reciprocidad sufre cambios sustanciales, en la medida que pasa a definir no sólo una contraprestación formal, sino una cierta equivalencia sustancial entre valores de los términos intercambiados.”<sup>26</sup>*

En lo que importa en esta tesis, al momento del desarrollo de la Teoría neoclásica contractual llega socialmente conformada la *clase trabajadora*, o la idea sociológica del *gremio* como entidad de pertenencia (anterior al concepto jurídico de *sindicato*). Aquella sociedad que en el Siglo XIX había conseguido la libertad de trabajar en relación al control y regulación del Estado (Rey) o de las Corporaciones, ahora, en el Siglo XX, una parte de ella debía conseguir su reconocimiento como sujeto social y los derechos correspondientes a ese estatus. Cuando la clase trabajadora y los sindicatos logran el reconocimiento social, y se reclama la regulación jurídica de la relación de dependencia, la respuesta fue la teoría neoclásica contractual, basada en el consentimiento que aseguraba la transacción de fuerza de trabajo por salario (aunque se aclarara expresamente que el trabajo no es mercancía), bajo la influencia del *Welfare State* en el derecho contractual que reconocía en ese contrato un sujeto hiposuficiente en su libertad y capacidad de negociación y le otorgaba una especial legislación protectoria, pero siempre sobre la base del contrato transaccional neoclásico.

Si “*el derecho contractual neoclásico es fruto de una economía fordista y de un compromiso entre una concepción keynesiana de organización de la economía y ascenso de valores welfaristas*”,<sup>27</sup> entonces el contrato de trabajo regulado en el año 1974 por la ley 20.744 parecería responder a estas características.

Esta Teoría neoclásica del Derecho Contractual, no obstante, sigue enfocada en asegurar la transacción de bienes y servicios. Por lo tanto, tanto la teoría clásica como neoclásica representan paradigmas del *contrato transaccional*, pues el objeto del acuerdo es

---

<sup>26</sup> Porto Macedo Jr., Ronaldo. *Contratos relacionales y defensa del consumidor*. Ed. La Ley. Buenos Aires (2006); págs. 14/15.

<sup>27</sup> Porto Macedo Jr., Ronaldo. *Ob. Cit.*; pág. 77.

lograr la mejor protección jurídica posible de una transacción de bienes o servicios. Y en este sentido, reitero, a pesar de que el trabajo no es mercancía y el art. 4 de la ley 20.744 ordena interpretar esa relación de dependencia con una mirada humanista, en lo sustancial el régimen del contrato de trabajo queda atrapado en aquella Teoría General neoclásica del contrato y termina asumiendo una transacción entre fuerza de trabajo mensurable (Taylor) y salario.

Sin embargo, si bien a partir de la década de 1960 el *contrato transaccional* es especialmente usado en la relación de consumo, ya no representa el arquetipo contractual por excelencia en las relaciones económicas. La idea del mercado global, que supera las fronteras de los Estados, genera una economía en la cual la empresa-total, controlante de todo el sistema de producción desde los insumos hasta la venta al consumidor/a, es insuficiente para dar una respuesta competitiva a la producción de bienes para ese mercado, con lo cual la empresa se especializa en la división de trabajo y se asocia a otras empresas en un proyecto mayor, integrándose en una cadena de producción de riqueza a nivel global. La empresa es ahora parte de una red de producción y distribución de riqueza. En este sentido, afirma Marcelo Quaglia que *“hoy en día, la complejidad de las condiciones sociales, la velocidad del desarrollo tecnológico y el consiguiente cambio social, motivan que la empresa deba reconsiderarse a sí misma y, lo que antes se configuraba como un trabajo artesanal, autárquico, personalizado, propio de las sociedades rurales decimonónicas, ha sido abiertamente reemplazado por la actividad “empresarialmente organizada”. De esta manera la empresa requiere, para cumplir sus objetivos, del concurso de terceros que, desempeñando actividades específicas, desarrollen materialmente el plan de prestación comprometido negocialmente por aquella. La nueva concepción empresaria se evidencia como “un sistema abierto que interactúa constantemente con el contexto”. Así, se considera a la empresa como un subsistema social que funciona dentro de un sistema social más amplio y, dentro de este análisis, se plantea la influencia de la acción del subsistema en el sistema global. De esta manera, hoy en día la empresa interactúa cada vez más con el medio, generando múltiples y diversas relaciones que en el pasado no existían o se planteaban de manera esporádica y/o inusual.”*<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> Quaglia, Marcelo. *La empresa posmoderna ante el derecho*. La Ley 2009-B, 878. AR/DOC/1090/2009. Con cita de Vítolo, Daniel. *Iniciación en el estudio del Derecho Mercantil y de la empresa*. Ed. Ad-Hoc. Bs. As (1992), pág.103.

Frente a la idea contractual neoclásica aún limitada a la transacción, el sistema económico comienza a requerir protección de acuerdos que tienen por objeto una relación: el *contrato relacional*. La idea de que dos o más personas se unen a los efectos de llevar adelante un proyecto común (*joint venture*) que satisface sus intereses propios pensado como un proceso de largo tiempo ya no podía ser contenida en el concepto clásico o aún neoclásico de consentimiento. La *presentificación*<sup>29</sup> de las consecuencias futuras del acuerdo al momento del consentimiento que es de radical importancia en la teoría clásica contractual y que conserva su centralidad, aunque atenuada en la teoría neoclásica, ya no es posible en los acuerdos que por su extensión en el tiempo quedan plenamente sometidos a las vicisitudes externas, de forma tal que lo que las partes pueden *presentificar* en el consentimiento solo es que asumen ese proyecto en común y que lo que espera de su contraparte es un comportamiento cooperativo en el desarrollo de ese acuerdo. Los términos del contrato y sus obligaciones se irán desarrollando con el tiempo, en base a esa relación cooperativa. El contratante debe, entonces, cumplir el contrato no solo en los términos expresos acordados (en lo que fuera posible *presentificar*) sino, también, *de buena fe* en todo lo que haga al desarrollo cooperativo del acuerdo. De tal forma, el *contrato relacional* desplaza al consentimiento como idea jurídica de generación de obligaciones y lo reemplaza por la relación cooperativa; las partes ya no acuerdan una *transacción* sino una *relación en cooperación*.

La noción de *contrato relacional* tiene su origen en estudios tanto en la ciencia jurídica como en la sociología<sup>30</sup> y la economía<sup>31</sup>, aunque su sistematización teórica se reconoce principalmente en los trabajos académicos de los profesores Ian Roderick Macneil<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup> Porto Macedo Jr., Ronaldo. *Ob. Cit.*; pág. 125. Define la *presentificación* como “...el proceso por el que se intenta anticipar todo el futuro para el presente a través de la planificación y establecer la vinculación total del futuro a aquello que es planeado en el presente. En el límite ideal, tornar presente el futuro es tornar el futuro cien por cien predeterminado en el presente.”

<sup>30</sup> Belley Jean-Guy. *Une typologie sociojuridique du contrat*. En: *Sociologie du travail*. 38<sup>e</sup> année n°4, Octobre-décembre 1996. *Contrats et pratiques contractuelles. Approches pluridisciplinaires*. págs. 465-486

<sup>31</sup> Williamson, Oliver. *The mechanisms of governance*. Oxford University Press. Oxford (1996).

<sup>32</sup> Macneil, Ian. *The Many Futures of Contracts* (1974) 47 Southern California Law Review 691; *Contracts: Adjustment of*

y Stewart Macaulay<sup>33</sup> desde la década de 1960.

Y es todavía una teoría en desarrollo en la doctrina académica<sup>34</sup>, principalmente en Estados Unidos<sup>35</sup>, Inglaterra<sup>36</sup> y Francia<sup>37</sup>, aunque no ha logrado un amplio desarrollo –al menos directo– en Latinoamérica.

Conforme lo relatan Brayden King y Gordon Smith, “*cuando Stewart Macaulay*

---

*Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law* (1978) 72 *Northwestern University Law Review* 854; *Relational Contract Theory: Challenges and Queries* (2000) 94 *Northwestern University Law Review* 877; *Relational contracts: What we do and we do not know* (1985) *Wisconsin Law Review* 483.

<sup>33</sup> Macaulay, Stewart. *Non-contractual Relations in Business: A Preliminary Study* (1963) 28 *American Sociological Review* 55.

<sup>34</sup> En favor de la existencia de una teoría general del contrato relacional: Belley, Jean-Guy. *Contract relationnel*. En: Popovici y Smith (Dir.) *McGill Companion to law*. Sitio: <https://mcgill.ca/companion/list/contrat-relationnel> “*On peut aujourd’hui parler d’une “théorie du contrat relationnel” qui propose un nouveau paradigme du contrat et une nouvelle conception du droit des contrats.*”

En contra de la existencia de una teoría general del contrato relacional: Eisenberg, Melvin. *Why There Is No Law of Relational Contracts*. 94 *Nw. U. L. Rev.* 805 (1999) “*What relational contract theory has not done, and cannot do, is to create a law of relational contracts. Because there is no significant difference between contracts as a class and relational contracts, relational contracts must be governed by the general principles of contract law, whatever those should be. Of course, certain categories of contracts present special kinds of problems. These problems, however, derive not from the fact that the contracts in these categories are relational, but from more specific attributes. Long-term contracts, contracts to govern thick relationships, contracts that are both especially interactive and especially not well-specifiable, and other categories of contracts may each present special problems that stem from their special features. Even in these cases, for the most part the law of contract should be able to solve the relevant problems by the formulation of general principles that apply to all contracts, but are responsive to intentions and circumstances in particular cases. But relational contracts, as such, are not a special category of contract, because all or virtually all contracts are relational. That is why we do not have, and should not have, a law of relational contracts.*”

<sup>35</sup> Feinman, Jay. *The reception of Ian Macneil’s work on contract in the USA*. En: Campbell, David (Ed.) *The relational theory of contract: selected works of Ian Macneil*. Sweet & Maxwell. Londres (2001); pág. 59.

<sup>36</sup> Vincent-Jones, Peter. *The reception of Ian Macneil’s work on contract in the UK*. En: Campbell, David (Ed.) *The relational theory of contract: selected works of Ian Macneil*. Sweet & Maxwell. Londres (2001); pág. 67.

<sup>37</sup> Laithier, Yves-Marie. *À propos de la réception du contrat relationnel en droit français*. (2006) *Recueil Dalloz*, n 15, *Chronique*, 1003.

*comenzó a enseñar Contratos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Wisconsin en 1957, tenía 26 años. Nunca había ejercido como abogado, e hizo lo más sensato al adoptar el libro de casos utilizado por sus colegas más experimentados: Lon Fuller, Derecho contractual básico. El suegro de Macaulay, Jack Ramsey, Gerente General retirado de S.C. Johnson & Son, no quedó impresionado con el libro de casos. Según Macaulay, Ramsey "pensó que gran parte de esto se basaba en una imagen del mundo de los negocios que estaba tan distorsionada que era una tontería".*

*Para ayudar a Macaulay a obtener perspectivas del mundo real sobre los contratos, Ramsey organizó una serie de reuniones con ejecutivos corporativos que se convirtieron en la base del ensayo de Macaulay, "Relaciones no contractuales en los negocios: un estudio preliminar". Como lo indica el título, Macaulay se centró en las relaciones no contractuales: cómo las partes regulaban su comportamiento sin la ayuda de contratos escritos. Durante el curso de sus entrevistas, descubrió que "muchos intercambios, si no la mayoría, no reflejan planificación, o solo una cantidad mínima, especialmente en lo que respecta a sanciones legales y el efecto de actuaciones defectuosas". Si surgían problemas, las partes a menudo negociaban una solución sin depender explícitamente de los contratos escritos o las amenazas de sanciones legales.*

*Ian Macneil más tarde se refirió al famoso artículo de Macaulay como un "esfuerzo de demolición" que despejó el camino para la teoría del contrato relacional. Cuando Macaulay y Macneil se conocieron por primera vez en un taller de verano para jóvenes docentes celebrado en la Universidad de Nueva York en 1962, Macaulay ya había escrito "Relaciones no contractuales en los negocios", y Macneil estaba escribiendo artículos doctrinales sobre derecho contractual. El reconocido trabajo de Macneil sobre "contratos relacionales" tomó varios años para surgir, con los primeros ensayos emanados de su trabajo en Africa, con lo cual la "primera formulación sistemática" de la teoría de los contratos relacionales apareció en 1974."<sup>38</sup>*

---

<sup>38</sup> King, Brayden y Smith, Gordon. *Contracts as Organizations*. Arizona Law Review, Vol. 51, No. 1, 2009. "When Stewart Macaulay began teaching Contracts at the University of Wisconsin Law School in 1957, he was 26 years old. He had never practiced law, and he did the sensible thing by adopting the casebook used by his more experienced colleagues: Lon Fuller,

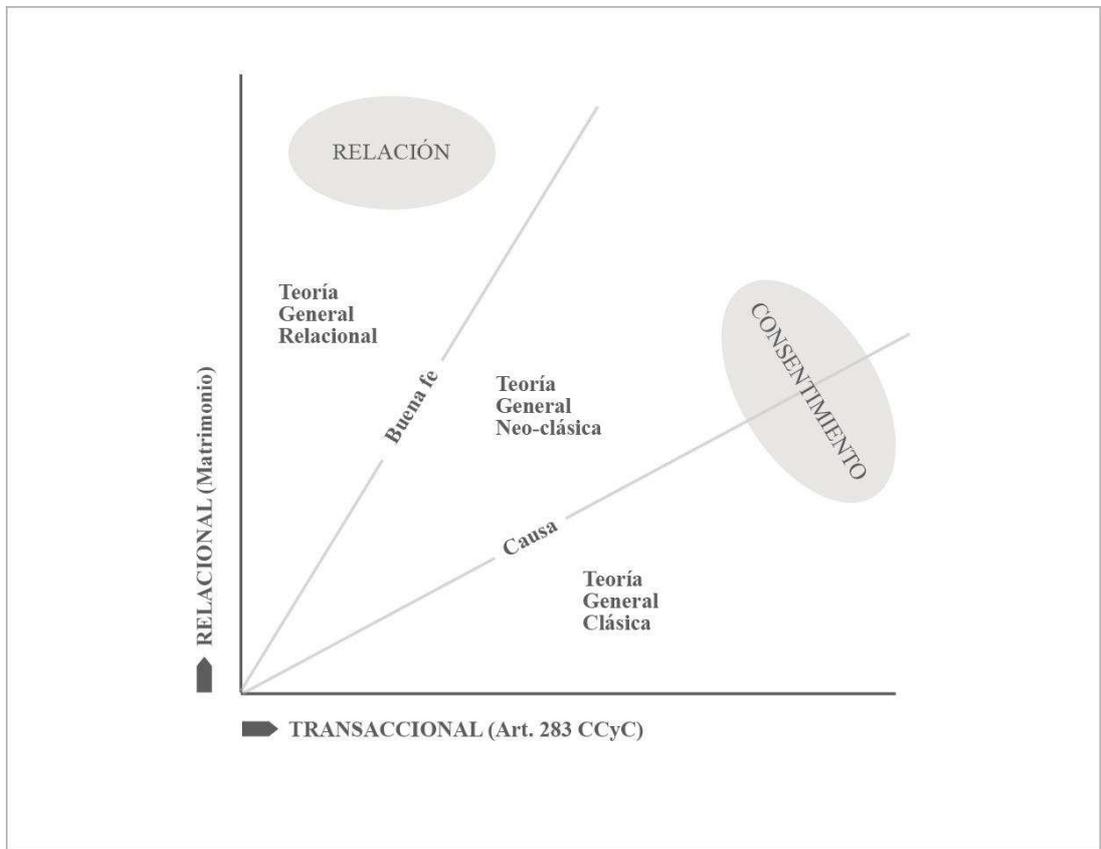
La mirada *relacional* del Derecho Contractual implica asumir que todo contrato se encuentra construido sobre una red social (*social matrix*) que le da sustento y, por lo tanto, todo contrato es relacional. Sin embargo, ciertos contratos construyen una relación entre las partes que puede asumir la gobernanza del acuerdo. Retomando la idea del contrato como estructura de poder, el modelo clásico colocó el poder en el consentimiento, y la teoría neoclásica lo desplazó en parte hacia el sujeto protegido en la relación contractual, al que posibilitó desafiar el poder del consentimiento bajo ideas de equilibrio contractual en las prestaciones; ahora, la teoría relacional empodera a la *relación cooperativa* como la idea que gobierna el acuerdo. De esta forma, Ian Macneil propone un abanico clasificatorio de contratos entre dos polos: la mera transacción y la relación interpersonal. Aquellos acuerdos limitados a la transacción de bienes entre las partes tienden hacia el polo *transaccional*, mientras que a medida en que la relación entre las partes comienza a cobrar importancia en el desarrollo del contrato, este tiene a ubicarse hacia el polo *relacional*. De este modo, cuando en esta tesis me refiero al *contrato relacional* debe entenderse como a un contrato ubicado decididamente hacia el polo relacional conforme lo refiere Ian Macneil en su obra *The many futures of the contracts*, en el cual la relación cooperativa de las partes asume el rol principal en la gobernanza del acuerdo, desplazando en esa posición al consentimiento contractual.

---

*Basic Contract Law. Macaulay's father-in-law – Jack Ramsey, the retired General Manager of S.C. Johnson & Son – was not impressed with the casebook. According to Macaulay, Ramsey “thought that much of it rested on a picture of the business world that was so distorted that it was silly.”*

*To assist Macaulay in gaining real-world perspectives on contracts, Ramsey arranged for a series of meetings with corporate executives that became the basis of Macaulay's seminal article, “Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study.” As indicated by the title, Macaulay focused on non-contractual relations – how parties regulated their behavior without the assistance of written contracts. During the course of his interviews, he found that “many, if not most, exchanges reflect no planning, or only a minimal amount of it, especially concerning legal sanctions and the effect of defective performances.” If problems arose, the parties often negotiated to a solution without relying explicitly on the written contracts or threats of legal sanctions.*

*Ian Macneil later referred to Macaulay's famous article as a “demolition effort” that cleared the way for relational contract theory. When Macaulay and Macneil first met at a summer workshop for young contracts teachers held at New York University in 1962, Macaulay already had written Non-Contractual Relations in Business, and Macneil was writing doctrinal pieces about contract law. Macneil's renowned work on “relational contracts” did not begin to emerge for several years, with the earliest pieces emanating from his work in Africa and his “first systematic formulation” of relational contract theory appearing in 1974.”*



Uno de los desafíos de esta tesis es incorporar esta noción de *contrato relacional* al Derecho del Trabajo argentino, pues ella explica el rol principal de la relación laboral en la generación de los derechos y obligaciones de las partes y, en lo que importa en esta tesis, la ubicación del despido como un problema de la *relación* y no del *contrato de trabajo*.

## **Capítulo 2 /**

### **La noción de contrato relacional.**

#### **a / El concepto de contrato relacional.**

##### **a.1 / La construcción doctrinaria.**

Como lo expongo en el gráfico *ut supra*, la recepción de la visión *relacional* de la Teoría General contractual permite crear un abanico de posibilidades graduales que se extiende desde un acuerdo esencialmente transaccional hasta un acuerdo esencialmente relacional. Dentro de ese espectro, un acuerdo puede ubicarse más cerca de un extremo o del otro, resaltando sus aspectos transaccionales o relacionales. La Teoría General contractual clásica se construyó principalmente sobre el extremo transaccional, y la Teoría Neoclásica incorporó elementos que abrieron el abanico hacia el lado relacional, principalmente desacralizando el consentimiento. El extremo *relacional*, ahora, representa una Teoría contractual que rediseña los elementos esenciales del contrato, incorporando la realidad socio-económica al interior del acuerdo.

En particular, y en lo que interesa en esta tesis, el *contrato relacional* desplaza al consentimiento como elemento esencial de creación de las obligaciones y asume la posibilidad que las partes resulten obligadas por fuentes externas a su voluntad, sirviendo la *relación cooperativa* como medida de la imposición de obligaciones. Esto implica, entonces, no solo la crítica que el concepto clásico contractual (decimonónico) ha soportado sobre la libertad y la fuerza obligatoria del contrato, redefinida en el modelo contractual neoclásico que reconoce la posibilidad de revisión del consentimiento contractual, sino un concepto de contrato que relega el consentimiento como fuente de obligaciones en favor de la *relación* como elemento esencial del contrato. Así, Jean-Luc Belley sostiene que “*los actores de la economía no se preocupan por demás en formalizar sus acuerdos en un documento contractual ni tampoco recurren generalmente a un tribunal para resolver sus conflictos. La efectiva regulación de sus conductas se realiza sobre la base de la confianza y de las normas de la actividad. El interés por mantener por un largo término sus relaciones prevalece sobre la invocación de sus derechos y obligaciones en una connotación jurídica. En definitiva, en el mundo de los negocios, el respeto estricto al contrato a menudo tendría menos importancia*

que acatamiento a las normas y exigencias de las “relaciones no contractuales.”<sup>39</sup>, pero “en vez de relegar la regulación de las relaciones económicas en el campo del no-contrato o el no-derecho, Macneil propone colocar las circunstancias fácticas de la relación en el centro de la teoría general del contrato y el derecho de los contratos.”<sup>40</sup>

Charles Goetz y Robert Scott sostienen que un contrato será *relacional* en la medida en que las partes no sean capaces de expresar los términos importantes del acuerdo en obligaciones bien definidas<sup>41</sup>.

Juan Solá afirma que: “los contratos relacionales son aquellos que no tratan de resolver todas las contingencias futuras, pero que sin embargo, son acuerdos de largo plazo en los cuales las relaciones personales pasadas, presentes y probablemente futuras son cuestiones que importan a las partes contratantes. Por lo tanto, estos contratos son de alguna manera implícitos, informales y no vinculantes. El concepto de contrato relacional es utilizado para explicar la relación entre los individuos en un mundo de acontecimientos impredecibles.”<sup>42</sup>

Robert Bird expresa que en un contrato relacional las partes desarrollan una relación basada en la planificación, confianza y solidaridad que por mucho excede los términos del

---

<sup>39</sup> Belley, Jean-Guy. *Ob. Cit.* “...les acteurs de l'économie ne se soucient pas beaucoup de formaliser leurs ententes dans un document contractuel et ne recourent généralement pas aux tribunaux pour régler leurs conflits. La régulation effective de leurs comportements s'effectue sur la base de la confiance et des normes du milieu. Le souci de maintenir à long terme leurs relations d'affaires l'emporte sur l'invocation des droits et des obligations à connotation juridique. Au total, dans la vie des affaires, le respect strict du contrat aurait souvent moins d'importance que la fidélité aux exigences et normes des « relations non contractuelles ».”

<sup>40</sup> Belley, Jean-Guy. *Ob. Cit.* “Plutôt que de confiner les relations d'affaires effectives au domaine du non-contrat ou du nondroit, Macneil propose de mettre les faits relationnels au centre de la théorie générale du contrat et du droit des contrats.”

<sup>41</sup> Goetz, Charles y Scott, Robert. *Principles of Relational Contracts*. 67 Virginia Law Review 1089. “The contract is ‘relational to the extent that the parties are incapable of reducing important terms of the arrangement to welldefined obligations.’”

<sup>42</sup> Solá, Juan Vicente. *Constitución y economía*. 1a. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires (2004); pág. 279.

contrato original<sup>43</sup>.

Lidia Garrido Cordobera expresa que: *“para Macneil, el contrato es un instrumento de previsión de futuro que utiliza de manera accesoria la voluntad de las partes siendo sensible a los cambios de la realidad social ya que existe una relación entre el contrato y las circunstancias que lo rodean y para Posner el contrato sería un instrumento de coordinación eficiente que debe utilizarse por las partes de manera no oportunista a fin de evitar costosas medidas de autoprotección.*

*La teoría del contrato relacional está basada en cuatro ejes: el 1ro. que toda transacción está inmersa en relaciones complejas, el 2do. que el entender toda transacción requiere entender todos los elementos esenciales de las relaciones circundantes, 3ro. que el análisis efectivo requiere el reconocimiento y la consideración de todos los elementos esenciales de las relaciones circundantes que pudieran afectar significativamente la transacción, 4to. el análisis combinado y contextual de las relaciones y transacciones es más eficiente y produce un resultado analítico final más completo y seguro que el que se obtiene con el análisis no contextual de las transacciones.”*<sup>44</sup>

A su vez, Noemí Nicolau, comentando la teoría del contrato relacional de Ian Macneil, afirma que: *“para la teoría del “contrato relacional”, que este autor norteamericano viene desarrollando desde los años sesenta, el contrato es una relación<sup>45</sup> de intercambio. Reconoce que la “idea del contrato como relaciones en las que ocurre el intercambio” es bien diferente y difícil de aceptar para quienes entienden que el contrato es un conjunto de “transacciones específicas, acuerdos específicos, promesas específicas, intercambios específicos y cosas por el estilo”.*

---

<sup>43</sup> Bird, Robert. *Employment as a relational contract*. U. Pa. Journal of Labor and Employment Law. Vol. 8:1; págs. 149 y sigs. *“Relational contract theorizes that parties to contracts develop a relationship between one another that incorporates planning, trust, and solidarity that far exceed the terms of the original document.”*

<sup>44</sup> Garrido Cordobera, Lidia. *Nuevas perspectivas de la teoría general del contrato*. La Ley 2013-F, 1011. Cita Online: AR/DOC/3321/2013

<sup>45</sup> Obsérvese que en el texto se destaca la palabra *relación*.

(...)

*El contrato relacional supone relaciones complejas entre las diversas partes, en las que los vínculos personales de solidaridad, confianza y cooperación son determinantes. Se vinculan con sus circunstancias y, en consecuencia, si ellas varían, las partes están implícitamente obligadas a adaptar el contrato a la nueva situación. Esta teoría, no supone dar paso a la pura arbitrariedad, ha dicho Rolland, pero ofrece un desplazamiento de la mirada desde el objeto del cambio económico a los actores económicos, coloca a las personas en presencia relacional, en ocasiones por lo que ellas son en cuanto a sujetos y, a veces, de modo más objetivo, de acuerdo al rol que las partes le dieran según sus legítimas expectativas (Rolland).”<sup>46</sup>*

Un sector de la doctrina ha ensayado un concepto de *contrato relacional* a través de su oposición al *contrato transaccional*. Estos últimos serían aquellos en los que el contrato se limita exclusivamente a un intercambio de bienes o servicios. La formación y el cumplimiento del *contrato transaccional* no requiere en absoluto ninguna relación entre las partes, por lo cual la identidad de los sujetos es irrelevante y las prestaciones asumidas se monetarizan. Y los ejemplos de estos tipos de contratos se construyen sobre situaciones fácticas que sean lo más desoladas posibles en cuanto a la imposibilidad de una relación pasada, presente y futura entre las partes. Por ejemplo, la compra de combustible para el automóvil por parte de un/a conductor/a en una estación de servicio en un lugar en el cual nunca ha estado antes y no piensa volver en el futuro (un lugar de vacaciones, por ejemplo, que no le gustó al viajero/a y, por lo tanto, no piensa en regresar)<sup>47</sup>. Ese contrato es *transaccional* pues el intercambio del combustible por el dinero no requiere de ninguna relación entre las partes, y la información que las partes necesitan intercambiar a los efectos de lograr el acuerdo no necesita de una relación, bastando los instantes clásicos de *oferta* y *aceptación* para formar el acuerdo. Como describen Hugh Beale, William Bishop y Michael Furmston, “*muchos intercambios simples pueden ser realizados en un corto período de tiempo. Lo que cada parte debe hacer se puede*

---

<sup>46</sup> Nicolau, Noemí. *Fundamentos del derecho contractual*. Tomo I. Teoría general del contrato. Ed. La Ley. Buenos Aires (2009); pág. 14/15. A su vez, la cita de Rolland corresponde a: Rolland, Louise. *Les figures contemporaines du contrat et le Code Civil “du Quebec”*. McGill Law Journal/Revue de Droit de McGill. Vol. 44; pág. 904.

<sup>47</sup> Macneil, Ian. *Ob. Cit. The Many Futures...*; págs. 720 y sigs.

*acordar fácilmente y el intercambio no involucrará a las partes en una relación a largo plazo entre sí, ni a nadie más. La compra casual de fruta en un puesto en la ruta es un ejemplo simple. Tales intercambios se pueden tratar de forma aislada de cualquier otro y hay pocos hechos anteriores que afecten en forma relevante a la transacción por considerar.*”<sup>48</sup> Y tan escasa es la información necesaria para formar y cumplir el contrato que estas transacciones pueden realizarse por una persona aun prescindiendo de una interrelación con un contratante humano presente en el momento de la transacción, con lo cual aquella compra de combustible puede realizarse pagando por un medio electrónico en la máquina que provee el combustible, y realizando la carga el propio comprador<sup>49</sup>. Sin embargo, para refutar esta diferencia, podría sostenerse que, en definitiva, aquella mera transacción de combustible por dinero necesita, para que se realice, una relación entre comprador/a y vendedor/a que implique: un modo de entendimiento común (idioma o señas) y condiciones socio-legales-económicas (culturales) que posibiliten la transacción (por ejemplo, la aceptación de una moneda determinada y la aceptación del concepto de propiedad privada). De tal modo, en definitiva, podría sostenerse que, en el fondo, todos los contratos son relacionales y no existe la categoría de contrato transaccional<sup>50</sup>. No obstante, aun cuando podría sostenerse que, en definitiva, todo contrato presupone una relación social, lo que caracteriza al *contrato relacional* es la función sistémica-jurídica que esa relación cumple en el contrato, desplazando al consentimiento como idea central en la gobernanza del acuerdo.

Sin embargo, para lograr una adecuada definición de un contrato como *relacional* no es suficiente la mera contraposición con un contrato *transaccional*, pues ello sería una

---

<sup>48</sup> Beale, Hugh; Bishop, William y Furmston, Michael. *Contract. Cases & materials*. Ed. Butterworth & Co. Londres (1990); pág. 4. “*Many simple exchanges are to be completed within a short time scale. What each party is to do can easily be agreed and the exchange will not involve the parties in any longer term relationship to each other, nor involve anyone else. The casual purchase of fruit from a roadside stall is a simple example. Such exchanges can be treated in isolation from any other and there is a little relevant background to consider.*”

<sup>49</sup> Lo mismo sucede con todas las compras que se realizan por medio de máquinas expendedoras y en sitios de internet. Con lo cual, ello no se limita a transacciones de consumo de poco monto (la compra de una gaseosa en una máquina) sino que puede aún implicar situaciones más complejas y de sumas de dinero importantes, como por ej. la compra de un paquete turístico.

<sup>50</sup> Eisenberg, Melvin. *Ob. Cit.*

definición por la negación que no sería útil con fines académicos<sup>51</sup>; aunque ello es un recurso necesario, como primer paso pues, como afirma Ian Macneil, “...como *post-feudalistas*, nosotros enfrentamos una gran dificultad en conceptualizar el contrato relacional. El dominio abrumador del transaccionismo en la vida económica post-feudal nos ciega ante la posibilidad de que el intercambio económico pueda proyectarse hacia el futuro sin especificidad actual elevada a un nivel de conciencia por la cual se pueda decir que la comunicación entre las partes tuvo lugar, y con ella la reciprocidad cuantificada. Nuestra dificultad se ve exacerbada por una renuencia (nuevamente una característica de una perspectiva transaccional) a reconocer como existente, o al menos como importante, cualquier cosa difícil o imposible de medir, preferentemente en dinero.”<sup>52</sup>

Y aunque se enfatiza el término *relacional* para calificar a estos contratos, debe señalarse que el concepto fuerte es el de *cooperación*. La teoría del *contrato relacional* implica asumir que todo contrato es un *instrumento de cooperación social*. Por lo tanto, el *contrato relacional* se opone al *contrato transaccional* no tanto porque el primero coloca a la relación en el centro del acuerdo en detrimento del consentimiento sobre el que se asienta el contrato transaccional, ni tampoco porque el primero tiene por objeto una relación mientras que el segundo tiene a la transacción, sino porque el *contrato relacional* asume una relación cooperativa entre las partes en contra de la idea del individuo racional, egoísta y maximizador de sus intereses que presupone el *contrato transaccional*.

En consecuencia, lo que otorga carácter de *relacional* a un determinado contrato es la circunstancia que las partes solo pueden gobernar el desarrollo futuro del contrato a través de una relación cooperativa entre ellas. Por ello, como expuse *ut supra*, lo que caracteriza al

---

<sup>51</sup> Ian Macneil en *Many futures of contracts* expone 12 aspectos conductuales de los contratos en ejes que tienen un polo transaccional y otro relacional. (págs. 744 y sigs.)

<sup>52</sup> Macneil, Ian. *Ob. Cit. The Many Futures...*; págs. 716/7. “...as *post-feudalists* we face the greatest difficulty in conceptualizing relational contract. The overwhelming dominance of transactionism in post-feudal economic life blinds us to the possibility that economic exchange can be projected into the future without present specificity raised to a level of consciousness whereby communication between parties can be said to have taken place, and with it measured reciprocity. Our difficulty is exacerbated by a reluctance (again a feature of a transactional outlook) to recognize as existent -or at least, as important- anything difficult or impossible to measure, preferably in money.”

*contrato relacional* es la función sistémica-jurídica central que la relación entre las partes cumple en el contrato. Como el consentimiento, como medio por el cual en el presente las partes adelantan toda la regulación de las vicisitudes que en el futuro puedan afectar al contrato, es insuficiente para otorgar un marco normativo aceptable al contrato, la función que este cumple en la doctrina clásica del contrato transaccional es relegada y asumida por la relación en el contrato relacional.

Para que la relación sea funcionalmente necesaria para la regulación del contrato, deben darse ciertas circunstancias que, en definitiva, son las características que diferencian al contrato *relacional* del contrato *transaccional*. Y en esto el tiempo juega un rol trascendental, pues dado que el futuro es impredecible, cuando el acuerdo contractual que planean las partes es a largo plazo y queda expuesto a circunstancias ajenas a las partes que afectarán su desarrollo, más allá de lo que se pueda prever y se exprese en el acuerdo, las partes asumen que por el contrato se crean dos tipos adicionales de obligaciones más allá de las que expresamente se acuerdan: a) aquellas que se asumen expresamente pero en términos amplios o genéricos en lo que hace a la prestación comprometida; y b) aquellas que son implícitas al acuerdo.

De tal forma, el concepto de *contrato relacional* lleva contenido otros dos conceptos: los de *contrato a largo plazo* y *contrato incompleto*.

En primer lugar, no todo contrato que se desarrolla en el tiempo es un contrato *relacional*.

El tiempo afecta a los contratos en diferentes maneras.

La primera referencia al tiempo relacionado al contrato, seguramente la más inmediata, estará dada por el plazo en el cumplimiento de las obligaciones que tienen origen contractual. Es el ejemplo más simple y directo, el de una compraventa en la cual las partes acuerdan que la compradora pagará el precio a los 30 días de recibida la cosa.

Sin embargo, y en lo que es materia de estudio de esta tesis, existen contratos en que las partes no se *otorgan* plazos para el cumplimiento de las obligaciones (como en el ejemplo anterior) sino que, por el contrario, *exigen* plazo para el desarrollo del contrato. El contrato se

entiende y se quiere esencialmente por su tiempo de duración.

En aquella situación, el tiempo es accesorio, en esta es esencial.

Las estructuras contractuales de distintas naturalezas jurídicas –civil<sup>53</sup>, comercial, administrativo<sup>54</sup>, laboral<sup>55</sup>, etc.- usualmente buscan establecer relaciones jurídicas estables y de largo plazo. En estos casos la satisfacción del objeto del contrato –el negocio jurídico en el que las partes tienen interés<sup>56</sup>- no se realiza en un acto único, sino que se cumple a través de un plazo de tiempo.

En estos contratos, el tiempo es condición esencial y relevante pues el interés de cada parte en el contrato se identifica con una relación prolongada. Y esto no solo implica que luego del momento de la celebración contractual subsisten obligaciones de cumplimiento diferido, sino también que de la celebración del contrato surge un compromiso de mantener una relación entre las partes que posibilite el cumplimiento del negocio jurídico<sup>57</sup>. Y más aún, no se asumen diversas obligaciones diferidas en el tiempo, sino que la obligación es única y de cumplimiento continuado<sup>58</sup>. En este sentido, afirma Ricardo Lorenzetti que: “...en los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento y no accesorio, como ocurren en la ejecución diferida. En estos últimos, la temporalidad se incorpora a través de modalidades accidentales de la obligación, como el plazo o el cargo, o bien a través de la falta de presupuestos que tienen entidad como para separar la celebración del cumplimiento.

*En cambio, en la duración, el interés del acreedor no es satisfecho sino a través de una prestación continua o reiterada en el tiempo. Por ello se dice que el tiempo se vincula*

---

<sup>53</sup> Caputo, Leandro. *Los contratos sin plazo de duración y la Ley de Defensa del Consumidor*. JA 2002-III-1184.

<sup>54</sup> Cassagne, Juan Carlos. *Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos. Tendencias actuales sobre el “ius variandi”*. La Ley 2018-B. Cita on line: AR/DOC/731/2018.

<sup>55</sup> Art. 90 de la ley 20.744

<sup>56</sup> Mosset Iturraspe, Jorge. *Contratos*. Edit. Ediar. Buenos Aires (1988); págs. 193 y sigs.

<sup>57</sup> Albano, Carlos y Capo, Claudia. *La rescisión unilateral en los contratos de larga duración y el solidarismo contractual*. ADLA 2017-6,89. Cita Online: AR/DOC/897/2017.

<sup>58</sup> Gabrielli, Enrico. *Contratos de larga duración*. La Ley 2017-E, 995. Cita Online: AR/DOC/2531/2017.

*con el objeto del contrato, ya que el mismo no puede cumplirse sino a través de una prolongación temporal.*"<sup>59</sup>

Aparece entonces, la noción de *contrato de duración* en contraposición al *contrato de ejecución instantánea* (aunque esta pueda diferirse en el tiempo).

Sostiene Enrico Gabrielli que: "*La elaboración conceptual inicial de la categoría de los contratos de duración, en la doctrina italiana, se debe a Giuseppe Osti, el cual, a inicios del siglo pasado, siguiendo la línea de investigaciones contemporáneas desarrolladas por autores alemanes, operó una primera tentativa de construcción dogmática; pero su evolución y más acabada definición se debe al sucesivo estudio de Giorgio Oppo, específicamente titulado "I contratti di durata".*

*El ilustre jurista indicó que la fortuna de la expresión "contratos de duración" se debe "más a la concisión que a la propiedad de la fórmula. En sentido propio, no es el contrato, sino la relación la que es de duración", puesto que en esta tipología de contratos el carácter de la "duración" no refiere al momento de la formación, sino al de la ejecución, y por tanto "no se vincula con el negocio como fuente de la relación, sino a la relación como efecto del negocio. Debería pues hablarse no de contratos, sino de relaciones de duración", y aun con más precisión terminológica, de "relaciones obligatorias de duración".*"<sup>60</sup>

Aun así, es posible establecer otra distinción respecto a los contratos de duración. En estos contratos que tienden a perdurar en el tiempo, la imposibilidad de prever el futuro puede marcar una fuerte impronta en las obligaciones que se generan. Y así, a pesar de la duración, pueden existir contratos que, dada la naturaleza del negocio que regulan, pueden crear una regulación más o menos precisa de las situaciones futuras que eventualmente deberán afrontarse en el desarrollo del contrato y así lograr una regulación autónoma suficiente; pero existen otros contratos de duración en los cuales por la naturaleza del negocio que se

---

<sup>59</sup> Lorenzetti, Ricardo. *Tratado de los Contratos*. Tomo I. Ed. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe (2003), pág. 119.

<sup>60</sup> Gabrielli, Enrico. *Ob. Cit.*

proponen las partes esa mínima posibilidad de autoregulación *ab initio* no puede realizarse y, entonces, las obligaciones que se asumen tienen una marcada insuficiencia en su especificación, por lo que las partes confían mutuamente en que su contraparte mantendrá en forma colaborativa una conducta tendiente al mejor desarrollo y cumplimiento del contrato. Además, puede suceder que en ese acuerdo de largo tiempo, no solo las obligaciones expresas se asumen en términos inespecíficos en el inicio, sino que también las partes aceptan que en el acuerdo existen obligaciones implícitas que cumplir. A estos últimos acuerdos, que reúnen las características de extensión temporal, inespecificidad de las obligaciones expresas, asunción de obligaciones implícitas y la cooperación como pauta de conducta se los denomina *contratos relacionales* dado que en ellos la *gobernanza* del contrato, atento las características mencionadas, se confía a una relación colaborativa entre las partes.

De tal forma, si bien la noción de *contrato relacional* presupone un acuerdo de duración en el tiempo, no todo contrato a largo plazo es necesariamente de tipo relacional. Ello en tanto lo que define al contrato como *relacional* es la forma en que las partes deciden obligarse, asumiendo obligaciones en términos amplios o indefinidos y la posibilidad de la existencia de obligaciones implícitas en el acuerdo, prescindiendo (dada la imposibilidad de prever el futuro) de un contrato que detalladamente regule la forma de cumplimiento de las obligaciones que explícitamente se acuerdan, y asumiendo un compromiso de desarrollo del contrato que, en forma cooperativa, cumpla las legítimas expectativas que cada parte tiene en el negocio contractual. El contrato *relacional* se caracteriza por un compromiso abierto de mutua cooperación futura entre las partes, para el cumplimiento de las obligaciones, tanto las que se acuerdan en forma expresa como aquellas que son implícitas al acuerdo. Por el contrario, si el contrato, aún de larga duración, puede razonablemente regular la forma del cumplimiento futuro de las obligaciones asumidas, y sus vicisitudes, entonces ese contrato no tiene carácter *relacional* <sup>61</sup>.

Luego, el contrato *relacional* es *imperfecto (incompleto)*.

---

<sup>61</sup> England and Wales Court of Appeal (Civil Division). *Mid Essex Hospital Services NHS Trust v Compass Group UK and Ireland Ltd* [2013] EWCA Civ 200, [2013] BLR 265 at [105]

La extensión en el tiempo de la relación contractual deseada por las partes fuerza la previsión de la regulación de las vicisitudes futuras que afectarán al desarrollo del contrato. Las partes pueden realizar el esfuerzo de lograr la mayor regulación posible respecto a estas circunstancias futuras, pero este esfuerzo no garantiza que en el momento que ellas acontezcan, la regulación jurídica realizada sea apropiada y suficiente. Por ello, en término de costos-beneficios, el esfuerzo reglamentarista tiene un límite, más allá del límite propio de la imposibilidad de anticiparse a los acontecimientos futuros. Esto hace que las partes, advertidas de esa imposibilidad, acepten cláusulas obligacionales expresas pero abiertas, sujetas a una futura determinación en cuanto al cumplimiento. De tal modo, la noción de *contrato a largo plazo* se vincula con la noción de *contrato incompleto* cuando, la extensión en el tiempo imposibilita a las partes a lograr una autoregulación completa del negocio.

Por el contrario, un contrato que logre una regulación completa del negocio se entiende como un *contrato completo o perfecto*. El *contrato perfecto* es una idea de contrato autoregulado, es decir, en el cual las partes han acordado todo lo referente a la distribución de derechos y obligaciones, y a la imputación de las consecuencias del acuerdo. Afirman Hans-Bernd Schäfer y Claus Ott que "*estamos ante un contrato perfecto cuando las partes contratantes, antes de concluir el contrato, se han puesto de acuerdo sobre la imputación de todos los riesgos asociados a su ejecución.*"<sup>62</sup>

Y Santos Pastor afirma que "*un contrato perfecto debe ser cumplido con arreglo a sus propios términos. Por contrato perfecto se entiende aquél que prevé todo tipo de contingencia potencial y, pudiendo cumplirse, es idóneo para satisfacer las expectativas que sobre el mismo tienen las partes contratantes.*"<sup>63</sup>

Si bien puede suceder que un *contrato a largo plazo* sea un *contrato completo o perfecto*, pues las partes han logrado autoregular completamente el acuerdo en cuanto a sus obligaciones presentes y las vicisitudes que en el futuro podrían afectarlas, este tipo de

---

<sup>62</sup> Schäfer, Hans-Bernd y Ott, Claus. *Manual de análisis económico del derecho civil*. Ed. Tecnos. Madrid (1991).

<sup>63</sup> Pastor, Santos. *Sistema jurídico y economía*. Ed. Tecnos. Madrid (1989).

*contrato perfecto* solo podría limitarse a un contrato que, si bien sea a largo plazo, represente una transacción muy sencilla, respecto de la cual sea posible anticiparse (presentificar) a las vicisitudes futuras que podrían afectar el acuerdo. En consecuencia, el *contrato perfecto* es solo una idea o abstracción, porque lograr la celebración de un acuerdo entre partes que responda a estas pautas de total previsibilidad resulta imposible, fundamentalmente debido a la limitación racional de las partes contratantes y a las interferencias foráneas. Sin embargo, esta noción de *contrato perfecto* desarrolla un papel importante en esta tesis, pues dada la imperfección del contrato relacional, lo cual implica que existen obligaciones implícitas en el acuerdo y obligaciones explícitas pero de contenido abierto o indeterminado, aquella noción de *contrato perfecto* servirá como referencia para las partes y, eventualmente terceros que intervengan en la regulación de los conflictos contractuales, en la determinación de la existencia y extensión de las obligaciones asumidas.

## **a.2 / La recepción jurisprudencial.**

La jurisprudencia ha comenzado a reconocer y aplicar el carácter *relacional* del contrato.

En el Reino Unido de Gran Bretaña, en el caso *Johnson v Unisys Limited*<sup>64</sup> se describe al contrato de trabajo como de carácter relacional; y luego, en forma más reciente, la *High Court* ha decidido tres casos<sup>65</sup> en los cuales utiliza el concepto de contrato relacional. Y si bien los tres casos refieren a litigios de carácter comercial, es interesante en esta tesis que la corte hace referencia a una obligación implícita que indica en el contrato de trabajo: la obligación de ambas partes de no actuar de forma tal que se rompa la confianza mutua.

En la sentencia dictada por la Corte Federal de Australia en el caso *GEC Marconi*

---

<sup>64</sup> House of Lords. 22/03/01. [2001] UKHL 13, [2001] IRLR 279.

<sup>65</sup> *D&G Cars Ltd v Essex Police Authority* [2015] EWHC 226 (QB). *Yam Seng Pte Ltd v International Trade Corporation Ltd* [2013] EWHC 111, [2013] All ER (Comm) 1321 (QB). *Bristol Groundschool Ltd v Intelligent Data Capture Ltd & Ors* [2014] EWHC 2145 (Ch).

*Systems Pty Ltd v BHP Information Technology Pty Ltd* <sup>66</sup>, se sostuvo que la noción *relacional* describe un contrato que implica no solo un mero intercambio, sino una relación entre las partes contratantes.

Y en la sentencia dictada por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en la causa *Lisi* <sup>67</sup>, el Ministro De Lázari sostuvo en su voto que “*el contrato relacional supone vínculos complejos entre las diversas partes, en la que las relaciones personales de solidaridad, confianza y cooperación son determinantes. Se conectan con sus circunstancias y, en consecuencia, si ellas varían, las partes están implícitamente obligadas a adaptar el contrato a la nueva situación. Esta teoría, no significa dar paso a la pura arbitrariedad, pero ofrece un desplazamiento de la mirada desde el objeto del cambio económico a los actores económicos, coloca a las personas en presencia relacional, en ocasiones por lo que ellas son en cuanto sujetos y, a veces, de modo más objetivo, de acuerdo al rol que las partes le dieran según sus legítimas expectativas (Nicolau, Noemí Lidia, "Fundamentos del Derecho Contractual", "La Ley", 2009, p. 15).*

*Se trata de una teoría que se aparta del puro consensualismo (porque se apoya en el intercambio, no en el consentimiento), y también del objetivismo (porque pone el eje de todo contrato en la relación interpersonal de las partes), siendo una postura abierta que nos ofrece una imagen más fiel de la realidad.*

*Entiendo que para comprender correctamente el caso debemos partir de una distinción originaria y raigal: diferenciar las características y fines de los contratos discontinuos y de los relacionales.*

*Mientras los primeros tienen momentos definidos y únicos en torno a la transacción y son de duración exigua, culminando rápidamente por cumplimiento contractual o ruptura,*

---

<sup>66</sup> *GEC Marconi Systems Pty Ltd v BHP Information Technology Pty Ltd* (2003) 128 FCR 163, [224]. <http://www.unilex.info/case.cfm?id=845>

<sup>67</sup> SCJBA. 03/11/2010. *Lisi, Ricardo N. v. Sancor C.U.L.* La Ley Online: 70067199

*los segundos no tienen tan claramente determinado el inicio y el término. Es decir, que los términos contractuales predefinidos y abruptos son propios de contratos discontinuos y no de los relacionales. Demás está señalar que el contrato bajo análisis es un típico contrato relacional (arts. 1197, 1198 y doct. 1326 CCiv.).*

*Entonces, cabe poner de relieve que en este supuesto existe una dimensión temporal fundamental, pues se enraíza con la necesidad de planificación y vinculación prolongada que tienen las partes en los contratos de este tipo.”*

### **b / Los caracteres que identifican al contrato relacional.**

Conforme lo expuesto, entonces, es posible identificar ciertas características propias del contrato relacional<sup>68</sup>.

En primer lugar, el tiempo. En los contratos relacionales la duración del contrato en el tiempo es esencial, pues hace al objeto de la contratación; mientras que los contratos transaccionales son usualmente limitados en el tiempo a lo que insume el intercambio de bienes o servicios o, si el tiempo se prolonga, lo es en función de un diferimiento temporal del cumplimiento de una obligación.

En segundo lugar, el tipo de obligaciones asumidas. Los contratos relacionales contienen términos abiertos, obligaciones con cierta falta de precisión, y un mayor poder discrecional de las partes en su cumplimiento. Ello en tanto las partes no pueden adivinar el futuro y, por lo tanto, no pueden prever en el contrato las complicaciones futuras que deberán afrontar durante el tiempo de desarrollo de la relación contractual.

La tercera característica refiere a la expectativa de cooperación. Esto derivado de las dos primeras características, es decir, en un contrato de prolongada duración y de obligaciones asumidas en términos abiertos, el normal desarrollo de la relación contractual se basa en una cooperación entre las partes. De este modo, “*el contrato relacional depende por completo de*

---

<sup>68</sup> Bird, Robert. *Ob. Cit.*; págs. 152 y sigs. Macneil, Ian. *Ob. Cit. Many futures...*; págs. 744 y sigs.

*una mayor cooperación, no solo para llevar a cabo las conductas que se han planeado, sino también en la planificación de las actividades sustantivas de la relación. Por lo tanto, todo depende de una mayor cooperación, no solo en el desempeño, sino también en la planificación.*”<sup>69</sup> En el caso específico del contrato de trabajo, esta característica abre una enorme puerta hacia la discusión filosófica sobre si entre el sujeto empleador y la persona que trabaja existe una relación cooperativa o, visto desde una visión trágica, es una representación mínima de la lucha de clases en el seno de la sociedad capitalista. La primera representa una situación en la cual las dos partes ganan a través de su relación contractual, la segunda representa un conflicto de suma 0, lo que una parte gana es a costa de la pérdida de la otra parte. Por mi parte, adhiero a la idea de la cooperación en el contrato de trabajo sin negar el claro conflicto de intereses que existen entre las partes. Esto, entiendo, es una directa consecuencia de encomendar a la noción de *contrato* la regulación de la *relación de dependencia*; en tanto la idea de contrato necesariamente implica la idea de cooperación. Si dos o más personas deciden contratar sobre sus intereses, ello es porque han prescindido o abandonado la posibilidad de obtener por la fuerza el beneficio de su interés. Si el contrato de trabajo es posible, como relación que hace al intercambio de fuerza de trabajo por salario, ello es en tanto la persona que trabaja renuncia a la idea de tomar ese dinero por medio del robo de la propiedad del empleador, y la empresa renuncia a obtener la mano de obra por medio de la esclavitud. Por medio de esas renunciaciones a la fuerza, cada parte asume una posición en la división social del trabajo y, desde esa especialización intercambia sus derechos con los demás sujetos de la sociedad a través de los contratos. Por lo tanto, todo contrato es necesariamente cooperativo. Y esto, claro está, no implica que las partes sean socias y que, además, existe una disparidad en la capacidad de negociación y autotutela de intereses. Sin embargo, la cooperación en el contrato de trabajo presupone que la tensión entre salario/trabajo -para reducir y simplificar el análisis- donde cada parte gana a expensas de la pérdida de la otra parte presupone la capacidad de la empresa (ya como entidad distinta a las partes) de requerir trabajo y pagar el salario. Si la tensión interna es para repartirse la torta y llevarse una porción más grande, entonces es necesario que entre ambas partes cocinen la

---

<sup>69</sup> Macneil, Ian. *Ob. Cit. Many futures...*; pag. 781. “...the contract relation depends entirely upon further cooperation, not only in carrying out what performance has been planned, but in further planning of the substantive activities of the relation. Thus, everything is dependent upon further cooperation, not only in performance, but also in planning.”

torta. De este modo, es importante distinguir las ideas de cooperación y solidaridad. La primera implica que dos (o más) partes asumen una tarea en común, en busca de un objetivo, pero que cada una de ellas tiene un interés particular, propio, en esa tarea en común que no necesariamente es compartido por la otra parte. Es posible, y usualmente sucede, que dos empresas que compiten en el mercado realicen acuerdos de cooperación para la utilización común de recursos que, de tal manera beneficie a ambas con una reducción de costos. La solidaridad, por el contrario, no solo implica un objetivo común sino un interés también común, por el cual cualquier afectación que pueda sufrir la otra parte es asumida como propia. Desde esta visión, el contrato de trabajo implicaría una relación cooperativa pero no solidaria entre las partes. De esta forma, comentando la ley 20.744 afirma Irineo Banchs que: “*la ley no admite la lucha de clases sino que parte del supuesto contrario, el de la colaboración de las clases.*”<sup>70</sup> Pero, asumir la idea de un *contrato relacional de trabajo* implica no solo reconocer el carácter cooperativo de la relación entre las partes<sup>71</sup>, sino que esa cooperación es colocada en el centro de la relación a cargo de la gobernanza del acuerdo, con lo cual las expectativas de las partes se relacionan a la conducta cooperativa esperada de su contraparte.

La cuarta característica también representa un desafío a la concepción del Derecho del Trabajo. En los contratos de carácter relacional, los beneficios y pérdidas son compartidos, y no divididos. Esto, sin embargo, no representa una relación societaria en tanto las partes no - necesariamente- afrontan un negocio común en los términos del art. 1 de la Ley General de Sociedades. Pero, en los contratos transaccionales la idea principal es dividir el riesgo e imputar directamente a cada parte su asunción. En este sentido, por ejemplo, los Términos de Comercio Internacional -*Incoterms*- representan esa distribución de riesgos en los contratos internacionales de compraventa y, de tal forma, si la mercadería se deteriora durante el proceso de carga al buque, ambas partes no sufren las consecuencias del daño, sino que éste se pondrá en cabeza de uno u otro contratante según la cláusula del contrato. Ya en terreno del Derecho del Trabajo, esto lleva directamente al concepto de *dependencia* en su aspecto

---

<sup>70</sup> Banchs, Irineo. *Normas de interpretación, aplicación y presunciones en la ley de contrato de trabajo*. Derecho del Trabajo 1975-107; pág. 108

<sup>71</sup> Lo cual también puede (y debe) existir en un contrato transaccional, cuando se analiza el obrar diligente de las partes en el cumplimiento de la prestación adeudada.

económico. Si sostenemos que ello implica directamente que la persona que trabaja en relación de dependencia no asume de ninguna forma los riesgos de la empresa, entonces no se cumpliría este requisito del contrato relacional. Pero observo que esa ajenidad de los riesgos empresarios por la parte trabajadora no es absoluta pues, el propio Derecho del Trabajo regula situaciones de suspensión del contrato o incluso de despido justificados en razones objetivas de tipo económicas u organizacionales. Y, como contrapartida, el derecho constitucional de huelga permite activar el mecanismo de la negociación colectiva en busca de cambios en las condiciones de trabajo (por ejemplo, un aumento salarial) cuando el sector sindical observa que la empresa tiene capacidad económica para ello. A lo cual debo agregar el derecho constitucional de los trabajadores y trabajadoras de participación en las utilidades de la empresa.

La quinta característica de un contrato relacional es que las partes hacen *inversiones* en forma específica para el desarrollo del contrato. Este término de inversiones no se entiende como relacionado estrictamente a bienes (dinero, inmuebles, etc.), sino que también comprende el tiempo y el esfuerzo personal y, en ese sentido, las partes deben asumir una conducta cooperativa que requiere un *esfuerzo hacia el desarrollo del contrato*. Desde el punto de vista de la persona que trabaja, por ejemplo, asumir la posición contractual puede incluso obligarla a mudarse de ciudad (con todo lo que ello implica en la vida personal y familiar), a tomar cursos de capacitación, etc. Y desde la visión empleadora, la búsqueda, selección e incorporación de la persona en la organización empresaria implica no solo costos económicos sino también un esfuerzo personal de todas las personas implicadas en la organización para asumir la nueva relación personal. Si bien se desarrollará en extenso en la cuarta parte, destaco aquí que este esfuerzo realizado por las partes sirve como pauta de desaliento tanto al despido arbitrario como a la renuncia, pues ambas situaciones de distracto implican volver a una situación en la que si se pretende encontrar un nuevo empleador (por parte de la persona que trabaja) o una nueva persona que trabaje (por parte del empleador) se debe nuevamente comenzar el esfuerzo cooperativo, perdiendo el esfuerzo ya *invertido* en esa relación contractual. Esta visión propia del contrato *relacional* no es asumida por la doctrina laboralista argentina, la cual, sosteniendo la duración en el tiempo del contrato como una obligación del empleador, entiende que el único sujeto interesado es la persona que trabaja.

Así, por ejemplo, afirma Enrique Herrera que: “en el ámbito laboral son aplicables los principios generales relativos a la extinción de las relaciones jurídicas elaborados por el derecho común, aunque algunos han sufrido modificaciones importantes en salvaguardia del principio de continuidad o estabilidad, en virtud del cual la ley procura el mantenimiento de la relación laboral por el mayor tiempo posible, en interés exclusivo del trabajador.”<sup>72</sup>

En sexto lugar, los contratos relacionales producen, como su nombre lo indica, una *relación* entre las partes que excede lo necesario para un intercambio de bienes y servicios, y asimismo, excede a las partes formales del contrato<sup>73</sup>. Y en esto, el contrato de trabajo ofrece claros ejemplos: mientras una persona que alquila durante muchos años un departamento puede no conocer al dueño del inmueble, y es muy poco usual que ambos se reúnan en una cena de fin de año, en cambio las relaciones laborales crean numerosas y normales situaciones de relaciones personales que exceden la dependencia: son usuales las reuniones de fin de año con los/as compañeros/as de trabajo en la cual puede normalmente participar alguien que es un/a superior jerárquico en el organigrama empresarial; también son usuales los regalos para situaciones de tipo personal como cumpleaños, jubilación, nacimientos, etc.; y por último, el contrato de trabajo ha generado un tipo de actividad social que ningún otro contrato lo hace: el *after office*. Esa salida a un bar cercano a la oficina para compartir un momento con los/as compañeros/as de trabajo en forma inmediata a la finalización de la jornada de trabajo es una costumbre directamente conectada, y que solo tiene explicación, en el carácter relacional del Derecho del Trabajo.

Esa característica relacional que excede los términos y los sujetos del contrato también inciden en forma negativa y, en lo que importa en esta tesis, el despido arbitrario genera un daño no solo en la persona que trabaja, sino que se extiende a aquellas otras personas que pueden tener en forma indirecta un interés en ese contrato de trabajo (por ejemplo, el núcleo familiar). De esto modo, así como cuando una persona se compra una camisa en un comercio

---

<sup>72</sup> Herrera, Enrique. *Extinción de la relación de trabajo*. Ed. Astrea. Buenos Aires (1986); pág. 2.

<sup>73</sup> Por ejemplo, se hace referencia a la familia de la persona que trabaja como un interés comprendido en la relación laboral. La idea de *familia* aparece en la Ley de Contrato de Trabajo: art. 77: vivienda adecuada; art. 103 bis beneficios sociales; art. 158: licencias especiales; art. 208: plazo de licencia paga duplicada; art. 221: suspensiones por fuerza mayor; arts. 180/181: despido por matrimonio; art. 178: despido por embarazo.

luego no sale de *after office* con quien le vendió la camisa, el incumplimiento de ese contrato (la camisa era de pésima calidad) no dispara una catarata de efectos negativos o dañosos en la vida del/a consumidor/a como se produce en la ruptura del contrato de trabajo.

En séptimo lugar, las partes de un contrato relacional esperan que normalmente ocurran problemas en el transcurso del tiempo. En tanto el tiempo está en el objeto del contrato, los cambios de las circunstancias dadas al contratar implicarán, necesariamente, una situación problemática en el cumplimiento del contrato. En el caso especial del contrato de trabajo, esas situaciones problemáticas pueden identificarse, por el lado empleador, en el cambio de las condiciones tecnológicas de producción y las condiciones económicas de comercialización; pero por el lado de la persona que trabaja, los problemas se presentarán, seguramente, en cuanto a sus condiciones físicas para el cumplimiento del contrato (esto ya sea por cuestiones patológicas -enfermedades- o contingencias normales -envejecimiento-). La regulación de los arts. 66 y 208 y siguientes de la ley 20.744 responden a esta problemática.

Finalmente, la octava característica informa que, en el contrato relacional, la relación entre las partes tiene un valor independiente al mero intercambio. Para la persona que trabaja, la relación implica obtener experiencia laboral que jerarquiza y valúa su capacidad de trabajo; así, los conocimientos y habilidades que adquiere es un *activo* que conserva y utiliza aún en el caso en que se extinga esa relación<sup>74</sup>. Por el lado del sujeto empleador, la relación laboral extendida en el tiempo crea el valor del compromiso y lealtad de la persona que trabaja que la hace preferible a un/a nuevo/a empleado/a, aunque desde lo estrictamente salarial sea el mismo o similar costo.

En definitiva, y en lo que interesa en esta tesis, para que un contrato pueda ser considerado *relacional* deben observarse ciertas características: debe tratarse de un contrato a largo plazo, pues la incertidumbre sobre el futuro está en la base de este contrato. Luego, como ya expuse, esa incertidumbre sobre el futuro imposibilita a las partes regular la forma de

---

<sup>74</sup> Lo que el empleador está obligado a certificar por escrito (art. 80 de la ley 20.744).

cumplimiento de las obligaciones que expresamente se regulan. Y, además, -y aquí aparece la nota distintiva de estos contratos- las partes aceptan que en el desarrollo de la relación pueden reconocerse obligaciones implícitas en el contrato, que serán gobernadas en cuanto a su reconocimiento, extensión y cumplimiento por la relación entre las partes. Este es el dato distintivo, pues un contrato a largo plazo con incertidumbre en sus obligaciones puede colocar la gobernanza del mismo en una de las partes o en un tercero que ambas partes definan; pero el contrato *relacional* coloca esa responsabilidad sobre las propias partes en un entendimiento de mutua confianza.

### Capítulo 3 /

#### **La influencia del concepto de contrato relacional en la Teoría General contractual.**

Asumir el carácter *relacional* del contrato implica un importante cambio en la concepción de los institutos esenciales del mismo.

Esta especial visión *relacional* del contrato condiciona y determina tanto su concepto clásico como el de sus elementos esenciales: el consentimiento, la causa y el objeto<sup>75</sup>.

El contrato es un acuerdo de voluntades, de ahí que el consentimiento sea su rasgo fundamental y definitorio, con recepción constitucional<sup>76</sup>. Sin embargo, esa noción clásica que colocaba la fuerza obligatoria del contrato en el consentimiento de las partes contratantes ha sido criticada en la Teoría General del Contrato, y esa crítica colabora en esta tesis ya en el terreno del Derecho del Trabajo. En tanto esa concepción en su versión *clásica* presupone que al consentimiento contractual concurren dos personas iguales, libres, racionales e informadas, maximizadoras de sus intereses, el consentimiento como idea central del contrato cae en cuanto se asume que las partes no responden a esas características. Lo cual es evidente en el Derecho del Trabajo. De tal forma, la desigualdad de las partes es la primera situación que la doctrina ha identificado en la crisis del consentimiento, y en ese sentido, Lidia Garrido Cordobera afirma que: “*el mero consentimiento de las partes, si ellas están en situaciones demasiado desiguales, no basta para garantizar la justicia del contrato. (...) La función de protección de la debilidad jurídica es llevada a cabo muchas veces mediante la coordinación, como un mínimo inderogable que condiciona la autonomía privada sobre la que se construirá el contrato estableciéndose ciertas normas cargadas de orden público que no pueden ser vulneradas, como se por ejemplo con la dispensa de dolo o de las cláusulas exonerativas de responsabilidad en materia de consumo.*”<sup>77</sup> La técnica de los mínimos inderogables como

<sup>75</sup> Freytes, Alejandro. *Resistematización contractual en el Código Civil y Comercial de la Nación*. RCCyC 2016 (noviembre), 17/11/2016, 153 - La Ley 16/02/2017. Cita Online: AR/DOC/3187/2016.

<sup>76</sup> Garrido Cordobera, Lidia. *La perspectiva constitucional de los contratos*. La Ley 2018-A, 1045. Cita Online: AR/DOC/198/2018.

<sup>77</sup> Garrido Cordobera, Lidia. *Ob. Cit. Nuevas perspectivas...*

límite a la autonomía de la voluntad de las partes es usual en el Derecho del Trabajo.

Simon Deakin y Gillian Morris afirman que “*aun cuando el marco conceptual básico para la relación laboral individual es proporcionado por la idea de contrato, muchos han cuestionado si es útil pensar en la relación laboral de esta manera. Kahn-Freund escribió sobre la relación laboral que “[e]n su inicio es un acto de sumisión, en su funcionamiento es un estado de subordinación, sin importar cuánto pueda ocultarse la sumisión y la subordinación por esa quimera del pensamiento jurídico conocido como el contrato de trabajo”. Antes de la contratación, rara vez hay paridad en el poder de negociación del empleador y el trabajador. (...) Un segundo sentido en el que la relación laboral parece carecer de las características normales de un contrato es que el acuerdo entre las partes juega un papel relativamente menor en la determinación del contenido de sus obligaciones recíprocas.*”<sup>78</sup>

La crisis del consentimiento como acuerdo *soberano* de las partes permitió aceptar en la Teoría General neoclásica del contrato la posibilidad de la revisión del acuerdo por vicisitudes sobrevenidas al consentimiento.

Sin embargo, el *contrato relacional* plantea otra situación crítica del consentimiento, ahora ya relacionada con la imposibilidad de las partes -ya sean iguales o desiguales en su poder de negociación- de efectuar al momento del acuerdo una regulación completa y detallada sobre las vicisitudes o contingencias futuras que podrían afectar el acuerdo que celebran por medio de un contrato; a lo que Ronaldo Porto Macedo Jr. se refiere como *presentificación*, según ya se expuso.

---

<sup>78</sup> Deakin, Simon y Morris, Gillian. *Labour Law*. 5a. Ed. Hart Publishing. Oxford (2009); págs. 110/111. “*Although the basic conceptual framework for the individual employment relationship is provided by contract, many have questioned whether it is useful to think of the employment relationship in this way. Kahn-Freund wrote of the employment relationship that “[i]n its inception it is an act of submission, in its operation it is a condition of subordination, no matter how much the submission and the subordination may be concealed by that indispensable figment of the legal mind known as the contract of employment”. Prior to the hiring, there is rarely any parity in the relative bargaining power of employer and worker. (...) A second sense in which the employment relationship seems to lack the normal features of a contract is that agreement between the parties plays a relatively minor role in determining the substance of their reciprocal obligations.*”

La Teoría General del Contrato, tanto en su versión clásica como neoclásica, propusieron un sistema jurídico contractual en el cual las partes aceptaban al momento del consentimiento toda la regulación de las vicisitudes futuras que podrían afectar al contrato. Si por *consentimiento* entendemos el acuerdo de voluntades de dos o más personas con el fin de regular sus derechos y obligaciones<sup>79</sup>, esa manifestación de voluntad de cada parte implica que conoce, se representa y asume las consecuencias de la regulación que está aceptando. Ello es fácil de observar en las relaciones contractuales que se agotan en una única prestación; típicamente un acto de compraventa sobre un objeto sencillo. A estos contratos se los denomina como *transaccionales*, pues lo que se proponen las partes mediante el contrato se refiere a una mera y limitada transacción, un intercambio de propiedad.

Sin embargo, este concepto de consentimiento comienza a desdibujarse cuando el contrato implica un desarrollo en el tiempo, pues al momento de prestar su consentimiento, ¿cuánto sabe o puede saber cada parte sobre qué acontecerá en el futuro en el marco del contrato al cual se están obligando? Evidentemente, cada parte no puede predecir exactamente lo que sucederá en el futuro en relación a sus intereses en dicho contrato que se desarrollará en el tiempo; por eso, “*la idea de que en el consentimiento, o en la adhesión a condiciones generales de la contratación, se define de una vez y para siempre el contenido de las obligaciones de las partes no puede ser sostenida en este tipo de vínculos.*”<sup>80</sup>

Así, dado que la versión clásica del consentimiento sirve en forma adecuada para transacciones simples pero es extremadamente rígida en cuanto el contrato se proyectaba hacia el futuro imposibilitando el acuerdo, la Teoría General debió morigerar los efectos del consentimiento pero, sin embargo, esa flexibilización se realizó, principalmente, por lo técnica de la legislación supletoria, la cual, en definitiva, no hacía otra cosa que *presentificar* en forma artificial en el momento del consentimiento la regulación futura del contrato. En consecuencia, ambas versiones de la Teoría General del Contrato buscaban asegurar la *transacción* por medio de la *presentificación* en el momento del consentimiento de la

---

<sup>79</sup> Art. 1137 del Código Civil (ley 340) y art. 957 del Código Civil y Comercial.

<sup>80</sup> Lorenzetti, Ricardo. *Ob. Cit.*, pág 115.

regulación completa del futuro del contrato, ya sea aceptando que el consentimiento es suficiente o recurriendo a la legislación supletoria que lo complementa<sup>81</sup>. De ambos modos, estamos buscando asumir que *al momento del acuerdo* las partes han aceptado la regulación aplicable a las vicisitudes futuras de la *transacción*. Esta presunción de *presentificación* forzada es evidente en el Derecho del Consumo, en el cual como técnica de protección a la parte débil del contrato (la persona en situación de consumo) pero también como facilitación de las relaciones comerciales (reducción de costos de transacción), se quita al consentimiento la fuerza central del contrato, imponiendo a la regulación legal la tarea de *presentificar* los eventos futuros de esa relación de consumo y someterlos a una regulación jurídica al momento de contratar. De esta forma, como sostiene Alejandro Freytes, “*actualmente los contratos se celebran por mera adhesión, sin tratativas previas que den tiempo a reflexionar, influidos por regulaciones estatales que le dan un marco inexorable y que contienen cláusulas generales idénticas para toda una categoría negocial. Con ello la noción de consentimiento como pauta basilar del instituto, se ha diluido generando una figura predispuesta, pre redactada y ofrecida en bloque a una categoría indeterminada de personas.*

*El contrato figura jurídica que ha sentido como ninguna otra los cambios políticos, sociales y económicos de la civilización, ha visto conmovida la noción clásica de consentimiento, dando paso a nuevas modalidades contractuales, en las que no se advierte un reparto de riesgos fruto del ejercicio puro y genuino de la autonomía de la voluntad, sino la propuesta de un negocio diseñado unilateralmente sin negociación de sus cláusulas, desplazando la custodia del equilibrio contractual al Estado y a sus órganos de control.”<sup>82</sup>*

Por el contrario, el concepto de *contrato relacional* se construye sobre esa base de imposibilidad que afrontan las partes de autoregular por medio del contrato todas las circunstancias que en el futuro podrían influir o afectar el desarrollo del contrato, pero sin recurrir a la idea de *presentificación* del futuro sino asumir en el presente que el desarrollo del

---

<sup>81</sup> Macneil, Ian. *Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical and relational contract law*. 72 Northwestern University Law Review (1977); pág. 864

<sup>82</sup> Freytes, Alejandro. *Ob. Cit.*

acuerdo implica una *relación de cooperación futura*. El gobierno del contrato, entonces, pasa del *consentimiento en el presente* a la *relación cooperativa en el futuro*<sup>83</sup>.

Noemí Nicolau afirma que “*en 1987, Macneil desarrolla su teoría en el libro "Relational Theory of Contract". Básicamente esta construcción teórica reconoce, en primer lugar, que los contratos de duración son sensibles a los cambios exteriores, es decir que existe en ellos una estrecha relación entre contrato y circunstancias exteriores. Para Macneil resultaría imprescindible que las partes, al momento del perfeccionamiento contractual, estuvieran en condiciones de prever todas las modificaciones futuras de las circunstancias exteriores, pues en ese momento ponen en "presencia" todos los elementos de su contrato. Sin embargo, como el cambio de circunstancias no puede ser puesto en "presencia", porque no puede ser siempre previsto, ocurre que, en la práctica, las mismas partes acuerdan, implícitamente, un verdadero comportamiento cooperativo para el futuro, obligándose a superar los egoísmos con el fin de mantener en marcha y con vida el futuro de su contrato. Por otro lado, Macneil afirma que los contratos de duración, aunque sean de cambio, deben ser vistos como contratos similares a los asociativos, transformados por esa relación con el exterior, y caracterizados por tener un fin común y exigir solidaridad. Se subraya especialmente que estos contratos exigen cooperación en lugar de competencia. Es decir que, para Macneil, los contratos de duración están sujetos, por acuerdo implícito de las partes, a permanente revisión o renegociación.*”<sup>84</sup>

De esta forma, más allá de lo que las partes puedan pactar por escrito, como obligaciones expresas, en verdad lo que ambas partes acuerdan en el consentimiento y esperan de buena fe es que en el desarrollo del contrato a través del tiempo su contraparte asuma una conducta tendiente a posibilitar la continuidad y ejecución del contrato. A diferencia de los contratos transaccionales en los cuales el interés se limita al objeto de la transacción, las cosas a intercambiarse, en los contratos a largo plazo es fundamental para asegurar su desarrollo el

---

<sup>83</sup> Para una visión crítica respecto al consentimiento contractual ver: Barnett, Randy. *Conflicting Visions: A Critique of Ian Macneil's Relational Theory of Contract*. 78 Virginia Law Review (1992); pág. 1175.

<sup>84</sup> Nicolau, Noemí. *La revisión y renegociación del contrato como instrumentos útiles para su adecuación a las circunstancias sobrevenidas*. Jurisprudencia Argentina. La Ley Cita Online: 0003/009167

logro de una relación entre las partes que permita readecuar funcionalmente el contrato a medida que las vicisitudes que pueden afectarlo comiencen a suceder durante su desarrollo. Por ello, estos contratos se denominan *relacionales*. Y si bien pueden considerarse como *contratos de duración*, los *contratos relacionales* se diferencian de aquellos pues no implican un mero diferimiento temporal en el cumplimiento de una obligación, sino la creación de una relación cooperativa entre las partes que asumen deberes de conducta explícitos e implícitos en el contrato que deben mantenerse en el tiempo; no existe una obligación de cumplimiento diferido sino una obligación de conducta cooperativa de cumplimiento permanente y sostenido en el tiempo.

Y esta noción de contrato en el cual el contenido obligacional ya no se origina únicamente en el consentimiento o en la legislación complementaria tiene ahora su reconocimiento en el art. 961 del Código Civil y Comercial, en cuanto expresa que los contratos “*obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor.*” En consecuencia, el Código Civil y Comercial comienza a reconocer en el año 2015 lo que el art. 62 de la ley 20.744 ya regulaba en el año 1974. En este sentido, continúa expresando Alejandro Freytes que “*para abordar el alcance y despliegue que hoy se le reconoce a la autonomía de la voluntad, debe tenerse especialmente en cuenta que el Código Civil y Comercial ha innovado la teoría general del contrato —entendida como el universo de normas de carácter general que conforma la base del régimen común aplicable a todo contrato—, y que complementa —en términos más específicos— las disposiciones sobre los actos jurídicos en general.*”

*Analizado el nuevo cuerpo normativo con detenimiento se advierte que: a) se ha fragmentado el tipo contractual según la intensidad con la que interviene la autonomía de la voluntad en la formación del consentimiento, b) se han incorporado de modo expreso principios y deberes liminares derivados del principio cardinal de buena fe; y c) se ha incrementado el elenco de recaudos de validez al incorporar a la causa como requisito*

*estructural del contrato.*”<sup>85</sup>

La calificación del contrato como *relacional* implica, asimismo, una visión de su objeto<sup>86</sup> radicalmente distinta a la formulada por la teoría clásica contractual.

Sostiene Jorge Mosset Iturraspe que “*lo que hace del contrato una categoría del derecho común es su carácter de fuente principalísima de las obligaciones.*”<sup>87</sup> Con lo cual, se identifica el objeto del contrato con “*...el contenido concreto e integral del acuerdo...*”<sup>88</sup> Desde esta visión clásica, relacionada principalmente con el contrato como instrumento de cambio o transaccional, el contrato es el acuerdo por el cual las partes reglan su relación y, como efecto de ello, se especifican los derechos y obligaciones. En este sentido, afirma Rubén Stiglitz que: “*entendido el objeto del contrato como la operación jurídico-económica que las partes entienden realizar, con el propósito, ya sea de crear, modificar, transmitir o extinguir relaciones jurídicas obligacionales, cabe afirmar que las partes son libres para determinar el objeto del contrato.*”<sup>89</sup>

Esto, claro está, implica una situación negocial muy particular y específica, en el sentido en que las partes saben concretamente qué quieren y a qué se están obligando en el momento del consentimiento, pudiendo asumir la negociación en base a un razonamiento de costo-beneficio. Esto es plenamente posible en un contrato transaccional, pensado como una transacción específica, breve en el tiempo.

Ahora bien, tan pronto como el escenario de negociación cambie a un contrato

---

<sup>85</sup> Freytes, Alejandro. *Ob. Cit.*

<sup>86</sup> Lorenzetti, Ricardo. *Ob. Cit.*; pág. 119; citando a: McNeil, Ian. *The new social contract. An inquiry into modern contractual relations.* Ed. Yale University. New Haven (1980).

<sup>87</sup> Mosset Iturraspe, Jorge. *Ob. Cit.*; pág. 13.

<sup>88</sup> Mosset Iturraspe, Jorge. *Ob. Cit.*; pág. 194.

<sup>89</sup> Stiglitz, Rubén. *Un nuevo orden contractual en el Código Civil y Comercial de la Nación.* La Ley 2014-E, 1332. Cita Online: AR/DOC/3668/2014

relacional, ya el objeto de este contrato no puede ser los derechos y obligaciones específicos que se imponen a cada parte en relación a una transacción sobre bienes sencillamente porque esa imputación apriorística no puede efectuarse pues será determinada -y condicionada- por circunstancias futuras que las partes desconocen al momento de contratar. Por el contrario, el objeto será la relación cooperativa entre las partes y las expectativas de comportamiento recíproco que se generan en búsqueda de la satisfacción de los intereses de cada parte. Así, afirma Ricardo Lorenzetti que: *“en los contratos de larga duración, el objeto es una envoltura, un cálculo probabilístico, un sistema de relaciones que se modifica constantemente en su interior con finalidades adaptativas. Esta cualidad debe ser preservada puesto que, de lo contrario, toda fijación produce la inadaptabilidad del contrato.*

*Es importante advertir que la relación mencionada no es estática sino dinámica; es típicamente relacional. En un contrato de ejecución instantánea o de duración breve, estamos frente a conceptos nítidos: entregar un inmueble, pagar una suma de dinero a treinta días. Si las partes decidieron que era un buen negocio hacerlo, no es necesario hacer nada más.*

*En cambio, suministrar bienes a una empresa durante cinco años, o prestar servicios educativos, o pagar un círculo de ahorro para comprar un automóvil en cincuenta cuotas no es un concepto nítido ni es estático, porque los bienes a suministrar sufrirán cambios tecnológicos, porque los contenidos educativos mudarán, y porque habrá nuevos modelos de automóviles que sustituirán al previsto al suscribir el contrato de ahorro.*

*La diferencia fundamental con los vínculos no sometidos al tiempo extenso, es que debemos interpretar la conmutatividad del negocio mediante un concepto relacional y dinámico.*

(...)

*Para obtener la característica de "adaptabilidad", el objeto debe desmaterializarse: no se trata de una cosa o un bien, sino de reglas procedimentales para determinarlo, ya que, como dijimos en el punto anterior, el objeto se transforma en una envoltura, en un sistema de*

*relaciones que se modifica constantemente en su interior para ganar adaptabilidad.”<sup>90</sup>*

En definitiva, el objeto en los contratos relacionales pasa a ser un cúmulo de expectativas a que la contraparte se comporte de una determinada manera en favor de la realización del contrato. Y esa *determinada manera* comienza a considerarse desde el concepto de la *buena fe*, que se particulariza en un deber de mutua colaboración entre las partes<sup>91</sup>. De esta manera, la buena fe deja de ser únicamente un principio general que cumple una función de ajuste equitativo del sistema legal y para cumplir una función de verdadera obligación impuesta a las partes como consecuencia del contrato.

Finalmente, la noción de contrato relacional implica una especial consideración de la causa del contrato<sup>92</sup>.

Si el tiempo está en la esencia del contrato, de tal forma que fue determinante en el consentimiento y en el negocio jurídico que planearon las partes en el objeto, ello es, en definitiva, debido a que la causa del contrato reconoce como esencial al tiempo.

*“Entendida la causa como la razón, el móvil concreto, individual y variable por el que un contratante se vincula con otro, permitirá apreciar el acto en función de los propósitos que han determinado a las partes a concluirlo y tolerará un examen finalístico en punto a su licitud, su moralidad y al equilibrio contractual, todo lo cual contribuirá al saneamiento de las relaciones jurídico-patrimoniales.*

*(...) La causa y las obligaciones fundamentales que contiene el contrato se hallan articuladas: la obligación esencial es la expresión directa de la causa. Cada contrato se*

---

<sup>90</sup> Lorenzetti, Ricardo Luis. *Esquema de una teoría sistémica del contrato*. La Ley 1999-E, 1168. Cita Online: AR/DOC/5815/2001

<sup>91</sup> Albano, Carlos y Capo, Claudia. *Ob. Cit.*

<sup>92</sup> Barbón Lacambra, José. *La causa del contrato. Comparación entre el Código Civil de Vélez y el Código Civil y Comercial*. RCCyC 2017,243. Cita online: AR/DOC/2669/2016.

*define por obligaciones necesarias e irreducibles.*”<sup>93</sup>

Y de tal forma, si la duración en el tiempo del contrato es esencial para las partes y es determinante en su decisión de contratar, la causa-fin del contrato reconoce esta especial circunstancia, y luego se traslada al objeto y a las obligaciones que se generan. Por ello, el objeto del contrato será un negocio jurídico de relación cooperativa y las obligaciones asumidas serán referidas a pautas de comportamientos basados en la buena fe que hagan al desarrollo de esa relación de cooperación contractual.

Si la noción de *causa* ha sido funcional en la Teoría General neoclásica como un test de justicia de las asignaciones patrimoniales<sup>94</sup>, entonces ese concepto será de necesaria importancia en los contratos relacionales pues el reconocimiento de la existencia de obligaciones implícitas en el acuerdo forzará la idea de la intención de las partes en el negocio jurídico que instrumentan a través del contrato. Al respecto, sirve *a contrario sensu*, la idea de la frustración del fin del contrato. Sobre este instituto se refiere Noemí Nicolau expresando que: “*cooperar es obrar conjuntamente con otro u otros para un mismo fin. La finalidad del contrato se alcanza entonces por la cooperación; cuando las partes cooperan, se logra la efectividad del contrato, cuando realizan los comportamientos necesarios para satisfacer los intereses del acreedor. Sin embargo, hay supuestos en los que falta el resultado de la cooperación porque se produce la imposibilidad de cumplimiento (caso fortuito o fuerza mayor), y otros supuestos, en los que no es equitativo exigir la cooperación de una parte, si el fin que ambas persiguen con sus comportamientos no puede ya ser alcanzado.*”<sup>95</sup> En consecuencia, si la frustración del fin del contrato supone que no es equitativo exigir la cooperación de una parte porque el fin común se ha frustrado por vicisitudes ajenas a las partes, entonces es equitativo exigir esa cooperación cuando a pesar de las vicisitudes que

---

<sup>93</sup> Stiglitz, Rubén. *Ob. Cit.*

<sup>94</sup> Santarelli, Fulvio. *La influencia de los paradigmas metodológicos en el derecho privado. Causa y principios contractuales.* La Ley 2005-A, 1304. Cita Online: AR/DOC/2894/2004

<sup>95</sup> Nicolau, Noemí. *La frustración del fin. Un modo de realizar la cooperación debida en el contrato.* La Ley 1993-A, 882. Cita Online: AR/DOC/10398/2001

afectan al desarrollo del contrato, el fin común aún es realizable. De esta forma, en la noción de *contrato relacional*, la causa como finalidad es de radical importancia porque determinará en qué medida las obligaciones implícitas en el consentimiento contractual y que hace a su objeto -como relación- son exigibles en función de la cooperación necesaria para alcanzar la causa-fin del contrato.

## Capítulo 4 /

### La influencia del concepto de *contrato relacional* en el Derecho del Trabajo.

La idea de *contrato de trabajo* es, en términos históricos, una innovación reciente. Como sostiene Simon Deakin, “*los conceptos utilizados por los jueces y legisladores del siglo XIX para describir las relaciones laborales -contratista independiente, trabajador informal, sirviente, jornalero, obrero- no se ubican fácilmente en la división binaria entre dependiente y autónomo a la que estamos acostumbrados en la actualidad. (...) la distinción tomó la totalidad de la primera mitad del siglo XX para emerger...*”<sup>96</sup>

El surgimiento de la idea de *contrato de trabajo* es, entonces, el producto de un proceso en el que convergen tanto aspectos jurídicos como económicos y sociales; así como en la antigüedad otras formas de regular el trabajo dependieron también de otras economías y estructuras sociales<sup>97</sup>. Por ello, recién con la aparición de la fábrica como institución no solo económica sino también social, y la clase proletaria vinculada a ella, se originó un nuevo poder dentro de la sociedad que fue necesario regular. En este sentido, José Luis Ugarte destaca el “*carácter pluridimensional de la relación de trabajo. Esto es, una relación de carácter económico que sujeta al trabajador a las necesidades productivas de la empresa en una sociedad capitalista. Pero, al mismo tiempo, se constituye como una relación política, en el sentido de que estructura un poder privado en el contexto de una sociedad democrática.*”<sup>98</sup>

La economía industrial de gran escala necesitaba mano de obra intensiva como un

---

<sup>96</sup> Deakin, Simon. *The many futures of the contract of employment*. ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge. Working paper n° 91. Cambridge (2000); pág. 2. “*The concepts used by nineteenth century judges and legislators to describe employment relationships -independent contractor, casual worker, servant, labourer, workman- do not map neatly on the “binary divide” between employees and the self-employed which we are familiar with today. (...) the distinction took the whole of the first half of the twentieth century to emerge...*”

<sup>97</sup> Montoya Melgar, Alfredo. *Derecho del trabajo*. 23a Ed. Editorial Tecnos. Madrid (2002). En especial, *Ordenación del trabajo en las sociedades pre-industriales* y *El trabajo en la sociedad medieval*; págs. 51/58.

<sup>98</sup> Ugarte Cataldo, José Luis. *Derechos fundamentales en el trabajo, poder y nuevas tecnologías*. IUS Revista del instituto de ciencias jurídicas de Puebla. Vol. 14, Núm. 45. Puebla (2020); pág. 82.

insumo más y, en ese carácter, era primordial para la empresa asegurar y regular el flujo de ese insumo para que sea constante ante el requerimiento de la producción pero que no sea costosamente sobreabundante en caso de disminución de ese requerimiento. Las relaciones de esclavitud<sup>99</sup> y de servidumbre ya no respondían a esa flexibilidad necesaria en la nueva economía. El nuevo trabajo industrial necesitó una doctrina que lo explicara u justificara en términos sociales, lo que dio lugar a lo que Zygmunt Bauman explica como la *ética del trabajo*<sup>100</sup>, en el sentido de una doctrina moral que ubicaba al trabajo dependiente remunerado como la pauta de orden social que *dignificaba* a la persona, ordenaba las relaciones sociales y proporcionaba un sistema económico de producción aceptado por las nuevas personas *libres* que aceptaban *contratar* su subordinación al poder empresario.

De esta forma, sostiene György Kiss que *“el llamado "status" era un arreglo determinado por la sociedad, no por una relación contractual. En este punto deberíamos referirnos, nuevamente, a la famosa frase de Maine: “podemos decir que el movimiento de las sociedades progresistas ha sido hasta ahora un movimiento del status al contrato”. (...) El cambio de status a contrato significó la libertad de contratar, o, en otras palabras, el principio del laissez faire, laissez passer. Este principio "puede tomarse como el programa del liberalismo económico". Otra frase famosa de esta época es la siguiente: "Qui dit contractuel, dit juste". Este fue el período en el que surgió el denominado mercado libre, induciendo un fundamental cambio en la economía. El desarrollo hacia una economía de mercado estaba en marcha. Los gremios fueron prohibidos y, como principio fundamental, se entendió que ese contrato se celebraba entre personas libres e iguales. La persona trabajadora subordinada, anteriormente en una "relación de status", ganó una nueva*

---

<sup>99</sup> Dado que el Derecho del Trabajo regula el trabajo *libre*, subordinado, dependiente, por cuenta ajena, esa nota de *libertad* en el sujeto que trabaja hace que no se pueda hablar de regulación laboral dependiente hasta después de la abolición de la esclavitud, lo que sucedió en Argentina en 1813 (Asamblea del año 1813), pero que se mantuvo en forma legal hasta 1981 en Mauritania, último país en abolirla. Ello, no obstante, en el aspecto formal legal, pues la esclavitud sigue siendo un flagelo en el mundo laboral moderno, con lo cual los Convenios de OIT en la materia forman parte de la normativa esencial de ese organismo.

<sup>100</sup> Bauman, Zygmunt. *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*. Ed. Gedisa. Barcelona (2000).

*posición legal. Ya no era un "sirviente", sino un empleado libre.*"<sup>101</sup>

De tal modo, el *contrato de trabajo* proporcionó la herramienta jurídica para regular este nuevo poder creado a partir de la subordinación o dependencia. Y así, "*el contrato de trabajo se entiende mejor como un mecanismo de gobernanza que vincula la organización del trabajo con la oferta del mismo de tal manera de posibilitar de gestionar los riesgos económicos en un plazo extenso.*"<sup>102</sup>

Esa estructura de poder económico/social/jurídico fue resistida por la conformación de un sujeto social que se identificaba en sus miembros por la pertenencia a la misma condición de trabajador/a subordinado/a. El acuerdo social (no siempre pacífico) en que ambas partes conviven en una necesidad mutua se logra bajo los auspicios del Estado que, como tercero en esa relación privada, origina un escenario de regulación en el cual la empresa se asegura el control de la dependencia otorgando a cambio la seguridad de proveer los medios económicos y sociales que facilitan a la persona que trabaja su inserción y desarrollo social. Un acuerdo de intercambio de dependencia por seguridad fue, con normalidad, colocado jurídicamente en la idea de un contrato, y de allí el *contrato de trabajo*. Pero postulo en esta tesis, que ese negocio jurídico no resulta en un acuerdo *transaccional* por el cual la parte empleadora se obliga al mantenimiento del contrato hasta la jubilación de la persona que trabaja y esta, a su vez, se obliga a obedecer las órdenes impartidas por su empleador/a, sino por el contrario, en un acuerdo *relacional* por el cual ambas partes se comprometen a mantener una conducta

---

<sup>101</sup> Kiss, György. *Ob. Cit.* "...the so-called 'status' was an arrangement determined by society, not by a contractual relationship. At this point we should refer, again, to the famous sentence by Maine: "we may say that the movement of the progressive societies has hitherto been a movement from Status to Contract.". (...) Status to contract meant the freedom of contract, or in other words, the principle of laissez faire, laissez passer. This principle "can be taken as the programme of economic liberalism." Another famous sentence of this era is the following: "Qui dit contractuel, dit juste". This was the period when the so-called free market emerged, inducing fundamental change in the economy. Development into a market economy was in progress. The guilds were banned and, as a main principle, a contract was concluded between free and equal persons. The subordinated working person, previously in a 'status relation', gained a new legal position. They were no longer a 'servant', but a free employee."

<sup>102</sup> Deakin, Simon. *Ob. Cit. The many...*; pág. 3 "The employment contract is best understood as a governance mechanism which links together work organization with labour supply in such a way as to make it possible to manage long-term economic risks."

cooperativa que haga al desarrollo del objeto del contrato en el tiempo.

Sin embargo, aquella noción de *contrato* para la *relación de trabajo* fue tomada de la Teoría General del Contrato y, sin más, extrapolada al Derecho del Trabajo; con lo cual, la Teoría General del Contrato influye fuertemente en la estructura del contrato de trabajo. Y habiendo presentado los cambios que ha sufrido aquella Teoría General desde su versión clásica a la neoclásica y la relacional, es de cardinal importancia determinar cuál de estas versiones de la Teoría General del Contrato corresponde aplicar al contrato de trabajo.

La doctrina argentina, sin mayor discusión, trata algunos problemas de la relación laboral bajo la Teoría clásica, mientras que otros reclaman una visión neoclásica. Así, por ejemplo, la regulación salarial ha sido entendida bajo la idea clásica de una transacción, mientras que el *ius variandi* responde a una idea neoclásica contractual. Sin embargo, sostengo en esta tesis que el contrato de trabajo se ubica bajo la Teoría del *contrato relacional*<sup>103</sup>. Y ello es así en tanto que, siendo un acuerdo que ambas partes pretenden se mantenga en el tiempo, la regulación de esa relación cooperativa (las obligaciones que ellas asumen) tiene, principalmente, una serie de fuentes normativas ajenas al contrato antes que el acuerdo de partes. Así, afirma Simon Deakin que “*el modelo de contrato de trabajo de plazo indefinido, basado en compromisos recíprocos de lealtad y seguridad y montado sobre una densa red de reglas organizacionales y sociales, es en muchos aspectos el caso paradigmático de lo que Ian Macneil ha denominado un contrato "relacional". Aquí, el derecho contractual "clásico" de intercambios de mercado específicos da paso a un modelo en el que el intercambio se rige por los "procesos políticos y sociales de la relación, internos y externos", de modo que la relación se sitúa dentro de una "mini-sociedad con una amplia gama de normas centradas en el intercambio y sus procesos inmediatos."*”<sup>104</sup>

---

<sup>103</sup> Brodie, Douglas. *How relational is the employment contract?* Industrial Law Journal 2011; pág. 232.

<sup>104</sup> Deakin, Simon. *Ob. Cit. The many...*; pág. 5. “...the model of the open-ended or indeterminate employment contract, based on reciprocal commitments of loyalty and security and lodged within a dense network of organizational and societal rules, is in many ways the paradigm case of what Ian Macneil has termed a “relational” contract. Here, the “classical” contract law of discrete market exchange gives way to a model in which exchange is governed by the “political and social

Sin embargo, asumo que el *contrato de trabajo* implica una fuerte intervención del Estado en su regulación (lo que se evidencia en el tratamiento del consentimiento contractual, pues no solo reduce la materia disponible para el mismo, sino que aún limita la forma en tratar la materia disponible), y la noción *relacional* del contrato no es necesariamente *intervencionista*, sino que implica reconocer la base social del acuerdo de partes<sup>105</sup>. No obstante ello, la idea de *contrato relacional* le otorga un mejor y más apropiado marco regulatorio al *contrato de trabajo* que aquel provisto por la Teoría General Contractual clásica o neoclásica.

El legislador de la ley 20.744 optó por colocar la relación de dependencia laboral en la estructura jurídica de un contrato, y de tal modo, esta ley se denomina *ley de contrato de trabajo*<sup>106</sup>. Sin embargo, el art. 1 de esa ley ya reconoce que por la misma se regula no solo el contrato de trabajo sino también la relación de trabajo. Ahora bien, tan pronto como el legislador recurre al contrato para regular la relación de dependencia laboral, inmediatamente se preocupa por alterar en forma radical los elementos esenciales del contrato, a punto tal de desdibujarlos.

---

*processes of the relation, internal and external”, so that the relation becomes situated within a “mini-society with a vast array of norms centred on exchange and its immediate processes”.*”

<sup>105</sup> Campbell, David. *Relational Contract and the Nature of Private Ordering: A Comment on Vincent-Jones*. Indiana Journal of Global Legal Studies Vol. 14 (2007): Iss. 2, Article 5. <http://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol14/iss2/5> “*The basic thrust of the relational theory as Macneil has it is to make the social foundation of contracting explicit. Self-consciousness of this social foundation obviously will rule out the atomistic individualism which Macneil believes underpins the classical law of contract (and insufficiently rethought “neoclassical” versions of this) and its corollaries in mainstream economics, both of which meet in law and economics of Posner’s sort, and obviously this will involve significant reforms of the current law of contract, which gives too much scope to such individualism. But the basic reform of the law of contract Macneil envisages seeks to preserve freedom of contract within the market sphere and to reject patterning and welfarism. It is intended to be a “purely processual” reform. To the extent it succeeds in this, the main policy advantage I believe the relational theory has over welfarist theories of contract is that it allows us to maintain the autonomy of the market sphere while being self-conscious of the social foundation of contract and market.*”; págs. 298/9

<sup>106</sup> También *Régimen de Contrato de Trabajo*. Ver: Ackerman, Mario. *¿Cuál es la denominación correcta de lo que llamamos “Ley de Contrato de Trabajo”?* Revista de Derecho Laboral Actualidad. Tomo: 2019-2. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2019). Cita: RC D 518/2019

Comenzando por el consentimiento, la Teoría General del Contrato reconoce en este elemento la génesis del contrato, esto en tanto el trabajo que se regula tiene el carácter principal de ser *libre* y, por lo tanto, la subordinación de una persona a la voluntad de otra solo puede ser jurídicamente aceptada si es una opción libre<sup>107</sup> y temporaria. Más allá, luego, de la fuerza vinculatoria que se le reconozca al mismo, por la posibilidad de una ulterior revisión del acuerdo, lo cierto es que el consentimiento representa el momento en que las partes deben expresar toda su voluntad a los efectos de lograr el acuerdo. Sin embargo, el derecho del trabajo recurre a la figura del contrato, pero -paradójicamente- tiene como especial cometido limitar la fuerza jurídica del consentimiento. De tal forma, el art. 46 de la ley 20.744 dispone: “*Bastará, a los fines de la expresión del consentimiento, el enunciado de lo esencial del objeto de la contratación, quedando regido lo restante por lo que dispongan las leyes, los estatutos profesionales o las convenciones colectivas de trabajo, o lo que se conceptúe habitual en la actividad de que se trate, con relación al valor e importancia de los servicios comprometidos.*” En consecuencia, el consentimiento en el contrato de trabajo está limitado al ejercicio del derecho de contratar establecido en el art. 14 de la Constitución Nacional, entendiéndose como “*lo esencial del objeto de la contratación*” la voluntad<sup>108</sup> de someterse al contrato, como garantía estatal para la persona que trabaja de prohibición del contrato de por vida o esclavo. Pero tan pronto como se traspasa voluntariamente la puerta de acceso al contrato, la regulación laboral quita valor al consentimiento pues el acuerdo queda “*regido lo restante por lo que dispongan las leyes, los estatutos profesionales o las convenciones colectivas de trabajo, o lo que se conceptúe habitual en la actividad de que se trate...*”<sup>109</sup>, excepto en cuanto el acuerdo de partes mejore la posición contractual de la persona que trabaja. Este espacio reducido reservado al consentimiento, sin embargo, queda sometido a la Teoría General neoclásica del Contrato, por lo cual la noción de *causa* tiene un importante efecto sobre el acuerdo de partes, posibilitando su revisión.

---

<sup>107</sup> Esto, en los términos del art. 14 de la Constitución Nacional, y sin perjuicio de la muy opinable *libertad* de la persona en elegir entre trabajar o no hacerlo.

<sup>108</sup> La doctrina civilista usualmente requiere la expresión de voluntad con discernimiento, intención y libertad; y el traslado de estos conceptos al ámbito laboral no es del todo sencillo dada la cuestionable libertad del sujeto trabajador de rechazar el contrato de trabajo. Esta misma situación se repite en el derecho del consumo.

<sup>109</sup> Art. 46 de la ley 20.744.

En consecuencia, el éxito del Derecho del Trabajo, y del principio protectorio, se encuentra esencialmente en limitar el consentimiento contractual. Cuanto más exitoso el Derecho del Trabajo en función de la protección a la persona que trabaja, mayor será la limitación del consentimiento contractual. Destaco, especialmente, que no deja de ser una paradoja que el Derecho del Trabajo argentino recurra a la noción de *contrato* para regular jurídicamente la *relación de dependencia* pero que la primera preocupación sea aniquilar el elemento principal del contrato: el consentimiento<sup>110</sup>.

La posibilidad que tienen las partes de darse la propia regulación de la relación laboral se encuentra limitada por normas de orden público. “*La primera intervención estatal para corregir los aprovechamientos de los débiles por los fuertes, se practicó en el derecho laboral, por vía de una legislación voluminosa y compleja, que impuso disposiciones imperativas que entrañaron un claro límite a la autonomía, intentando proteger la impotencia obrera frente a la prepotencia absorbente de los poderosos patronos.*”<sup>111</sup>

Y no se trata que los contratos civiles o comerciales no tengan limitaciones basadas en el orden público, sino que estas son funcionales al objeto. El contrato, en su Teoría General, es concebido como un instrumento jurídico que se otorga a las partes para que ellas hagan todo lo que deseen dentro de los límites del orden público. Esta noción cambia radicalmente en el contrato de trabajo, pues este instrumento está destinado a que las partes no hagan lo que desearían hacer, esto es, el empleador abusar de su poder de negociación a los efectos de lograr condiciones de trabajo beneficiosas para su parte y, a su vez, la persona que trabaja (o busca hacerlo) aceptar aquellas condiciones con el fin de procurarse el ingreso monetario mínimo que le permita acceder a bienes y servicios, compitiendo con sus pares en la obtención del salario. Mientras la Teoría General del Contrato ofrece un instrumento jurídico para que las partes *hagan* lo que desean dentro de los límites del orden público, el Derecho

---

<sup>110</sup> Señalo que una presencia funcional del consentimiento en el contrato de trabajo, como *gobernanza* del acuerdo, sería incompatible con la idea del *derecho de huelga*, pues no podría admitirse que una persona que acuerda unas determinadas condiciones de trabajo con su empleador, luego por las vías de hecho pretende imponer un cambio o modificación en las mismas cuando no existe incumplimiento obligacional por su contraparte (conflicto de intereses).

<sup>111</sup> Freytes, Alejandro. *Ob. Cit.*

del Trabajo regula el contrato de trabajo de tal forma que las partes *no hagan* lo que desearían en procura de acceder al contrato de trabajo<sup>112</sup>: abusar de su poder de negociación y degradar su condición humana<sup>113</sup>.

Y en esta limitación de la autonomía de voluntad y el objeto del contrato de trabajo, se altera esencialmente la creación de obligaciones. Y esto es esencial en esta tesis; pues el art. 62 de la ley 20.744 dispone que: “*Las partes 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 del mismo, resulten de esta ley, de los estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo, apreciados con criterio de colaboración y solidaridad.*”<sup>114</sup>

La regulación del art. 62 de la ley 20.744 es consecuencia de la hostilidad del Derecho del Trabajo con el consentimiento contractual, pues el recurso a la técnica de limitar fuertemente el consentimiento como fuente de las obligaciones que las parte asumen lleva a que el *gobierno* de la relación quede a la deriva. En otras palabras, si el gobierno de la relación contractual no está en el consentimiento, entonces ¿quién aporta la regulación que las partes requieren en su acuerdo de voluntades? Ello pues, como lo afirma Alejandro Freytes, “*el contrato no es solamente la conjunción de voluntades recíprocas, que exteriorizan un estado anímico de los contratantes, sino también, y aquí radica lo trascendente, es un reglamento al que las partes deben necesariamente adecuar sus conductas pues el ordenamiento jurídico las obliga a respetar escrupulosamente el compromiso asumido. El contrato se presenta entonces con un contenido reglamentario que consiste en la formulación*

---

<sup>112</sup> Evidentemente la palabra *deseo* debe entenderse con significado radicalmente opuesto entre la parte empleadora y la parte trabajadora. El empleador *desea* obtener más prestación de trabajo por menos salario, y la parte trabajadora *desea* -si este término es aceptado- poder competir con sus pares.

<sup>113</sup> ONU. Comité de Derechos Humanos del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Comunicación N° 854. 26/07/2002. *Manuel Wackenheim v. France*. U.N. Doc. CCPR/C/75/D/854/1999 (2002).

<sup>114</sup> Puede rastrearse una idea original en el Code Napoléon y en la obra de Jean Domat. Ver: Alpa, Guido. *La buena fe integrativa*. En: AA.VV. *Tratado de la buena fe*. Tomo doctrina extranjera. Ed. La Ley. Buenos Aires (2004); pág. 180.

*de un precepto de la autonomía privada.*”<sup>115</sup>

El vacío creado por el desplazamiento del consentimiento como fuente de las obligaciones contractuales es imperativamente cubierto por la legislación laboral (en sus diversas fuentes). De tal modo, la incertidumbre futura sobre la forma específica del desarrollo de la relación laboral dada por la extensión temporal reconocida en el contrato de trabajo y que la legislación no puede prever es afrontada colocando la solución de certeza ya sea en terceras personas (negociación colectiva), la parte empresaria (poderes de organización y dirección) y/o la intervención estatal (legislación en general). Y en lo que respecta al consentimiento, mientras se le quita el poder de generar obligaciones que sean contrarias a las fuentes imperativas externas, aún se lo reserva para servir como fuente de obligaciones implícitas por ser habituales en la actividad -art. 46 de la ley 20.744-, pues las partes se obligan a un comportamiento que, más allá de los términos del contrato, *sean consecuencia del mismo* (art. 62 de la ley 20.744). La fuente de esas obligaciones implícitas no es directamente el consentimiento de las partes ni el reconocimiento a texto expreso en la ley, sino que existirán o no en un determinado momento según sea la relación entre las partes; pero, de existir, se entenderán que se encuentran implícitas en el consentimiento contractual.

En consecuencia, la *relación* entre las partes es *necesariamente funcional* al contrato de trabajo, pues la definición en un determinado momento de la prestación que cumplimentará una obligación indeterminada y el reconocimiento de obligaciones implícitas dependerá únicamente de la relación entre las partes contratantes.

Esto imprime un carácter ético a la relación, pues el desarrollo sucesivo de las obligaciones depende de la conducta que asuman las partes. El desarrollo del contrato de trabajo requiere de una conducta cooperativa de ambas partes. En este sentido, Oscar Ermida Uriarte afirmaba que *“la Ética trata de relaciones humanas: de qué hace la gente con otra gente. Regula la conducta entre nosotros. Desde este punto de vista advertimos una clara vinculación de la Ética con las relaciones laborales.*

---

<sup>115</sup> Freytes, Alejandro. *Ob. Cit.*

*En efecto, las relaciones laborales son vínculos que suponen una ética y que funcionan de acuerdo a ella o la contradicen. De ahí la importancia de la ya adelantada afirmación de Soros en el sentido de que la emergencia de una sustitución de relaciones por transacciones, que en términos laborales podría ser presentada como la sustitución de la relación de trabajo por el mercado de trabajo, supone un vaciamiento ético de las relaciones laborales, del mismo modo que su precarización, si se atiende a la ya adelantada vinculación de la estabilidad con la Moral.*

*Esta sustitución de relaciones por transacciones, de relaciones laborales por mercado de trabajo, es de por sí un grave problema ético, especialmente desde la perspectiva del Derecho y de lo laboral, ya que “la justicia y la dignidad son axiomas incondicionales por encima de todo valor comparado o comparable, de todo precio de mercado”.*<sup>116</sup>

Por lo tanto, es posible concluir que la obligación esencial de cada una de las partes está dada por un *comportamiento cooperativo que razonablemente sea el esperado conforme una expectativa de buena fe* (art. 63 de la ley 20.744) derivada del contrato de trabajo y las fuentes normativas colectivas (ley y convenios colectivos de trabajo), en una relación de duración que se considera esencial al contrato (art. 90 de la ley 20.744).

En definitiva, el legislador de la ley 20.744 estaba pensando en un contrato de tipo *relacional*.

El contrato de trabajo, de esta forma, responde a la categoría de contrato relacional, pues el negocio jurídico que las partes quieren celebrar (incorporación de la persona a la organización empresaria ajena) es deseado esencialmente con una duración en el tiempo sin que las partes pueden definir en forma concreta el modo del cumplimiento de las prestaciones a las que se obligan por ley o acuerdo, y asumiendo que pueden existir obligaciones implícitas en el acuerdo y, de tal manera, esa definición de la extensión de las obligaciones descansa sobre una expectativa de cooperación y confianza mutua en el desarrollo del contrato. Así parece reconocerlo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *Pérez c. Disco*

---

<sup>116</sup> Ermida Uriarte, Oscar. *Ética y Derecho del Trabajo*. Ius et veritas n° 30. Ed. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima (2005); pág. 231

cuando expresa que: “*la evolución tutelar de la disciplina laboral y los motivos que la impulsaron, ya señalados, han impuesto, entre otras muchas consecuencias, que la determinación y alcances de las prestaciones debidas por el empleador al trabajador derivadas del empleo, no obstante el marco de reciprocidad que tipifica al contrato o relación laborales, rebasen el cuadro conmutativo, que regula las prestaciones interindividuales sobre la base de una igualdad estricta ("Nowinski, Elsa Alicia", Fallos: 322:215, 223), para estar regidas por la justicia social (v., entre otros, además de los ya citados casos "Mansilla" y "Aquino": "Madorrán", Fallos: 330:1989, 2002; "Prattico, Carmelo José Eduardo c/ Borrás, Antonio", Fallos: 250:46, 48/50 y sus citas)*”<sup>117</sup>

Quiero destacar, pues será de importancia vital en la tercera parte de esta tesis, que en el contrato de trabajo el tiempo no es una modalidad de contratación<sup>118</sup> que afecte las obligaciones asumidas, sino una circunstancia esencial que reconoce en su causa-fuente la permanencia en el tiempo como el objeto de la contratación: las partes quieren un negocio que se mantenga en el tiempo, no el cumplimiento de una determinada y especial obligación de hacer en el tiempo.

El contrato relacional de trabajo, entonces, crea para las partes la obligación de asumir una *conducta cooperativa* adecuada que satisfaga las *razonables expectativas* que de buena fe cada una de los contratantes tenga en el cumplimiento de las obligaciones en el tiempo. De tal forma, por ejemplo, si una trabajadora es contratada con 20 años de edad, las partes usualmente no acuerdan el pago de un determinado salario en los próximos 40 años hasta su jubilación, sino que se obligan a que cada mes, llegado el devengamiento salarial, se abonará y se recibirá de buena fe el monto que otras fuentes normativas extrañas a las partes del contrato de trabajo lo dispongan (salario mínimo, vital y móvil o convenio colectivo de

---

<sup>117</sup> CSJN, 01/09/09. *Pérez, Anibal c. Disco S.A.* Fallos: 332: 2043

<sup>118</sup> En contra: Ferreirós, Estela. *El empleo y su proyección merced a una estabilidad aceptada a nivel de los derechos humanos. Rechazo del tipo y jurídico de la arbitrariedad como forma de ilegitimidad.* RDLSS 2012-2, 93. Cita Online: AP/DOC/1516/2013. “...el plazo es una modalidad, en este caso, del contrato, como acto jurídico que es, por el cual quedan, en el tiempo, efectivizados y seguros los derechos emergentes de la convención celebrada, poseyendo cada uno de los protagonistas el ejercicio pleno de los mismos...”

trabajo).

En consecuencia, la persona empleadora tiene la expectativa que el/la trabajador/a preste su trabajo en la forma que aquel irá determinando en el tiempo conforme su facultad de dirección y en el uso regular del *ius variandi*, y la persona que trabaja tiene la expectativa que la persona empleadora le provea trabajo en un ambiente saludable y digno y le abone el salario, en la cantidad que se irá determinando en el tiempo conforme las fuentes normativas. Ambos tienen la expectativa que el otro se comporte siempre de tal manera que haga a la realización del contrato. Y es por ello que la ley de contrato de trabajo n° 20.744 obliga a las partes a “...*aquellos comportamientos...*” (art. 62) que obrando de buena fe, fidelidad, colaboración y solidaridad (arts. 62, 63, 84 y 85) hagan a la conservación del contrato (art. 10)<sup>119</sup>.

Esto demuestra claramente el carácter *relacional* del contrato de trabajo, pues no solo es un acuerdo que las partes pretenden mantener en el tiempo, sino que, además, y esto le otorga el carácter mencionado, las partes se obligan en términos amplios e imprecisos en cuanto a las prestaciones, confiando en superar esas imprecisiones en el desarrollo de la relación por medio de una conducta cooperativa de buena fe de ambas partes.

En este sentido, Simon Deakin y Gillian Morris afirman que el contrato de trabajo está “*caracterizado por un alto grado de incompletitud e incertidumbre en la forma en que se definen los términos del contrato. La negociación individual proporciona, como máximo, solo un marco general de términos expresos para regir la ejecución del contrato, y esto es así, en parte, porque otras fuentes de términos contractuales también son importantes: estas van desde suposiciones implícitos de las partes, la conducta propia de las partes posterior a la formación del contrato, y la costumbre y la práctica en el lugar de trabajo en cuestión, hasta fuentes externas de regulación formales, incluidos los convenios colectivos y la legislación. (...) entonces, se podría argumentar que estas características distintivas -la incompletitud del contrato y el papel de las fuentes posteriores o externas al acuerdo para completarlo- hacen que sea inapropiado aplicar al contrato de trabajo aquellos principios del derecho*

---

<sup>119</sup> Pirolo, Miguel Ángel. *Derechos y deberes de las partes del Contrato de Trabajo*. Ed. La Ley. Buenos Aires (2013).

*contractual que están diseñados para regir transacciones comerciales específicas de un tipo diferente, como la compraventa de bienes. Como Lord Steyn lo ha dicho, cualquiera que haya sido la posición en el pasado, “ya no es correcto equiparar el contrato de trabajo con contratos comerciales. Una posible forma de describir un contrato de trabajo en términos modernos es como un contrato relacional”.*<sup>120</sup>

De este modo, solo el carácter *relacional* del contrato de trabajo, como situación de cooperación entre las partes basada en la buena fe, explica ciertas regulaciones jurídicas que son extrañas a un contrato de tipo transaccional; por ej., la injuria como incumplimiento obligacional grave, la regulación de la suspensión del contrato de trabajo por accidentes y enfermedades inculpables o por razones económicas o disciplinarias, las ayudas extraordinarias, los beneficios sociales, etc.

Sin embargo, debo señalar especialmente, pues hace a la estructura de esta tesis, que la noción del contrato de trabajo como *relacional* no ha sido reconocida expresamente por la doctrina y jurisprudencia iuslaboralista en Argentina, y ello lleva a evidenciar ciertos problemas cuando en la teoría se intenta analizar las instituciones contractuales desde la visión clásica del contrato transaccional, omitiendo considerar el especial carácter de contrato *relacional*. Ya en el año 1942, Mario Deveali señalaba la posibilidad que la relación de trabajo se encuentre regulada por fuentes externas al contrato de trabajo, y haciendo referencia al derecho a la justa retribución y en cuanto a las leyes que se refieren al trabajo de las mujeres y de los menores afirmaba que “*en todos estos casos el objeto de la*

---

<sup>120</sup> Deakin, Simon y Morris, Gillian. *Ob. Cit.*; págs. 112/3. “...characterized by a high degree of incompleteness and uncertainty in the way the contract terms are defined. Individual bargaining provides, at most, only a general framework of express terms to govern the performance of the contract, which is partly why other sources of contract terms are also important: these range from implicit assumptions of the parties, the parties’ own conduct subsequent to the formation of the contract, and custom and practice in the workplace concerned, to formal external sources of regulation, including collective agreements and legislation. (...)...then, it could be argued that these distinctive features -the incompleteness of the contract and the role of sources subsequent or external to the agreement in completing it- make it inappropriate to apply to the contract of employment those principles of contract law which are designed to govern specific commercial transactions of a different kind, such as the sale of goods. As Lord Steyn has put it, whatever the position may have been in the past, “[i]t is not longer right to equate a contract of employment with commercial contracts. One possible way of describing a contract of employment in modern terms is as a relational contract”.”

*reglamentación legislativa es el hecho del trabajo, más que el contrato estipulado entre las partes; y los derechos y obligaciones que nacen entre éstas por el hecho del trabajo, en aplicación de las normas legales y de las contractuales -en cuanto existen y resultan aplicables por ser compatibles con aquéllas- constituyen la relación de trabajo. Puede por consecuencia afirmarse que la relación de trabajo surge normalmente por efecto del contrato, pero en muchos casos está reglada por la ley con prescindencia del contenido del contrato y, algunas veces, es tutelada legalmente aun cuando el contrato que la originó sea nulo o así se declare.”<sup>121</sup>*

Entre esas instituciones que menciono cuyo análisis se dificulta por la ausencia de una visión *relacional* destaco, en lo que interesa en éste tesis, el concepto de *estabilidad*, sobre lo cual volveré en los capítulos siguientes, pero es interesante aquí recordar lo que expresaba Mateo Pistone en el año 1965, pues se evidencia que el concepto de *contrato relacional* ya rondaba la idea de estabilidad, pero la falta de concreción del mismo obstaculizaba el análisis del instituto, pues afirmaba que: “*a veces por continuidad se ha tratado indicar que el contrato de trabajo es un convenio de tracto sucesivo, que virtualmente se renueva a diario, con las relaciones que se formalizan en la prestación de servicio y el pago del jornal, a tal punto que Ramírez Gronda expresa: “Lo que distinguiría, pues, el contrato de trabajo de la locación de servicios, sería cabalmente la “continuidad”; y si ello es así, este requisito debiera figurar en una caracterización del contrato que pretendiera definirlo de alguna forma.”*<sup>122</sup>

Tal vez, la falta de desarrollo del concepto de *relacional* referido al contrato de trabajo pueda explicarse considerando que la idea de *relación* fue colocada en el concepto de *relación de dependencia laboral*. Con lo cual, para abordar la idea única de *contrato relacional de trabajo*, la doctrina laboralista recurrió a dos instituciones, el contrato de trabajo y la relación de trabajo, los cuales, sumados, llegarían a la idea de un contrato que genera básicamente una

---

<sup>121</sup> Deveali, Mario. *Contrato de trabajo y relación de trabajo*. Derecho del Trabajo 1942,1. Cita Online: AR/DOC/444/2010.

<sup>122</sup> Pistone, Mateo. *Derecho a la estabilidad de los trabajadores dependientes*. Ed. Ediar. Buenos Aires (1965); pág. 28 y sigs.

relación cooperativa que se mantiene en el tiempo. Así, Ernesto Krotoschin, comentando en el año 1975 la nueva ley 20.744 expresaba: *“es sabido que la concepción del contrato de trabajo arranca del hecho de que la codificación del derecho civil, realizada en el siglo XIX, no consideraba, específicamente, dicho contrato y que el Código Civil regulaba, principalmente, las relaciones civiles como relaciones de intercambio. Frente a esta ideología se alzó la doctrina laboralista según la cual el trabajo no es una mercancía y, consecuentemente, la relación de trabajo no puede ser una relación de intercambio en el sentido de la doctrina civilista. La esencia de la relación consistiría, si bien en la enajenación de la fuerza de trabajo contra remuneración, al mismo tiempo en la incorporación del trabajador como persona, inseparable de aquella fuerza, en una comunidad de obra, llamada "empresa" de la cual forma parte no sólo como locador de servicios sino como ser humano. Ya se vio cómo este concepto se desarrolló para llegar al concepto humanista del contrato de trabajo que hoy día prevalece.”*<sup>123</sup>

De la misma forma, Carlos Livellara en el año 1982, refiriéndose a la relación entre empleador y trabajador afirmaba que: *“en esa vinculación, no sólo se da una relación de cambio trabajo por un lado, salario por otro, sino, lo más importante, una relación personal humana, en la que el trabajador, sus compañeros de tareas y el empleador, se “integran”, no sólo externamente, sino que en ello comparten sus vidas (y en esa relación “pasan” gran parte de su vida) en una comunidad (empresa), en la cual no actúan como terceros, sino que son partes (participan).”*<sup>124</sup>

#### **a / La regulación de la relación laboral: una cuestión constitucional.**

La noción de *contrato relacional de trabajo* implica que el objeto de la regulación jurídica es la relación cooperativa que las partes pretenden a través del contrato, y no la transacción de fuerza de trabajo (control de esa fuerza de trabajo) por salario (art. 4 de la ley

---

<sup>123</sup> Krotoschin, Ernesto. *Valoración jurídico-social de la Ley de Contrato de Trabajo*. La Ley 1975-B, 1013. Cita Online: AR/DOC/396/2010

<sup>124</sup> Livellara, Carlos. *Contenido de la relación individual de trabajo*. En: Vázquez Vialard, Antonio (Dir). *Tratado de Derecho del Trabajo*. Tomo 3. Cap. XI. Edit. Astrea. Buenos Aires (1982); pág. 592.

20.744). Sin embargo, el legislador recurrió a la noción de contrato para dar un sustento normativo jurídico a la relación laboral, pero el art. 1 de la ley 20.744 expresa que esta norma regula el contrato de trabajo y la relación de trabajo. Y de tal forma, existe materias que son necesariamente vinculadas a la regulación del contrato -por ejemplo, la capacidad de las partes para contratar-, pero el objeto principal de la regulación normativa es la *relación de trabajo*.

En este escenario, la ley 20.744 es solo una expresión, una parte, de la regulación normativa de la relación de trabajo pues, esta relación tiene recepción a nivel constitucional y, desde allí, el constituyente otorga directivas regulatorias que se cumplen en distintos niveles y por distintos sujetos.

El art. 14 de la Constitución Nacional reconoce el derecho de todo habitante de *ejercer industria lícita* y de *usar y disponer de su propiedad*, siempre conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio. ¿Esto significa sin más que el sujeto empleador tiene un derecho de rango fundamental? La primera respuesta que asoma a esta pregunta es que sí. Y aunque la doctrina y jurisprudencia no se han detenido mucho a justificar esta respuesta, se asume la misma siempre que se hable de colisión de derechos fundamentales. Pues es de toda lógica que si hay colisión hay dos derechos de igual rango en pugna. Pero la gran cuestión es si por la mera inclusión de un derecho en un texto constitucional ya lo transforma automáticamente en un derecho fundamental. Si así lo fuera, en el caso de constituciones amplias (como el caso de la brasilera) podría argumentarse que cualquier derecho allí reconocido pasaría a ser automáticamente un derecho fundamental, o peor aún, que si un derecho fundamental no encuentra reconocimiento en el texto constitucional entonces no existe como tal. ¿Qué sucedería si un texto constitucional no reconociera, por ejemplo, el derecho a la libertad -prohibición de esclavitud-? ¿Podríamos sostener que ese derecho fundamental no existe en ese ordenamiento jurídico? Y por otro lado, ¿Qué sucedería si el legislador constituyente decide incluir en el texto constitucional un derecho, digamos, irrisorio? Por ejemplo, el derecho de todo/a niño/a al acceso a la golosina. ¿Podríamos afirmar en ese caso que existe el derecho fundamental de todo/a niño/a a que se le provea una cantidad determinada de golosina? Esto ha llevado a la distinción entre las nociones de *derechos fundamentales* y

*derechos humanos*; y si bien esta distinción excede a este trabajo, en necesaria aclararla.

Para César Carballo Mena, como referente en la doctrina, los derechos fundamentales se refieren a la fuente, esto es, a aquellos derechos reconocidos en los textos constitucionales, mientras que los derechos humanos se justifican principalmente en el orden moral. Así, expresa este autor al diferenciar las ideas de derechos fundamentales y derechos humanos que "*...la primera requiere, desde nuestra perspectiva, su reconocimiento, explícito o implícito, en fuentes de rango constitucional y, por lo tanto, serán aquellos derechos subjetivos consagrados en los sistemas o bloques de constitucionalidad. La segunda, como se apuntó, se fundamenta en el cúmulo de normas de moralidad social que permiten asegurar la realización del valor justicia y que, por ende, no reclaman para su existencia de positivización alguna.*"<sup>125</sup> En esta tesis utilizaré como sinónimos los términos *derechos fundamentales* y *derechos humanos*, pero asumiendo que en la distinción que plantea Carballo Mena la idea se vincula con la de *derechos humanos*.

En definitiva, si el/la empresario/a invoca un derecho relacionado con el art. 14 de la Constitución Nacional, la cuestión es definir hasta qué punto puede considerarse que el derecho de propiedad y de industria son derechos fundamentales.

Precisando ahora el planteo comenzado *ut supra* sobre si la mera inclusión de un derecho en un texto constitucional lo transformaba directamente en un derecho fundamental, es importante vincular ello con la dignidad humana. Pues entonces será *derecho humano* aquel reconocido en un texto de nivel constitucional pero que además tenga por finalidad la protección de la dignidad humana.

En este sentido, el derecho de propiedad se encuentra reconocido en el art. 17 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el art. 23 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el art. 21 de la Convención Americana de

---

<sup>125</sup> Carballo Mena, César. *Los derechos fundamentales del trabajador como categoría jurídica*. En: Sanguinetti Raymond, Wilfredo y Carballo Mena, César. *Derechos fundamentales del trabajador y libertad de empresa*. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas (2014), pág. 22.

Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). Y es natural que se reconozca a la propiedad este carácter si se observa la génesis de los derechos humanos, como límites al poder estatal frente al individuo. En ese desarrollo la propiedad aparecía como una necesidad a ser defendida frente al poder, aún antes del desarrollo capitalista. Y esto es importante pues aquella idea de propiedad precapitalista ya la identificaba no como una acumulación de riqueza sino como la posesión de los medios materiales para el desarrollo de una vida digna.

Entonces, si la propiedad es un derecho fundamental al menos por su reconocimiento en textos de ese rango, es necesario precisar su contenido esencial ya que, solo este reconocerá su carácter de derecho humano.

Todo esto implica determinar el ámbito protegido del derecho a la propiedad como derecho fundamental. Como afirma José Luis Ugarte, "*un ámbito prima facie cuyo contenido está protegido de modo inicial y provisional.*"<sup>126</sup> A partir de esta definición inicial se aplicará las restricciones necesarias en función de la ponderación frente a otro derecho de igual rango. Y con relación a la propiedad como derecho humano, su ámbito de protección debe entenderse en los términos del art. 23 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, esto es, como vinculada a las necesidades esenciales que permitan al empresario/a desarrollar una vida digna<sup>127</sup>.

Así, el derecho a la propiedad es en primera medida divisible en dos aspectos: el primero, como mera acumulación de riqueza, lo cual es una actividad lícita (si lo es su causa) en el sistema capitalista occidental; y el segundo como un medio para realizar el proyecto de vida de la persona. En su primer aspecto es un Derecho Civil, en el segundo aspecto es un Derecho Humano. Esta idea surge clara en el art. 23 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre cuando expresa: "*Toda persona tiene derecho a la propiedad*

---

<sup>126</sup> Ugarte Cataldo, José Luis. *Derechos fundamentales en el contrato de trabajo*. Thomson Reuters. Santiago de Chile (2013); págs. 72 y sigs.

<sup>127</sup> Coppoletta, Sebastián. *Conflicto y ponderación de derechos fundamentales en las relaciones de trabajo. Análisis desde la Opinión Consultiva N° 22/2016 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Revista de Derecho Laboral Actualidad. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe. Cita: RC D 885/2017

*privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar".*

Volviendo entonces al seno de la relación de dependencia laboral, en la confrontación de intereses entre la persona que trabaja y la persona empleadora, el reconocimiento a la parte empresaria de un derecho humano en la propiedad significa tanto como reconocer que esta persona se gana una vida digna por medio de la organización empresaria. En el fondo, se llega -en alguna forma- a igualar a las partes desde la visión de la dignidad de la persona: la persona que trabaja se gana una vida digna por medio de la enajenación de su trabajo y por ello se le reconocen derechos humanos, y a su vez, el/la empleador/a se gana una vida digna por medio de la organización empresaria de la propiedad y por ello también se le reconoce un derecho humano.

De allí se desprende entonces los límites funcionales al poder de organización y dirección: deben ejercerse en función del logro de la empresa.

Cuando en el ejercicio de ese poder se colisionen derechos específicos laborales, entonces la solución se encuentra en la normativa laboral. Pero cuando el ejercicio de ese poder afecte derechos fundamentales del trabajador, si el empleador invoca la titularidad de un derecho de igual rango que justifique su accionar, entonces debe demostrarse que el ejercicio de la organización y dirección empresaria como expresión de la propiedad se realizó en su concepto más estricto, esto es ya no como mera finalidad de acumulación de riqueza capitalista (que sería un fin lícito empresario) sino como medio de lograr la dignidad del sujeto empleador. Evidentemente la diferenciación tiene aristas muy finas o zonas grises, pues implica diferenciar en qué medida el empleador ejerce sus potestades con finalidades de mera acumulación capitalista o con finalidades del logro de su medio de vida a través de la organización empresaria.

De esta manera, la empresa recibe su reconocimiento a nivel constitucional. Pero como el mismo art. 14 lo expresa y también por aplicación del art. 28 del texto constitucional, estos derechos son limitables y deben encontrar su lugar en relación a los demás derechos que

integran el bloque de constitucionalidad. En consecuencia, a nivel constitucional encontramos un número de derechos reconocidos, que todos reclaman el mismo nivel jerárquico y el mismo protagonismo de actuación directa y operativa, pero que carecen necesariamente de coordinación. Y, más aún, muchas veces son antagónicos<sup>128</sup> sin que se estipule un mecanismo de solución o superación de este antagonismo.

De tal modo, la empresa es un espacio social en el cual, bajo la organización y dirección del/a empresario/a, confluyen múltiples intereses: proveedores y consumidores, accionistas, acreedores, deudores, Estado en sus tres niveles, sociedad civil en protección de derechos comunitarios, etc., etc. Cada uno de estos actores pone en jaque a la organización empresaria: le impone impuestos, le exige el respeto al medioambiente, le exige que distribuya dividendos, boicotea sus productos si no cumplen ciertos estándares de calidad, le exige garantías por sus productos y servicios, le impone una responsabilidad social, le exige igualdad de género en sus órganos directivos, etc. Y estos actores que confrontan el derecho constitucional de empresa lo hacen invocando un propio derecho constitucional. Como contrapartida, en este escenario de intereses, la organización empresaria trata de producir al menor costo posible, maximizando todas sus relaciones.

El Derecho del Trabajo centra su objeto de estudio en una sola de esas relaciones, la que mantiene la persona que organiza la empresa con la persona que trabaja. Y en este caso, el art. 14 Bis de la Constitución Nacional (e instrumentos internacionales del bloque de constitucionalidad) elevan a este nivel la protección de la persona que trabaja en forma dependiente. Esto implica que el derecho de empresa, reconocido en el art. 14 de la Constitución Nacional y consagrado en materia laboral en los arts. 64 y 65 de la ley 20.744, confronta con los derechos constitucionales de la persona que trabaja, reconocidos como derechos humanos en el bloque federal de constitucionalidad.

Y la tensión interna de la relación de dependencia laboral muestra “*pretensiones que, llevadas hasta sus últimas consecuencias, son incompatibles. Así, resulta meridianamente*

---

<sup>128</sup> Por ejemplo, el derecho de libertad de expresión y el derecho al honor.

*claro que un ejercicio absoluto e ilimitado de los poderes de dirección, vigilancia y control del empleador puede terminar por anular toda posibilidad de ejercicio de sus derechos fundamentales por parte de los trabajadores a su servicio. No obstante, lo es también que un celo igualmente absoluto por parte de estos en dicho ejercicio está en condiciones de vaciar de contenido esos poderes y terminar por desorganizar e incluso paralizar las actividades de la empresa.*<sup>129</sup>

En definitiva, la relación de dependencia laboral es un ámbito de tensión constitucional entre la empresa y la persona que trabaja. Y como derechos constitucionales en conflicto debe advertirse que reconocen la posibilidad de su regulación (y entonces restricciones) -art. 28 CN-, pero no su negación total. Con lo cual, la tensión debe resolverse por medio de la ponderación entre los derechos constitucionales en conflicto.

Así, la regulación de esta tensión constitucional que expresa la relación de trabajo se va realizando en forma dinámica por distintos sujetos, diferentes a las partes del contrato de trabajo. Cada una de las fuentes normativas que se reconocen en el Derecho del Trabajo generan regulaciones especiales de algún aspecto específico de aquella tensión constitucional. Y esa información regulatoria generada es comunicada en tiempo real por cada fuente al contrato de trabajo, que ante el cúmulo de información selecciona y aplica la regulación correspondiente conforme a criterios que no corresponden a las pautas usuales de aplicación de la ley, pues aquí adquiere principal relevancia el criterio de *condición más beneficiosa* para la persona que trabaja. Así, y solo como ejemplo, el art. 14 Bis de la Constitución Nacional reconoce el derecho de vacaciones con goce de haberes de la persona que trabaja, y la ley 20.744 regula ese instituto, y también lo hace el convenio colectivo de trabajo aplicable conforme la actividad económica de la empresa, y además puede haber una costumbre en una particular empresa. Ninguna de esta información regulatoria está en el contrato, sino que se genera en fuentes externas pero, más aún, se genera en forma dinámica con lo cual la información regulatoria cambia independientemente de la decisión de las partes. Ejemplo de

---

<sup>129</sup> Sanguinetti Raymond, Wilfredo. *Derechos fundamentales del trabajador y libertad de empresa: el juicio de ponderación*. En: Carballo Mena, César y Sanguinetti Raymond, Wilfredo. *Derechos fundamentales del trabajador y libertad de empresa*. Ed. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas (2014); págs. 57/58.

esto último es el salario, el cual es fijado por la negociación colectiva en sentido amplio, ya sea como salario de convenio -acuerdo paritario- o como salario mínimo, vital y móvil -acuerdo general-.

De tal forma, cada expresión regulatoria de esas fuentes está generando una regla que solucione el conflicto de la tensión interna constitucional de la relación laboral.

**b / La extensión de las obligaciones que asumen las partes en el contrato relacional de trabajo: obligaciones explícitas e implícitas.**

Asumir, como propongo, que el contrato de trabajo se ubica en el polo *relacional* de las posibles clasificaciones contractuales tiene una importante consecuencia en la determinación de las obligaciones que las partes asumen en el acuerdo, pues la *relación* desplaza al *consentimiento* como explicación del origen de las obligaciones. Y, a su vez, esto tendrá una especial incidencia en la indemnización por despido arbitrario, como se sostendrá en la cuarta parte de esta tesis.

Como sostiene Paul Gudel *“la idea de que los tribunales podrían reescribir el contrato de las partes es un anatema para la mente legal, y el derecho contractual ha estado dominado por esta forma dicotómica de organizar y pensar las respuestas legales al contrato: implementar la intención original de las partes o escribir un contrato para ellas. Este enfoque pasa por alto que en la teoría relacional del contrato no existe una simple “intención de las partes”, que las partes mismas están continuamente involucradas en “reescribir el contrato” y que un enfoque legal que se remonta a la intención en el momento del acuerdo inicial en verdad reescribe el contrato ignorando la realidad de la relación desarrollada por las partes.*

*Estas consideraciones son relevantes para la pregunta real que plantea la Teoría del Contrato Relacional para el derecho contractual: ¿cuál es la fuente de la obligación contractual vinculante? ¿Es únicamente el acuerdo inicial de las partes al momento de la contratación? La teoría de los contratos relacionales sugiere que las obligaciones evolucionan en el curso de las relaciones a largo plazo, que las obligaciones contractuales*

*no siempre pueden derivarse de un acto original de acuerdo inicial, y que pueden derivarse de normas distintas al consentimiento expreso (o incluso implícito) de las partes. Claramente, este es un "enfoque alternativo para la contratación", distinto de la definición legal básica de "contrato" que aprende cada estudiante de derecho de primer año: una promesa o un conjunto de promesas por el incumplimiento de las cuales la ley dará una reparación.*"<sup>130</sup>

Como expuse, el consentimiento en el sentido de la teoría contractual clásica (como términos expresos de oferta y aceptación) no es la fuente usual, principal y directa de creación de las obligaciones que asumen las partes en el contrato de trabajo. Ello porque el Derecho del Trabajo reduce el consentimiento contractual a su mínima expresión posible, solo como herramienta para mejorar el nivel de protección dado por la legislación laboral; y además, porque siendo el contrato de trabajo de tipo relacional, deseado para una relación prolongada en el tiempo, la imposibilidad de prever hacia el futuro todas las circunstancias que podrían afectar el normal desarrollo del contrato (*presentificación* del futuro) hace que las obligaciones tengan un alto grado de indeterminación en cuanto a las prestaciones que hacen a sus objetos. La parte empleadora pagará un sueldo y la persona que trabaja prestará sus servicios bajo la organización y dirección del empleador, pero ninguna de las dos sabe cuánto se pagará de sueldo y qué tarea específica se desarrollará, por ejemplo, dentro de diez años.

---

<sup>130</sup> Gudel, Paul. *Relational Contract Theory and the Concept of Exchange*. 46 Buffalo Law Review 763 (1998). <https://digitalcommons.law.buffalo.edu/buffalolawreview/vol46/iss3/4>

*"The idea that courts might rewrite the contract of the parties is anathema to the legal mind, and contract law has been dominated by this dichotomized way of organizing and thinking about legal responses to contract: implementing the original intent of the parties versus writing a contract for them. This approach overlooks the theory in relational contracts that there is no simple "intent of the parties," that the parties themselves are continually engaged in "rewriting the contract" and that a legal approach which looks back to intent at the moment of initial agreement in effect does rewrite the contract by ignoring the reality of the parties' developed relation.*

*These considerations are relevant to the real question that Relational Contract Theory raises for contract law: what is the source of binding contractual obligation? Is it solely the initial agreement of the parties at the time of contracting? Relational Contract Theory suggests that obligations evolve in the course of long-term relations, that contractual obligations cannot always be derived from an originary act of initial agreement, and that they may derive from norms other than the express (or even implied) consent of the parties. Clearly this is an "alternative approach to contracting," distinct from the basic legal definition of "contract" that every first year law student learns: a promise or a set of promises for the breach of which the law will give a remedy."*

La innovación tecnológica y la inflación son informaciones absolutamente desconocidas para las partes contratantes al momento del consentimiento. Sin embargo, y aún más, las partes del contrato de trabajo van más allá de esas directas obligaciones, y colocan en la relación laboral expectativas implícitas que en algún momento del desarrollo contractual podrían pretender que se reconozcan como derechos subjetivos de su parte, que obliguen a la contraparte a una conducta determinada.

De esta forma, en el contrato de trabajo, los derechos y obligaciones son creados en dos formas: explícita e implícitamente; y esta segunda marca una característica especial dado el carácter *relacional* del contrato de trabajo.

En primer lugar, el consentimiento es fuente de derechos y obligaciones en la forma clásica contractual del pacto explícito, aún con la drástica reducción señalada de su campo de acción. El art. 45 de la ley 20.744 hace referencia a las propuestas efectuadas por una parte y aceptadas por la otra. Esta regulación autónoma, de las propias partes, se construye entonces sobre las expectativas que cada una de ellas tiene en el futuro contrato laboral y que, siendo estas expresadas y conocidas por la contraparte como una oferta, son aceptadas. En el ámbito protectorio del Derecho del Trabajo, este sistema clásico del consentimiento tiene las limitaciones funcionales respecto a la materia reguladas en los arts. 12 y 13 de la ley 20.744, con lo cual las partes tienen una fuerte limitación en aquellas expectativas que pueden incluir expresamente en el acuerdo. Y la limitación es para ambas partes, pues no solo se pretende conjurar el abuso del poder de la parte empleadora, sino que también se pretende impedir a la persona que trabaja la aceptación de formas indignas de trabajo<sup>131</sup>.

En segundo lugar, las partes resultan obligadas en el contrato de trabajo a través de un acuerdo implícito. En este caso, cada una de las partes contratantes tiene expectativas en el futuro contrato de trabajo que no son expresadas y comunicadas a la contraparte y, por lo tanto, no integran el consentimiento contractual clásico explícito; pero, sin embargo, estas expectativas implícitas pueden ser fuentes de derechos y obligaciones en el marco del contrato

---

<sup>131</sup> Coppoletta, Sebastián. Comentario a los arts. 37 a 44 de la ley 20.744. En: Maza, Miguel (Dir.) *Régimen de contrato de trabajo comentado*. Tomo I. Ed. La Ley. Buenos Aires (2012); págs. 602 y sigs.

relacional de trabajo.

La relación contractual se construye sobre expectativas que son implícitas al contrato, y estas expectativas pueden ser consideradas derechos y obligaciones implícitas, y que de tal forma resulten obligatorias para las partes del contrato, de dos maneras: *por el Derecho* o *por los hechos*.

Las expectativas reconocidas como implícitas en el contrato *por el Derecho* son aquellas que el sistema jurídico presume su existencia en el acuerdo, con independencia de lo que manifiesten expresamente las partes en el consentimiento contractual o aún en contra de lo que acuerden expresamente, es decir, actuando como derecho supletorio si las partes han omitido una regulación especial que lo mejore, pero actuando como derecho imperativo si las partes han dispuesto una regulación en contra del orden público laboral. La actuación como derecho supletorio es la típica función subsidiaria de la ley general respecto al contrato, completando el consentimiento expreso en aquellas situaciones en que las partes no han autoregulado el negocio jurídico; y la actuación como derecho imperativo es, a su vez, la típica función protectoria del Derecho del Trabajo expresada a través del principio de irrenunciabilidad de derechos.

En las *expectativas implícitas* que se incorporan como cláusulas obligacionales del contrato de trabajo a través *del Derecho* ya ha existido una ponderación legal de ellas en el marco del conflicto constitucional de derechos. El Derecho (el sistema jurídico en general: constitución, tratados, convenios, pactos, leyes, decretos, convenios colectivos, etc.) reconocen en general y presuponen esas expectativas en cada contrato de trabajo y, por ello, son incluidas en el acuerdo contractual por la legislación. Como expuse en la primera parte, siendo que el contrato relacional de trabajo es *imperfecto*, el Derecho del Trabajo viene a proporcionar la idea del contrato *perfecto*, completando el acuerdo en aquellas partes en que las partes no lo hicieron. En este aspecto, el Derecho del Trabajo funciona en forma muy particular respecto al Derecho Civil o el Derecho Comercial, dada la limitación de la autonomía de la voluntad que ejerce en función del principio protectorio, ello en tanto no solo complementa la voluntad omitida por las partes, sino que también modifica la voluntad

expresa de las partes por medio de la nulidad de lo acordado en detrimento del orden público laboral. En este último sentido, no se limita a nulificar la cláusula inválida, sino que además completa la regulación contractual con las normas laborales.

La relación que se crea entre las partes de un contrato de trabajo proviene de las legítimas expectativas que cada una asume en esa relación. Las expectativas son generadas internamente por cada parte, pero el Derecho del Trabajo tiene la función de determinar cuáles de ellas son legítimas en relación al contrato de trabajo. Así, el empleador podría tener la expectativa de que la persona trabaje gratis, pero el Derecho del Trabajo deslegitima esa expectativa a través de la presunción de no gratuidad del contrato<sup>132</sup>.

Ante el ejercicio de un Derecho que se considera implícitamente incorporado al contrato de trabajo por el Derecho, la parte obligada no puede negar el conocimiento de su obligación pues la misma tiene una fuente normativa que se presume conocida.

Esta regulación heterónoma tiene, a su vez, dos variantes interesantes en el Derecho del Trabajo.

En primer lugar, las expectativas implícitas pueden ser reconocidas por el Derecho como *reglas*. Esto es, como mandatos de realización de una determinada conducta que se impone a la parte obligada, lo que se expresa con la mayor precisión posible que permite la inevitable generalidad de la legislación de que se trate (ley, convenio colectivo de trabajo, etc.). Actuando como Derecho supletorio, esta función se asemeja a la que cumple la legislación civil y comercial respecto a los contratos de esta naturaleza.

Pero ya en el año 1974, con la sanción de la ley 20.744, el legislador laboral avanzó en un tema que muchos años después fue tomado por el Derecho Civil y Comercial: el reconocimiento normativo de los *principios*. Así, la ley de contrato de trabajo reconoce a texto expreso los Principios Generales del Derecho del Trabajo y regula su aplicación, funcionamiento y efectos respecto de la regulación de la relación contractual laboral. De tal

---

<sup>132</sup> Art. 115 de la ley 20.744.

modo, estos principios normativamente reconocidos constituyen asimismo una fuente heterónoma de expectativas implícitas en el contrato de trabajo que el Derecho reconoce, aunque esta fuente, siendo principios, ya no son mandatos de realización de una conducta determinada sino mandatos de optimización de una conducta: ordenan que algo se haga de la mejor manera posible.

En lo que importa en esta tesis en relación al despido arbitrario, el Derecho del Trabajo reconoce el carácter *relacional* del contrato de trabajo, en el cual ambas partes desean construir una relación cooperativa de permanencia en el tiempo y, de tal forma, presume la expectativa de la persona que trabaja a conservar su empleo y, por lo tanto, regula las consecuencias del quiebre de esta expectativa a través del art. 245 de la ley 20.744 (y normas estatutarias similares). Con lo cual, en el objeto de esta tesis, limitado al estudio de la protección contra el despido arbitrario, la razón de ser del pago que se impone legalmente a la parte empleadora como consecuencia del despido arbitrario halla respuesta en las expectativas implícitas reconocidas por el Derecho en el contrato de trabajo, específicamente en el quiebre de la expectativa de la persona que trabaja de mantenimiento de la relación laboral que el Derecho del Trabajo presume en la regulación del Contrato de Trabajo. Como sostendré en la tercera parte, no existe en la regulación normativa Argentina una obligación implícita por el Derecho de mantenimiento de la relación laboral, no existe una obligación a plazo impuesta a la persona empleadora de mantener el contrato hasta la jubilación de la persona que trabaja, sino que siendo el contrato de trabajo de tipo *relacional*, lo que existe es una expectativa mutua de las partes de mantenimiento de esa relación cooperativa, regulando el art. 245 de la ley 20.744 una sanción por el quiebre de esa expectativa implícita de la persona que trabaja por parte del sujeto empleador.

Ahora bien, como la noción de *arbitrariedad* como *daño* que se propondrá en la cuarta parte posibilita la ampliación de los daños reparables como consecuencia del despido arbitrario, es importante que, a pesar de no integrar directamente el objeto de investigación de esta tesis, me refiera a las obligaciones que se asumen *por los hechos* implícitamente incorporadas al contrato de trabajo. En consecuencia, este tema es tangencial al objeto principal de estudio en esta tesis y, por lo tanto, se expone en forma complementaria sin

intención de ser agotado.

El Derecho del Trabajo, hasta esta parte, ha realizado la tarea de reconocer ciertas expectativas implícitas en el contrato de trabajo y otorgarle regulación como normas jurídicas, creando los llamados derechos específicos laborales: por ejemplo, se asume que toda persona que trabaja tiene la expectativa de descansar y cobrar un salario, y el Derecho legitima esas expectativas con regulaciones mínimas sobre tiempo de descanso y salarios. Sin embargo, la irrupción de los derechos inespecíficos laborales abre el campo a innumerables expectativas que la persona que trabaja puede legítimamente tener en su relación con la parte empleadora respecto a sus derechos personalísimos o fundamentales; y en este sentido el reconocimiento normativo de los principios sirve como fundamento jurídico del reconocimiento de los derechos inespecíficos laborales como integrantes del acuerdo contractual. Así, por ejemplo, se asume que toda persona que trabaja tiene la expectativa de no ser discriminada, y el Derecho legitima esa expectativa con regulación antidiscriminatoria. De tal forma, la prohibición de trato discriminatorio actúa como una garantía de lograr la abstención de esta conducta del sujeto empleador pero, sin embargo, ello no necesariamente implica la titularidad por parte de la persona que trabaja de un derecho a obtener una conducta positiva por parte del sujeto empleador, en el sentido de promover un más amplio reconocimiento de la igualdad dentro de la empresa.

#### **b.1 / El reconocimiento jurídico de las expectativas implícitas.**

Sin embargo, en tanto el *contrato de trabajo* es deseado por las partes como de duración prolongada, la imposibilidad del consentimiento de *presentificar* todas las vicisitudes futuras de la relación y la natural amplitud y generalidad de las normas jurídicas (aún en forma de *reglas*) hacen que existan *expectativas* que no se reconocen y regulan ni en el consentimiento en forma expresa ni implícitamente a través del Derecho. Ello desde que la generación de expectativas no está limitada al consentimiento contractual y al Derecho, sino que surgen de la *relación* entre las partes. La incertidumbre sobre el futuro genera expectativas de cada parte sobre cómo se desarrollará la relación, y en este sentido, el contrato de trabajo presupone una *relación cooperativa* de las partes, dentro de la cual cada una de

ellas asume la obligación de comportarse en forma favorable al desarrollo de la relación, conservando y protegiendo la mutua confianza.

En este sentido, señala Celia Weingarten que *“el ser humano se mueve por motivaciones, y la principal motivación es la expectativa que supera la incertidumbre en cualquier orden.*

(...)

*En el ámbito jurídico-económico la confianza rompe con la complejidad del mercado, creando un marco de expectativa favorable a su acceso, evitando los riesgos innecesarios.*

*La expectativa nace fundamentalmente a partir de la confianza, que es la que orienta el comportamiento y guía las decisiones del individuo y sus intencionalidades. Toda decisión es en última instancia el resultado de expectativas creadas por las empresas.*

*De esta forma, la confianza determina bajo qué condiciones un contratante realizará el intercambio económico con el otro, porque la confianza crea expectativas y garantiza el cumplimiento de esas expectativas futuras materializadas en obligaciones jurídicas, convirtiéndose en fuentes de seguridad (económica, social y jurídica) para la creencia del consumidor.”<sup>133</sup>*

Volveré en la cuarta parte sobre la generación de confianza por parte de las empresas hacia terceros, pero lo importante aquí es destacar que la noción de *contrato relacional de trabajo*, que implica una relación de cooperación prolongada en el tiempo, es el campo propicio para la generación de expectativas implícitas que, sin que hayan logrado reconocimiento por el Derecho, en un momento determinado reclaman ser reconocidas como obligaciones jurídicas a través de *los hechos*. Mario Deveali reconocía la posibilidad de existencia de obligaciones que nacen *por el hecho del trabajo*<sup>134</sup>.

---

<sup>133</sup> Weingarten, Celia. *El principio de confianza en el Código Civil y Comercial*. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2020); págs. 26/27.

<sup>134</sup> Deveali, Mario. *Ob. Cit. Contrato...*

Sin embargo, mientras las expectativas implícitas en el contrato de trabajo *por el Derecho* ya han atravesado un proceso formal de reconocimiento (ley, decreto, convenio colectivo de trabajo, etc.), las expectativas implícitas *por los hechos* requieren para su reconocimiento como cláusulas contractuales, de un juicio particular en cada caso. Al contrario de las expectativas implícitas incorporadas por el Derecho, que tienen una fuente de conocimiento en la legislación y por lo cual la parte obligada no puede alegar su desconocimiento (aun cuando podría discutir su extensión en el caso de los principios jurídicos), las expectativas que se incorporan al contrato *por los hechos* son de reconocimiento particular, en el caso concreto y, en consecuencia, no puede presumirse su conocimiento por la persona obligada. Ya no existe una previa ponderación general efectuada por el Derecho, con lo cual la recepción de estas expectativas implícitas por la vía fáctica como cláusulas obligacionales requiere de un especial proceso de incorporación al contrato de trabajo. Al respecto, afirma Hugh Collins que “*el contenido preciso de las obligaciones incorporadas al contrato relacional por medio de términos implícitos evidentemente dependerá del contexto y el propósito del acuerdo, el compromiso expreso realizado por las partes y el reconocimiento de sus expectativas implícitas. Pero se destacan dos elementos de estas obligaciones implícitas: expectativas de cooperación y lealtad a los efectos de dar eficacia a la transacción, y el compromiso de evitar acciones que destruyan la confianza mutua.*”<sup>135</sup>

Sin embargo, en forma general, el Derecho del Trabajo reconoce estas expectativas implícitas cuando, aniquilando el consentimiento en la forma de la teoría clásica contractual, dispone en el art. 46 de la ley 20.744 cual es el contenido esencial de ese consentimiento, y entiende incorporadas como obligaciones de las partes aquellas derivadas de lo que se

---

<sup>135</sup> Collins, Hugh. *Is a relational contract a legal concept?* En: Degeling, Simone, Edelman, James and Goudkamp, James, (eds.) *Contract in Commercial Law*. Thomson Reuters, Toronto, Canada. LSE Research Online. Disponible: <http://eprints.lse.ac.uk/102557/>

“*The precise content of the duties inserted by implied terms into relational contracts will evidently depend on the context and purpose of the transaction, the express undertakings made by the parties, and the acknowledged implicit expectations of the parties. But two elements of these implicit obligations stand out: expectations of cooperation and loyalty in order to give business efficacy to this kind of transaction, and the avoidance of actions likely to destroy mutual trust and confidence between the parties.*”

*conceptúe habitual en la actividad de que se trate, con relación al valor e importancia de los servicios comprometidos. Esto abre las puertas a las expectativas implícitas en la relación que deriven, en los hechos, de la habitualidad de la actividad.*<sup>136</sup>

De tal forma, en el especial marco de la relación laboral puede aplicarse lo que afirma Noemí Nicolau para el sistema general: *“todo aquel que, con sus conductas o sus manifestaciones de voluntad, suscite en otro una razonable creencia con respecto a ellas, está obligado a no defraudar esa expectativa, y, en caso contrario, a resarcir los daños y perjuicios ocasionados.”*<sup>137</sup>

Si bien, evidentemente, ambas partes tienen sus propias expectativas en el contrato de trabajo, los estudios académicos en materia laboral se enfocan mayoritariamente en las expectativas de la persona que trabaja<sup>138</sup>, y reconocen como fuente de ellas al contrato psicológico. Y de este modo, la relación laboral se observa como un acuerdo complejo, parcialmente regulado por el Derecho, ya que como observa Anna Rogozińska-Pawelczyk, *“los aspectos formales y legales que rodean a la conclusión de un contrato de trabajo entre el empleador y el trabajador son acompañados por las expectativas informales de ambas partes sobre varios aspectos del trabajo y su funcionamiento que se denominan contrato psicológico.”*<sup>139</sup>

---

<sup>136</sup> De igual forma, el artículo 6:102 de los *Principios de derecho europeo de los contratos* (Comisión de Derecho europeo de los contratos. Presidente: Profesor Ole Lando) dispone: *“Términos implícitos. Junto a cláusulas expresas, un contrato puede contener cláusulas implícitas que derivan de: a) La intención de las partes; b) La naturaleza y el objeto del contrato; c) y la buena fe.”*

<sup>137</sup> Nicolau, Noemí. *El principio de confianza en el derecho civil actual*. Jurisprudencia Argentina. Cita Online: 0003/008282

<sup>138</sup> Para una visión desde la organización (empresa) ver: Guest, David y Conway, Neil. *Communicating the psychological contract: an employer perspective*. Human Resource Management Journal, Vol 12 No 2, 2002, págs. 22-38

<sup>139</sup> Rogozińska-Pawelczyk, Anna. *Impact and effects of relational and transactional psychological contract*. Slovak Scientific Journal Management: Science and Education, 1, págs. 41-44. *“The formal and legal issues surrounding the conclusion of an employment contract between the employer and the employee are accompanied by the two parties’ informal expectations about various aspects of the workplace and its functioning which are called a psychological contract.”*

El contrato psicológico es la percepción de la persona que trabaja de las obligaciones mutuas que existen entre el/ella y la empresa empleadora actuando como organizadora de la actividad productiva. En este sentido, la persona que trabaja percibe que la conducta propia es retribuida con una conducta recíproca por el/la empleador/a, de forma tal que en el desarrollo de la relación la conducta propia espera la conducta recíproca deseada. Según Robert Bird, el contrato psicológico resulta en “*expectativas de la persona que trabaja de que su empleador se comportará de una determinada manera, basándose en promesas o conductas pasadas.*”<sup>140</sup>

David Guest afirma que “*el concepto del contrato psicológico se remonta comúnmente a los primeros trabajos de Argyris (1960) y a la teoría del intercambio social (Blau, 1964). Sin embargo, los desarrollos clave que condujeron a su uso actual como marco analítico fueron proporcionados principalmente por Rousseau (1995). Rousseau ha definido el contrato psicológico como: "La creencia de un individuo en obligaciones mutuas entre esa persona y otra parte, como un empleador" (Rousseau y Tijoriwala, 1998, p. 679).*”<sup>141</sup>

Dado que el contrato legal implica una técnica de *presentificación* del futuro a través del acuerdo sobre las conductas que se comprometen, esto, como ya he expuesto, implica necesariamente un acuerdo imperfecto e incompleto. Aun cuando el contrato de trabajo -dada la libertad de forma que dispensa a las partes de la forma escrita- pueda ser complementado en el consentimiento por las demás fuentes normativas (en especial, la ley de contrato de trabajo y el Convenio Colectivo de Trabajo aplicable), la relación entre las partes reconoce un amplio grado de indeterminación en las obligaciones. En forma especial, ¿qué se supone que debe hacer la persona empleada? Pues, si nada dicen las partes por escrito, la precisión sobre

---

<sup>140</sup> Bird, Robert. *Ob. Cit. Employment as...*; pág. 165. “*Psychological contracts result in expectations by the employee that the employer will behave in a certain fashion based upon promises or past practices.*”

<sup>141</sup> Guest, David. *The Psychology of the Employment Relationship: An Analysis Based on the Psychological Contract*. *Applied Psychology: An International Review*, 53(4), págs. 541–555. <https://doi.org/10.1111/j.1464-0597.2004.00187.x>

“*The concept of the psychological contract is commonly traced back to the early work of Argyris (1960) and to social exchange theory (Blau, 1964). However, the key developments leading to its current use as an analytic framework were provided mainly by Rousseau (1995). Rousseau has defined the psychological contract as: "An individual's belief in mutual obligations between that person and another party such as an employer" (Rousseau & Tijoriwala, 1998, p. 679).*”

la conducta esperada seguramente la dará la categoría laboral para la que ha sido contratada conforme se detalle en el Convenio Colectivo. Ahora bien, por más detalladas que sean las tareas comprendidas en la categoría de convenio, ello tampoco lleva a una gran precisión respecto a qué debe hacer la persona contratada en su primer día de trabajo. De tal forma, el contrato de trabajo va desarrollando su contenido a medida que la relación se desarrolla pues las partes comienzan a comprender qué conducta se espera. En este sentido, desde el punto de vista de la persona que trabaja, se va desarrollado una comprensión de su situación de trabajo que reduce la incertidumbre sobre la conducta que debe asumir a la vez que otorga predecibilidad a la conducta futura. Si, como sostengo en esta tesis, el interés protegido en el art. 14 Bis de la Constitución Nacional es la expectativa de la persona que trabaja en permanecer en su contrato de trabajo, entonces el contrato psicológico que esa persona desarrolla le permite reducir la incertidumbre propia de la imperfección del contrato de trabajo a los efectos de adoptar una conducta que sea apropiada para cumplir el desarrollo cooperativo de la relación laboral que la parte empleadora espera, ello en tanto las personas tienden a comportarse en una forma que sea consistente con sus objetivos. En su primer día de trabajo, la persona recibirá las instrucciones sobre la conducta esperada a través de las instrucciones propias de la facultad de organización y dirección de la parte empleadora, pero ante la falta de información sobre cómo conducirse en el cumplimiento de ellas, seguramente buscará en el ambiente de trabajo aquellas conductas de otras personas y buscará imitarlas, con la expectativa y la confianza de que aquellas representan un modo de conducta cooperativa.

En el marco de un contrato *transaccional*, el contrato psicológico tiene poco lugar pues la naturaleza del negocio hace que las partes puedan *presentificar* suficientemente en el consentimiento las obligaciones asumidas. Si concuro al bar de la Facultad de Derecho y pido una determinada gaseosa que en el menú es indicada con un determinado precio, poca incertidumbre queda sobre cómo se comportará mi contraparte en la entrega de la gaseosa. Sin embargo, en el contrato *relacional* la incertidumbre sobre cuál es la conducta comprometida es normal dada la imperfección del acuerdo y, de ese modo, el contrato psicológico comienza a ganar un espacio importante en la regulación de la conducta comprometida.

De tal forma, el *contrato psicológico* es una construcción unilateral de expectativas de la persona que trabaja que no necesariamente son compartidas o reconocidas por la parte empleadora. En consecuencia, ellas no han sido expresadas y aceptadas en el consentimiento, y por lo tanto no integran en forma expresa el contrato de trabajo, ni tampoco, permaneciendo implícitas respecto del consentimiento, el sistema jurídico no las reconoce como reglas o principios. Sin embargo, estas expectativas implícitas se expresan *en los hechos* y, en determinadas circunstancias, reclaman ser reconocidas como derechos y obligaciones.

Esto implica un cambio del *contrato psicológico* al *contrato legal implícito*. Mientras el primero es una expectativa unilateral de la persona que trabaja sobre los derechos y obligaciones que existen entre las partes, más allá de lo que exprese el acuerdo y la legislación supletoria contractual; el segundo es el reconocimiento en el plano jurídico de la existencia de esa cláusula contractual implícita en el contrato de trabajo generada por el comportamiento de las partes en el sentido de sentirse recíprocamente obligadas más allá de los términos legales explícitos. En este sentido explica Denise Rousseau que *“los contratos psicológicos e implícitos son diferentes en el sentido de que existen en diferentes niveles (es decir, individual versus relacional) y porque los contratos psicológicos son altamente subjetivos y las partes de una relación no necesitan estar de acuerdo, mientras que los contratos implícitos existir como resultado de un cierto consenso social sobre lo que constituye una obligación contractual. (...) Aunque es parte del mismo patrón de interacciones que produce el contrato implícito, un participante en la relación puede poseer sus propias creencias con respecto a las obligaciones involucradas. En efecto, cada participante posee su propio contrato psicológico individual. Cuanto más comparables son sus contratos psicológicos, por supuesto, menor será el conflicto, más estable será la relación y mayor es la probabilidad de que la relación continúe. Diferentes contratos psicológicos, es decir, percepciones divergentes con respecto a obligaciones, promesas y compromisos, puede conducir, en el tiempo, a reacciones imprevistas y menos aquiescencia, que socavan el contrato implícito. Por lo tanto, podría postularse que cuando las partes en una relación tienen contratos psicológicos similares (a nivel individual), esto puede hacer un contrato implícito más estable*

y predecible.”<sup>142</sup>

Para que esas expectativas implícitas y unilaterales de la persona que trabaja tengan su incidencia en el mundo jurídico y logren ser reputadas como obligaciones que integran implícitamente por la vía fáctica el contrato de trabajo, deben ser *necesarias, legítimas y razonables*.

### **b.1.i / La necesidad en el reconocimiento jurídico de las expectativas implícitas.**

La nota de *necesidad* está dada en la medida en que la decisión sobre la existencia o no de una obligación implícita viene a resolver un problema de asignación de riesgos no incluida en el consentimiento contractual de manera expresa ni para la cual hay una previsión por medio de las obligaciones implícitas por el Derecho. Las partes se enfrentan a una situación de conflicto, ante un riesgo surgido en su relación contractual, sobre la cual no hubo acuerdo expreso en el momento del consentimiento ni el derecho supletorio aporta norma alguna que designe quién ni de qué forma debe asumir ese riesgo y sus consecuencias.

Esto nos lleva, nuevamente, a la Teoría General del Contrato. ¿El Derecho contractual debe preocuparse por las consecuencias no reguladas del acuerdo? Si el consentimiento no sufre ningún vicio que lo invalide y, entonces, el contrato se encuentra perfectamente formado, ¿puede este acuerdo ser alterado por circunstancias ajenas a las partes y posteriores

---

<sup>142</sup> Rousseau, Denise. *Psychological and implied contracts in organizations*. Employee Responsibilities and Rights Journal, Vol. 2, No. 2, 1989. Ed. Springer; pág. 124 y 131. “*Psychological and implied contracts are different in that they exist at different levels (i.e., individual versus relational) and because psychological contracts are highly subjective and parties to a relationship need not agree, whereas implied contracts exist as a result of a degree of social consensus regarding what constitutes a contractual obligation. (...) Though party to the same pattern of interactions that yield the implied contract, a participant in the relationship can possess his or her own beliefs regarding the obligations involved. In effect, each participant possesses his or her own individual psychological contract. The more comparable are their psychological contracts, of course, the lower the conflict, the more stable the relationship, and the greater the likelihood that the relationship will continue. Different psychological contracts -that is, divergent perceptions regarding obligations, promises, and commitments - can lead, in time, to unpredicted reactions and less acquiescence, which undermine the implied contract. It might, therefore, be postulated that when parties to a relationship hold similar (individual-level) psychological contracts, this can make an implied contract more stable and predictable.*”

al acuerdo?

En principio podría asumirse que si las partes no regularon (*presentificaron*) esa situación de riesgo ni el derecho supletorio aporta alguna regla de solución entonces debería abandonarse el problema a las normas generales ya sea del derecho de contratos, de la legislación ordinaria o aún de la legislación constitucional y, además, admitir la posibilidad de las partes de rescindir el contrato. Esto sería una solución de neutralidad en la cual la Teoría General del Contrato se desentiende de las consecuencias (justas o injustas) del acuerdo, siempre y cuando el consentimiento se haya perfeccionado correctamente. Esta concepción tal vez sea apropiada en un contrato de tipo clásico decimonónico, es decir, en el cual las dos partes son iguales. Sin embargo, en la medida en que el contrato afectado represente una relación desigual entre las partes, existe la posibilidad de que la parte dominante aproveche en su favor la situación de riesgo no resuelta.

El Derecho de Contratos ha abordado esta problemática desde dos perspectivas. En primer lugar, impidiendo el reconocimiento de un consentimiento regular cuando existen vicios de la voluntad, y en segundo lugar, relajando la fuerza obligacional del acuerdo cuando existen circunstancias sobrevinientes que afectan la *causa* contractual. Pero, ¿qué sucede cuando en una relación contractual que no tiene vicios en la formación del consentimiento, se debe imputar a una de las partes la asunción de un riesgo no previsto que, de todos modos, no afecta la causa del contrato (su objeto aún es posible)? Si la Teoría General del Contrato se desentiende de ese problema es porque no le preocupa las consecuencias no reguladas del acuerdo. En este sentido, la Teoría clásica decimonónica no dudaría en responder que, si las partes no asumieron una regla para la situación, no existe la posibilidad de imponer luego una obligación al respecto. La Teoría neoclásica se preocupó del tema en tanto y en cuanto se produjera la ruptura de la base del negocio. Pero en el escenario que planteo, se debe imputar a una de las partes un riesgo no negociado que no afecta la base del acuerdo. Si el Derecho no interviene, entonces la situación se resolverá mediante la situación de poder que todo contrato presupone. La *gobernanza* de la situación conflictiva será dispuesta por quién pueda ejercer el poder hacia adentro del contrato. En realidad, la situación es la misma respecto a las abordadas por las Teorías clásica y neoclásica: ¿hasta qué punto se tolerará que, dentro del

acuerdo libre, una de las partes aproveche sobre la otra una situación de ventaja? La Teoría clásica prohibió que esa ventaja se aproveche por medio de la violencia sobre la otra persona, y la Teoría neoclásica invalidó las situaciones de error, fraude, lesión, etc. No obstante, la idea de *aprovechar una ventaja* no está necesariamente limitada a un concepto peyorativo en que una parte se impone sobre la otra, entendiendo que la *ventaja* es un avance sobre la contraparte, sino también comprende situaciones en las que una parte obtiene una posición de ventaja sin comprometer la posición contractual de la otra parte<sup>143</sup>. Y en este sentido, los derechos inespecíficos laborales, relacionados directamente con la dignidad de la persona que trabaja, presenta escenario de fácil expresión de esta situación de conflicto.

La *necesidad* de discutir la existencia de una obligación implícita en los hechos está dada por la prevención de conductas oportunistas del contratante dominante, por la cual coloque la asunción de todo riesgo no regulado en cabeza de la otra parte contratante. Si así no fuera, entonces habría una única obligación implícita en los hechos: que la parte débil debe soportar todo riesgo no regulado en el contrato o la legislación supletoria<sup>144</sup>. De esta forma, la Teoría General aplicable al contrato de trabajo necesariamente debe considerar los efectos distributivos del acuerdo, para ser compatible con el principio protectorio que informa al Derecho del Trabajo.

Por lo tanto, en la asignación del riesgo en el marco de un contrato relacional, la consideración de una obligación implícita por los hechos es *necesaria* para prevenir un comportamiento oportunista de la parte contractual fuerte.

Esto, podría decirse, es una consecuencia del carácter *relacional* del contrato de trabajo. Si en este la gobernanza del contrato es desplazada del consentimiento y colocada en

---

<sup>143</sup> Kronman, Anthony. *Contract law and distributive justice*. 89 Yale Law Journal; pág. 472. En pág. 489 y sigs. se señala como ejemplo la mejor información que una parte tenga respecto de la situación contractual. Ej.: comprar un lote de terreno al precio que el vendedor lo ofrece, pero sabiendo (sin que el vendedor lo sepa) que la zona será revalorizada con un plan de desarrollo urbano.

<sup>144</sup> Collins, Hugh. *Implied terms: the foundation in good faith and fair dealing*. London School of Economics and Political Science. Current Legal Problems, 67 (1); págs. 297-331. Disponible: <https://doi.org/10.1093/clp/cuu002>

la relación, la naturaleza de esa relación es determinante. Pues si se trata de una relación entre iguales (en poder de negociación) entonces la gobernanza va a proveer al contrato de soluciones cooperativas en la medida de su desarrollo; lo cual podría ser el caso de los contratos comerciales. Pero si la relación reconoce una disparidad en el poder de negociación, lo cual es el caso típico de la relación laboral dependiente, entonces ya el gobierno de la relación es en principio asumido por la parte con mayor poder. Por ello, en el contrato de trabajo el consentimiento pierde preponderancia como fuente de las obligaciones y el gobierno de la relación se confiere principalmente a la legislación (todo el sistema jurídico, pero en especial leyes y convenios colectivos de trabajo); será entonces el Derecho el que provea a esa relación de un gobierno cooperativo, y el Derecho del Trabajo debe ponderar las expectativas implícitas de las partes (y especialmente la protección de los intereses de la persona que trabaja) en las normas jurídicas que genera. Ahora bien ¿qué sucede en aquellas situaciones de conflicto para las cuales el Derecho no aporta una solución de gobernanza? En el Derecho del Trabajo no se puede confiar en el autogobierno de las partes a través del consentimiento, por lo cual el reconocimiento por vía fáctica de las expectativas implícitas de la persona que trabaja en la relación laboral es determinante, *necesaria*, como único mecanismo de gobernanza cooperativa de la relación laboral. En el momento de crisis contractual, este es el último (y único) recurso para lograr la continuidad cooperativa del acuerdo.

A esto debo sumar una crítica a la capacidad del Derecho del Trabajo de aportar, en la actualidad, normas jurídicas adecuadas a la gobernanza de los conflictos *actuales* en la relación laboral. El Derecho del Trabajo asiste impávido al escenario normativo en el cual ramas del Derecho ajenas a la relación de dependencia laboral son las que proveen las reglas normativas de la gobernanza de la relación. La inmovilidad protectoria del Derecho del Trabajo es sobrepasada por otras ramas del Derecho. Solo como ejemplo, ¿Que hizo el Derecho del Trabajo para modificar radicalmente la ausencia de una adecuada perspectiva de género en la ley 20.744?<sup>145</sup> La ley 25.674 instituyó el *cupo femenino sindical*, promoviendo

---

<sup>145</sup> Juzgado de Familia Nro. 5. Mar Del Plata. 15/07/15. A. L. B. y A. I. O. *s/ materia a categorizar (declaración de adoptabilidad)*. Id SAI: FA15010036

entre otros aspectos la participación femenina en las unidades de negociación colectiva<sup>146</sup>, como vía indirecta para general normativa en los convenios colectivos de trabajo que regulen aquellos aspectos de conflicto que se relacionan, por ejemplo y entre otros temas, con lo que - usualmente- se denomina como la *conciliación de la vida familiar y laboral*. No obstante, hasta ahora los resultados normativos laborales son más bien pobres<sup>147</sup>, y para la gobernanza de esas situaciones de conflicto se termina recurriendo a normas jurídicas del Derecho Civil.

El desarrollo académico de la *teoría relacional del contrato* se ha construido principalmente desde la visión de los contratos comerciales, y si bien ello no obsta a su aplicación al *contrato de trabajo*, como lo sostengo en esta tesis, debe advertirse no obstante que ciertas características especiales del contrato de trabajo encuentran una laguna en esta teoría. Este es el desafío para la doctrina laboralista -y la jurisprudencia-: diseñar las reglas especiales laborales para el contrato *relacional* de trabajo. Una de ellas es el reconocimiento *por los hechos* de las expectativas implícitas de la persona que trabaja en el contrato de trabajo como obligaciones que lo integran.

#### **b.1.ii / La legitimidad en el reconocimiento jurídico de las expectativas implícitas.**

Las expectativas son *legítimas* cuando se fundan en una conducta de la contraparte contractual. De esta manera, se descartan aquellas expectativas implícitas y unilaterales que la persona que trabaja podría colocar en la relación laboral pero que no responden a ningún factor externo relacionado con la parte empleadora. Es pura imaginación o anhelo de la persona que trabaja, sin que la parte empleadora haya dado lugar a ello. Por ejemplo, si la persona ha sido contratada para un puesto administrativo en una empresa y la oficina o puesto de trabajo asignado cumple toda la reglamentación sobre condiciones de higiene y seguridad en el trabajo, las expectativas de esa persona respecto al color de las paredes de esa oficina no

---

<sup>146</sup> Dobarro, Viviana. *Las medidas de acción positiva y la ley 25.674. La participación proporcional de las mujeres en la actividad sindical y en las comisiones negociadoras de los convenios colectivos de trabajo*. Doctrina Laboral y Previsional n° 216, Ed. Errepar; pág. 734.

<sup>147</sup> Guadagnoli, Romina. *Las desigualdades de género como obstáculo del Trabajo Decente*. www.infojus.gov.ar Id SAIJ: DACF130390

son *legítimas* en la medida en que no solo ninguna reglamentación impone un determinado color en las paredes ni eso fue motivo del acuerdo expreso contractual y, aquí lo importante, no hubo ningún acto por parte de la empresa que diera lugar a dicha expectativa.

Este requisito es importante en el proceso pues, si bien la relación laboral cooperativa a la que las partes se obligan implica una confianza mutua, no es directamente la *confianza* el interés protegido<sup>148</sup>, pues esta puede ser una apreciación subjetiva y unilateral de la persona que trabaja en tanto *confía* que su conducta es conforme a la pretensión de la empleadora y que ella es correspondida con una conducta cooperativa en el desarrollo de la relación y, como tal, puede realmente no existir en los hechos; de tal modo, es necesario que esa confianza se expresa en *expectativas legítimas*, es decir, la confianza con sustento en hechos de la parte empleadora que habilite su existencia respecto de un determinado interés.

El contrato psicológico es necesariamente una construcción unilateral, referido a expectativas; más no todas estas expectativas de la persona que trabaja pueden ser reputadas como obligaciones implícitas en el contrato de trabajo pues no sería posible establecer un límite entre el mero capricho y la expectativa legítima, lo cual terminaría por desacreditar la posibilidad de reconocer obligaciones implícitas. Así, Larry Dimatteo, Robert Bird y Jason Colquitt hacen referencia a un estudio que “*mostró que los empleados perciben sus obligaciones bajo el contrato psicológico en forma decreciente mientras que las obligaciones de su empleador en forma creciente. Este tipo de visión unilateral cuestiona la viabilidad normativa del contrato psicológico y si sería prudente que la legislación laboral reconozca el incumplimiento del contrato psicológico como argumento para sostener los litigios generados por las personas que trabajan.*”<sup>149</sup> Por ello, propongo que el proceso de reconocimiento de

---

<sup>148</sup> Lo cual no implica que la confianza sea, en sí misma, objeto de protección en otros contratos, especialmente en el Derecho Comercial. Pero, en estos casos, la confianza se protege por el tráfico mercantil, y no por la especial situación de vulnerabilidad de una de las partes.

<sup>149</sup> Dimatteo, Larry; Bird, Robert y Colquitt, Jason. *Justice, Employment, and the Psychological Contract*. Oregon Law Review Vol. 90, págs. 449 y sigs. “...showed that employees perceived their obligations under the psychological contract to decrease as their employer’s obligations increased. This type of one-sidedness questions the normative viability of the psychological contract and whether it would be prudent for employment law to recognize the breach of the psychological contract to support employee-generated litigation.” -pág. 480-

una expectativa de la persona que trabaja en una obligación implícita del contrato de trabajo se legitime en un acto de la persona empleadora. De ahí, entonces, que la expectativa ya no podría considerarse un mero capricho o el resultado de la libre imaginación de la persona que trabaja, sino que estaría relacionada con un comportamiento de la contraparte que la legitima.

En consecuencia, la persona que afirma que una determinada expectativa implícita que ella tiene en el contrato de trabajo tiene el carácter de una obligación respecto a la contraparte debe alegar y probar *el hecho* de la parte empleadora que legitimaría dicha expectativa.

Y aquí, nuevamente, el Derecho del Trabajo cumple una importante función en ello, pues reconoce y valida ciertas manifestaciones o *hechos* de la parte empleadora que, de esta manera, pueden ser consideradas como generadoras de legítimas expectativas en la persona que trabaja. Me refiero a los reglamentos internos<sup>150</sup> (art. 68 de la ley 20.744) y los usos y costumbres (art. 1 inc. e) de la ley 20.744 y 1 del Código Civil y Comercial). Más allá de las diferencias jurídicas, ambos tienen por efecto manifestar valores, principios o pautas de organización de la empresa; los reglamentos lo pueden hacer por escrito, explícitamente, mientras que los usos y costumbres lo expresan en forma implícita<sup>151</sup>.

No obstante, la importancia que aquí destaco, *“la doctrina laboral no dedica mucha atención al fenómeno de usos y costumbres en las relaciones entre el trabajador y el patrón, aunque esos usos y costumbres y, en particular, los usos y costumbres profesionales, desempeñan un papel relevante a la hora de valorar lo contemplado en la obligación contraída por las partes de la relación laboral y la manera en la que dicha obligación debe ejecutarse. La costumbre no es, en realidad, sino un cuasi contrato, puesto que se respetan unas reglas de actuación, determinadas de manera informal. Se trata de ciertas “prácticas profesionales”, asumidas por el empresario, como, por ejemplo, la directiva de respetar la*

---

<sup>150</sup> Y, más allá del nombre, toda regulación unilateral del empleador de las condiciones de trabajo: códigos de conducta, códigos de ética, declaraciones de valores y principios, etc.

<sup>151</sup> Las empresas suelen referirse a la *cultura de la organización*, en referencia a determinados valores que la empresa especialmente destaca como guías de conducta.

*tradición y las costumbres aceptadas y conservadas en un entorno de trabajo.*”<sup>152</sup>

Más allá de obligaciones que unilateralmente pueda asumir en forma expresa la parte empleadora (y las que en la clasificación que propongo serían obligaciones implícitas por el Derecho), lo interesante de estas fuentes es que pueden exteriorizar pautas de conducta de la propia empresa que, sin pretender ser obligaciones de asunción unilateral, otorguen legitimidad a las expectativas de la persona que trabaja. Por ejemplo, si la empresa reglamenta la forma de entrega por parte de las trabajadoras de los certificados de embarazo y las licencias especiales referidas a la maternidad y la infancia, concediendo aún mayores beneficios que los que contienen las leyes laborales, más allá de las obligaciones específicas y expresas que se enuncien, toda persona que trabaja en esta empresa podría considerarse con una legítima expectativa a que esa empresa no avala ninguna conducta discriminatoria por motivo de embarazo o la crianza de hijos o hijas, lo que ya es considerado por el Derecho a través de la protección antidiscriminatoria. Pero, aún más, y aquí lo importante, esa persona podría considerarse también con una legítima expectativa que llegado el momento en que ella decida tener hijos, encontrará del lado empresario una conducta proclive a conciliar la vida familiar y laboral. De la misma forma, si es costumbre en la empresa celebrar la antigüedad de las personas que trabajan, con regalos y agasajos en cada década, las personas que trabajan podrían considerarse con una legítima expectativa a que esa empresa no avala ninguna conducta discriminatoria por motivo de la edad, lo que es ya considerado por el Derecho a través de la protección antidiscriminatoria; pero, y, nuevamente lo importante, esa persona podría considerarse también con una legítima expectativa que ante las contingencias propia del avance de la edad, encontrará del lado empresario una conducta proclive a conciliar la vida laboral y los problemas de salud. En ambos casos la legislación argentina de fuente doméstica e internacional otorgan protección contra la discriminación, con lo cual aquellas expectativas se encuentran reconocidas por el Derecho, pero no sucede lo mismo con la capacidad de modificar las condiciones de trabajo por motivos familiares o de salud<sup>153</sup>, que no

---

<sup>152</sup> Zolynski; Janusz. *Derecho privado o derecho público: análisis en el contexto del derecho laboral colectivo y de la naturaleza del contrato laboral*. Derecho Laboral y Seguridad Social. Enero 2018. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires (2018); pág. 132.

<sup>153</sup> Usualmente denominada *ius variandi inverso*.

se encuentra regulada en la ley. En ambos casos, las expectativas legítimas de las personas que trabajan ya han sido parcialmente reconocidas por el Derecho, otorgando protección antidiscriminatoria, lo que significa imponer a la empresa una conducta de abstención, un no-hacer; pero aún más, propongo que esas expectativas implícitas no reconocidas por el Derecho pueden transformarse a través *de los hechos* en derechos subjetivos implícitos en el contrato de trabajo que obliguen a la empresa a una determinada conducta positiva esperada. Esto es no solo abstenerse de asumir una conducta discriminadora sino asumir una conducta positiva de real ejercicio de un Derecho Fundamental en el ámbito de la relación laboral<sup>154</sup>. En este sentido se expresa en la doctrina chilena Pedro Irureta Uriarte, afirmando que *“la buena fe se alza en el ámbito laboral como un verdadero telón de fondo que permite completar el acuerdo de las partes y circunscribir el ejercicio de los derechos subjetivos. Y esta lógica deriva, entre otras, de la norma del artículo 1546 del Código Civil, el cual establece –al estilo de una cláusula general– que los contratos deben ejecutarse de buena fe: “(...) y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley o la costumbre pertenecen a ella”. La fuerza expansiva de este tipo de normas obliga a concluir que ellas son aplicables al negocio jurídico en general. Lo que ocurre es que en el Derecho de Obligaciones, todas las relaciones de obligación se encuentran afectas al principio de buena fe. Estas exigencias son inderogables por las partes y resultan predicables tanto del empleador como del trabajador. Dicha reciprocidad en el cumplimiento de la buena fe permite sostener que ambos contratantes se encuentran obligados no sólo a abstenerse de conductas deshonestas (v. gr., no engañar o no defraudar); sino que también se encuentran obligados a realizar actos positivos que permitan el normal desenvolvimiento del acuerdo contractual.”*<sup>155</sup>

Esas expectativas pueden reconocer su legitimidad incluso en hechos o usos de la empresa no directamente relacionados o dirigidos a las personas que en ella trabajan. Por ejemplo, el otorgamiento y aceptación por parte de la empresa de una certificación (o premio)

---

<sup>154</sup> Coppoletta, Sebastián. *Religión y Derecho del Trabajo*. Revista de Derecho Laboral Actualidad. Año 2015 - N° 2. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2015); págs. 199 y sigs.

<sup>155</sup> Irureta Uriarte, Pedro. *Vigencia del principio de la buena fe en el derecho del trabajo chileno*. Revista Ius et Praxis, Año 17, N° 2 2011, págs. 156 y sigs.

como *Great place to work*<sup>156</sup> puede generar legítima expectativa en las personas que trabajan que esa empresa observará y efectivamente implementará las condiciones evaluadas para otorgarle el premio<sup>157</sup>.

Asimismo, la autoregulación empresaria (*soft law*) puede ser una fuente de generación de expectativas que se reconozcan como obligaciones implícitas por los hechos en el contrato de trabajo. Al respecto, la noción de *compliance*, como autocontrol empresarial del cumplimiento normativo, llega al mundo laboral desde el Derecho Penal. En tanto las empresas, como personas jurídicas, podrían verse comprometidas en los delitos que cometan las personas humanas que la integran (en un concepto amplio, que comprende no solo las personas socias, sino también los/las empleados/as y administradores), la empresa crea programas internos de supervisión de las prácticas y conductas empresariales que eviten el incumplimiento legal que derive en la comisión de delitos. En Argentina, la ley 27.401 (Ley de Responsabilidad Penal Empresaria) regula esa supervisión interna empresaria a través de los *Programas de Integridad*.

Ya en terreno laboral, el *compliance* es entendido no solo como el cumplimiento de la normativa laboral sino, además, como un sistema que permita evitar los costos empresarios generados por el incumplimiento de las normas laborales, lo cual se entiende en un término amplio que incluye las indemnizaciones y multas<sup>158</sup> pero, también, los efectos nocivos externos en el mercado (por ejemplo, campaña de consumidores que boicotean productos por trabajo infantil en la producción) como en el desempeño interno (mobbing, discriminación,

---

<sup>156</sup> [www.greatplacetowork.com.ar](http://www.greatplacetowork.com.ar)

<sup>157</sup> Corte Suprema del Estado de Connecticut. 03/08/99. *Daley v. Aetna Life Casualty Co.*, 249 Conn. 766 (Conn. 1999). En este caso, una mujer solicitó en forma reiterada a la empresa empleadora la readecuación de su jornada de trabajo en razón de su maternidad. La empresa negó esa posibilidad. Mientras tanto, la empresa hacía pública su política de condiciones de trabajo “family-friendly”, y recibía un reconocimiento por parte de la asociación National Women's Political Caucus. La actora objetó mediante un memorándum interno la dicotomía de la posición pública de la empresa y sus prácticas internas. La actora fue despedida (*employment-at-will*) y demandó a la empresa por daños en la terminación del contrato de trabajo. En lo que aquí interesa, en el caso no se consideró una obligación implícita en razón de la política pública de la empresa con respecto a la familia.

<sup>158</sup> Canadá cuenta con una oficina nacional de *compliance* laboral: [www.clca.ca](http://www.clca.ca)

etc.). Es decir, que ello implica no solo cumplir las normas legales sino también establecer *códigos de ética o buenas prácticas* que impongan en forma positiva determinadas conductas en el pleno desarrollo de los derechos laborales al interior de la empresa<sup>159</sup>. Esto adquiere especial importancia en relación a los Derechos Humanos pues, cuando nos referimos a los derechos contenidos en reglas específicas (por ejemplo, el plazo de pago del salario) no se advierte sustancial diferencia entre obligar a cumplir la norma e imponer una conducta positiva en favor del desarrollo del derecho, pues a cada obligación le corresponde un derecho de crédito que posee una acción; pero con respecto a los Derechos Humanos podemos evidenciar la diferencia entre cumplir la norma que prohíbe la conducta discriminatoria (abstención) y asumir una conducta activa que propicie el normal desenvolvimiento de las relaciones laborales en función de la protección conferida (acción). El *compliance* laboral permite concretizar en conductas positivas la normal amplitud de las normas internacionales. Así, una cosa es que la empresa se abstenga de discriminar a una persona empleada en razón de su homosexualidad y otra es que la empresa organice y apoye la celebración del día del orgullo<sup>160</sup>. De esta forma, la autoregulación de conductas positivas en relación al desarrollo de los derechos laborales, y en especial, de los Derechos Humanos, genera un reglamento interno o usos y costumbres empresarios que pueden servir como *hechos* que legitimen una expectativa de la persona que trabaja.

De la misma manera, los códigos de Responsabilidad Social Empresaria (RSE), usualmente dirigidos a la comunidad y/o a los consumidores, pueden exteriorizar valores que

---

<sup>159</sup> Betemps, Enrique. *Apuntes laborales sobre compliance*. La Ley 06/03/2020, 1. Cita Online: AR/DOC/313/2020. El autor sostiene, en relación al contenido de un Programa de Integridad Laboral, que “*si bien el universo de riesgos y contingencias laborales podría ser amplísimo y dependería de las particularidades de cada entidad, en ningún caso debería omitirse el análisis, tratamiento y seguimiento de los siguientes temas laborales relevantes: Encuadramiento legal y convencional (...), Registración laboral (...), Retribuciones (...), Higiene y seguridad en el trabajo (...), Respeto de libertad de asociación y representación sindical de los trabajadores (...), Normativa sobre jornada y descansos (...), Trabajo infantil (...), Discriminación y acoso laboral y sexual (...), Contratación de extranjeros (...), Protección de datos personales (...), Cumplimiento de normativa de la seguridad social (...), Contratación con terceros (...).*”

<sup>160</sup> Luego del asesinato de George Floyd en Minneapolis, el 25 de Mayo de 2020, muchas empresas estadounidenses decidieron otorgar el 17 de Junio como feriado, aun cuando no lo es según el calendario oficial. En ese día, conocido como *Juneteenth*, se conmemora el fin del régimen de esclavitud en 1865.

generen legítimas expectativas en las personas que trabajan<sup>161</sup>. Así, por ejemplo, una conducta de la empresa expresamente comprometida con el cuidado del medioambiente puede legitimar las expectativas de una persona que trabaja, pues “*si el respeto del medio ambiente se exige en las normas en beneficio de todos, lógico es que también deba exigirse en el interior de la empresa en beneficio de todos los que en ella se mueven, y por eso, una parte del contenido del ambiente de trabajo coincide con el del medio ambiente o viceversa; o dicho de otro modo: a todos nos resulta conocida aquella frase del Tribunal Constitucional español que viene a decir -mutatis mutandi- que la Constitución entra en la empresa queriendo apuntar con ello que en el seno de la misma los derechos fundamentales de la persona no pierden virtualidad alguna, pues bien, el derecho al medio ambiente en general -internacionalmente reconocido- también es aplicable intra muros de la empresa, de tal manera que, como hemos sugerido, parte del medio ambiente es parte del ambiente de trabajo y viceversa.*”<sup>162</sup>

El *management* moderno trabaja intensamente con estas expectativas. Así, abandonando el modelo de administración basado en el control (Taylor<sup>163</sup>), la administración profesional moderna de la empresa se asienta en el compromiso de la persona que trabaja<sup>164</sup> (como así también en la fidelización del consumidor). José Luis Ugarte hace referencia a este fenómeno como *taylorismo emocional*, expresando que: “*en relación con el control emocional que hoy se ejerce sobre los trabajadores, Berardi expone que, en los últimos tiempos, “el alma fue puesta a trabajar”, lo cual constituiría “el núcleo esencial de la*

---

<sup>161</sup> Goldín, Adrián. *La libertad sindical y las iniciativas voluntarias; el caso de Jerzees de Honduras*. Derecho del Trabajo 2014 (marzo), 537. Cita Online: AR/DOC/266/2014 “...las iniciativas voluntarias de RSE no son en modo alguno una respuesta admisible si lo que se pretende mediante ellas es sustituir, desplazar o circunscribir los espacios que ocupa el subsistema de protección del trabajo que se fundamenta en la idea del orden público y se manifiesta operativamente sobre las normas legales, los convenios colectivos y los estándares internacionales.”

<sup>162</sup> Pérez Amoros, Francisco. *Derecho del Trabajo y medio ambiente: unas notas introductorias*. Gaceta Laboral [online]. 2010, vol.16, n.1, págs. 93-128.

<sup>163</sup> Taylor, Frederick. *Scientific Management*. Ed. Harper & Row. Nueva York (1947).

<sup>164</sup> Sobre la incidencia o no del desempleo en este compromiso: Brown, Martin; Falk, Armin; Fehr, Ernst. *Competition and relational contracts: the role of unemployment as a disciplinary device*. IZA Discussion Papers, No. 3345, Institute for the Study of Labor (IZA), Bonn (2008). <http://hdl.handle.net/10419/35139>

*transformación posindustrial, de la transformación a la que estamos asistiendo en las últimas décadas del siglo XX”.*

*Ese control “del alma” del trabajo se hace efectivo gracias a la difusión de una fuerte ideología en torno a la cultura de los valores de la empresa. En ese sentido, la cultura de los valores de la empresa se adiciona al control y vigilancia propia del taylorismo. Se trata de la pretensión empresarial por la adhesión del trabajador al proyecto e ideario simbólico de la empresa, a través de la difusión de agresivos programas de valores que buscan ese “control del alma”, con la consiguiente pérdida de autonomía y libertad del personal.”<sup>165</sup>*

De tal modo, por ejemplo, la empresa Wal Mart denomina a sus trabajadores/as como *asociados/as*<sup>166</sup>. Siendo *parte de la empresa*, la persona que trabaja se siente más comprometida en sus tareas, y las cumple aun en exceso a cualquier reglamentación legal de sus condiciones de trabajo. Pero, de la misma manera, esta circunstancia genera la *legítima expectativa* en la persona que cuando sean sus intereses los afectados, la empresa se comportará de igual forma recíproca (yendo aún más allá que sus obligaciones legales). Cuando algún problema surja en la relación laboral, la persona que trabaja en Wal Mart pretenderá ser considerado en tal forma especial de un *asociado/a* y no un/a mero/a *empleado/a en relación de dependencia*.

Si los *valores de la empresa* se internalizan en la relación cooperativa que las partes mantienen, y las conductas son guiadas en relación a ellos, de la misma forma esos *valores* deben ser considerados al momento de imputar la asunción de un daño al interior del contrato de trabajo, como una cuestión de regulación del poder. Volveré sobre este tema en la cuarta parte de esta tesis.

Ahora bien, en forma inversa, entonces, cualquier conducta de la empresa podría servir tanto para legitimar expectativas como para desterrar expectativas en la persona que trabaja.

---

<sup>165</sup> Ugarte Cataldo, José Luis. *Ob. Cit. Derechos fundamentales en el trabajo, poder...*; pág. 88.

<sup>166</sup> Otras empresas los/as llama *colaboradores, asistentes*, etc.

En sentido contrario a la expuesto anteriormente, si una empresa mantiene una política de no apoyar ninguna campaña en favor de la crianza de niños podría luego alegar que las personas que trabajan en esa empresa jamás podrían haber sentido expectativa legítima alguna que esa empresa se comportaría en forma proclive a conciliar sus vidas laborales y familiares. De esta forma, la empresa podría considerarse como una cláusula implícita del contrato de trabajo que la vida familiar no será de ninguna forma considerada en los intereses de la parte trabajadora. Sin embargo, el contrato psicológico no permitiría avalar expectativas implícitas de la parte empleadora en cuanto al no-desarrollo de la relación. Ello, en tanto, el contrato relacional tiene en su esencia una relación cooperativa que propende al desarrollo del contrato y, de tal forma, no sería razonable el reconocimiento de una expectativa en una de las partes en su contra. Como ejemplo: si una persona es empleada en una fábrica que produce algún bien o servicio que es obsoleto en el mercado (y, por lo cual, evidentemente nadie va a comprar, por ej., una fábrica de disquetes para computadoras), el empleador no puede luego sostener que esa persona no podría tener una expectativa legítima de mantenimiento de la relación laboral por la manifiesta inviabilidad económica de la empresa y que, por lo tanto, su despido arbitrario no es indemnizable.

### **b.1.iii / La *razonabilidad* en el reconocimiento jurídico de las expectativas implícitas.**

Finalmente, y conforme lo expuesto en el párrafo anterior, la expectativa debe ser *razonable* para ser considerada como una obligación implícita por los hechos. Y es *razonable* cuando esa expectativa -necesaria y legítima- hace al normal desarrollo de la relación cooperativa que es el objeto del contrato de trabajo, permitiendo resistir una conducta oportunista de un cocontratante que no tenga en cuenta el desarrollo cooperativo de la relación.

Para que ello funcione de esa manera, el sistema jurídico tiene una cláusula de cierre: la obligación de buena fe. Actuando como un filtro, las únicas expectativas necesarias y legítimas que tienen chance de ser consideradas *razonablemente* como cláusulas implícitas del contrato de trabajo son aquellas basadas en la buena fe que el art. 63 de la ley 20.744 impone a cada parte a lo largo de toda la relación. Así, sostiene Douglas Brodie que “*la obligación de*

*mutua confianza permite otorgar fuerza legal a las legítimas expectativas de las partes.*<sup>167</sup>, y para Noemí Nicolau, el principio de confianza “*es una de las muchas aplicaciones concretas del principio general de buena fe.*”<sup>168</sup>

El recurso a la buena fe como pauta de determinación de la existencia de obligaciones implícitas se ha efectuado aun en sistemas jurídicos que han sido tradicionalmente refractarios a la incorporación de esta idea jurídica. De tal forma, es interesante citar -a pesar de la extensión del texto<sup>169</sup>- el desarrollo efectuado en el *common law* británico en relación a la aceptación de la buena fe, tal como lo ha descrito la *High Court* (juez Leggatt) en el caso *Yam Seng*<sup>170</sup>, en el cual se admite una obligación implícita en un contrato comercial con argumento en la buena fe afirmándose que: “*el tema sobre si la ley inglesa reconoce o debe reconocer una obligación general de cumplir los contratos de buena fe es uno sobre el cual existe un gran cuerpo de literatura académica. Sin embargo, no tengo conocimiento de ninguna decisión de un tribunal inglés, y ninguna me fue citada, en el cual la cuestión haya sido considerada en profundidad.*”

*La opinión general entre los comentaristas parece ser que en el derecho contractual inglés no existe un principio legal de buena fe de aplicación general: ver Chitty on Contract Law (31st Ed), Vol 1, para 1-039. En este sentido, se cita frecuentemente lo siguiente observaciones del Juez Bingham en Interfoto Picture Library Ltd v Stiletto Visual Programs Ltd [1989] 1 QB 433 en 439:*

*“En muchos sistemas de derecho civil, y quizás en la mayoría de los*

---

<sup>167</sup> Brodie, Douglas. *Ob. Cit.*; pág. 236. “*The obligation of mutual trust allowed the legitimate expectations of the parties to be given legal force.*”

<sup>168</sup> Nicolau, Noemí. *Ob. Cit. El principio...*

<sup>169</sup> Por motivo de esa extensión, incorporo como texto solo la traducción al castellano de los párrafos que se citan (119 y sigs.), en tanto el texto de la sentencia en idioma original inglés se encuentra fácilmente disponible en internet, dada la importancia del caso.

<sup>170</sup> *Yam Seng Pte Limited v. International Trade Corporation Limited*. 01/02/13. [2013] EWHC 111 (QB)

*sistemas jurídicos fuera del mundo del common law, el derecho de obligaciones reconoce y hace cumplir como un principio primordial que al celebrar y cumplir los contratos las partes deben actuar de buena fe. Esto no significa simplemente que no deben engañarse mutuamente, un principio que cualquier sistema legal debe reconocer; su efecto es tal vez transmitido más adecuadamente por tales coloquialismos metafóricos como 'jugar limpio', 'ser claro' o 'exhibir las cartas sobre la mesa'. Es en esencia un principio de trato justo y adecuado ... La ley inglesa, característicamente, no se ha comprometido a tal macro principio, pero ha desarrollado soluciones particulares en respuesta a problemas demostrados de injusticia".*

*Otro caso a veces citado para la proposición de que el derecho contractual inglés no reconoce un deber de buena fe es Walford v Miles [1992] 2 AC 128, donde la Cámara de los Lores consideró que el deber de negociar de buena fe es "inherentemente repugnante a la posición de confrontación de las partes cuando participan en negociaciones" e "inviabile en la práctica" (por Lord Ackner en p.138). Sin embargo, ese caso se refería a la posición de las partes negociadoras y no a los deberes de partes que han celebrado un contrato y por lo tanto han asumido obligaciones entre sí.*

*Se han dado tres razones principales para lo que el profesor McKendrick ha llamado la "hostilidad tradicional inglesa" hacia una doctrina de buena fe: ver McKendrick, Contract Law (9th Ed) pp. 221-2. El primero es el referido por el Juez Bingham en el pasaje citado anteriormente: que el método preferido de la ley inglesa es proceder gradualmente por diseñar soluciones particulares en respuesta a problemas particulares en lugar de aplicar principios generales amplios. La segunda razón es que se dice que la ley inglesa encarna un ethos de individualismo, por el cual las partes son libres de perseguir su interés propio no solo en la negociación sino también en el cumplimiento de los contratos siempre que no actúen en incumplimiento de una cláusula contractual. La tercera razón principal es el temor a que reconocer un requisito general de buena fe en el cumplimiento del contrato crearía demasiada incertidumbre. Existe la preocupación de que el contenido de la obligación sea*

vago y subjetivo y que su adopción socavaría el objetivo de la certeza contractual a la que la ley inglesa siempre otorgó gran peso.

*Sin embargo, de negarse, si de hecho se negara, el reconocimiento de una obligación general de buena fe, este tribunal parecería estar nadando contra la corriente. Como señaló el Juez Bingham en el caso Interfoto, el principio general de buena fe (derivada del derecho romano) es reconocida por la mayoría de los sistemas de derecho civil, incluidos los de Alemania, Francia e Italia. De esas fuentes, las referencias a la buena fe ya han entrado en la legislación inglesa a través de la legislación de la UE. (...) No cabe duda de que la penetración de este principio en la ley inglesa y las presiones hacia una ley europea de contrato más unificada en la cual el principio juega un papel importante seguirá aumentando.*

*Sería un error, además, suponer que la voluntad de reconocer una doctrina de buena fe en el cumplimiento de los contratos refleja una división entre el derecho civil y los sistemas de common law o entre el paternalismo continental y el individualismo sajón. Cualquier noción de este tipo se contradice con el hecho de que esa doctrina ha sido reconocida por mucho tiempo en los Estados Unidos.”*

Luego la sentencia que estoy citando hace un relato de la situación respecto a la obligación de buena fe en los contratos en los sistemas jurídicos de los Estados Unidos de Norteamérica, Canadá, Australia, Nueva Zelanda y Escocia; todos ellos sistemas muy cercanos al *common law* inglés, para luego continuar y concluir el Juez en su razonamiento:

*“Según la ley inglesa, un deber de buena fe está implícito por la ley en ciertas categorías de contrato, por ejemplo, contratos de trabajo y contratos entre socios u otras personas cuya relación se caracteriza por ser fiduciaria. Sin embargo, dudo que el Derecho inglés haya llegado a la etapa en que está listo para reconocer un requisito de buena fe como deber implícito por ley, incluso como norma predeterminada, en todos los contratos comerciales. Sin embargo, me parece que no hay dificultad, siguiendo la metodología establecida de la ley inglesa para el reconocimiento de obligaciones implícitas por los*

*hechos, en reconocer tal deber en cualquier contrato comercial ordinario basado en la presunta intención de las partes.”*

Como hace mención la corte inglesa, el derecho norteamericano también ha reconocido obligaciones implícitas por los hechos en los contratos en base a la buena fe<sup>171</sup>. Y de especial importancia en esta tesis, en ese sistema jurídico que se basa en un contrato de trabajo sin estabilidad (*employment at will*), la libertad del empleador de poner fin al contrato por cualquier causa sin pagar indemnización alguna ha sido limitada a través del reconocimiento en casos concretos de una obligación de buena fe implícita por los hechos en un determinado contrato que impedía al empleador despedir sin causa a la persona que trabaja. Así, la Corte de Apelaciones del Estado de California, primer circuito, decidió en el caso *Wayne Pugh v. See's Candies Inc*<sup>172</sup>, en el cual se trataba la demanda de un empleado que luego de 32 años de relación laboral con la empresa fue despedido sin expresión de causa, que el despido había violado la obligación implícita de buena fe. En el caso, el tribunal realiza un interesante desarrollo de la doctrina de libertad de despido en el derecho estadounidense desde la legislación británica del Siglo XVIII, para concluir que en la actualidad aquel principio de libertad de despido ha sido limitado por diferentes causas, entre las que se encuentran razones de índole constitucional<sup>173</sup>, sindicales y, en lo que interesa en esta tesis, la obligación implícita de obrar de buena fe en la terminación del contrato respetando las expectativas generadas. Así, el tribunal expresó que: “*en los últimos años, se han establecido una variedad de limitaciones sobre el poder del empleador de despido. Los empleadores no pueden, por ejemplo, despedir empleados por una variedad de razones, incluyendo pertenencia o actividades sindicales, raza, sexo, edad o afiliación política. Las legislaturas*

---

<sup>171</sup> Bird, Robert. *An Employment Contract Instinct with an Obligation: Good Faith Costs and Contexts*. 28 Pace Law Review (2008); pág. 409. Disponible: <http://digitalcommons.pace.edu/plr/vol28/iss2/13>

<sup>172</sup> Court of Appeals of California, First Appellate District, Division Three. August 10, 1988. *Wayne K. Pugh, v. See's Candies, INC.*, 203 Cal. App. 3D 744

<sup>173</sup> Relacionadas principalmente con la protección de los Derechos Civiles. En este sentido, es importante destacar las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica dictadas en Junio de 2020 en los casos *Bostock v. Clayton County* y *Altitude Express Inc. v. Zarda* en los cuales se decidió que los despidos de los actores homosexuales infringía el Título VII de *Civil Rights Act 1964*, como así también se infringió en el despido de la actora transgénero decidido en el caso *R.G. & G.R. Harris Funeral Homes Inc. v. Equal Employment Opportunity Commission*.

*estaduales en este país, sin embargo, hasta ahora se han abstenido de adoptar estatutos, como los que existen en la mayoría de los países industrializados, que proporcionarían una protección más generalizada a los empleados contra el despido injusto. Y mientras los empleados públicos pueden disfrutar de la seguridad laboral a través de las reglas del servicio civil y el debido proceso, los principios legales que dan lugar a estas protecciones no son directamente aplicables a los empleados de la industria privada.*

*Sin embargo, incluso fuera de la protección constitucional o estatutaria, el derecho del empleador a despedir empleados no es absoluto. "El simple hecho de que un contrato sea rescindible a voluntad no le otorga al empleador el derecho absoluto a terminarlo en todos los casos ". (Patterson v. Philco Corp. (1967) 252 Cal.App.2d 63, 65 [60 Cal.Rptr. 110].) Se han desarrollado dos principios limitantes relevantes, uno basado en políticas públicas y el otro basado en doctrina contractual tradicional. La primera limitación impide el despido "cuando la decisión rupturista del empleador viola los principios fundamentales de la política pública" (Tameny v. Atlantic Richfield Co. (1980) 27 Cal.3d 167, 170 [164 Cal.Rptr. 839, 610 P.2d 1330]), el segundo cuando el despido es contrario a los términos del acuerdo, expreso o implícito."*

Luego, el tribunal analiza directamente el argumento de la parte actora sobre la calificación del despido como incumplimiento de la obligación implícita de buena fe: *"la presunción de que un contrato de trabajo puede ser rescindible a voluntad está sujeta, como cualquier presunción, a prueba en su contra. Esta puede tomar la forma de un acuerdo, expreso o implícito, que la relación continuará por un período de tiempo fijo. O, y de mayor relevancia aquí, puede tomar la forma de un acuerdo por el que la relación laboral continuará indefinidamente, hasta que ocurra algún evento, como la insatisfacción del empleador con los servicios del empleado o la existencia de "causa" para la terminación.*

*En consecuencia, "[S]e encuentra establecido que los contratos de trabajo en California son solo rescindibles por una justa causa si se dan una de estas dos condiciones: (1) en el contrato se efectuó un consentimiento sobre este aspecto, independiente del acuerdo sobre los servicios a ser realizados por el empleado para su posible empleador; o (2) las*

*partes acordaron, expresa o implícitamente, que el empleado podría ser despedido solo por una justa causa." (Rabago-Alvarez v. Dart Industries, Inc., supra, 55 Cal.App.3d 91, 96, italics added. Accord, Cleary v. American Airlines, Inc., supra, 111 Cal.App.3d 443, 452.)*

*Al determinar si existe una promesa implícita de hecho para alguna forma de continuidad laboral, los tribunales han considerado una variedad de factores además de la existencia de un acuerdo expreso independiente. Estas han incluido, por ejemplo, las políticas o prácticas de recursos humanos del empleador, la antigüedad del empleado prestando servicios, acciones o comunicaciones del empleador que reflejen garantías de empleo continuo, y los usos de la industria en la que se incorpora el empleado.*

*Existe un desarrollo doctrinal relacionado con la aplicación a la relación laboral de los "pactos de buena fe y trato justo inherente a cada contrato establecidos por ley". (Tameny v. Atlantic Richfield Co., supra, 27 Cal.3d 167, 179, fn. 12.) (...)*

*Recientemente, un Tribunal de Apelaciones ha tenido ocasión de confrontar la aplicabilidad de esa doctrina. En Cleary v. American Airlines, Inc., supra, 111 Cal.App.3d 443, un empleado que había sido despedido por presunto robo después de 18 años de un servicio supuestamente satisfactorio presentó una demanda alegando, entre otras cosas, que su despido fue una violación de la política de la compañía que requiere una "audiencia justa, imparcial y objetiva" en tales asuntos, y en violación del pacto de buena fe y trato justo. Haciendo lugar a la demanda, el tribunal razonó: "Dos factores son de suma importancia para alcanzar nuestro resultado.... Una es la antigüedad del servicio del demandante: 18 años de desempeño aparentemente satisfactorio. La terminación del empleo sin causa legal después de dicho período de tiempo ofende el pacto implícito por ley de buena fe y trato justo contenido en todos los contratos, incluidos los contratos de trabajo.... El segundo factor de considerable importancia es la política expresada por el empleador... establecido en [el] reglamento [mencionado en los escritos].*

*Si "[L]a terminación del empleo sin causa legal [después de 18 años de servicio] ofende al pacto de buena fe y trato justo contenido implícitamente en todos los contratos, incluidos los contratos de trabajo", como el tribunal dijo en la parte de Cleary antes citada,*

*luego a fortiori ese pacto proporcionaría protección a Pugh, cuya antigüedad en el empleo es de casi el doble de esa duración. De hecho, parece difícil defender la terminación arbitraria de una relación laboral de tanto tiempo, es decir, sin alguna razón legítima, como compatible con la buena fe o un trato justo.*

*Aquí, de manera similar, había hechos probados a partir de los cuales el jurado podía determinar la existencia de tal promesa implícita: la duración del empleo del apelante, las recomendaciones y promociones que recibió, la aparente falta de cualquier crítica directa a su trabajo, las garantías que se le dieron y las políticas del empleador reconocidas. Si bien el lenguaje oblicuo, por sí solo, no es suficiente para establecer un acuerdo (Drzewiecki v. H R Block, Inc., supra, 24 Cal.App.3d 695, 703), es apropiado considerar la totalidad de la relación entre las partes: el acuerdo puede ser "mostrado por los actos y la conducta de las partes, interpretados a la luz del tema y de las circunstancias circundantes. "" (Marvin v. Marvin (1976) 18 Cal.3d 660, 678, fn. 16 [134 Cal.Rptr. 815, 557 P.2d 106]; see Note, Implied Contract Rights to Job Security (1974) 26 Stan.L.Rev. 335.)”<sup>174</sup>*

De tal forma, puede observarse que aún en sistemas jurídicos que no reconocen ampliamente una protección contra el despido arbitrario, ha sido a través de la noción de buena fe por medio de la cual se reconoce una obligación implícita por los hechos en los contratos que limita entonces la potestad del despido arbitrario. Así, como afirma Aída Kemelmajer, “en el Derecho Laboral (...) la buena fe es una regla de gobierno de la discrecionalidad.”<sup>175</sup>

Asumiendo entonces el carácter *relacional* del contrato de trabajo, en ese marco teórico, la obligación de actuar de buena fe impuesta a las partes del contrato relacional de trabajo por el art. 63 de la ley 20.744 se transforma, así, en la norma más importante del

---

<sup>174</sup> Por motivo de la extensión de la sentencia, incorporo como texto solo la traducción al castellano de los párrafos que se citan (págs. 321 y sigs.), en tanto el texto de la sentencia en idioma original inglés se encuentra fácilmente disponible en internet, dada la importancia del caso.

<sup>175</sup> Kemelmajer, Aída. *La buena fe en la ejecución de los contratos*. En: Revista de Derecho Privado y Comunitario n° 18. *Responsabilidad contractual II*. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (1998); pág. 222.

sistema de creación de obligaciones. Ello, en tanto como herramienta fundamental en la tarea de completar el contrato imperfecto, esta norma permite incorporar a la noción de contrato perfecto (lo que las partes hubiesen deseado regular actuando *ex ante* y desconociendo su rol en el contrato) aquellas obligaciones implícitas, por ser necesarias, legítimas y de buena fe razonables.

Sin embargo, la doctrina ha atrapado al contrato de trabajo en la Teoría General clásica contractual, como un contrato *transaccional*, por lo cual la importancia que pretendo conferir a la obligación de buena fe como generadora de obligaciones en el marco de un contrato de trabajo *relacional* se diluye en aquella Teoría General *transaccional*. En ese marco conceptual *transaccional*, entonces, la buena fe es reconocida en un rol reducido como una pauta de conducta (diligencia debida) en relación al cumplimiento de las demás obligaciones impuestas por el Derecho. Basta repasar las obras clásicas<sup>176</sup> de Derecho del Trabajo (no solo argentinas, sino también, por ejemplo, latinoamericanas y españolas) para observar el poco desarrollo doctrinario que la obligación de buena fe depara, y generalmente relacionada -limitada- a explicar la diligencia debida en el cumplimiento de las obligaciones que expresamente se imponen por ley.

Y aquí es muy importante destacar que en el marco *relacional* del contrato de trabajo la obligación de buena fe no se comporta (únicamente) en el sentido más conocido -civilista- de pauta de interpretación de conductas debidas por obligaciones asumidas por el Derecho - expresa o implícitamente-<sup>177</sup>, sino que es una fuente de obligaciones implícitas que se imponen en función de la relación contractual. Sobre esto también se expresa Aída Kemelmajer, afirmando que algunos autores italianos: “*afirman que la buena fe integra la prestación contractual, con fuente en la ley del contrato y con igual valor que el acuerdo mismo de las partes, los usos y la equidad. En el momento de ejecución del contrato la buena fe tiene una función de integración de la relación; no se trata simplemente de que la buena fe sirve para corregir el rigor formal sino que se trata de una regla objetiva que concurre a*

---

<sup>176</sup> No obstante, en los últimos tiempos se ha recuperado el debate académico sobre la buena fe en el Derecho del Trabajo.

<sup>177</sup> Como *el buen hombre o buena mujer de negocios*.

*determinar el comportamiento debido. En tal sentido se ha dicho en nuestro país que "la buena fe despliega sus efectos en todo el íter negocial, creando sucesivos deberes que acceden por conexidad a las prestaciones primarias o principales, excediéndolas [...] Más allá de los deberes primarios de prestación que específicamente corresponden al modelo contractual seleccionado por las partes, típico o atípico, y que son propios y estrictamente los que corresponden al tipo elegido, existen reglas secundarias de conducta o deberes accesorios a los principales que, pactados o no, constituyen contenido de la obligación".*

*Esta opinión tiene fuerte apoyo normativo en casi todas las legislaciones; así, por ejemplo, el artículo 1258 del Código Civil español dice que los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe.*

*El artículo 1124 del Código Civil italiano de 1865 expresaba que los contratos deben ser ejecutados de buena fe y obligan no sólo a lo que expresan, sino a todas las consecuencias que según la equidad, el uso o las leyes de él se derivan.*

*Estas normas no son un fruto espontáneo de las comisiones de codificación sino una constante en los ordenamientos según la cual los efectos del contrato no se agotan en el propio acuerdo sino que requieren ser integrados en un determinado ambiente normativo, reflejado por la propia ley, los usos y la buena fe.*

*Así, por ejemplo, respecto del artículo 1375 del Código Civil italiano, Barassi ha dicho que el concepto se expande hasta el punto que respecto a la ejecución de los contratos contiene una norma de vida, una regla de conducta.*

*La doctrina alemana, por su parte, ha jugado un rol muy importante en esta materia al establecer, con fundamento en el artículo 242 del BGB, que junto a las obligaciones que satisfacen el interés fundamental o primario del acreedor, es decir, al lado de los deberes de prestación (leistungspflichten), existen los llamados "deberes de protección" (schutzpflichten). "Los deberes de prestación tienden a la realización del interés primario del acreedor. Los*

*deberes de protección, derivan fundamentalmente de la buena fe y se dirigen a preservar a cada una de las partes del daño que les pueda derivar del incumplimiento de la obligación".*

*La jurisprudencia y doctrina francesas derivan de la buena fe en la ejecución los deberes de lealtad y cooperación.*

*En esta línea de pensamiento, en nuestro país se ha resuelto que "más allá de los deberes primarios de prestaciones que específicamente corresponden al contrato, existen reglas secundarias de conducta o deberes accesorios que constituyen contenido de la obligación. Son deberes derivados del principio superior de buena fe y de la estipulación implícita de que lo acordado por las partes se integra con lo que verosímilmente entendieron o pudieron entender obrando con cuidado y previsión (art. 1198)".*

*En suma: junto a la prestación principal, se añaden otras prestaciones de modo tal que la prestación principal se sujete a las normas de conciencia colectiva que han de ser observadas por toda conciencia sana y honrada. Para algunos autores este ensanchamiento es fruto de una nueva visión del Derecho, que recepta los nuevos fenómenos sociales, cuales son, la masificación social, la consecuyente necesidad de proteger a los consumidores, la irrupción de la informática, las nuevas tecnologías, etcétera. No se trataría de la buena fe en su sentido tradicional, sino que "se busca despojarla de una presencia meramente decorativa para dotarla de operatividad, erigiéndola en fuente de toda serie de deberes accesorios o complementarios".<sup>178</sup>*

Como corolario, la buena fe es la base o causa de las obligaciones implícitas por los hechos en el contrato de trabajo. Y ello funciona así tanto en el Derecho del Trabajo argentino (y en los demás sistemas continentales) como en el Derecho inglés y norteamericano. Sin embargo, debe aclararse que en los sistemas del *common law*, el reconocimiento de obligaciones implícitas en el contrato basadas en la buena fe suele ser tomadas como obligaciones implícitas por el Derecho dado que, como aquellos sistemas carecen -y resisten- una obligación general de buena fe, el reconocimiento de que en el caso concreto existe esa

---

<sup>178</sup> Kemelmajer, Aída. *Ob. Cit.*; págs. 250/2

obligación es un acto de creación de Derecho a través del precedente<sup>179</sup>. Por el contrario, el Derecho del Trabajo argentino legisla sobre la obligación de buena fe como incorporada al contrato de trabajo y, desde ese punto de vista es una obligación implícita por el Derecho (actúa integrando el contrato con independencia de la voluntad de las partes, y aún en su contra), pero cuando en esta tesis me refiero a una obligación *implícita por los hechos* esta corresponde a una conducta no legislada que reconoce su fuente en un hecho de la contraparte que *legitima* la expectativa que, bajo el control de la buena fe, se reconoce como *razonablemente* incorporada al contrato, dada la *necesidad* de otorgar a la parte débil del contrato una acción para resistir un comportamiento oportunista de la contraparte que tome ventaja imponiendo la asunción de un riesgo sin que ello haya sido negociado, despreciando la relación cooperativa del contrato y desatendiendo la preocupación por el interés de la otra parte.

El punto crucial llega entonces a definir el concepto de *razonabilidad* en relación a la buena fe como fuente de obligaciones implícitas por los hechos. Y al respecto, reitero lo expuesto en el sentido que el contrato relacional tiene en su esencia una relación cooperativa que propende al desarrollo del contrato y, de tal forma, no sería razonable el reconocimiento de una expectativa en una de las partes en su contra. Como lo señala Paula Sardegna, el principio de buena fe en la regulación del art. 63 de la ley 20.744 “*es el único principio general de carácter bilateral y que alcanza tanto a las relaciones individuales como a las colectivas y a las de la Seguridad Social.*”<sup>180</sup> Es decir, que ambas partes deben comportarse *de buena fe* en el desarrollo cooperativo de la relación y, por lo tanto, la *razonabilidad* de una expectativa implícita solo puede ser considerada de buena fe si hace a ese desarrollo cooperativo. En una situación de crisis, en la cual existe un riesgo no imputado por el consentimiento contractual o las reglas del Derecho, la expectativa implícita de cualquiera de

---

<sup>179</sup> House of Lords. *Johnson v. Unisys Limited* [2001] UKHL 13; párr 24: “*His argument approached the matter as if one was dealing with the question whether a term can be implied in fact in the light of the express terms of the contract. This submission loses sight of the particular nature of the implied obligation of mutual trust and confidence. It is not a term implied in fact. It is an overarching obligation implied by law as an incident of the contract of employment.*”

<sup>180</sup> Sardegna, Paula. *El vaciamiento conceptual del principio laboral de buena fe*. En: AA.VV. *Tratado de la buena fe*. Tomo doctrina nacional. Córdoba, Marcos (Dir.). Ed. La Ley. Buenos Aires (2004); págs. 1115 y sigs.

las dos partes es el comportamiento cooperativo de su cocontratante y de ninguna manera el comportamiento oportunista. Así, Johan Styne afirma que en el derecho contractual inglés, “*se debe dar efecto a las expectativas razonables de las personas honestas*”.<sup>181</sup>

He efectuado referencias al derecho inglés y norteamericano, especialmente por la característica que comparten respecto a la resistencia a reconocer un principio general de buena fe. Y ello a los efectos de señalar, ahora, que la ampliación de la protección contra el despido se ha producido en ambos sistemas jurídicos a través del reconocimiento por vía jurisprudencial de una obligación implícita de mutua confianza en el contrato de trabajo que impone la obligación de no actuar de una forma que destruya esa relación de confianza entre las partes<sup>182;183</sup>. En consecuencia, si aún en los sistemas jurídicos más reticentes al principio de buena fe, se ha recurrido a este -aún en forma indirecta- para ser fuente de obligaciones implícitas en el contrato de trabajo que amplíen la protección de la persona que trabaja, aún más podría invocarse la existencia de este tipo de obligaciones en los sistemas jurídicos europeos continentales<sup>184</sup> y latinoamericanos que son más amables en cuanto a la recepción de la buena fe. De esta forma, he desarrollado en esta segunda parte la posibilidad de reconocimiento en el Derecho del Trabajo argentino de estas obligaciones *implícitas por los hechos* en el contrato de trabajo, y en la cuarta parte de esta tesis volveré a referirme a ellas para proponer que, en el Derecho del Trabajo argentino, como ha sucedido en los sistemas jurídicos del *common law*, estas son el recurso adecuado para ampliar la materia comprendida

---

<sup>181</sup> Styne, Johan. *Contract law: fulfilling the reasonable expectations of honest men*. 113 *The Law Quarterly Review* 1997; págs 433 y sigs. Nota de traducción: Observo que el texto en inglés es el siguiente: “*in contract law, effect must be given to the reasonable expectations of honest men*” pero he traducido *men* como *personas* y no *hombres* porque entiendo que el cambio hace lugar a una adecuada perspectiva de género sin alterar la idea original en inglés.

<sup>182</sup> Para la jurisprudencia inglesa ver: *Woods v WM Car Services (Peterborough) Ltd.* [1981] ICR 666, [1981] IRLR 347; *Malik v. Bank of Credit; Mahmud v. Bank of Credit* [1997] UKHL 23; [1998] AC 20; [1997] 3 All ER 1; [1997] IRLR 462; [1997] 3 WLR 95; [1997] ICR 606 (12th June, 1997) con especial referencia a los daños *Johnson v Unisys Ltd* [2003] 1 AC 518, 536 [24]; para el desarrollo norteamericano ver el caso ya citado *Wayne K. Pugh, v. See's Candies, INC.*

<sup>183</sup> Encuentro una aplicación de esta idea en forma inconsciente en el Derecho del Trabajo argentino cuando se define a la injuria. Si la misma es un incumplimiento obligacional grave, de una gravedad tal que impida la continuidad de la relación laboral, entonces esa gravedad estaría dada cuando lo afectado por el incumplimiento obligacional es la confianza mutua.

<sup>184</sup> Galgano, Franceso. *Libertad contractual y justicia del contrato*. La Ley 2008-B, 977. Cita Online: AR/DOC/772/2008

en la protección contra el despido arbitrario.

### **b.2 / Cuadro de exposición de ejemplo.**

En el siguiente cuadro se realiza una exposición gráfica de lo expuesto respecto a las obligaciones de creación expresa e implícita, por el Derecho y los hechos, tomando un ejemplo: dos personas de distinto género son contratadas en relación de dependencia como contadores en una empresa. Dado que su categoría no está reconocida en el convenio colectivo aplicable por la actividad económica principal del empleador, cada persona acuerda por escrito un salario en forma nominal (una suma de dinero); siendo ambas sumas salariales iguales. El acuerdo nada dice sobre la periodicidad y día del pago del salario. Cumplido el primer mes de prestación de servicios y llegado el cuarto día hábiles del mes siguiente, la empresa no paga el salario y, ante los reclamos de las dos personas, la empresa argumenta que el monto acordado era el salario pero que la empresa lo abono en forma anual, por lo que se abonarían todas las mensualidades recién al año de cumplido el contrato de trabajo. En este sentido, el monto salarial tiene fuente contractual y la periodicidad y plazo de pago del salario tienen fuente legal (arts. 126 y 128 de la ley 20.744). Ahora bien, si la empresa acuerda con una de las dos personas un aumento del salario acordado, sin ninguna razón objetiva que explique la diferencia del monto con la otra persona ¿podría esa otra persona entender que en el contrato de trabajo se encuentra implícitamente comprendido el principio de no discriminación salarial por motivo de género? La respuesta normativa se encuentra en la legislación antidiscriminatoria de distinto nivel (constitucional, convencional, legal, etc.) que se aplica al contrato de trabajo. Y finalmente, en un contexto inflacionario, ¿las dos personas pueden entender que tienen un derecho implícito a un reajuste salarial por el decaimiento del poder de compra del salario acordado? Esa respuesta no tiene una regulación legal expresa. La situación será distinta, en el caso concreto reconociendo o no una obligación implícita de la empleadora de reajustar el salario, dependiendo, por ejemplo, de cómo se ha comportado la empresa con otras personas en la misma situación.

<b>CONSENTIMIENTO</b>				Ejemplo sobre el salario
	<b>Pacto explícito</b> Regulación autónoma de las expectativas expresadas y aceptadas.			Acuerdo salarial nominal por sobre la regulación mínima legal aplicable (fuera de convenio). (\$ xx.xxx)
	<b>Pacto implícito</b> Regulación heterónoma de las expectativas no expresadas en el acto del consentimiento.	Reconocimiento por el <i>Derecho</i>	Reglas	Periodicidad y plazo de pago del salario. arts. 126 y 128 LCT
			Principios	No discriminación salarial por motivo del género de la persona. Ej: Conv. OIT 111, arts. 17 y 17 Bis LCT, ley 23.592, etc.
	Reconocimiento por <i>los hechos</i>		¿Tiene la persona que trabaja un derecho a la movilidad salarial por motivo de la inflación?	

Finalmente, y en lo que interesa en esta tesis, en relación a las expectativas sobre la duración del contrato de trabajo, debo observar que siendo desconocida la noción de contrato *relacional* en el Derecho del Trabajo argentino, por lógica consecuencia la doctrina laboralista no ha estudiado el tema desde la visión del contrato relacional de trabajo, sino que se ha limitado a considerar una obligación modal a plazo en la visión *transaccional* del contrato. De alguna forma, esto explica las dificultades que debe afrontar la teoría de la ilicitud del despido arbitrario, en tanto busca desesperadamente una obligación a plazo sobre la cual construir el ilícito en que se basa; obligación a plazo que no existe en la regulación normativa.

Como expuse, el Derecho del Trabajo ya ha ponderado esta expectativa de mantenimiento de la relación de trabajo. Si bien ya es un hecho jurídico dado, resulta interesante esta pregunta. ¿Por qué en un régimen de despido libre y con efecto extintivo válido, la persona que trabaja podría sentirse con expectativa de mantener la relación laboral? Esta respuesta se encuentra claramente en el contrato *relacional* de trabajo: porque cada parte

tiene la expectativa legítima de que la otra parte sostendrá de buena fe una conducta cooperativa hacia el cumplimiento y desarrollo en el tiempo del contrato. Y como el empleador no espera la renuncia, la persona que trabaja no espera el despido. Ambas partes pueden *arbitrariamente* renunciar y despedir, pero no son las conductas que se esperan de buena fe en favor del desarrollo del contrato. Ninguna de las dos partes espera un comportamiento que aproveche o tome ventaja de una situación contractual no prevista en el consentimiento o en la legislación supletoria sino que, por el contrario, en el desarrollo de la relación contractual y -más aún- en circunstancias en las que aparecen los riesgos que fueron imposible *presentificar* al momento del consentimiento, las partes esperan que la contraria asuma una conducta cooperativa con el desarrollo del contrato que tome en cuenta los intereses de la contraparte<sup>185</sup>. Cuando esta conducta no se presenta, la parte damnificada podrá tal vez alegar una obligación implícita por los hechos que imponga a la contraparte una conducta distinta a la asumida, conjurando el intento de aprovechamiento de la situación por el contratante poderoso. Esa obligación implícita se basa en la buena fe.

Ahora bien, en la cuarta parte sostendré -críticamente- que esta expectativa no es en verdad al mantenimiento de la relación laboral en si misma sino a sus consecuencias, es decir, al mantenimiento de la capacidad de consumo de bienes y servicios y que, por lo tanto, el art. 245 de la ley 20.744 es una garantía de indemnidad de esa capacidad de consumo.

A esta altura del análisis, puede observarse, con especial sorpresa, que la ley 20.744 es, en el fondo, mucho más cercana a la regulación de un contrato *relacional* de trabajo de lo que se supone. Es que, aun desconociendo el concepto de contrato relacional, es normal que la tendencia legislativa sea, instintivamente, hacia él, pues “*el relacionismo captura la esencia de cómo los contratos son regulados por fuerzas políticas, sociales y de mercado integradas en las relaciones humanas, más allá de si ellas son reconocidas como “regulaciones” en el discurso legal.*”<sup>186</sup>

---

<sup>185</sup> Kemelmajer, Aída. *Ob. Cit.*; págs. 255/6, hace referencia al *...deber de actuar, lo mejor posible, en el interés del cocontratante.*

<sup>186</sup> Dorfman, Rosalee. *The regulation of fairness and duty of good faith in english contract law: a relational contract theory assessment.* Leeds Journal of Law & Criminology. Vol. 1 No. 1.; pág. 96. “*relationalism captivates the essence of how*

**c / Corolario: el despido arbitrario como problema constitucional de la relación de dependencia.**

En definitiva, el *contrato relacional de trabajo* señala a la *relación* como el objeto principal de regulación en el Derecho del Trabajo, y ello se realiza reconociendo la protección a nivel constitucional de los intereses de ambos sujetos de la relación, y delegando en distintas fuentes la creación de ponderaciones de situaciones especiales de la relación.

Así, el art. 4 de la ley 20.744 reconoce que la persona que trabaja acepta limitar su libertad bajo la dependencia de otra persona pues, por ese medio, busca satisfacer no solo su necesidad de un salario sino también -y más importante- logra desarrollar su capacidad productiva y creadora. De tal forma, la pertenencia a esa organización empresaria ajena, aún bajo el yugo de la dependencia, crea en la persona que trabaja (y su grupo familiar) una sensación de libertad y seguridad necesaria para desarrollarse como persona, tanto en forma individual como colectiva. Como persona libre en una sociedad democrática.

Y en ese escenario es necesario ubicar el despido como especial aspecto del conflicto constitucional que representa la relación de trabajo.

En la tensión constitucional entre la libertad de empresa y la protección de la persona que trabaja, en el caso del despido arbitrario, la regulación normativa restringe los poderes empresariales para que la decisión empresaria de costos-beneficios ante la escasez de bienes para atender las distintas necesidades e intereses que confluyen en la empresa no pase fácilmente por el despido, porque esa persona tiene una vida (en referencia a su *capacidad productiva y creadora* en los términos del art. 4 de la ley 20.744) y una familia que depende del salario que devenga en esa relación dependiente. El Derecho del Trabajo reprime el comportamiento oportunista de la parte empleadora en una situación de imputación de riesgo en el desarrollo contractual.

---

*contracts are regulated by social, political and market forces imbedded in human relations, regardless of whether they are recognized as 'regulation' in legal discourse."*

El despido -y su protección-, entonces, es una expresión de la tensión entre el poder de organización y dirección empresario (en el cual confluyen múltiples intereses) y la protección de los derechos fundamentales de la persona que trabaja, que quedan afectados como consecuencia de la dependencia a la que se somete. Y esa expresión de tensión es variable, no siempre es la misma. El Constituyente admite ambos intereses, pero el Legislador ordinario los pondera en distintas situaciones de distinta manera, creando reglas para ciertos casos. Así, apenas comienza la relación laboral, favorece la organización empresaria por medio del período de prueba creando la regla del art. 92 bis de la ley 20.744, y luego permite el despido arbitrario pero le impone un pago indemnizatorio, creando la regla del art. 245 de la ley 20.744; pero en otras situaciones incrementa notablemente la protección de la persona, por ejemplo, si la trabajadora está embarazada creando la regla del art. 178 de la ley 20.744, o cuando el contrato no ha sido registrado creando las reglas del art. 8 de la ley 24.013 y del art. 1 de la ley 25.323, o bien ante situaciones de discriminación o violación de los derechos sindicales con las reglas especiales de las leyes 23.592 y 23.551.

En definitiva, *el despido es un problema de la relación, y no del contrato*. Al respecto corresponde observar que mientras existe contrato desde el consentimiento (arts. 45 y 46 de la ley 20.744), la protección contra el despido arbitrario se independiza de ese momento y comienza recién cuando hay relación laboral. En tanto la existencia de contrato y relación de trabajo usualmente son concomitantes no se evidencia la diferencia que señalo, pero si ello no ocurre entonces la protección laboral comienza recién con la relación de dependencia, pues *“los efectos del incumplimiento de un contrato de trabajo, antes de iniciarse la efectiva prestación de los servicios, se juzgarán por las disposiciones del derecho común...”* (Art. 24 de la ley 20.744. Efectos del contrato sin relación de trabajo). Y, asimismo, la posibilidad de extinción del contrato de trabajo por justa causa no depende de una situación contractual sino relacional, pues el art. 242 de la ley 20.744 recurre a la idea de *injuria* (que permaneció en el sistema como remanente de la regulación de la materia en el Código de Comercio<sup>187</sup>), la cual es una inobservancia de las obligaciones que surgen del contrato, pero calificada de una gravedad tal que *“no consienta la prosecución de la relación”*; con lo cual, la *justa causa* de

---

<sup>187</sup> Ackerman, Mario. *Injuria laboral y justa causa*. Revista de Derecho Laboral Actualidad. Tomo 2019-1. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2019). Cita: RC D 1302/2018

despido implica el quiebre de la relación laboral, siendo insuficiente el incumplimiento contractual. En otras palabras, puede haber incumplimiento contractual sin injuria, pero no puede existir esta sin la ruptura de la relación laboral entre las partes.

Así, el despido es un problema de quiebre de expectativas legítimas y no de incumplimiento de obligaciones a plazo. Y, en consecuencia, es una tensión constante entre principios que impone la ponderación entre ellos, pero dada la importancia del tema, el legislador se anticipa y formula ponderaciones legislativas de ciertas circunstancias típicas, expresando la solución en reglas. Estas reglas, en definitiva, se juzgarán en su racionalidad constitucional en el caso concreto.

Creo que tengo un ejemplo para sostener esta afirmación: el despido sin justa causa de la persona que trabaja antes que tenga el mínimo de 3 meses de antigüedad requerido por el art. 245 de la ley 20.744. No hay una regla para esa situación. No está comprendido en la situación de los arts. 24, 92 bis o 245 de la ley 20.744. Entonces ¿si no hay regla no hay derecho? Lo anterior es discutible, pero no creo que pueda negarse que esta persona está comprendida en la protección contra el despido arbitrario del art. 14 Bis de la Constitución Nacional. De esta forma, los principios están dados: organización empresaria vs. protección contra el despido, y la tensión entre ellos, si no ha sido resuelta en una ponderación legislativa previa (regla) está abierta a la ponderación en el caso concreto como un conflicto de principios. En consecuencia, en el caso concreto, y como el art. 14 Bis CN, como todo derecho constitucional, es operativo, se deberá crear la solución jurisprudencial que establezca la norma para el caso concreto.

Y como tensión entre dos principios, estos nunca se derrotan, pues negar uno de ellos implica desconocer a su sujeto. Si se restringe absolutamente la potestad de organización empresaria, entonces no hay empresa ni empleador. Si se niegan los derechos fundamentales de la persona que trabaja, entonces no hay persona. Pero ambos se expresan en tensión en distintos modos, en distintas circunstancias, en distintos tiempos; y requieren distintas regulaciones.

En definitiva, el despido arbitrario no es un problema del contrato de trabajo, sino de la relación laboral; y no es un problema de incumplimiento obligacional de la parte empleadora sino de protección de las expectativas de la persona que trabaja en un escenario de conflicto constitucional.

*Definir una norma es definir, también,  
cuanto queda fuera de ella.*  
Zygmunt Bauman<sup>188</sup>.

### **Tercera parte /**

#### **Deconstruyendo la teoría del despido arbitrario como acto ilícito.**

Sostengo en esta tesis que la consideración del despido arbitrario como un acto ilícito del empleador por el incumplimiento de su obligación de respetar el plazo del contrato de trabajo es una postura doctrinaria que, además de errónea por no reconocer el carácter *relacional* del contrato de trabajo y sus consecuencias en la estructura contractual expuestas en la segunda parte, es además, una renuncia a la adecuada protección contra el despido arbitrario que otorga el art. 14 Bis de la Constitución Nacional.

En esta tercera parte voy a argumentar la *deconstrucción* de esta teoría de la ilicitud del despido estudiando los componentes de su premisa básica: *la imposibilidad de rescindir un contrato* en el cual se asume una *obligación a plazo determinado incierto*. Para ello, se estudiará en primer lugar el desarrollo del derecho privado en cuanto a la rescisión unilateral del contrato, y en segundo lugar, la extensión de la protección contra el despido arbitrario. De esta forma pretendo demostrar que un contrato a plazo determinado incierto es jurídicamente posible de ser rescindido en forma unilateral, entendiendo esa posibilidad como una facultad implícita en el contrato; y que la extensión de la protección contra el despido arbitrario no impone una obligación a plazo al empleador.

---

<sup>188</sup> Bauman, Zygmunt. *Ob. Cit.*; pág. 63

Este análisis parte necesariamente de la idea de *contrato de trabajo* porque la opción legislativa argentina ha sido en favor de esta institución, y de *contrato transaccional* porque es la posición doctrinaria predominante.

## **Capítulo 1 /**

### **El contrato y su rescisión: regulación en el Derecho Civil y Comercial.**

#### **a / El Derecho Civil previo a la unificación de los códigos.**

Como lo expuse en la segunda parte al presentar la Teoría General del Contrato, el paradigma decimonónico en materia civil se basaba en la absoluta fuerza vinculante de la autonomía de la voluntad, a la cual, como formadora de acuerdo, se le reconocía la misma eficacia coercitiva que la ley. En este esquema, toda posibilidad de revisión del contrato era desterrada de la teoría, pues lo que ha sido acordado en libertad por dos sujetos iguales debía cumplirse tal como se acordó. El contrato concebido de esta forma otorgaba plena seguridad jurídica y económica a las transacciones en el mercado y, por el contrario, toda posibilidad de revisión, reajuste o modificación del acuerdo representaba la inseguridad del tráfico comercial. Y la dureza de esta doctrina no cede ni aun en casos de contratos de larga duración, pues el contratante que asume una relación contractual de estas características debe ejercer al momento de contratar una “*especial capacidad de anticipación o previsión*”<sup>189</sup>, por lo cual las vicisitudes propias de estos contratos signados por la permanencia en el tiempo no pueden ser invocadas en la etapa de ejecución como argumentos en favor de la revisión del acuerdo cuando ello no ha sido así previsto en las cláusulas del contrato, pues tal cosa sería invocar la propia torpeza.

Debe observarse que la noción de contrato relacional no había sido desarrollada en la época de Vélez Sarsfield.

Esta concepción contractual construida sobre el cumplimiento estricto del contrato no

---

<sup>189</sup> Mosset Iturraspe, Jorge y Piedecasas, Miguel. *La revisión del contrato*. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2008); pág. 26.

necesitaba de una noción de *causa-fin* pues, en definitiva, todo lo querido por las partes al expresar el consentimiento contractual se concretizaba en el objeto del contrato<sup>190</sup> y, de tal manera, no solo la noción de causa era innecesaria sino que, además, implicaba una inestabilidad del sistema por la posibilidad de discutir la fuerza de cumplimiento del contrato por la modificación de las causas consideradas en la contratación. Esto implicó tradicionalmente una tensión entre el cumplimiento estricto del contrato y el reconocimiento de circunstancias posteriores a su celebración que condicionan su cumplimiento<sup>191</sup>.

Una vez formado el consentimiento contractual, el efecto deseado era el cumplimiento del acuerdo, por lo cual en el Código Civil de Vélez “*primaba un criterio desfavorable a la extinción anticipada. Tan sólo la imposibilidad posterior a la celebración del contrato, esto es, el caso fortuito o la fuerza mayor, tenían fuerza extintiva, si es que el consentimiento había sido prestado válidamente.*”<sup>192</sup>

Yendo específicamente a la rescisión, este vocablo jurídico “*implica apartarse o separarse de un contrato celebrado y vinculante, siempre que exista una autorización contractual o legal. Si no mediara tal autorización para desistir, ya fuera contractual o legal, no correspondería el desistimiento "unilateral", por cuanto la parte que no se ajustara a la ley del contrato incurriría en incumplimiento, en la hipótesis de que decidiera desconocerlo por sí sola, sin tener facultades para ello. En tal caso, sólo sería posible el desistimiento "bilateral" o "distracto", y en la medida que con este no se perjudiquen derechos adquiridos por terceros en virtud del contrato, porque con relación a estos terceros tal desistimiento sería ineficaz.*”<sup>193</sup>

---

<sup>190</sup> Vergara, Leandro. *Nuevo orden contractual en el Código Civil y Comercial*. La Ley 2015-A, 507. Cita Online: AR/DOC/4608/2014.

<sup>191</sup> Massa, Héctor. *La revisión del contrato ante el desequilibrio sobrevenido de las prestaciones: la cláusula rebus sic stantibus*. APC 2013-7, 01/07/2013, 825. Cita Online: AP/DOC/1448/2013.

<sup>192</sup> Ghersi, Carlos. *Contratos civiles y comerciales*. Tomo 1. Ed. Astrea. 2a. Ed. Buenos Aires (1992); pág. 254.

<sup>193</sup> Ibáñez, Carlos. *Extinción unilateral del contrato*. RCCyC 2016 (septiembre), 19/09/2016, 3. Cita Online: AR/DOC/2555/2016.

De tal forma, la doctrina solo reconocía la rescisión unilateral del contrato cuando ello estuviese regulado en el propio contrato mediante una cláusula que permitiese a alguna de las partes desvincularse por su sola voluntad, o bien cuando esa conducta sea permitida por la ley (por ejemplo, art. 1638 del Código Civil)<sup>194</sup>. Supuestos a los cuales habría que agregar la rescisión bilateral como posterior acuerdo de voluntades que deja sin efecto el anterior contrato<sup>195</sup>.

En este escenario, entonces, la idea aceptada por el Código Civil de Vélez Sarsfield era que la rescisión unilateral incausada del contrato implicaba una violación del acuerdo y, por lo tanto, era considerada un hecho ilícito (conf. arts. 1197 y 1200 del Código Civil).

La doctrina civil tradicional tiene, como principal efecto, el abandono de la posibilidad de intentar la conservación del contrato ante circunstancias sobrevinientes a su celebración que obstan al cumplimiento en los términos en que el acuerdo se celebró.

Sin embargo, aquella doctrina tradicional de la inmutabilidad del acuerdo contractual fue comenzando a perder entidad como idea central, reconociéndose excepciones que terminaron por desbarrancar aquel paradigma. Este desarrollo es explicado por Lidia Garrido Cordobera: *“en la concepción liberal, la libertad implica la libertad de contratar o no, la elección de con quién hacerlo y la posibilidad de fijar su contenido, si a ello le sumamos la fuerza que se le reconoce a la autonomía de la voluntad, el respeto a la palabra empeñada y la seguridad jurídica, arribamos al resultado de que los contratos no pueden ser revisados o morigerados salvo pacto expreso de las partes.*

*En la Argentina es clásico el trabajo y las enseñanzas del prof. Marco Aurelio Risolía que veía con disfavor la intervención de ciertos institutos morigeradores que ya contaban con varios adeptos antes de la reforma de 1968.*

---

<sup>194</sup> López de Zavalía, Fernando. *Teoría de los contratos*. Tomo I. Parte General. Ed. Zavalia. 3a Ed. Buenos Aires (1991); pág. 375. Ghersi, Carlos. Ob. Cit.; pág. 266.

<sup>195</sup> Santiago, Horacio. *Extinción del contrato. Revocación y rescisión*. En: AA.VV. *Contratos. Teoría general*. Stiglitz, Rubén (Dir.). Ed. Depalma. Buenos Aires (1990); págs 553 y sigs.

*Con respecto a los alcances de instituto del contrato en el derecho argentino la doctrina ha sostenido que el art. 1137 debe unirse necesariamente con los arts. 1167 y 1169, a fin de completar el concepto, siendo el eje del sistema nuestro tan mentado art. 1197, que proviene del art. 1134 del Código Civil francés y que plasma lo que se ha denominado el dogma de la autonomía de la voluntad, coincidiendo con lo expresado por nuestro codificador en la nota del art. 943 in fine, que dice que el consentimiento libre hace irrevocables los contratos y en esta línea recuerdan Alterini y López Cabana la frase de Fouille: Quien dice contractual dice justo.*

*Sin embargo con la reforma del año 1968 y la incorporación de los institutos de la lesión, la imprevisión y el abuso de derecho, el ámbito contractual ha cambiado notablemente, a ello se sumaba la posterior sanción de la ley de protección al consumidor con sus modificaciones y la recepción de estos derechos en la Constitución Nacional en el art. 42 en el año 1994.”<sup>196</sup>*

Asimismo, Noemí Nicolau explica el abandono de aquella teoría clásica de la fuerza vinculante del consentimiento de la siguiente manera: *“los ordenamientos normativos más modernos, tanto como la doctrina y la jurisprudencia, admiten la posibilidad de adecuar el contrato a las circunstancias sobrevenidas, cuando ellas reúnen ciertos caracteres de excepcionalidad.*

*Esto supone un tránsito, aunque sea relativo, desde una concepción subjetiva, fuertemente consensualista, a una concepción más objetiva del contrato. La primera, predominante en el derecho occidental continental, influido por el racionalismo francés, lo concibe como la perfecta expresión de la autonomía privada, cuya fuerza obligatoria impide cualquier modificación de lo pactado, pues las normas contractuales, desde el momento del perfeccionamiento, se elevan a la categoría de ley para las partes (art. 1197 CCiv.). En cambio, la concepción objetiva, más cercana al derecho anglosajón, atiende menos a la voluntad de las partes y pone mayor énfasis en el equilibrio prestacional, preocupándose de*

---

<sup>196</sup> Garrido Cordobera, Lidia. *Ob. Cit. Nuevas...*

*manera especial por la consecución de la finalidad objetiva y subjetivamente perseguida por ellas. Cuando un sistema contractual se apoya en la concepción objetiva, resulta más sencillo admitir la adecuación del contrato a las circunstancias sobrevenidas, pues su propia coherencia interna impone la necesidad de admitirla cuando se vean afectadas las condiciones tenidas en miras al momento de la contratación.*

*Aun en el marco de una concepción consensualista del negocio contractual, en las primeras décadas del siglo XX, fueron abriéndose paso varias teorías que, abrevando en el antiguo y sabio brocardo rebus sic stantibus, propiciaron la adecuación del contrato.”<sup>197</sup>*

Es importante señalar este desarrollo que aun dentro del esquema de contrato *transaccional* ha seguido el Derecho Civil, porque este demuestra el abandono de la teoría contractual que colocaba en la *gobernanza* del acuerdo una concepción inmutable del consentimiento. La teoría neoclásica contractual, aun cuando sigue basándose en el consentimiento, reconoce que este sufre las vicisitudes externas que afectan la relación y, en consecuencia, imponen una modificación del acuerdo. Y ello es relevante pues el Derecho del Trabajo ha recurrido al instituto jurídico del *contrato* para regular la *relación laboral*, pero la doctrina entiende al despido desde aquel concepto *clásico* de la Teoría General del Contrato: al contratar, el empleador asume una obligación de mantener el contrato de trabajo hasta la jubilación de la persona que trabaja, y ello es inmutable.

#### **b / El Derecho Comercial previo a la unificación de los códigos.**

A su vez, independientemente del derrotero del Derecho Civil, el Derecho Comercial abordó en forma autónoma la situación de los contratos a largo plazo y su extinción por voluntad unilateral -no prevista contractualmente- de uno de los contratantes, llegándose a la unificación del Derecho Privado con un amplio desarrollo doctrinario y jurisprudencial sobre el tema.

---

<sup>197</sup> Nicolau, Noemí. *Ob. Cit. La revisión...*

Este desarrollo se concretó en el Derecho Comercial principalmente porque, como explica Eduardo Gregori Clusellas, “*el Código Civil derogado no contenía una regulación sistemática de la extinción del contrato por voluntad de una sola de las partes, más allá de los concretos supuestos de revocación, rescisión o resolución, que contemplaba en los diversos contratos particulares que disciplinaba.*”<sup>198</sup>

Y si bien en la doctrina clásica contractual civil la rescisión unilateral del contrato se consideraba un incumplimiento al principio de *pacta sunt servanda*, el derecho comercial desarrolló de forma autónoma el criterio de aceptar la rescisión incausada del contrato de duración como un hecho lícito, un derecho implícito -o facultad<sup>199</sup>- de cada parte contratante, regulándose su ejercicio de buena fe tendiente a evitar daños<sup>200</sup>. En este desarrollo, siguiendo lo expuesto en la segunda parte respecto al Código Civil francés y la locación de servicios personales sin plazo determinado, la doctrina comercial diferenció los casos de los contratos en los que se ha pactado un plazo de duración, de aquellos otros en que este plazo es indeterminado<sup>201</sup>, pudiéndose llegar a esta última situación por la renovación sucesiva de contratos a plazo determinado que generen razonable expectativa de mantenimiento del vínculo<sup>202</sup>.

Así, sostiene Iván Di Chiazza que “*la doctrina jurisprudencial pacífica acepta la cláusula implícita de rescisión unilateral incausada en los contratos de duración con plazo indeterminado y prestaciones recíprocas. Su ejercicio legítimo exige el deber de preavisar. Si*

---

<sup>198</sup> Ibáñez, Carlos. *Ob. Cit.*; pág. 3

<sup>199</sup> Gregorini Clusellas, Eduardo. *Distribución comercial: La indemnización resarcitoria por su ruptura intempestiva*. La Ley Litoral 2002, 01/01/2002, 983. Cita Online: AR/DOC/21252/2001.

<sup>200</sup> Sánchez Herrero, Andrés. *La rescisión ilícita de los contratos de duración indeterminada y la indemnización del lucro cesante*. RDCO 289, 23/04/2018, 329. Cita Online: AP/DOC/182/2018.

<sup>201</sup> Sánchez Herrero, Andrés. *La no renovación de los contratos de duración determinada*. La Ley 2018-C. Cita Online: AR/DOC/3105/2017

<sup>202</sup> Villanueva, Julia. *Los plazos de duración y de preaviso en los contratos de distribución comercial*. RCCyC 2016 (febrero), 05/02/2016, 174. DJ 08/06/2016, 1. Cita Online: AR/DOC/24/2016.

*bien las partes pueden desvincularse en cualquier tiempo de su relación contractual, dicha facultad no puede ser ejercida en forma intempestiva o abusiva con menoscabo de las legítimas expectativas de la otra parte.”*<sup>203</sup>

En igual sentido opina Eduardo Gregorini Clusellas, afirmando que en los contratos sin plazos: *“siguiendo la teoría general, cualesquiera de las partes pueden desvincularse haciéndolo saber a la otra. Sin embargo, este principio debe adecuarse a la característica de duración y al objetivo de impedir que, en la práctica, la falta de plazo y el derecho natural a desvincularse, pueda ejercerse en forma intempestiva y lesiva. Se interpreta que la posibilidad de rescindir unilateralmente estos contratos, es más una facultad que un derecho. Operará como causal de ruptura no establecida por ley ni por el contrato, pero siendo implícita, sus presupuestos y efectos resultarán de evaluar cada caso cuando surjan conflictos. Es obligación de buena fe, la de mitigar daños preavisando la ruptura en forma fehaciente e inequívoca, haciéndolo con la antelación que permita a la otra parte adoptar las provisiones y organizarse para continuar su operatoria comercial con el menor daño posible.”*<sup>204</sup>

Y este mismo autor afirma que: *“en las relaciones con plazo indeterminado el principio rector es que cualquiera de las partes puede ponerles fin con un preaviso, que deberá seguir las reglas que las mismas partes hubiesen establecido, en caso de haberlo pactado. El principio de lealtad y buena fe impone que se preavise con antelación suficiente para que la parte destinataria de la comunicación, que además deberá ser inequívoca y fehaciente, pueda reacomodarse a la realidad empresaria que representa la ruptura contractual, mitigar los daños que la misma representa y poder continuar con su actividad. Para lograrlo, el tiempo prudencial del preaviso es esencial. De no cumplirse con el recaudo deberá resarcirse por el tiempo de preaviso incumplido, por la intempestividad del mismo, para los cual será menester justipreciar razonablemente el valor ajustado a derecho de ese*

---

<sup>203</sup> Di Chiazza, Iván. *¿Negociación previa a la rescisión unilateral en los contratos de duración?* El Dial.com Publicado el 04/08/2016. Cita on-line: elDial DC216E

<sup>204</sup> Gregorini Clusellas, Eduardo. *Ob. Cit. Distribución comercial...*

*plazo de preaviso omitido.*”<sup>205</sup>

El *leading case* que consolidó jurisprudencialmente este criterio comercial es el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re Automotores Saavedra c. Fiat*,<sup>206</sup> luego seguido por *Cherr Hasso c. The Seven Up Co.*<sup>207</sup>

De esta forma, antes de la unificación de los códigos, la jurisprudencia comercial ya había establecido ciertas reglas en materia de rescisión unilateral de contratos por tiempo indeterminado que eran ampliamente reconocidas por la doctrina:

Se trataba de respetar dos plazos<sup>208</sup>, uno destinado al recupero de la inversión<sup>209</sup>, y otro a evitar daños en la ruptura contractual<sup>210</sup>. Respecto del segundo, se estableció que:

“a) *Para cesar incausadamente un contrato de distribución o de agencia en particular, debe concederse un plazo razonable de preaviso que contemple para el destinatario la posibilidad de reorganizar su operatoria; y en todo caso atenuar los efectos del cese debiendo resarcirse los daños si no se actúa de ese modo.*

b) *El preaviso deberá contemplar, el criterio de buena fe que exige cooperación,*

---

<sup>205</sup> Gregorini Clusellas, Eduardo. *Ruptura contractual incausada de un negocio de larga duración y legitimación en la conexidad*. La Ley 2014-D, 589. Fallo comentado: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C. 23/03/14. *Lupin S.R.L. c. Club Atlético Boca Juniors*. Cita Online: AR/DOC/2716/2014

<sup>206</sup> CSJN. 4/8/1988. *Automotores Saavedra c. Fiat*. Fallos: 311:1337.

<sup>207</sup> CSJN. 05/11/1991. *Cherr-Hasso, Waldemar Peter y otro c. The Seven Up Co.* Fallos: 314:1358

<sup>208</sup> Villanueva, Julia. *Ob. Cit.* Coppoletta, Sebastián. *Indemnización por ejercicio abusivo del derecho a rescindir sin causa un contrato sin plazo*. La Ley Litoral 2002, 303. Cita online: AR/DOC/22051/2001

<sup>209</sup> Pita, Enrique y Pita, Juan Martín. *Resolución y rescisión de los contratos de distribución tipificados en el Código Civil y Comercial (agencia, concesión y franquicia)*. RCCyC 2016 (febrero), 05/02/2016, 160. Cita Online: AR/DOC/23/2016.

<sup>210</sup> Gregorini Clusellas, Eduardo. *Revisión judicial de contratos de colaboración empresaria, la ruptura intempestiva y el resarcimiento*. La Ley 2010-B, 739. Cita Online: AR/DOC/2109/2010.

*teniendo en cuenta en forma integral las circunstancias del caso y las expectativas de estabilidad de la relación. Debe tener relación directa con el tiempo de vinculación entre las partes. Por ello a mayor duración de relación vinculante, corresponderá mayor plazo de preaviso como criterio general, sin por ello aplicar una relación exacta entre una y otro. Sobre el particular el criterio de la jurisprudencia es variable. En los considerandos de un fallo de la Sala E que comentamos recientemente se menciona que varias sentencias del Tribunal estimaron idóneo un preaviso de seis meses (Sala B - 31/5/2000 "Austral c/ Nestlé Argentina S.A." La Ley, 2005-E, 478, entre otros) destacándose que excepcionalmente se fijaron plazos mayores, de ocho meses y aún de dieciocho meses en contratos de mucha duración ("Morandeira José S.A. c/ Nobleza Piccardo S.A.", sala D, La Ley, 2001-F, 423) respecto de un contrato de cuarenta y siete años).*

*c) La indemnización por falta o insuficiencia de preaviso debe fijarse atendiendo a las ganancias que se consideren probables para el tiempo que correspondió preavisar. En general dicha indemnización debe establecerse sobre la base de las últimas utilidades realmente obtenidas, cuya proyección habría correspondido al tiempo extendido del preaviso no gozado. Por estas razones serán estas utilidades y no las lejanas las que deberán computarse, aunque otros tiempos hubiesen sido de mayor bonanza.*

*d) En principio no corresponde agregar "valor llave" a la indemnización sustitutiva del preaviso omitido, salvo que se demuestre que la clientela que es uno de sus componentes se hubiese incrementado notablemente por la acción del operador que cesa, en comparación con otros distribuidores afectados a similar relación."<sup>211</sup>*

Y en este desarrollo del Derecho Comercial es importante señalar que comienza a incorporarse la noción de *expectativas*, como interés tutelado por el Derecho. Para la rama comercial, más próxima al dinamismo de la realidad de los negocios, es natural reconocer que la intención de las partes en el acuerdo va más allá de lo que se puede escribir en un contrato. El Derecho del Trabajo también es un sistema jurídico que se declara reconocedor de la

---

<sup>211</sup> Gregorini Clusellas, Eduardo. *Contrato de agencia. La ruptura intempestiva y su indemnización*. DCCyE 2010 (septiembre), 01/09/2010, 227. Cita Online: AR/DOC/6291/2010

realidad sobre las formas, pero, sin embargo, la noción de *contrato* sobre el cual se coloca a la *relación laboral* es fundamentalmente transaccional, basada en los derechos específicos laborales, y, de tal manera, las expectativas implícitas de las partes (tratadas en la segunda parte de esta tesis) no son consideradas -en lo que interesa en esta tesis- al regular la protección contra el despido arbitrario. Sobre ello volveré en la cuarta parte.

### **c / La regulación del Código Civil y Comercial.**

De esta manera, tanto el Derecho Civil como el Derecho Comercial llegan a la instancia de su unificación en la codificación con desarrollos propios que abandonaron aquella doctrina velezana de la inmutabilidad del acuerdo contractual.

Sin embargo, el Código Civil y Comercial implicó una nueva regulación de la teoría general del contrato<sup>212</sup>. Es un nuevo paradigma antes que una mera reforma del contenido en el derogado Código Civil. Esto implica que en materia contractual se estructuró un concepto del contrato totalmente distinto a la regulación que se derogó y, por ello, las normas propuestas son sustancialmente distintas a las anteriores.

Este nuevo orden contractual implica, por lo tanto, una nueva visión del consentimiento, el objeto y la causa de los contratos y, en lo que interesa en esta tesis, la regulación de las implicancias del tiempo en las relaciones contractuales.

La gran diferencia en la regulación contractual de ambos sistemas se expresa claramente en la noción de causa-fin: mientras en el Código Civil, si bien Vélez no la negaba, solo le había reservado una regulación excepcional y para casos concretos<sup>213</sup>, en el Código Civil y Comercial aparece claramente regulada como un elemento esencial del contrato. De tal forma, el objeto del contrato, entendido como el negocio de las partes, necesariamente

---

<sup>212</sup> Freytes, Alejandro. *Ob. Cit.*

<sup>213</sup> Presunción de causa (art. 502), el pago sin causa (arts. 793, 793, 794), la causa ilícita (arts. 502, 531, 1659), la falta de causa en la revocación de mandato (art. 1681), la renuncia del mandatario sin causa (art. 1978).

reconoce la causa-fin buscada por las partes al decidir la contratación a través del consentimiento.

La regulación que hace el Código Civil y Comercial sobre la autonomía de voluntad de las partes en materia contractual es compleja. Y si bien el primer comentario que suele escucharse respecto a la materia es que el nuevo sistema normativo ha potenciado el ámbito de actuación de la autonomía de voluntad contractual, entiendo que la concepción de Vélez había sido ya abandonada como criterio general mucho antes de la unificación<sup>214</sup>.

La reforma del Decreto-ley 17.711 implicó formalmente el quiebre de aquella doctrina clásica decimonónica, por ejemplo, incorporando el instituto de la lesión (art. 954 del Código Civil). Luego, los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales sobre contratos de adhesión y contratos de consumo implicaron necesariamente una revisión tanto de la noción de la autonomía de la voluntad contractual como de la fuerza vinculante de los contratos.

Ya en la etapa de unificación conforme la ley 26.994, el Código Civil y Comercial reservó para la doctrina civil clásica velezana de estrictez en el cumplimiento del contrato la noción novedosa del *acto abstracto* regulado en su art. 283. Sistema este en el cual “*el resultado que produce la abstracción causal en los contratos, es la posibilidad de elegir un sistema de "cumplimiento estricto" para el contrato celebrado. Ello trae aparejado un impedimento legal para petitionar u obtener la rescisión del contrato celebrado, con las consecuencias de impedir asimismo la alegación de la "frustración de la finalidad del contrato" (art. 1090 CCyCN) y la teoría de la imprevisión (art. 1091 CCyCN). El régimen de nulidades no se verá modificado por el acto abstracto, así como tampoco el de la lesión (art. 332 CCyCN) y tampoco el del abuso del derecho (art. 10 CCyCN). La causa sólo podrá ser alegada una vez que se hayan cumplido las prestaciones fundamentales del contrato. Hay entonces en la regulación actual de los contratos un régimen dual: el del "cumplimiento*

---

<sup>214</sup> Stiglitz, Rubén. *Ob. Cit.*

*estricto" del "pacta sunt servanda" y el "tutelar" que admite la rescisión.*"<sup>215</sup>

Luego, la autonomía de la voluntad en materia contractual es regulada conforme se trate de contratos paritarios o de adhesión a cláusulas generales.

Para los primeros, el principio vinculante subsiste en el Código Civil y Comercial con toda su intensidad al punto que los contratos obligan "*no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que pueden considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor.*" (art. 961 CCyC). Y luego, existe lo que entiendo es una especie de cláusula de cierre al sistema, prevista como reglas de interpretación basada en la buena fe (art. 1061 CCyC)<sup>216</sup> y en la protección de la confianza (art. 1067 CCyC)<sup>217</sup>.

Honrando la doctrina comercial previa a la unificación, el Código Civil y Comercial también contempla los contratos de *larga duración* como una categoría especial en el art. 1011, y contiene en los arts. 1076 al 1091 una regulación de la extinción del contrato por voluntad unilateral, adquiriendo regulación genérica contractual el desarrollo propio de la rama comercial<sup>218</sup>.

Y así, el art. 1011 del Código Civil y Comercial dispone: "*Contratos de larga duración. En los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la*

---

<sup>215</sup> Dobson, Juan. *Contratos de cumplimiento estricto: el acto abstracto en los contratos (art. 283 CCyCN). La promesa autónoma (art. 734 CCyCN)*. RCCyC 2016 (diciembre), 16/12/2016, 153. Cita Online: AR/DOC/3427/2016.

<sup>216</sup> Art. 1061 CCyC.- Intención común. El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes y al principio de la buena fe.

<sup>217</sup> Art. 1067 CCyC.- Protección de la confianza. La interpretación debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisibles la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto.

<sup>218</sup> Gregorini Clusellas, Eduardo. *La ruptura intempestiva en la distribución comercial. Su situación antes y después del Código Civil y Comercial*. La Ley 2018-C. Cita Online: AR/DOC/1255/2018

*necesidad que las indujo a contratar.*” Con lo cual, en estos contratos de larga duración hay una clara referencia a la *causa-fin* del contrato. Lo querido por las partes solo se logra a través de una relación prolongada en el tiempo. Esos son los motivos que se relacionan con la causa y que llevan al logro del consentimiento que da origen al contrato y que se expresa en su objeto<sup>219</sup>: el logro de una relación permanente. Y en base a esa relación permanente las partes se obligan a lo expresado en el consentimiento y a todo aquel comportamiento que de buena fe sea necesario para el cumplimiento de la causa-fin contractual.

Como lo expuse en la segunda parte de esta tesis, en estos contratos de larga duración la intención de las partes no es imponer una *obligación* que se mantenga en el tiempo, sino que el objeto pasa por construir una *relación* que se mantenga en el tiempo. Por ello el tiempo es *esencial* para estos contratos, pues el interés de las partes solo puede lograrse mediante una relación que se mantenga en el tiempo.

De esta manera, considerando a estos contratos de larga duración en los que el tiempo es *esencial* para el cumplimiento del acuerdo como de carácter *relacional*, en los cuales las partes asumen obligaciones de conducta de buena fe que hagan al cumplimiento colaborativo del objeto contractual, el conflicto de rescisión unilateral contractual que se genere en éste tipo de contrato deberá ser analizado, necesariamente, partiendo del título preliminar del Código Civil y Comercial<sup>220</sup>, pues la posibilidad de prever la situación conflictiva ha sido muy acotada para los contratantes.

No obstante, el propio art. 1011 del Código Civil y Comercial ya dispone de una regulación específica para el caso de rescisión unilateral pues impone que *“la parte que*

---

<sup>219</sup> Lorenzetti, Ricardo. *Ob. Cit.*, pág 122. *“En los contratos de duración lo característico es que el tiempo se incorpora en el objeto, como medida de satisfacción del interés de las partes.”*

<sup>220</sup> Highton de Nolasco, Elena. *Título preliminar del código civil y comercial. Principios generales del derecho argentino.* Revista de Derecho Privado y Comunitario. Tomo: 2015. Numero extraordinario. Claves del Código Civil y Comercial. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2015): *“Si una de las funciones que puede cumplir un Título Preliminar es la de aportar algunas reglas que confieren una significación general a todo el Código e, inclusive, al Derecho en general, es porque de este modo el sistema adquiere un núcleo que lo caracteriza y que sirve de marco de comprensión de una gran cantidad de cuestiones de interpretación y de integración de lagunas.”*

*decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos.”*

Debo señalar, y reiterar, que el hecho que el contrato sea de duración prolongada en el tiempo no lo convierte, solo por eso, en un contrato *relacional*. Ello en tanto la prolongación de las obligaciones en el tiempo no indica que la *relación* entre las partes adquiera una función sistémica en el contrato.

Volviendo al Código Civil y Comercial, esta especial regulación de la rescisión en los contratos de larga duración que ahora se regula parecería ser una modificación a la doctrina comercial del derecho de cada parte a la rescisión unilateral e incausada en los contratos de duración<sup>221</sup> siempre que su uso no sea abusivo, pues impone un paso previo al ejercicio rescisorio a través de la obligación de otorgar la posibilidad a la contraparte de renegociar el contrato de buena fe<sup>222</sup>. Sin embargo, entiendo que aquí se pretende, reconociendo la facultad de rescisión unilateral, la preservación de la relación contractual.

Y en el aspecto en que es importante en esta tesis, el tránsito previo a la rescisión por la renegociación del contrato implica que ahora la rescisión debe tener una justa causa<sup>223</sup>. Ello, dado que, si la parte que pretende rescindir ha abierto un proceso de renegociación contractual como lo obliga el art. 1011 del Código Civil y Comercial, y su contraparte le ofrece alternativas para readecuar los términos contractuales y permanecer en el contrato, la buena fe comercial impone que mantener la postura rescisoria implica contar con argumentos que justifiquen la insuficiencia de las propuestas de la contraria. De esta forma, el tránsito por

---

<sup>221</sup> Es importante señalar que en los contratos comerciales ahora regulados en el Código Civil y Comercial, se imponen tiempos mínimos de vigencia del contrato. Ver: Pita, Enrique Máximo y Pita, Juan Martín. *Ob. Cit.* “...la rescisión unilateral sólo tendrá operatividad, bajo el régimen del nuevo ordenamiento civil y comercial, en los contratos por tiempo indeterminado.”

<sup>222</sup> Serrano Redonnet, Diego. *El “contrato de larga duración” en el nuevo Código Civil y Comercial*. El Dial 11/08/2015. Cita online: elDial DC1F7D

<sup>223</sup> Sánchez Herrero, Andrés. *La rescisión unilateral de los contratos de duración y el deber de renegociar*. La Ley 19/03/2018, pág. 1. Cita Online: AR/DOC/461/2018

el proceso de renegociación del contrato, si es que hubiese una propuesta de readecuación de la contraparte, obliga a la parte rescindente a contar con una justa causa que implique la insuficiencia de la propuesta de reajuste del equilibrio del contrato.

Luego, más allá del criterio general de su art. 1011, el Código Civil y Comercial regula en la parte general referida a los contratos la figura de la rescisión unilateral incausada (art. 1077), o con expresión insuficiente de causa en los términos que requiere la resolución por incumplimiento (art. 1084).

Y esta regulación general luego se particulariza en material comercial en supuestos de rescisión unilateral legal en relación con los contratos de duración indeterminada, como por ejemplo, en el depósito por tiempo indeterminado (arts. 1358 y 1359), en el comodato sin término de duración pactado (art. 1536, inc. e)], en el contrato de servicios por tiempo indeterminado (art. 1279), contrato de suministro (art. 1183), cuenta corriente bancaria (art. 1404), cuenta corriente (art. 1432). Asimismo, se extendió a la regulación en forma especial de los contratos de agencia (art. 1492), concesión (art. 1508), franquicia (art. 1522, inc. d) y distribución (art. 1511 inc. b), que se incorporan en la normativa. Y si bien ello no implica ninguna novedad en el mundo jurídico pues estos contratos comerciales que ahora se regulan ya eran usados desde hacía mucho tiempo en el tráfico comercial, su regulación normativa permitió otorgar tipificación legal a aquella tipificación social<sup>224</sup>.

A su vez, en esta regulación especial, la rescisión unilateral puede o no imponer consecuencias indemnizatorias a la parte que rescinde. Así, por ejemplo, se regula una indemnización en el contrato de locación de inmueble, supuesto en el cual el locatario debe pagar al locador las indemnizaciones tarifadas en la ley (art. 1221); también en la locación de obra, el comitente que rescinde el contrato debe indemnizar (art. 1261). Sin embargo, no se impone indemnización en la rescisión del depósito o del comodato. En los casos de los

---

<sup>224</sup> Pita, Enrique y Pita, Juan Martín. *Ob. Cit.* Para la concesión comercial, ver: Serebrinsky, Diego. *La indemnización al concesionario en la extinción culpable de los contratos de concesión comercial*. RDCO 283, 17/04/2017, 421. Cita Online: AP/DOC/136/2017. Para la agencia y distribución ver: Remaggi, Luis. *El valor de la clientela y la conclusión de los contratos de agencia y distribución*. SJA 2016/04/06-6. Abeledo Perrot n°: AP/DOC/232/2016.

contratos de duración indeterminada, si el ejercicio de la rescisión incausada es abusivo existe un deber indemnizatorio a cargo de la parte que rescinde<sup>225</sup>.

#### **d / El Derecho del Consumo.**

Puede resultar extraño que en una tesis sobre Derecho del Trabajo se incluya una referencia al Derecho del Consumo. Sin embargo, sostengo que estos sistemas jurídicos, que en principio resultan tan distantes, en realidad son mucho más cercanos y parecidos de lo que usualmente se cree. Y sería fructífero una comunicación más fluida entre estas ramas del Derecho. Es que ambas comparten no solo circunstancias fácticas en común: un sujeto necesitado de contratar con dudosa libertad, otro sujeto que tiende a imponer su mayor poder, un Derecho necesariamente intervencionista, la necesidad del sujeto vulnerable de organizarse colectivamente para lograr un mayor poder de negociación o reclamo; etc., sino que, además, ambas ramas comparten algo esencial: la misma persona. Es que las facetas de trabajadora o consumidora de la persona humana, son en realidad dos aspectos limitados de la misma persona. Y es más, me animo a decir que el Derecho del Trabajo reconoció a la persona en situación de consumo aún antes que el Derecho del Consumo, ello en tanto el Derecho del Trabajo recurre a esa idea de persona consumidora en su propia regulación: por ejemplo, cuando el art. 116 de la ley 20.744 regula el *Salario Mínimo, Vital y Móvil*, la cuantía de ese salario está relacionada a una determinada capacidad de consumo que se pretende asegurar a la persona que trabaja. Y en materia de negociación colectiva, vemos en cada ronda paritaria que en la discusión salarial, la parte sindical argumenta sobre *el poder adquisitivo* del salario y su deterioro frente a la inflación; aquí el colectivo organizado de personas que trabajan -sindicato- no argumentan como tales, pues si así lo hicieran deberían sostener que tienen interés en un aumento salarial porque el trabajo que ellos brindan tiene un mayor valor en la organización empresaria; pero sin embargo, el argumento del colectivo sindical es como consumidores: el salario no es suficiente para adquirir un mínimo decente y necesario de bienes y servicios.

---

<sup>225</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D; 2016-03-01; *Sola, Andrés Valentín c. Diageo Argentina S.A. s/ ordinario*. Con nota de: Papa, Rodolfo. *Reconocimiento de la compensación por pérdida de clientela en la distribución mercantil. Un leading case*. La Ley 06/10/2016, 5. Cita Online: AR/DOC/3040/2016

Esta noción de persona como consumidor/a será utilizada en la cuarta parte de esta tesis.

Volviendo al Derecho del Consumo, el sistema legal de protección de la persona en situación de consumo implicó la ruptura del paradigma velezano en materia contractual como acuerdo libre entre iguales pero, en lo que interesa en esta tesis, debe destacarse que estas relaciones son la expresión máxima de los contratos transaccionales. Y aun cuando frecuentemente se regulan relaciones contractuales de duración, el interés de las partes en esta relación de consumo está directamente dado por la entrega de una cosa o servicio y el pago de una suma de dinero como contraprestación<sup>226</sup>.

Aun como contratos transaccionales, interesa en esta tesis el abandono que esta rama del Derecho ha efectuado de la Teoría General clásica del contrato de trabajo, pues sosteniendo que en el *contrato de consumo* no se encuentran presentes los pilares clásicos del contrato -consensualismo, autonomía de la voluntad, fuerza obligatoria y efecto relativo-, entonces es más apropiado referirse a esa situación jurídica como *vínculo de consumo*<sup>227</sup>.

De esta forma, puede verse que los contratos de consumo expresan una modificación sustancial del consentimiento, pues “*si para la tesis clásica, el contrato era la fusión íntima de voluntades, para la sociedad actual se presenta muchas veces como el resultado de conductas mecánicas, lindantes con lo inconsciente y concluidas por personas que en ocasiones, ni siquiera tienen comprensión cabal del acto que celebran.*”<sup>228</sup>

Y la tecnología juega un rol preponderante en el automatismo en la formación del consentimiento, pues ahora los *smart contracts*, considerados como los contratos celebrados a

---

<sup>226</sup> Ley 24.240

<sup>227</sup> Sobrino, Waldo. *¿Existe el contrato de consumo?* RCCyC 2019 (agosto), 05/08/2019, 143. Cita Online: AR/DOC/1922/2019. *¿"Contratos de consumo" o "vínculos de consumo"?* La Ley 16/07/2019, 1. Cita Online: AR/DOC/1743/2019.

<sup>228</sup> Freytes, Alejandro. *Ob. Cit.*

través de aplicaciones que ejecutan automáticamente las obligaciones predispuestas<sup>229</sup>, han llevado la problemática del consentimiento desde el terreno de la formación entre ausentes (a la distancia) por medios electrónicos (vía telefónica, fax, correo electrónico, etc.), supuesto en los cuales la tecnología proveía un medio para expresar las voluntades que existían, a la formación predispuesta y automática en forma electrónica, donde la voluntad deja de existir en cada acto en concreto. Y lo que ha comenzado en el terreno del consumo (por ejemplo, la compra de un pasaje -contrato de transporte de persona- en un sitio web) ha comenzado a desplazarse al Derecho del Trabajo<sup>230</sup>, cuando la aplicación permite al sujeto darse de alta como prestador de servicio en forma automática (sistemas de delivery, Cabisfy, Uber). De tal forma, la aplicación informática vincula al sujeto consumidor y al sujeto trabajador. No es materia de esta tesis analizar la existencia o no de relación de dependencia laboral en estos casos y su regulación legal, pero es importante destacar la mutación trascendental en la formación del consentimiento contractual laboral que estas nuevas tecnologías imponen.

Asimismo, esta especial rama del Derecho ha asumido como una regla protectoria la posibilidad que tiene la persona que consume de extinguir el contrato. Y así, se afirma que “*el derecho que asiste a los consumidores para terminar contratos de consumo de plazo indeterminado o ejecución continuada no merece cuestionamientos.*”<sup>231</sup> Y si bien, esto podría traducirse en el Derecho del Trabajo como la libertad de la persona que trabaja de extinguir el contrato por medio de la renuncia, también destaco que es un avance doctrinario en reconocer la facultad de las partes en los contratos de plazo indeterminado de extinguir el mismo por su propia voluntad sin imputar un incumplimiento contractual a la contraparte.

---

<sup>229</sup> De Diego, Julián. “*Smart contracts*” o contratos inteligentes. *La influencia de Uber a través de aplicaciones informáticas*. La Ley 2018-E. Cita Online AR/DOC/1651/2018

<sup>230</sup> García, Héctor. *El trabajo mediante plataformas digitales y el problema de su calificación jurídica: ¿autónomo, dependiente o ambos a la vez?* La Ley 2020-A, 1100. Cita Online: AR/DOC/304/2020. Cevasco, Luis y Corvalán, Juan. *¿Desempleo tecnológico? El impacto de la inteligencia artificial y la robótica en el trabajo*. La Ley 2018-C. Cita Online: AR/DOC/1329/2018.

<sup>231</sup> Bisogno, Pablo. *La libertad de contratación del consumidor y su derecho a discontinuar relaciones de consumo de ejecución continuada y plazo indeterminado*. RDCO 288, 21/02/2018, 124. Cita Online: AP/DOC/32/2018

## Capítulo 2 /

### **El contrato de trabajo y su rescisión: protección contra el despido arbitrario con base en el argumento de la ilicitud.**

Siendo entonces el contrato de trabajo de tipo *relacional*, que crea entre las partes principalmente expectativas de conductas debidas que se van particularizando en el desarrollo de la relación laboral, resulta el objeto de esta tesis estudiar en forma crítica cómo la ley 20.744 y la doctrina y jurisprudencia han tratado la rescisión unilateral incausada por parte del empleador (despido directo incausado en la terminología laboral)<sup>232</sup> de un modo tal que, desconociendo el carácter relacional del contrato de trabajo y rechazando los desarrollos del Derecho Civil y Comercial en esta materia, han configurado un sistema jurídico de marcada ineficacia protectoria de la persona que trabaja.

#### **a / La regulación normativa de la protección contra el despido arbitrario.**

La teoría de la ilicitud del despido arbitrario se construye sobre la idea del incumplimiento del empleador de respetar el plazo del contrato de trabajo; es decir, el tema es abordado desde una visión contractualista. En esta teoría, la protección de la persona que trabaja en relación de dependencia privada se explica como una estabilidad relativa; entendiendo que hay estabilidad pero que el despido es válido en la producción de sus efectos jurídicos extintivos del contrato de trabajo.

La pregunta entonces es ¿qué tan amplia es la protección contra el despido arbitrario? La respuesta que a ella se otorgue es de radical importancia, pues determinará la existencia o no, y en su caso la extensión, de la obligación que se encuentra en la base de la teoría de la ilicitud del despido arbitrario. De este modo es necesario estudiar las distintas bases normativas de protección.

---

<sup>232</sup> Ibáñez, Carlos. *Ob. Cit.*; pág. 10. Asimismo, constituye rescisión unilateral legal el supuesto contemplado en el contrato de trabajo (arts. 232 y 245, ley 20.744).

### **a.1 / La protección constitucional y convencional contra el despido arbitrario.**

El estudio de la extensión o intensidad de la protección contra el despido arbitrario debe comenzar con el tratamiento que de ella se hace en el bloque federal de constitucionalidad. No obstante, como expuse anteriormente, se debe destacar especialmente que la protección contra el despido ha transitado un camino en la legislación argentina en el cual la Constitución Nacional es solo una etapa, importante sin dudas, pero solo una etapa. Y ello es relevante para entender el desarrollo y la estructura del instituto.

Si bien la génesis de la protección laboral comenzó en el derecho argentino bien temprano en el Siglo XX<sup>233</sup>, en lo que interesa en esta tesis debe señalarse la modificación del Código de Comercio por la sanción de la ley 11.729 en el año 1934, pues allí se reguló por primera vez la indemnización por despido arbitrario<sup>234</sup>. La etapa constitucional dada por la reforma a la Carga Magna de 1957 eleva el tema protectorio a ese nivel, luego plenamente confirmado por la Constitución de 1994. Y la ley 20.744, si bien es posterior al artículo nuevo de la Constitución de 1957, es también tributaria de la ley 11.729. Con ello, destaco que la solución de la Ley de Contrato de Trabajo, presentada como respuesta normativa al mandato constitucional, en realidad era un sistema normativo ya vigente antes de la norma constitucional a través de la ley 11.729.

Si bien se encuentra fuera del objeto de estudio de esta tesis, es importante señalar que la protección del derecho a la igualdad, expresada como la regulación jurídica de la sanción antidiscriminatoria, tiene en el Derecho del Trabajo un importante efecto sobre el concepto de

---

<sup>233</sup> *Informe sobre el estado de las clases obreras a principios de siglo y Proyecto de Ordenanza Reglamentaria del Servicio Obrero y Doméstico de acuerdo con la Legislación y Tradiciones de la República Argentina* de Juan Bialek Massé de 1901. *Proyecto de ley laboral* de Joaquín V. González de 1904. *Ley de Descanso Obligatorio Semanal* de 1905.

<sup>234</sup> Maza, Miguel Ángel. *Algunas reflexiones en torno a la protección contra el despido arbitrario, sobre los recargos y más recargos establecidos por las leyes laborales y sobre la extensión del preaviso debido al trabajador despedido sin justa causa*. Revista de Derecho Laboral. Tomo: 2011-2. Extinción del contrato de trabajo – IV. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2011). Cita: RC D 560/2013

estabilidad, pues reconoce como remedio a la acción de reinstalación<sup>235</sup>. No obstante, reitero que este aspecto queda fuera del estudio de esta tesis pues en estos casos ya no nos referimos a *despido arbitrario* sino a *despido discriminatorio*<sup>236</sup>. De la misma forma, la doctrina y jurisprudencia argentina ha tratado la tutela de la libertad sindical dentro del concepto de discriminación<sup>237</sup>.

#### **a.1.i / El mandato constitucional.**

Señalo que resulta un dato importante que la protección constitucional otorgada a la persona que trabaja se encuentre en el art. 14 Bis de la CN, pues ello implica quitar la materia del art. 19 de la Carta Magna.

El mandato constitucional por el cual nadie puede causar un daño -injusto- a otro sin afrontar consecuencias indemnizatorias tiene raigambre constitucional, siendo establecido en el art. 19 de la Constitución Nacional<sup>238</sup>. El principio *alterum non laedere* significa que nadie puede perjudicar los derechos de terceros<sup>239</sup>. Y dado que la persona que trabaja sufre un daño como consecuencia del despido arbitrario dispuesto por el empleador, esta situación sería normalmente comprendida en el art. 19 de la Constitución Nacional. En consecuencia, la regulación especial constitucional del art. 14 Bis implica no solo la importancia del reconocimiento específico de la protección laboral, sino que, además, un tratamiento de la reparación del daño sufrido distinto a las consecuencias indemnizatorias de la violación del principio *alterum non laedere*.

---

<sup>235</sup> Guibourg, Ricardo. *Vulnerabilidad discriminatoria*. Derecho del Trabajo 2015 (marzo), 487. Cita Online: AR/DOC/4762/2014. Acosta, María Victoria. *Un nuevo e interesante aporte de la jurisprudencia en materia de estabilidad*. Derecho del Trabajo 2015 (mayo), 993. Cita Online: AR/DOC/852/2015.

<sup>236</sup> CSJN: *Alvarez, Maximiliano y otros c Cencosud SA*. Fallos: 333:2306. *Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Tadelva S.R.L.* Fallos: 337:611 *Gallo, María Liliana c. Provincia de Buenos Aires*. Rubinzal Online; 616/2014; RC J 872/16. *Varela, José Gilberto c. Disco SA*. Fallos 341:1106.

<sup>237</sup> CNAT, Sala I, 10/04/19. *San Petri Burone, Julio César vs. Kromberg & Schubert GMBH & Co Kabel Automobiltechnik*. RC J 2552/19.

<sup>238</sup> Calvo Costa, Carlos. *La constitucionalización del derecho de daños y el principio de la reparación plena*. JA 2016-II

<sup>239</sup> CSJN. 5/8/1986. *Santa Coloma, Luis Federico y otros c/E.F.A — Empresa Ferrocarriles Argentinos*. Fallos 308:1167.

Esta exclusión de la protección contra el despido arbitrario del ámbito del art. 19 de la Constitución Nacional podría interpretarse como un *alterum non laedere* específico laboral<sup>240</sup>. De tal forma, el art. 14 Bis CN mandaría especialmente al legislador a otorgar una protección contra el despido arbitrario que sea distinta a una indemnización de daños<sup>241;242</sup>. Sin embargo, en principio, la respuesta del legislador laboral ha sido la indemnización prevista en el art. 245 de la ley 20.744; con lo cual, entendida por la doctrina con esa naturaleza jurídica, parecería devolver el tratamiento de la materia a la indemnización de daños y, en consecuencia, al art. 19 de la Constitución Nacional<sup>243</sup>. En esta tesis se propone una naturaleza jurídica distinta del

---

<sup>240</sup> Según se expondrá *infra*, los partidarios de la arbitrariedad como ilicitud encuentran en el art. 14 Bis de la Constitución Nacional la antijuridicidad del despido a nivel constitucional.

<sup>241</sup> En contra: Fretes Vilndel Espeche, Leandro. *El derecho de daños en el ámbito laboral*. La Ley online: AP/DOC/4796/2012. “*el despido resulta antijurídico —si se quiere— desde dos puntos de vista. Desde el punto de vista contractual, ya que rompe con la obligación contractual de continuidad del vínculo laboral, haciendo nacer el deber de reparar la ruptura injustificada. Ello, desde que, en sentido amplio y sistémico, el despido sin justificar contraría al ordenamiento laboral en cuanto implica la ruptura al principio de continuidad (art. 10, LCT), y al de indeterminación del plazo (arts. 90 a 92, LCT), reglamentarios de la manda constitucional que garantiza la estabilidad del trabajador (art. 14 bis, CN).*”

A su vez, y aunque desde un “riguroso” punto de vista saldríamos del ámbito contractual, nos conduce a similar conclusión considerar que el daño injusto convierte al acto de despido en antijurídico, por violar el deber genérico de no dañar a otro, *alterum non laedere*.”

(...)

“Sin embargo, tenemos para nosotros que en el caso del despido injustificado el acto es antijurídico por violar el deber contractual a la permanencia del vínculo, el cual es un deber específico propio del contrato laboral, y que en este supuesto particular subsume o principia al deber genérico de no dañar a otro. Empero, mutan de roles cuando el daño al trabajador ya no configura un mero incumplimiento al deber específico contractual sino la ruptura del *alterum non laedere*, y por ello mismo debe cambiar su forma reparatoria.”

<sup>242</sup> En contra: Arias Gibert, Enrique. *La protección contra el despido arbitrario en el modelo constitucional argentino*. Revista de Derecho Laboral. Tomo 2014 1. El Derecho del Trabajo en la Constitución Nacional - I. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2014). Cita: RC D 806/2016.

<sup>243</sup> CNAT, sala VI. 21/10/2014. *Lucifora, Miguel O. c. Aerolíneas Argentinas S.A.* Derecho del Trabajo 2015, 324. Cita Online: AR/JUR/55854/2014. “*La tarifa que se establezca debe respetar las pautas supralegales que emanan de la Constitución Nacional, en especial la regla de indemnidad (art. 19 CN) y la de razonabilidad (art. 28 CN). Como el despido es un acto ilícito que origina un daño, el mismo, en principio, debe ser reparado en su totalidad y la indemnización que se le reconozca a la víctima debe ser suficiente en el sentido de que debe reflejar, en la mayor medida posible, la totalidad del*

art. 245 de la ley 20.744, en armonía con el art. 14 Bis de la Constitución Nacional.

En lo que respecta, entonces, al despido arbitrario, el art. 14 bis de la Constitución de la Nación Argentina dispone que “*el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes...*”, y es importante destacar que si bien el texto constitucional comienza de manera general otorgando protección *al trabajo en sus diversas formas* (a la persona en situación de trabajo), luego, en lo que interesa respecto al despido, se efectúa una distinción trascendental, pues el texto expresamente dispone dos tipos de consecuencias: “*protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público*”.

De tal forma, el mandato protectorio constitucional general adquiere claramente dos aspectos distintos en relación al tiempo de duración de la relación laboral: cuando se refiere al empleo privado dispone la *protección* de la persona que trabaja frente al despido arbitrario, y respecto del empleo público reconoce expresamente la *estabilidad* de la persona empleada en la administración<sup>244</sup>.

El fallo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó en la causa *Madorrán*<sup>245</sup> es relevante en este aspecto pues, si bien el objeto de la litis era la estabilidad de la empleada pública actora, la Corte analiza la distinción en el grado de protección constitucional entre el

---

*daño originado por la pérdida del empleo...” (...) El art. 19 de la Constitución Nacional establece, a contrario sensu, que la prohibición de dañar y consecuentemente la obligación de reparar todo daño que se produzca y, en especial, en el caso del trabajador esta disposición debe ser ligada con la protección particular que surge del art. 14 bis; lo que lleva a determinar los alcances del resarcimiento que debe establecerse en este caso para el despido arbitrario. En orden a lo expresado, en principio, la reparación debe ser integral pues así lo indica el principio de indemnidad que resulta del art. 19 citado. En este sentido, la reglamentación de la protección contra el despido arbitrario debe considerarse que constituye una excepción a la regla de reparar integralmente el daño y, como toda excepción, debe ser interpretada con alcance restringido.”*

<sup>244</sup> Fernández Gianotti, Enrique. *Aspectos del derecho constitucional de estabilidad laboral*. La Ley 1988-D, 801. Cita Online: AR/DOC/2019/2001

<sup>245</sup> CSJN; 03/05/2007. *Madorrán, Marta c. Administración Nac. de Aduanas*. Fallos Fallos: 330:1989. De la Fuente, Horacio. *La Corte Suprema abandona la doctrina autoritaria en materia de empleo público*. La Ley 2007-E, 682. Cita Online: AR/DOC/2528/2007.

empleo público y privado; y en lo que interesa en esta tesis, el Tribunal expresó que: “la reforma de la Constitución Nacional producida en 1957, mediante la introducción del art. 14 bis, tuvo como inequívoco propósito dar recepción en el texto de 1853-1860, a los aportes y experiencias que habían tenido lugar, durante la primera mitad del siglo XX, en el ámbito de lo que dio en llamarse el constitucionalismo social (“Aquino”, Fallos: 327:3753, 3770, 3788 y 3797).

*En lo concerniente al sub lite, cuadra precisar que el primer párrafo de la mencionada norma pone de manifiesto, con toda elocuencia, que el objeto y el sujeto principalísimos sobre los que operó la reforma fueron el universo del trabajo y el trabajador. De tal suerte, bajo la luz del principio protector (“El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes...”), asentaron su plaza en la cúspide del ordenamiento jurídico positivo diversos derechos “inviolables” (Fallos 252:158, 161, considerando 3°) del trabajador, así como deberes (“inexcusables”, ídem) de asegurarlos por parte del Congreso (“Aquino”, cit. p. 3770; y “Milone”, Fallos: 327:4607, 4617). Entre los primeros, corresponde aislar, para la solución del presente litigio, la “protección contra el despido arbitrario” y la “estabilidad del empleado público”.*

*Esto último es así, pues, si bien es cierto que el art. 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 de la pública, no lo es menos que los dos períodos normativos antes destacados encuentran su explicación precisamente en distinguir entre los mentados ámbitos, para los cuales se prevé un diferente grado de estabilidad en el empleo.*

*En efecto, tal criterio fue puesto de manifiesto por el convencional Carlos A. Bravo, miembro de la Comisión Redactora y Secretario de la Sub Comisión de Derechos Sociales y Gremiales, en oportunidad de expresarse a propósito del despacho propuesto por la mayoría, que auspiciaba los dos pasajes en juego y que, a la postre, resultaron sancionados. “La estabilidad —sostuvo—, salvo pocas excepciones, está tipificada en el caso de los empleados públicos, ya que puede ser considerada como un elemento natural de la relación entre ellos y la administración. Esto por la naturaleza especial del servicio y de la función pública, que es*

*perenne y sujeta a mínimas variaciones [...] En algunos países, donde la estabilidad está asegurada por ley, la cesantía del empleado público arbitrariamente dispuesta, es nula, no produce efecto alguno; el empleado arbitrariamente alejado tiene el derecho de reincorporarse a su puesto, aun cuando esto no sea del agrado de sus superiores, los que deben acatar la decisión del tribunal administrativo al que recurrió el empleado". Y acotó seguidamente: "En el campo de las relaciones del derecho privado, la situación es distinta. El poder discrecional, que constituye la excepción en la administración pública, representa en este campo la regla. Resulta muy difícil obligar a un empleador a readmitir en el local de su empresa, para reincorporarlo al empleo, al trabajador cuyos servicios desea no utilizar más [...]" (Diario de sesiones de la Convención Nacional Constituyente. Año 1957, Buenos Aires, Imprenta del Congreso de la Nación, 1958, t. II, p. 1226). El distingo, por lo demás, también fue puesto de manifiesto en cuanto se entendió que la cláusula "protección contra el despido arbitrario" resultaba el principio que había informado la sanción de la ley 11.729, relativa a los trabajadores del sector privado, por lo que se agregaba, mediante el proyecto de reformas, la estabilidad del empleado público (convencional Martella, ídem, t. II, p. 1243)."*

Analizándolo desde la estabilidad absoluta reconocida en el empleo público, el texto constitucional tendría la finalidad de excluir a este sujeto de la discrecionalidad de su empleador-Estado sobre la permanencia del vínculo<sup>246</sup>, produciéndose una limitación de la facultad de los Estados nacional, provinciales y municipales sobre el ingreso<sup>247</sup> o egreso laboral del empleado/a público<sup>248,249</sup>. De tal manera, y a *contrario sensu*, el sujeto trabajador del ámbito privado queda sometido a aquella discrecionalidad de su empleador/a respecto a la permanencia de la relación contractual, y el mandato constitucional se dirige a protegerlo/a de las consecuencias de aquella discrecionalidad patronal, pero no la niega. De tal modo, el mandato constitucional para el Derecho del Trabajo es regular aquella protección a la persona que trabaja contra los daños causados por el despido arbitrario, considerando la especial

---

<sup>246</sup> CSJN; 27/12/11. *S. T., G. E. c. E.N. - Sindicatura General de la Nación* -. Fallos: 334:1909.

<sup>247</sup> Art. 16 de la Constitución Nacional.

<sup>248</sup> Duarte, David. *Visión nacional y provincial del empleo público*. La Ley Online: AR/DOC/2923/2008.

<sup>249</sup> CSJN; 18/06/13. *Asociación de Trabajadores del Estado c/ Municipalidad de Salta*. Fallos: Fallos: 336:672

calificación que se le otorga en esta tesis al concepto de arbitrariedad.

Las excepciones a esta regla están dadas por las personas que tienen el carácter de representantes sindicales, ya que, si bien están comprendidas en el sector del empleo privado y quedarían entonces bajo el sistema meramente protectorio, el mandato constitucional les otorga el derecho a la estabilidad en sus empleos; y por la mujer durante la gestación, ya que el art. 177 párrafo 4 de la ley 20.744 *garantiza* su derecho a la estabilidad en el empleo.

Asimismo, la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se muestra contraria a la idea de estabilidad absoluta en el ámbito privado en relación al despido *arbitrario*, lo cual no podría sostenerse respecto al despido *discriminatorio* desde la sentencia en el caso *Álvarez*<sup>250</sup>. Los fallos que señalan este camino en relación al despido arbitrario son los pronunciados en las causas *De Luca*<sup>251</sup>, *Nazar*<sup>252</sup>, *Figuroa*<sup>253</sup> y *UOMRA*<sup>254</sup>, a los que debe agregarse el ya citado *Madorrán*<sup>255</sup>. De la doctrina que surge de estos precedentes, puede leerse que nuestro máximo tribunal ha negado la posibilidad jurídica de existencia de un régimen de estabilidad absoluta en el sector privado. Estos fallos han sido objeto de numerosos comentarios<sup>256;257</sup>, pero destaco especialmente que la Corte ha rechazado la

---

<sup>250</sup> CSJN; 07/12/10. *Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A.* Fallos: 333:2306.

<sup>251</sup> CSJN; 25/02/69. *De Luca, José E v. Banco Francés del Río de la Plata.* Fallos: Fallos 273:87.

<sup>252</sup> CSJN; 22/04/80. *Nazar, Luis M. c. Asociación Trabajadores de la Industria Lechera de la República Argentina.* Fallos: 302:319

<sup>253</sup> CSJN; 04/09/84. *Figuroa, Oscar F. y otro v. Loma Negra.* Fallos: 306:1208

<sup>254</sup> CSJN; 26/12/91. *UOMRA Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina v. SOMISA Sociedad Mixta Siderurgia Argentina.* SAIJ: FA91000589.

<sup>255</sup> También debe destacarse el Considerando n° 15 del voto del Dr. Rosatti en: CSJN; 04/09/2018. *Varela, José Gilberto c. Disco SA s/ amparo sindical.* Fallos 341:1106.

<sup>256</sup> Rodríguez Mancini, Jorge. *Estabilidad impropia o relativa según la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Desde "De Luca" a "Madorrán" pasando por "Figuroa" y "UOM". Cuatro integraciones y un solo concepto.* Derecho del Trabajo 2009 (agosto), 829. Cita Online: AR/DOC/2387/2009

<sup>257</sup> Pinto, Silvia. *El Derecho a la estabilidad en el empleo.* En: AA.VV. Ackerman, Mario (Dir). *Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho del trabajo y la seguridad social.* Ed. La Ley. Buenos Aires (2002); págs. 123 y sigs.

estabilidad absoluta en el sector privado aun cuando este sistema tuviese una fuente convencional<sup>258</sup>. La gran mayoría de los comentarios a estos fallos analizan el conflicto que involucra el derecho a la estabilidad versus los derechos (también constitucionales) de propiedad privada y libertad de empresa, pero debe observarse que en los casos en que la estabilidad absoluta en el ámbito privado tenga su regulación normativa en un convenio colectivo de trabajo (*Figueroa c. Loma Negra*), ello sería entonces consecuencia de la libertad sindical -por un lado- y de la libertad empresaria -por el otro- en el marco de la negociación colectiva. Y si bien la Corte en *Figueroa* no se detiene a analizar que la alegada supresión del “*poder discrecional que es imprescindible reconocer a los empleadores en lo concerniente a la integración de su personal*” es el resultado de la negociación que la propia empresa (a través de su representación colectiva) llevó adelante con el sindicato<sup>259</sup>, el resultado de la doctrina jurisdiccional lleva a considerar si el mandato constitucional del art. 14bis con respecto al empleo privado es asimismo una limitación a la autonomía colectiva de las partes. En el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo es frecuente las referencias a *pisos* como normas de orden público que imponen un límite mínimo a la voluntad de las partes<sup>260</sup>, ya sea en forma individual o colectiva<sup>261</sup>, pero no se reconoce con la misma frecuencia la existencia de *techos*, como materia excluida de negociación en mejora para el sujeto que trabaja<sup>262</sup>.

Frente a la expectativa de mantenimiento de la relación laboral que se genera a través del contrato *relacional* de trabajo, desde la estructura constitucional puede observarse que el amparo legal es absolutamente distinto, pues mientras el sujeto que se relaciona con la

---

<sup>258</sup> *Solano Tejada, Francisco c Asociación Colonia de Vacaciones del personal del Banco Provincia de Buenos Aires*. Fallos: 304:335. *Nazar, Luis c ATILRA*. *Castro, Mirta c ATE*. *Colomer, Miguel c Colegio Médico de la Ciudad de Córdoba*. Fallos: 303:266. *Pelaia, Aurelio c SADAIC*. Fallos: 315:1441.

<sup>259</sup> En el caso *UOMRA* si bien también se litigaba en base a una norma convencional, se discutía la falta de homologación del acuerdo colectivo.

<sup>260</sup> Tampoco el CCT puede imponer estabilidad impropia en el marco del empleo público.

<sup>261</sup> Escapa al objeto de la tesis, pero debo mencionar, el problema de la sucesión de convenios colectivos cuando el segundo acuerdo establece condiciones menos favorables de aquel que reemplaza (*reformatio in pejus*).

<sup>262</sup> Como ejemplo de excepción, puede citarse el art. 256 de la ley 20.744.

administración pública tiene reconocida su *estabilidad*, esa palabra no se menciona en el texto constitucional respecto del empleo privado, en el cual el nivel de amparo se limita a la protección contra los daños sufridos por el despido arbitrario (con excepción, reitero, de los representantes sindicales y la mujer durante el embarazo).

Y aquí es necesario volver sobre la interpretación del art. 90 de la ley 20.744 en cuanto dispone el principio de indeterminación del plazo del contrato de trabajo<sup>263</sup>. Pues si se entiende que es una obligación impuesta al empleador por el sistema de integración automática del contrato de trabajo por la fuente legal<sup>264</sup>, entonces deberíamos asumir que el empleador ha perdido aquella discrecionalidad en el mantenimiento de la relación contractual laboral que reconoce el art. 14 Bis de la Constitución Nacional y que, según lo expresó la Corte Federal en el caso *Madorrán*, es la regla en el ámbito privado.

Se produce, entonces, un importante quiebre en el sistema normativo, pues mientras el art. 14 Bis de la Constitución Nacional regula la protección contra las consecuencias dañosas de una potestad jurídica que reconoce al empleador (la discrecionalidad o arbitrariedad en la finalización del contrato) y que justamente por eso dispone una protección contra la misma, la Ley de Contrato de Trabajo es interpretada en contra de la existencia de esa discrecionalidad en la idea en que el sujeto trabajador tiene un *derecho* a la permanencia en el contrato.

Esta interpretación se origina, entiendo yo, pues se ha obviado el carácter *relacional* del contrato de trabajo. De tal forma, lo que regulan los arts. 90 y 91 de la ley 20.744 no es una obligación del empleador pues ni siquiera está incorporado al Capítulo 7 del Título II de la ley, en el cual se regulan los *derechos y deberes de las partes* del contrato de trabajo, sino que se reconoce a través de la regulación de la modalidad del plazo la legítima expectativa que ambas partes del contrato de trabajo tienen en permanecer en él -entendiéndose (o

---

<sup>263</sup> *El contrato de trabajo se entenderá celebrado por tiempo indeterminado...*

<sup>264</sup> Como se expuso al estudiar la arbitrariedad como ilicitud.

prefiriéndose<sup>265</sup>) por tiempo determinado incierto ante la ausencia de expresión de voluntad distinta de las partes<sup>266</sup>. Los daños por el quiebre de esa expectativa son intentados de disminuir por medio del preaviso que ambas partes se deben<sup>267</sup>, a los efectos de evitar la intempestividad en la comunicación rupturista; y luego por la indemnización prevista en el art. 245 de la ley 20.744, con la naturaleza jurídica que propondré en esta tesis.

De esta forma, existe en la doctrina argentina un salto en la interpretación constitucional del sistema que, soslayando la facultad discrecional reconocida al empleador respecto de la permanencia del vínculo laboral, permite ir directamente a considerar a los arts. 90 y 91 de la ley 20.744 como un derecho de *estabilidad* de la persona que trabaja en el contrato de trabajo o, desde el otro lado de la moneda, considerar que existe una obligación del empleador en la permanencia del vínculo contractual, cuyo incumplimiento constituye un acto ilícito.

Entiendo que el *iustlaboralismo* pretende leer en el art. 14 Bis de la Constitución Nacional más de lo que el texto legal dispone, en la loable tarea de elevar la protección a la persona que trabaja. Pero, debo observar, que por más loable que sea el fin, desde el punto de vista jurídico se está construyendo una teoría que es débil en sus cimientos. Y los resultados luego indican que, en la práctica, el efecto protectorio es pobre, pues la persona que trabaja sufre las consecuencias del despido decidido por el simple arbitrio del empleador, pero carece de una regulación legal que le asegure en forma inmediata aquella protección dispuesta en el texto constitucional. Esta tesis tiene por finalidad proponer una mejora en el sistema protectorio, pero para ello es necesario abandonar el paradigma de la ilicitud del despido directo sin causa.

#### **a.1.ii / El mandato convencional.**

---

<sup>265</sup> García, Héctor. *Autonomía individual y estabilidad en el contrato de trabajo a plazo fijo*. Revista de Derecho Laboral 2005-2. Contratación laboral. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2005). Cita: RC D 2266/2012

<sup>266</sup> En contra: Ferreirós, Estela. *Ob. Cit.*

<sup>267</sup> Art. 231 de la ley 20.744.

Volviendo al análisis constitucional, y en tanto el bloque de constitucionalidad no se agota en el texto de la Constitución Nacional, es necesario también considerar si el mandato constitucional del art. 14 Bis es complementado con los demás instrumentos jurídicos internacionales que integran aquel bloque.

Como lo señala José Miguel Onaindia “*al incorporarse en 1957 el actual artículo 14 bis -norma troncal de los principios constitucionales que regulan esta actividad humana- le dedicó dos cláusulas específicas que constituyen la consagración de los derechos humanos operativos y de una norma directiva al Congreso para que proteja contra el despido arbitrario al trabajador del ámbito privado y del ámbito público.*

*Este principio constitucional (que ya estaba presente en la legislación ordinaria antes de 1957) fue enfatizado por el proceso de modificación realizado en 1994, pues si bien la cuestión social no ocupó la agenda de las fuerzas políticas que promovieron esta modificación, al otorgarle un nuevo “status jurídico” a los tratados internacionales, elevaron al mayor rango jerárquico normas de este carácter que complementaban y extendían las garantías ya vigentes en nuestra Carta Magna. De esta forma, el análisis de la protección constitucional contra el despido arbitrario no puede prescindir de la regulación que recibe en los pactos y tratados a los que el artículo 75 inciso 22) de la Constitución Nacional otorga igual jerarquía que sus propias normas.”<sup>268</sup>*

Considero que este nivel de fuente normativa es el que más ha puesto en jaque al sistema argentino de despido arbitrario dado que en él ha depositado la doctrina argentina<sup>269</sup> la última esperanza de fundar el argumento del despido como acto ilícito<sup>270</sup> y, por lo tanto, el

---

<sup>268</sup> Onaindia, José Miguel. *Protección constitucional contra el despido arbitrario*. En: AA.VV. *El despido arbitrario y sus consecuencias indemnizatorias*. García Vior, Andrea (Coord.). Colección temas de derecho laboral n° 8. Ed. Errepar. Buenos Aires (2010); págs. 8 y 9.

<sup>269</sup> Por el contrario, en la doctrina europea se puede notar una menor expectativa respecto al derecho *al* despido. Ya sea porque entienden su ámbito de aplicación como referido a la política de empleo, o bien porque se descrea de su eficacia como efectiva garantía protectoria.

<sup>270</sup> Croce, Matías. *Algunas reflexiones en derredor de la estabilidad como derecho desde una mirada axiológica y breve ensayo sobre la posibilidad de implementar la estabilidad propia en el empleo privado a partir del derecho internacional de*

que más forzará en esta tesis la idea de ilegalidad del despido. Ello, en tanto que si en algún instrumento internacional que integre el bloque federal de constitucionalidad es posible fundar un derecho de la persona que trabaja a la conservación del contrato de trabajo imponiéndose de este modo una obligación al empleador, entonces el art. 14 Bis de la Constitución Nacional se vería desplazado por una norma de protección distinta y más amplia<sup>271</sup>. Esto sería el desplazamiento del principio protectorio constitucional laboral (art. 14 Bis CN) por el principio protectorio convencional de los Derechos Humanos. Sobre este desplazamiento da cuenta César Arese, expresando que: *“el Derecho del Trabajo, como pionero en materia de protección de una de las partes débiles de las relaciones civiles, perdió protagonismo exclusivo ante otros Derechos, básicamente el Derecho de los Derechos Humanos extendidos a los derechos sociales y, aunque sea discutible, ante el Derecho común transversal de naturaleza constitucional e inclusive civil. A la mirada autosuficiente del Derecho del Trabajo que daba respuestas a casi todo lo que podía ocurrir en derredor de la relación de trabajo, se le antepuso la lente siempre en aumento, como no podría ser de otra manera, de los derechos fundamentales de la persona, se encuentre o no en relación de dependencia. El trabajador de overol se convirtió en un hombre dotado de personalidad civil o social y en sujeto protegido de los derechos civiles en el amplio sentido del concepto.”*<sup>272</sup>

En la fuente normativa internacional, el Derecho del Trabajo adquiere su mayor expresión protectoria, elevándose ciertos derechos de la persona que trabaja<sup>273</sup> al nivel de los

---

*los derechos humanos en clave laboral*. Revista de Derecho Público. Tomo: 2012-2 Empleo público - II. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2012). Cita: RC D 15/2015

<sup>271</sup> Sobre la relación de las cláusulas de la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos incorporados a nivel constitucional por el art. 75 inc.22 de la Constitución Nacional ver: Gialdino, Rolando. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: principios, fuentes, interpretación y obligaciones*. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires (2013); págs. 383 y sigs.

<sup>272</sup> Arese, César. *La readmisión laboral en el PIDESE, el Convenio 158 de la OIT y el Protocolo de San Salvador a través del fallo de la CSJN "Álvarez"*. Revista de Derecho Laboral. Tomo: 2011-1. Extinción del contrato de trabajo-III. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2011). Cita: RC D 446/2013.

<sup>273</sup> Respecto a la persona empleadora, debe considerarse la Opinión Consultiva n° 22 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Derechos Humanos, y regulándose especialmente para el ámbito laboral ciertos Derechos Humanos; por lo cual, como afirma David Duarte, “*existe tanto un gran elenco de derechos laborales que son derechos humanos, como un gran número de derechos humanos en el trabajo.*”<sup>274</sup> De tal manera, los Derechos Humanos Laborales son aquellos que reconociendo su carácter de Derechos Humanos y por lo tanto inherentes a toda persona, logran su expresión protectoria en el ámbito de la relación de trabajo dependiente<sup>275</sup>. De esta forma, desaparece la figura del *trabajador* o *trabajadora* para referirse, como se hace en esta tesis, a *la persona que trabaja*; o tal vez en forma aún más precisa a *la persona en situación de trabajo*. Con esto se destaca el carácter único de la persona humana y su insoslayable e inescindible dignidad, pero el especial ámbito de protección de esa dignidad en la situación de trabajo dependiente.

A nivel internacional, en lo que respecta a los derechos sociales, los Estados asumen obligaciones de cuatro tipos o niveles. En primer lugar, la obligación de *respeto* implica un no hacer, como abstención del Estado de vulnerar el derecho. En este sentido, coincide con las obligaciones estatales respecto a los derechos civiles y políticos, que se asumen como una conducta de reconocer un ámbito de libertad, territorio sobre el cual el Estado debe abstenerse de avanzar. En segundo lugar, la obligación de *garantía* implica un hacer positivo por parte del Estado, lo que impone el reconocimiento expreso del derecho de la forma que corresponda (sistema monista o dualista) en su ordenamiento jurídico. La tercera obligación implica *proteger* ese derecho respecto a los eventuales derechos de terceros que podrían restringirlo. Finalmente, en cuarto lugar, el Estado se obliga a *promover* el desarrollo de ese Derecho a través de políticas públicas, lo que implica eventualmente la afectación de fondos de dinero público.

En relación al despido, las obligaciones de *proteger* y *garantizar* se encuentran contenidas en el art. 14 Bis de la Constitución Nacional, pero es importante determinar si los

---

<sup>274</sup> Duarte, David. *La protección contra el despido arbitrario y la estabilidad en el empleo*. Revista Derecho del Trabajo. Año III, N° 8. Ediciones Infojus. Buenos Aires (2014); pág. 28

<sup>275</sup> Arese, César. *Sobre confrontación de derechos fundamentales*. Derecho del Trabajo 2017 (diciembre), 2425. Cita Online: AR/DOC/2614/2017

instrumentos convencionales otorgan una mayor amplitud a esas obligaciones que implique una tutela mayor que el art. 245 de la ley 20.744.

En lo que refiere a la protección de la dignidad de la persona que trabaja, el bloque constitucional federal argentino (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional) está conformado por instrumentos internacionales que integran tanto el sistema universal como el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, y este conjunto de normas internacionales dialogan en el mismo nivel constitucional con el art. 14 Bis. Y de tal modo, debe estudiarse especialmente si el sistema protectorio diseñado por el art. 14 Bis de la Constitución Nacional sobre la base de la protección contra el despido arbitrario es de alguna forma complementado o modificado por las normas internacionales<sup>276</sup>.

Con respecto al sistema universal, la protección de la persona en situación de trabajo se materializa principalmente en tres instrumentos generales: la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*<sup>277</sup> y el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (en adelante *PIDESC*)<sup>278</sup>.

El art. 23 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* reconoce el derecho de toda persona al trabajo, a la libre elección del mismo, a la protección contra el desempleo, a salario igual por trabajo igual, a condiciones equitativas y satisfactorias en el trabajo y a una remuneración equitativa y satisfactoria que asegure al trabajador y su familia una vida digna. Luego, el artículo 25 de la *Declaración* reconoce el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado que incluye salud, bienestar, alimentación, vivienda, vestido y seguros en caso de desempleo, enfermedad, viudez y vejez, aún en los casos en que pierda los medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

---

<sup>276</sup> Arese, César. *Ob. Cit. La readmisión...*

<sup>277</sup> Y sus dos protocolos facultativos ratificados por leyes 23.313 y 26.380.

<sup>278</sup> Ratificado por la República Argentina por ley n° 23.313. Ahora también denominado *PIDESCA* como resultado de la incorporación de los derechos ambientales.

El art. 8 del *Pacto de Derechos Civiles y Políticos* proscribe la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso u obligatorio.

Por su parte, el artículo 6 del *Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* reconoce “*el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado*”.

Luego, el bloque federal de constitucionalidad también reconoce protección a la persona en situación de trabajo en instrumentos jurídicos internacionales del sistema universal pero relacionados a grupos vulnerables específicos. Así, la *Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, impone la obligación de adoptar medidas para evitar la discriminación contra la mujer en el acceso al empleo y en el disfrute de los derechos laborales. La *Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial* prohíbe la discriminación racial en el disfrute del derecho de todas las personas al trabajo, garantizando que la pertenencia racial no será un obstáculo para la libre elección del empleo, a que sea desarrollado en condiciones equitativas y satisfactorias, así como el derecho a fundar sindicatos y sindicarse. La *Convención sobre los Derechos del Niño* reconoce el derecho de los niños y las niñas a estar protegidos “*contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social*”. La *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*<sup>279</sup> reconoce “*el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad*”. La *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*<sup>280</sup> prohíbe la discriminación de las personas por su condición de migrantes, especialmente en el ejercicio de los derechos laborales.

---

<sup>279</sup> Ratificada por Ley 26.378.

<sup>280</sup> Ratificada por Ley 26.202.

Como instrumentos del sistema regional interamericano que otorgan protección a la persona en situación de trabajo se encuentran en el bloque federal de constitucionalidad argentino: la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, la cual consagra el derecho al trabajo y a una remuneración justa que permita un nivel de vida conveniente para la persona que trabaja y su familia; la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Pacto de San José de Costa Rica), que prohíbe la esclavitud y la servidumbre en todas sus formas y proscribe el trabajo forzoso u obligatorio, y su *Protocolo Adicional* (Protocolo de San Salvador)<sup>281</sup>, que reconoce el derecho de todas las personas al trabajo y a que se garantice su ejercicio en condiciones justas, equitativas y satisfactorias.

Y, más allá del bloque federal de constitucionalidad argentino, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante *CIDDHH*), ha señalado en la causa *Lagos del Campo*<sup>282</sup> que: “Además de la derivación del derecho al trabajo a partir de una interpretación del artículo 26 en relación con la Carta de la OEA, junto con la Declaración Americana, el derecho al trabajo está reconocido explícitamente en diversas leyes internas de los Estados de la región<sup>283</sup>, así como un vasto corpus iuris internacional; inter alia: el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los artículos 7 y 8 de la Carta Social de las Américas, los artículos 6 y 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 11 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el artículo 32.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como el artículo 1 de la Carta Social Europea y el artículo 15 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos.”

---

<sup>281</sup> Ratificado por ley 24.658.

<sup>282</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. 31/08/17. *Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

<sup>283</sup> Entre las normas constitucionales de los Estados parte de la Convención Americana que refieren de alguna forma a la protección del derecho al trabajo, se encuentran: Argentina (art. 14 bis), Bolivia (art. 46 y 48), Brasil (art. 6), Colombia (art. 25), Costa Rica (art. 56), Chile (art. 19), Ecuador (art. 33), El Salvador (art. 37 y 38), Guatemala (art. 101), Haití (art. 35), Honduras (arts. 127 y 129), México (art. 123), Nicaragua (arts. 57 y 80), Panamá (art. 64), Paraguay (art. 86), Perú (art. 2), República Dominicana (art. 62), Surinam (art. 4), y Uruguay (art.36), y Venezuela (art. 87).

En este nivel normativo convencional, surge como novedad el derecho *al* trabajo, en el cual la doctrina argentina ha pretendido encontrar el fundamento de una protección contra el despido arbitrario que implique una estabilidad mayor, o más intensa, que la *protección contra el despido arbitrario* contenida en el art. 14 Bis de la Constitución Nacional. Sin embargo, estimo que este esfuerzo doctrinario ha expandido argumentativamente el derecho *al* trabajo, sin tener en cuenta la estructura del propio sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos.

#### **a.1.ii.I / El derecho *al* trabajo.**

En lo que importa en esta tesis, el objeto de estudio es determinar cuál es el grado de protección que se dispone contra el despido arbitrario en el Derecho argentino, considerando la protección de la persona que trabaja como un Derecho Humano. Y de los instrumentos internacionales señalados como integrantes del bloque federal de constitucionalidad, si bien no existe una referencia directa y concreta a la materia más allá de los seguros contra desempleo (seguridad social cuando ya se ha perdido el empleo), el tema puede abordarse desde el concepto del *derecho al trabajo*, mencionado en el art. 23 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, el art. 6 del *Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, los arts. 34.g y 45.b de la *Carta de la Organización de Estados Americanos* (OEA) -Carta de Bogotá-, el art. XIV de la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, y el art. 6 del *Protocolo de San Salvador*.

Este *derecho al trabajo* es una incorporación al bloque federal de constitucionalidad (vía el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional) que implica una novedad en el sistema liberal constitucional del año 1953. Como afirma Julio Lalanne, “*la constitución de 1853 consignó, entre los derechos básicos enumerados en el art. 14 a favor de todos los habitantes, y en el art. 20 a favor de los extranjeros, el derecho de trabajar. En cuanto a su contenido, el derecho de trabajar implica, en su aspecto positivo, la posibilidad del individuo de elegir libremente la actividad, profesión u ocupación en la que se va a desempeñar, ya sea en relación de dependencia o en forma independiente o por cuenta propia, para obtener los medios para su subsistencia, y, en su aspecto negativo, la facultad de no trabajar. El sujeto*

*activo de este derecho, es decir, su titular, es el hombre y, por derivación, las asociaciones, empresa o personas jurídicas y el sujeto pasivo es el estado y los demás hombres.*”<sup>284</sup> En el año 1957, el *Derecho del trabajo* recibe su reconocimiento constitucional en el *artículo nuevo*, ahora 14 Bis, como mandato protectorio de la persona en situación de trabajo.

En ese esquema liberal constitucional, en el año 1994 el *derecho al trabajo* se incorpora como una novedad, pues esta noción jurídica implica una visión no solo distinta a los espacios de libertad reconocidos en el texto de 1853<sup>285</sup>, sino también más amplia que el tradicional derecho *del* trabajo pues no solo abarca la regulación de la situación fáctica de la persona que se encuentra comprendida efectivamente en una relación laboral sino que intenta regular aún momento previos a la contratación laboral, referidos al acceso al trabajo, o bien aspectos que no están vinculados a la relación típica de subordinación laboral, en lo que se conoce como derechos *inespecíficos* laborales.

Como afirma César Carballo, “*el derecho al trabajo exhibe un contenido complejo cuya materialización comporta múltiples deberes en cabeza del Estado que habrán de conjugarse y ponderarse entre sí: generación de puestos de trabajo, estables y productivos, que tiendan a garantizar el pleno empleo; garantía de adecuados niveles de información, formación y readaptación profesionales; respeto a la libertad de elección del trabajo u ocupación; implementación y funcionamiento de un apropiado sistema de intermediación laboral; régimen eficaz de estabilidad en el empleo; contrataciones preferentes en atención a las cargas familiares del demandante de empleo o por virtud de rasgos que pudieren marginarlo del mercado de trabajo (personas con discapacidad, jóvenes sin experiencia laboral, adultos mayores, minorías étnicas, etcétera); adecuados niveles de protección contra la cesantía y el desempleo; valoración del empleo como bien jurídico susceptible de tutelarse*

---

<sup>284</sup> Lalanne, Julio. *Derechos individuales y colectivos del trabajador*. En: Grosman, Lucas, Rivera (h.), Julio, Legarre, Santiago y Elias, José (Dir.) *Tratado de los derechos constitucionales*. Tomo III. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires (2014); págs. 4-120.

<sup>285</sup> Sobre una vinculación originaria del *derecho al trabajo* con la *propiedad* ver: Orsini, Juan. *El derecho al trabajo como límite constitucional al despido injusto*. Derecho Social. Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales n° 42. U.N.L.P. La Plata (2012); págs. 364 y sigs. La Ley Cita Online: AR/DOC/5307/2012.

*mediante la autonomía colectiva de la voluntad; etcétera.*”<sup>286</sup>

Sin embargo, y en lo que importa en esta tesis en relación a la protección contra el despido arbitrario, el derecho *al* trabajo es utilizado para reformular instituciones del derecho *del* trabajo, y en este sentido Hugo Barretto Ghione, refiriéndose al derecho uruguayo pero en conceptos que pueden trasladarse al análisis argentino, afirma que: “*Plá Rodríguez, en atención a la durabilidad del vínculo laboral identifica un principio de continuidad que atribuye a la relación “la más larga duración” posible, merced a una serie de proyecciones que imponen la continuidad por sobre el fraude, la variación, la infracción, la arbitrariedad, la interrupción y la sustitución, afirmando que en nuestro país no hay ningún tipo de estabilidad propia que determine el reintegro obligatorio, existiendo como remedio “medidas destinadas a proteger contra el despido injustificado, pero no prohibirlo”. (...) El “descubrimiento” del derecho al trabajo como derecho fundamental determina una nueva mirada al principio de continuidad tal como ha venido aplicándose, dado que la estabilidad parece ir tomando un papel cada vez más decisivo.*”<sup>287</sup> y luego, continúa afirmando que “*el derecho al trabajo es el fundamento último y principal de toda limitación del poder de poner fin a la relación de trabajo por el empleador. En el plano de la efectividad, la respuesta del orden jurídico en caso de contravención podrá traducirse en la disyuntiva indemnización/readmisión.*”<sup>288</sup>

En consecuencia, debe estudiarse si esta noción de derecho *al* trabajo, desde el ámbito convencional, implica una ampliación del nivel protectorio del art. 14 Bis de la Constitución Nacional. Pues, como afirma Juan Orsini, “*el derecho al trabajo se convierte en un indiscutible límite constitucional al despido injusto*”<sup>289</sup>, pero es necesario determinar dónde

---

<sup>286</sup> Carballo Mena, César. *Estabilidad en el empleo. Especial referencia al régimen jurídico venezolano*. Revista de Derecho del Trabajo. Ed. Fundación Universitas. Barquisimeto (2014); págs. 63 y sigs.

<sup>287</sup> Barretto Ghione, Hugo. *Derecho al trabajo y poder directivo del empleador: un replanteamiento*. En: XXII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Libro de ponencias. Ed. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo (2011); pág. 112/3.

<sup>288</sup> Barretto Ghione, Hugo. *Ob.Cit.*; pág. 108.

<sup>289</sup> Orsini, Juan. *Ob. Cit. El derecho al trabajo...*

está ese límite, es decir, si la limitación del despido arbitrario es más intensa que la del art. 14 Bis de la Constitución Nacional.

Y si bien la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, la *Carta de la OEA* y la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* se refieren al *derecho al trabajo*, el *PIDESC* y el *Protocolo de San Salvador* son más específicos<sup>290</sup> pues califican el mismo: el *PIDESC* en su art. 6 enunciando que es “*el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado.*” y el *Protocolo* en su art. 6 expresando que el derecho al trabajo “*incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada.*”.

De este modo, si bien esto puede entenderse como el derecho de toda persona a realizar una actividad lícita que le permita obtener medios que le garanticen a ella y a su familia una vida digna<sup>291</sup>, esto es el derecho *al acceso al empleo*<sup>292</sup>, se podría argumentar que la mayor vinculación del art. 6 del *PIDESC* con la estabilidad laboral se desprende de la *Observación General n° 18* aprobada el 24 de noviembre de 2005 por el *Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* como interprete especializado del *PIDESC* reconocido por la República Argentina<sup>293</sup>, al declarar como incluido en este concepto jurídico el derecho de la persona que trabaja a no verse privado arbitrariamente de su empleo. Esta misma interpretación del art. 6 del *PIDESC* ha sido sostenida por la Corte Suprema de Justicia de la

---

<sup>290</sup> Courtis, Christian. *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Biblioteca jurídica virtual del Instituto de investigaciones jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)

<sup>291</sup> Molina Higuera, Angélica *Aproximaciones sobre el derecho al trabajo desde la perspectiva de los derechos humanos*. [www.scielo.org.co/pdf/esju/v9nspe/v9s1a8.pdf](http://www.scielo.org.co/pdf/esju/v9nspe/v9s1a8.pdf)

<sup>292</sup> Machado, José Daniel. *Estabilidad y derecho “al” trabajo, a la luz de los instrumentos internacionales*. Revista de Derecho Laboral 2010-2. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2010); págs. 265 y sigs. Acceso libre al empleo entendido principalmente como la negación del trabajo forzoso y el rechazo al régimen corporativo de pertenencia gremial de oficios. Seco, Ricardo. *Estabilidad de los trabajadores privados. “De Luca” visto desde “Álvarez vs. Cencosud”*. Revista de Derecho Laboral. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2012). Cita: RC D 3939/2012

<sup>293</sup> Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por Ley 26.663.

República Argentina desde el caso *Vizzoti*<sup>294</sup>.

En el punto 4 de la Observación General, el Comité afirma que: “*el derecho al trabajo, amparado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, afirma la obligación de los Estados Partes de garantizar a las personas su derecho al trabajo libremente elegido o aceptado, en particular el derecho a no ser privado de trabajo de forma injusta.*” Y seguidamente hace referencia al acceso al empleo, advirtiendo en el punto 6 que “*el derecho al trabajo no debe entenderse como un derecho absoluto e incondicional a obtener empleo*”, y en ese mismo punto reitera que “*Además implica el derecho a no ser privado injustamente de empleo.*” Sin embargo, la referencia fuerte y específica a la estabilidad laboral se encuentra en el punto 11 de esta Observación General, en el cual el Comité declara que “*el Convenio N° 158 de la OIT, sobre la terminación de la relación de trabajo (1982) establece la legalidad del despido en su artículo 4 e impone, en particular, la necesidad de ofrecer motivos válidos para el despido así como el derecho a recursos jurídicos y de otro tipo en caso de despido improcedente.*”

El Comité explica que “*al igual que todos los derechos humanos, el derecho al trabajo impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: las obligaciones de respetar, proteger y aplicar.*”

*La obligación de respetar el derecho al trabajo exige que los Estados Partes se abstengan de interferir directa o indirectamente en el disfrute de ese derecho. La obligación de proteger exige que los Estados Partes adopten medidas que impidan a terceros interferir en el disfrute del derecho al trabajo. La obligación de aplicar incluye las obligaciones de proporcionar, facilitar y promover ese derecho. Implica que los Estados Partes deben adoptar medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales y de otro tipo adecuadas para velar por su plena realización.*”

---

<sup>294</sup> CSJN; 14/09/2004. *Vizzoti, Carlos Alberto c AMSA SA*. Fallos: 327:3677. Considerando n° 10: cuando afirma que el PIDESC “*enuncia el "derecho a trabajar" (art. 6.1), comprensivo del derecho del trabajador a no verse privado arbitrariamente de su empleo, cualquiera que sea la clase de éste.*”

Y al referirse específicamente a la obligación de proteger el derecho al trabajo que asumen los Estados Partes, el Comité expresa que *“las obligaciones de proteger el derecho al trabajo incluyen, entre otras, los deberes de los Estados Partes de aprobar la legislación o de adoptar otras medidas que garanticen el igual acceso al trabajo y a capacitación y garantizar que las medidas de privatización no socavan los derechos de los trabajadores. Las medidas específicas para aumentar la flexibilidad de los mercados laborales no deben restar estabilidad al empleo o reducir la protección social del trabajador.”*

El Comité expresa que las víctimas de violaciones al derecho al trabajo *“tienen derecho a una reparación adecuada, que pueden adoptar la forma de una restitución, una indemnización, una compensación o garantías de no repetición.”*

Finalmente, y como cláusula de cierre, el Comité expresa que *“en la Observación general n° 3, el Comité confirma que los Estados Partes tienen la obligación fundamental de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto. En el contexto del artículo 6, esta "obligación fundamental mínima" incluye la obligación de garantizar la no discriminación y la igualdad de protección del empleo. La discriminación en el empleo está constituida por una amplia variedad de violaciones que afectan a todas las fases de la vida, desde la educación básica hasta la jubilación y puede tener un efecto no despreciable sobre la situación profesional de las personas y de los grupos. Por tanto, estas obligaciones fundamentales incluyen como mínimo los siguientes requisitos:*

*a) Garantizar el derecho de acceso al empleo, en especial por lo que respecta a las personas y grupos desfavorecidos y marginados, de forma que ello les permita llevar una existencia digna;*

*b) Evitar las medidas que tengan como resultado el aumento de la discriminación y del trato desigual en los sectores público y privado de las personas y grupos desfavorecidos y marginados o que debiliten los mecanismos de protección de dichas personas y grupos;*

*c) Adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacionales de empleo sobre la base de las preocupaciones del conjunto de los trabajadores, para responder a estas preocupaciones, en el marco de un proceso participativo y transparente que incluya a las organizaciones patronales y los sindicatos. Esta estrategia y plan de acción en materia de empleo deberán prestar atención prioritaria a todas las personas y los grupos desfavorecidos y marginados en particular, e incluir indicadores y criterios mediante los cuales puedan medirse y revisarse periódicamente los avances conseguidos en relación con el derecho al trabajo.”*

En consecuencia, y cómo análisis del texto de la Observación General n° 18, entiendo que la pretensión inicial de considerar a la estabilidad en el empleo como incluida dentro del concepto jurídico de derecho *al* trabajo, se particulariza en el punto 4 como el derecho a no ser privado injustamente del empleo, pero se circunscribe específicamente en el punto 11 con relación al Convenio OIT n° 158, asumiéndose la legalidad del despido. Con lo cual, la protección contra el despido *injusto* sería en referencia al despido por causas distintas a las que se mencionan en el art 4 del Convenio OIT n° 158<sup>295</sup>. Finalmente, y de trascendental importancia, el Comité no incluye el tema de la estabilidad en el concepto esencial mínimo del Derecho *al* trabajo<sup>296</sup>.

Como corolario, la referencia a la estabilidad en la Observación General n° 18 se diluye sin concretarse en una obligación estatal específica, más allá del Convenio OIT n° 158. Y si bien la restitución, como forma de reparación adecuada por violación al derecho al trabajo que reconoce el Comité, puede ser una medida adecuada en el caso de despidos antisindicales o discriminatorios<sup>297</sup>, esa solución no es extrapolable inmediatamente al

---

<sup>295</sup> Art. 4 Convenio OIT 158: “No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio.”

<sup>296</sup> Sobre el contenido esencial o mínimo de los DD.HH. ver: Ibarlucía, Emilio. *Sobre el contenido esencial de los derechos constitucionales*. La Ley 2016-F, 834. Cita Online: AR/DOC/2720/2016

<sup>297</sup> Gialdino, Rolando. *Reparaciones en materia de violación del Derecho Humano al Trabajo: Restitución, indemnización, compensación y garantías de no repetición*. La Ley 2018-F,1. Cita Online: AR/DOC/2359/2018.

despido sin justa causa arbitrario dado que el Comité no se pronuncia expresamente sobre la estabilidad al empleo como incluida dentro del derecho al trabajo y como obligación de proteger por parte de los Estados.

En consecuencia, estimo que la regulación del derecho *al* trabajo en el marco del PIDESC no intensifica el nivel de protección del art. 14 Bis de la Constitución Nacional.

Luego, y también en forma más específica, y en el ámbito americano, el *Protocolo de San Salvador*, reconoce el *derecho al trabajo* e impone a los Estados partes la obligación de garantizar condiciones de trabajo justas, equitativas y satisfactorias, dentro de las cuales se incluye la estabilidad en el empleo. En este sentido, el *Protocolo de San Salvador* implica una situación jurídica distinta al *PIDESC* pues, si bien ambos instrumentos internacionales coinciden en la idea del *derecho al trabajo* como la oportunidad de toda persona de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada, el art. 7 inc. d) del *Protocolo* impone a los Estados partes la obligación de garantizar “*la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional*”.

De tal manera, el esfuerzo por intentar comprender a la estabilidad dentro del concepto jurídico de Derecho *al* trabajo que se realiza en relación al *PIDESC* y la *Observación General n° 18* (inútilmente estimo yo para casos de despido que no sean discriminatorios o antisindicales), no es necesario hacerlo con respecto al *Protocolo*, pues la estabilidad se encuentra expresamente mencionada como obligación de proteger por parte de los Estados. De tal manera, en el marco del *Protocolo de San Salvador* es obligación estatal proveer y promover progresivamente un sistema legal doméstico que: a) disponga protección de la estabilidad laboral; b) bajo un régimen de sanciones que otorguen a la persona que trabaja -

como mínimo-<sup>298</sup> el derecho “a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional”. La elección de la solución normativa doméstica es potestad de cada Estado parte, sin que el art. 7.d) del *Protocolo* implique un menú de opciones disponibles para el sujeto individual frente a la violación de su derecho.

Por lo tanto, en el estudio de la influencia del *Protocolo de San Salvador* en el sistema jurídico argentino de protección contra el despido arbitrario, se debe observar qué tipo de obligación asume el Estado a través del instrumento internacional; ello en tanto la eficacia jurídica del instrumento internacional en el sistema argentino siempre lo es “en las condiciones de su vigencia” (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).

Al respecto, Juan Carlos Hitters afirma que: “*La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), como es por demás sabido, se ocupa de los Derechos Civiles y Políticos de manera preponderante, dándoles carácter operativo. En su art. 26 aborda los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA), pero imponiendo a los Estados la obligación de adoptar providencias a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr "progresivamente" la plena efectividad de los que derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA. Esta redacción implica que los DESCAs no eran totalmente operativos, ya que tenían que ir afirmándose poco a poco con las tareas que se les imponía a los propios países suscritos al modelo de San José de Costa Rica.*

(...)

*Por lo expresado conviene reiterar que el Pacto de San José le ha dado en sus orígenes amplia preferencia a los derechos civiles y políticos, ya que los económicos, sociales y culturales fueron abordados de manera incompleta y sin la intención de conferirle por aquel entonces plena operatividad. Ello así, pues el art. 26 —que les dedica a estos el*

---

<sup>298</sup> La Observación General N° 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, cuyo párrafo 10, determina que “corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos”.

*cap. III compuesto de una sola norma—, compromete a los signatarios, como vimos, al desarrollo progresivo de tales prerrogativas.*

*Esta dicotomía se explica claramente, porque los gestores entendieron que en el año 1969, cuando se pergeñó este documento internacional, no estaban dadas las condiciones en este sector continental para que tales derechos fueran self executing y pensaron que podían incorporarse luego —como realmente fue— a través de un Protocolo Adicional y demás documentos y prácticas.”<sup>299</sup>*

De esta forma, en el año 1988, la suscripción del *Protocolo de San Salvador* permitió paliar el déficit que la Convención Americana tiene en el tratamiento de los Derechos Sociales. Sin embargo, en el estudio de la intensidad de la protección regulada en el *Protocolo de San Salvador* es importante destacar que según el propio *Protocolo*, en el caso de incumplimiento por parte del Estado parte de su obligación internacional de proveer un sistema legal doméstico de protección a la estabilidad laboral, la responsabilidad del Estado no puede tramitarse como un caso contencioso ante la Corte Interamericana, pues ello es reservado por el art. 19.6 del *Protocolo* únicamente para el derecho de asociación y libertad sindical, y el derecho a la educación<sup>300</sup>. En consecuencia, cuando se analiza la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones ante despidos arbitrarios debe prestarse especial atención si la Corte juzga la protección del derecho a la libertad sindical<sup>301</sup> y cuál es el sistema protectorio doméstico dispuesto por el Estado reclamado.

Por lo tanto, la intensidad normativa del *derecho al trabajo* en el *Protocolo de San Salvador* debe asumirse bajo un concepto que en el orden constitucional argentino ha sido

---

<sup>299</sup> Hitters, Juan Carlos. *Los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales en la jurisprudencia de la Corte IDH y la reinterpretación del artículo 26 de la CADH*. La Ley 04/03/2020, 1. Cita Online: AR/DOC/3945/2019

<sup>300</sup> Salvioli, Fabián. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos*. XXXVIII Session d'enseignement. Institut international des droits de l'homme. Estrasburgo, Francia, Julio 2007.

<sup>301</sup> CIDDDH en los casos *Baena, Ricardo y Otros vs Panamá y Trabajadores del Congreso vs. Perú*.

superado desde el fallo *Ekmekdjian c. Sofovich*<sup>302</sup>, pero que el propio *Protocolo* recupera en su art. 19, esto es como una obligación *programática* del Estado, por la cual asume el compromiso de desarrollo progresivo de este derecho y de informar estos desarrollos conforme el sistema del art. 19 del *Protocolo*, pero sin que la materia sea judicializable como un caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De esta forma, sostiene Ana María Jiménez que “*el Sistema Interamericano de Derechos Humanos dio el primer paso en la garantía de los DESC al incluir en la Convención Americana sobre Derechos Humanos un artículo (art. 26) relativo a la protección de tales derechos, pero sólo hasta 1988 adoptó un protocolo adicional a la Convención Americana, en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador), que le permitiera contar con un instrumento específico para garantizar estos derechos. No obstante, dicho instrumento entró en vigor en el año 2000 y sólo para exigir el derecho a la libertad sindical y a la educación. Hasta la fecha, no se ha registrado un avance significativo respecto a la exigibilidad de otros derechos del Protocolo de San Salvador, para que puedan invocarse de manera directa ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*”<sup>303</sup>

Por lo tanto, el desarrollo del derecho *al* trabajo desde el *Protocolo de San Salvador* como una forma de estabilidad del empleo privado que implique una mayor protección que el art. 14 Bis de la Constitución Nacional tiene -al menos- dos limitaciones importantes en el propio sistema del *Protocolo*. En primer lugar, el derecho reconocido en el art. 6 se concretiza en el art. 7 en la obligación estatal de proveer garantías en su legislación doméstica y, en lo que refiere al despido (inc. d) especifica que “*en casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional*”, con lo cual el art. 245 de la ley 20.744

---

<sup>302</sup> CSJN, 07/07/92. *Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros. s/ Recurso de hecho*. Fallos: Fallos: 315:1492.

<sup>303</sup> Jiménez, Ana María. *Alcance de las obligaciones de los Estados frente a los derechos económicos, sociales y culturales*. En: AA.VV. *Diversidad y derechos fundamentales*. Revista de la Cátedra de Investigación Científica del Centro de Investigación en Política Criminal de la Universidad Externado de Colombia. Ed. Universidad Externado. Bogotá (2005); pág. 44.

cumpliría la obligación estatal de otorgar esa garantía contra el despido. Esto refuerza mi argumento en esta tesis que el sistema argentino de protección contra el despido arbitrario, si bien mejorable mediante reforma de la ley, sufre de una interpretación doctrinaria que le resta efectividad protectoria. Luego, en segundo lugar, el problema del *Protocolo* está dado por su art. 19.6 que indica que este derecho *al* trabajo no es ejecutable ante la Corte y, en consecuencia, la obligación estatal es aquella expresada en el art. 1, en el cual los Estados “*se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.*”

Sin embargo, dadas estas características señaladas de los DESCAs en los textos de los instrumentos internacionales que recortan su eficacia directa en los ordenamientos jurídicos domésticos, la ampliación de la protección contra el despido arbitrario en el ámbito convencional puede encontrar, más allá del *PIDESC* y del *Protocolo de San Salvador* un cause en el debate doctrinario en el más amplio tema de la ejecución de los derechos sociales<sup>304</sup>.

#### **a.1.ii.II / La exigibilidad de los derechos sociales.**

Si bien el tema de la exigibilidad de los derechos sociales<sup>305</sup> excede el objeto de esta tesis, creo que es importante su tratamiento dado que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha comenzado el desarrollo de una jurisprudencia que avala la interpretación de los DESCAs comprendidos en el art. 26 de la Convención Americana como derechos operativos, directamente exigibles ante la Corte. En tanto ese desarrollo jurisprudencial incluye la materia de la protección contra el despido arbitrario desde ese artículo de la Convención, es necesario

---

<sup>304</sup> Abramovich, Víctor y Courtis, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2ª Ed. Trotta. Madrid (2004).

<sup>305</sup> Bazán, Víctor. *Hacia la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano*. La Ley 2015-A, 863. Cita Online: AR/DOC/13/2015

su estudio pues cierta doctrina argentina ha postulado en esos fallos un incremento del nivel de protección contra el despido arbitrario.

La obligación estatal de desarrollo o promoción progresiva de los derechos sociales dio lugar al principio de progresividad entendido, en su génesis, dentro de esa obligación de promoción que no es ejecutable, pero respecto a la cual el Estado debe informar ante los organismos de control previsto en el instrumento internacional que se trate. En este sentido, cada reforma legislativa era observada desde esta perspectiva de compromiso internacional del Estado.

Sin embargo, esta limitación a la ejecución de los derechos sociales, a la posibilidad que el sujeto individual tutelado lo pueda invocar en forma particular en un proceso administrativo o judicial en el ámbito interno de cada Estado, ha comenzado a discutirse tratando de aplicar la idea imperante en el Derecho Constitucional argentino que supera la distinción entre normas operativas y programáticas, reconociendo a todas ellas la primera de estas características.

En su proceso de lograr efectiva ejecutoriedad, en primer lugar, los DESCAs han tenido que lograr ubicarse en el mismo nivel de los derechos civiles y políticos. Estos últimos, han sido entendidos como obligaciones negativas de los Estados, con lo cual sus garantías legislativas se expresaban como prohibiciones impuestas al Estado y a los demás individuos de abstenerse de invadir zonas de libertad del individuo. El sujeto típicamente protegido es el/la ciudadano/a. Por el contrario, los DESCAs imponen obligaciones positivas a los Estados, con lo cual sus garantías implican obligaciones de hacer con consecuencias en los presupuestos de fondos públicos de dinero. El sujeto típicamente protegido es la persona humana. En un desarrollo jurídico histórico que excede a esta tesis, las diferencias entre ambos grupos de derechos han sido superadas en doctrina<sup>306</sup>, bajo la idea que la protección de todos los Derechos Humanos requiere por igual del compromiso de los Estados en su respecto

---

<sup>306</sup> Abramovich, Víctor y Courtis, Christian. *Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales*. En: AA.VV. *La protección judicial de los derechos sociales*. Courtis, Christian y Ávila Santamaría, Ramiro (Edit.); Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República de Ecuador. Quito (2009); págs. 3 y sigs.

y garantía, y ambas categorías implican tanto obligaciones negativas como positivas. En este sentido, afirma Gonzalo Sozzo que “*es con la idea de desarrollo económico, social y cultural que el derecho comienza a jugar un rol realmente relevante para el desarrollo. Este modelo de desarrollo emplea como una herramienta central los DESC; la amalgama entre desarrollo económico-social y cultural y DESC es tal que en este modelo el desarrollo se mide en términos de mayor o menor eficacia material de estos derechos a través de las políticas públicas que los ponen en funcionamiento. Es con este modelo que la idea de progresividad penetra por primera vez en el campo legal.*”<sup>307</sup>

Sin embargo, aún en el mismo nivel con los derechos civiles y políticos como Derechos Humanos, los DESCCA cargan sobre sí la particularidad que su desarrollo implica obligaciones de hacer que insumen dineros públicos, con lo cual el principal argumento de los Estados para justificar la falta de desarrollo de los derechos sociales es la insuficiencia presupuestaria. Si bien el proceso doctrinario que equipara los derechos sociales y los derechos civiles y políticos pasa por reconocer, entre otras cosas, que ambas clases de derechos insumen recursos públicos, para intentar superar estos argumentos se han comenzado a ensayar distintas herramientas, por ej., el establecimiento de pisos mínimos, el argumento del principio de igualdad (no discriminación) como *ius cogens* que impone a los Estados distribuir los recursos que afecta a la promoción de los derechos humanos entre todos estos sin favorecer a unos en detrimentos de otros, y -en lo que interesa en esta tesis- el argumento que los DESCCA son ejecutables aún sin una legislación interna.

Si el desarrollo progresivo de los DESCCA implica la obligación estatal de incluir esta materia en sus políticas públicas, entonces la política pública del Estado no es susceptible de ser juzgada porque en ella confluyen una enorme cantidad de intereses de distintos tipos que no son revisables en el marco de un proceso contencioso. De esta forma, entonces, las obligaciones internacionales del Estado respecto a los DESCCA parecerían estar dirigidas en forma principal al Poder Legislativo<sup>308</sup> y luego al Poder Ejecutivo, pero con escasa o nula

---

<sup>307</sup> Sozzo, Gonzalo. *Ob. Cit.*

<sup>308</sup> Mejía Rivera, Joaquín. *Las obligaciones internacionales en materia de derechos económicos, sociales y culturales a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Revista Internacional de Derechos Humanos n° 3. Ed.

participación del Poder Judicial<sup>309</sup>. En este sentido, el principio de progresividad sería una indicación o directriz al Poder Legislativo, pero no sería un argumento utilizable ante un tribunal de justicia como una norma mínima de razonabilidad en la regulación normativa de los Derechos Humanos; este último argumento es rechazado por la Corte Interamericana en su sentencia en el caso *Acevedo Buendía (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*<sup>310</sup>.

Un avance importante en la materia ha sido el *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 2008, y por el cual se establece un procedimiento que habilita a la presentación de *comunicaciones “por personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de los derechos económicos, sociales y*

---

Centro Latinoamericano de Derechos Humanos. Mendoza (2013) [www.revistaidh.org](http://www.revistaidh.org); págs. 95/6: “*las medidas regresivas deben considerarse prima facie violatorias de las disposiciones de la CADH o del Protocolo de San Salvador, por lo que si los Estados las adoptan, deben demostrar que existe un interés estatal permisible, que la medida tiene un carácter imperioso y que no existen cursos de acción alternativos menos restrictivos del derecho en cuestión. Tal como lo ha señalado la CIDH, para evaluar si una medida regresiva es compatible con el artículo 26 del Pacto de la CADH se debe “determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso”. La importancia de estas condiciones, limitaciones o razones de peso radica en que los Estados no pueden utilizar argumentos generales de política pública, disciplina fiscal o referirse a otros logros financieros o económicos para adoptar medidas regresivas, sino que debe señalar concretamente qué DESC pueden verse favorecidos con la adopción de tales medidas (Abramovich y Curtis, 2004, 109–110).*”

*Así las cosas, es evidente que la noción de regresividad no siempre debe ser entendida como sinónimo de una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho y en consecuencia, incompatible con el artículo 26 de la CADH, ya que los Estados pueden imponer ciertas restricciones a ciertos DESC siempre y cuando realicen “un análisis conjunto de la afectación individual de un derecho con relación a las implicaciones colectivas de la medida”. Por tanto, la prohibición de regresividad no es absoluta, a menos que la medida tomada afecte la satisfacción de los niveles esenciales de un derecho, frente a los cuales no se admite ningún tipo de restricción.”*

309 El cual quedaría limitado a asegurar el cumplimiento de la obligación negativa del Estado o particulares.

310 Curtis, Christian. *La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios*. En: AA.VV. *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Ed. Del Puerto. Buenos Aires (2006); pág. 29 “...la regresividad constituye un factor agravado del análisis de razonabilidad. Por ello, la prueba de que una norma es regresiva determina una presunción de invalidez o inconstitucionalidad, transfiriendo al Estado la carga de argumentar a favor de la racionalidad de la legislación propuesta.”

*culturales enunciados en el Pacto.*”<sup>311</sup>

Y, como lo expuse *ut supra*, en el aspecto relativo a la ejecución de los DESCAs reconocidos en el art. 26 de la Convención Americana se observa el comienzo de un desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es muy interesante no solo respecto de los DESCAs en general sino sobre la materia laboral. Dado el sistema expuesto respecto al *Protocolo de San Salvador* que excluye el derecho *al* trabajo de la materia contenciosa ante la Corte, ningún Estado firmante de la *Convención* y del *Protocolo* podía ver su responsabilidad internacional comprometida en un proceso ante la Corte Interamericana por la violación a los arts. 6 y 7 del *Protocolo*, esto es, el derecho *al* trabajo. Sin embargo, y aquí el dato de interés, la Corte asumió aún a través del *iuria novit curia* el tratamiento contencioso de los derechos sociales a través del art. 26 de la *Convención* y, de este modo, en materia laboral juzgó casos de responsabilidad internacional de Estados por incumplimiento de la protección contra despidos arbitrarios. Ese desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia laboral comprende, hasta el momento, sus sentencias dictadas en las causas *Lagos del Campo vs. Perú.*, 31/08/17 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), cuyos argumentos luego se reiteran en *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú.*, 23/11/17 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) y *San Miguel Sosa y Otras vs. Venezuela*, 08/02/18 (Fondo, Reparaciones y Costas). Este desarrollo comprende también materias no laborales en las sentencias en los casos *Poblete Vilches y Otros vs. Chile*, 08/03/18 (Fondo, Reparaciones y Costas), y *Cuscul Pivaral y Otros vs. Guatemala*, 23/08/18 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la causa *Lagos del Campo* juzgó la responsabilidad de la República del Perú por no tutelar la estabilidad laboral del actor. Debe considerarse especialmente que, al momento de los despidos juzgados en los casos, el sistema jurídico doméstico de la República del Perú reconocía explícitamente el derecho a la estabilidad laboral a los empleados privados mediante el art. 48 de la Constitución Política de

---

311 Art. 2 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

1979: “El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador solo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley debidamente comprobada”, y la ley n° 24.514<sup>312</sup>.

Respecto a la estabilidad en el empleo, y refiriéndome en forma específica al caso *Lagos del campo*, la decisión de la Corte no logró unanimidad. En su sentencia sobre el fondo de la litis, la mayoría de los miembros de la Corte Interamericana expresaron en sus Considerandos n° 143 a 151 que:

*“143. Respecto a los derechos laborales específicos protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana, la Corte observa que los términos del mismo indican que son aquellos derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA. Ahora bien, los artículos 45.b y c, 46 y 34.g de la Carta establecen que “[e]l trabajo es un derecho y un deber social” y que ese debe prestarse con “salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos”. Asimismo, señalan que el derecho de los trabajadores y trabajadoras a “asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses”. Además, indican que los Estados deben “armonizar la legislación social” para la protección de tales derechos. Desde su Opinión Consultiva OC-10/89, la Corte señaló que:*

*[...] Los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA.*

*144. En este sentido, el artículo XIV de la Declaración Americana dispone que “[t]oda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación [...]”. Tal disposición resulta relevante para definir el alcance del artículo 26, dado*

---

<sup>312</sup> Sistema que cambia a una estabilidad relativa desde la Constitución del año 1993.

que “la Declaración Americana, constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales”. Asimismo, el artículo 29.d de la Convención Americana dispone expresamente que “[n]inguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

145. Además de la derivación del derecho al trabajo a partir de una interpretación del artículo 26 en relación con la Carta de la OEA, junto con la Declaración Americana, el derecho al trabajo está reconocido explícitamente en diversas leyes internas de los Estados de la región, así como un vasto corpus iuris internacional; inter alia: el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los artículos 7 y 8 de la Carta Social de las Américas, los artículos 6 y 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 11 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el artículo 32.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como el artículo 1 de la Carta Social Europea y el artículo 15 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos.

146. Por tanto, al analizar el contenido y alcance del artículo 26 de la Convención en el presente caso, la Corte tomará en cuenta, a la luz de las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 b, c, y d de la misma, la aludida protección a la estabilidad laboral aplicable al caso concreto.

147. En este sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General No. 18 sobre el derecho al trabajo, expresó que este mismo “implica el derecho a no ser privado injustamente del empleo”. Asimismo, ha señalado que el “incumplimiento de la obligación de proteger se produce cuando los Estados Partes se abstienen de adoptar todas las medidas adecuadas para proteger a las personas sometidas a su jurisdicción contra las vulneraciones del derecho al trabajo imputables a terceros”, lo cual incluye “el hecho de no proteger a los trabajadores frente al despido improcedente”.

148. A manera ilustrativa, el Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), sobre la terminación de la relación de trabajo (1982), dispone que el derecho al trabajo incluye la legalidad del despido en su artículo 4 e impone, en particular, la necesidad de ofrecer motivos válidos para el despido, así como el derecho a recursos jurídicos efectivos en caso de despido improcedente. En similar sentido se encuentra lo dispuesto en la Recomendación No. 143 de la OIT sobre representantes de los trabajadores que requiere de adoptar medidas apropiadas y recursos accesibles para la tutela de los representantes de los trabajadores (*supra*, párr. 126).

149. Como correlato de lo anterior, se desprende que las obligaciones del Estado en cuanto a la protección del derecho a la estabilidad laboral, en el ámbito privado, se traduce en principio en los siguientes deberes: a) adoptar las medidas adecuadas para la debida regulación y fiscalización de dicho derecho; b) proteger al trabajador y trabajadora, a través de sus órganos competentes, contra el despido injustificado; c) en caso de despido injustificado, remediar la situación (ya sea, a través de la reinstalación o, en su caso, mediante la indemnización y otras prestaciones previstas en la legislación nacional). Por ende, d) el Estado debe disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a una situación de despido injustificado, a fin de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de tales derechos (*infra*, párrs. 174, 176 y 180).

150. Cabe precisar que la estabilidad laboral no consiste en una permanencia irrestricta en el puesto de trabajo, sino de respetar este derecho, entre otras medidas, otorgando debidas garantías de protección al trabajador a fin de que, en caso de despido se realice éste bajo causas justificadas, lo cual implica que el empleador acredite las razones suficientes para imponer dicha sanción con las debidas garantías, y frente a ello el trabajador pueda recurrir tal decisión ante las autoridades internas, quienes verifiquen que las causales imputadas no sean arbitrarias o contrarias a derecho.

151. En el caso concreto, el señor Lagos del Campo había trabajado como obrero aproximadamente 13 años en la referida empresa, y al momento de los hechos ocupaba el cargo de Presidente del Comité Electoral de la Comunidad Industrial de la empresa y

*delegado pleno ante el CONACI. Con motivo de las manifestaciones recogidas en la entrevista publicada en la revista La Razón, en el contexto de las elecciones internas, el señor Lagos del Campo fue despedido bajo la causal de haber realizado una falta grave de palabra contra el empleador. El señor Lagos del Campo impugnó dicha decisión ante los órganos competentes, la cual fue avalada en segunda instancia, al considerar que el despido se habría dado bajo causa justificada. Dicha decisión fue recurrida ante diversas instancias internas sin haber encontrado tutela, particularmente, respecto de su derecho a la estabilidad laboral, al alegarse causas injustificadas o carentes de motivos para el despido y afectaciones al debido proceso. Es decir, frente al despido arbitrario por parte de la empresa (supra, párr. 132) el Estado no adoptó las medidas adecuadas para proteger la vulneración del derecho al trabajo imputable a terceros. Por ende, no se le reinstaló en su puesto de trabajo ni recibió ninguna indemnización ni los beneficios correspondientes.”*

Finalmente, la mayoría de los miembros de la Corte Interamericana concluyen su análisis de la protección contra el despido en su Considerando nº 153, expresando que: *“en vista de lo anterior, la Corte concluye que, con motivo del despido arbitrario del señor Lagos del Campo, se le privó de su empleo y demás beneficios derivados de la seguridad social, ante lo cual el Estado peruano no tuteló el derecho a la estabilidad laboral, en interpretación del artículo 26 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1, 13, 8 y 16 de la misma, en perjuicio del señor Lagos del Campo.”*

En consecuencia, La Corte Interamericana declara: *“por cinco votos a favor y dos en contra, que:*

*5. El Estado es responsable por la violación al derecho a la estabilidad laboral, reconocido en el artículo 26 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1, 13, 8 y 16 de la misma, en perjuicio del señor Lagos del Campo, en los términos de los párrafos 133 a 154 y 166 de la presente Sentencia.”*

En lo que resulta importante en esta tesis, la mayoría de los miembros de la Corte Interamericana juzgó la responsabilidad internacional de Perú en relación a la protección a la estabilidad en el empleo según sus normas internas, señalando que el derecho a la estabilidad

surge del art. 26 de la Convención Americana interpretado en relación a los derechos enumerados en la Carta de la O.E.A., pero sin referirse al art. 7 del *Protocolo de San Salvador*. Así lo explica el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en su voto concurrente: “de esta manera, el Tribunal Interamericano consideró el derecho a la estabilidad laboral como un derecho protegido por el artículo 26 de la Convención Americana; y por ende, declara responsable internacionalmente al Estado peruano por no adoptar las medidas adecuadas para proteger la vulneración del derecho al trabajo imputable a terceros. Ahora bien, para analizar el contenido y alcance del artículo 26 del Pacto de San José, se tuvo en consideración las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29, incisos b, c y d del mismo tratado; y en ese sentido se derivaron derechos laborales específicos contenidos en los artículos 34 inciso g, 45, incisos b y c, y 46 de la Carta de la OEA. Así también, se consideró la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el reconocimiento explícito de los derechos controvertidos en la Constitución y leyes en el Perú (advirtiendo la tendencia regional), y el vasto corpus iuris internacional sobre la materia, que se ha visto reflejado, por ejemplo, en los Objetivos de Naciones Unidas para el año 2030.

(...)

Como se mencionó, en el presente caso la Corte IDH declara por primera vez violado el artículo 26 de la Convención Americana, en relación con el derecho a la estabilidad laboral y con el derecho a la asociación laboral. En ambos casos invocando el principio *iura novit curia*. En este sentido, la Corte IDH sienta un precedente importante para la justiciabilidad de los derechos sociales en el Sistema Interamericano, al abrir la posibilidad de que derechos que no fueron expresamente contemplados en el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador —como el derecho al trabajo y sus vertientes—, puedan ser protegidos directamente mediante la Convención Americana.”

Y al respecto, es importante referirse al voto parcialmente disidente del juez Eduardo Vio Grossi, en cuanto discrepa la decisión de la mayoría “respecto de la referencia que hace al artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como fundamento de sus Resolutivos N° 55 y 66, por los que se declara que “[e]l Estado es responsable por la violación al derecho a la estabilidad en el empleo” y “al derecho a la libertad de

asociación”.” Y al analizar la posibilidad de judicializar la protección de la estabilidad laboral, manifiesta que: “...la judicialización, aunque parcial, del derecho al trabajo ha tenido lugar, precisamente, con el “Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador” de 1988, el que fue adoptado al amparo de lo previsto en los artículos 76.1 y 77.1 de la Convención, esto es, “con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades”, como expresamente se indica en su Preámbulo.

Dicho Protocolo “reconoce” el derecho al trabajo (art.6), el derecho a condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo (art.7), los derechos sindicales (art.8), el derecho a la seguridad social (art.9), el derecho a la salud (art.10), el derecho a un medio ambiente sano (art.11), el derecho a la alimentación (art.12), el derecho a la educación (art.13), el derecho a los beneficios de la cultura (art. 14), el derecho a la constitución y protección de la familia (art.15), el derecho de la niñez (art.16), la protección de los ancianos (art.17) y la protección de los minusválidos (art. 18).

Empero, dicho Protocolo ha previsto que únicamente las violaciones de algunos de esos derechos pueden ser llevadas ante la Corte y ellas son las relativas al derecho de organizar sindicatos y a afiliarse en ellos y el derecho a la educación. En lo pertinente al Derecho al Trabajo, si bien, en consecuencia, lo ha reconocido e incluso judicializado, lo ha hecho solo parcialmente, es decir, en lo atingente al derecho a organizar sindicatos y a afiliarse en ellos. Nada más. El resto de las materias que involucra, incluyendo la eventual violación del derecho a la estabilidad en el empleo, el que, por lo demás no se menciona en el citado Protocolo, quedan, por ende, excluidas de ser elevadas a conocimiento y resolución de la Corte. Si se admitiera la posibilidad de que las violaciones al derecho al trabajo y al derecho a la estabilidad en el empleo pudiesen ser sometidas, conocidas y resueltas por la Corte en razón de lo previsto en el artículo 26 de la Convención, lo dispuesto en el Protocolo de San Salvador no tendría sentido alguno.”

Luego, la Corte Interamericana vuelve a tratar el tema en el caso *Trabajadores*

*Cesados de Petroperú y otros vs. Perú*, en el cual, al tratar el derecho *al* trabajo, reitera los Considerandos n° 141 a 150 y 154 del caso *Campos del Lago* y luego, en el caso concreto expresa que: “193. En el presente caso, en relación con los alegatos relacionados con la violación al derecho al trabajo, este Tribunal considera que, tal y como fue establecido en el precedente de *Lagos del Campo vs. Perú*, el derecho al trabajo incluye el derecho a garantizar el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, tanto en el ámbito público como en el ámbito privado de las relaciones laborales. En consecuencia, dado que los trabajadores cesados de Petroperú, Enapu, Minedu y MEF no gozaron de acceso a un recurso judicial efectivo, lo cual conllevó una violación a los artículos 8.1 y 25 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, la Corte concluye que el Estado es responsable de la violación del artículo 26 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en relación con los 85 trabajadores de Petroperú, los 25 trabajadores de Enapu, los 39 trabajadores de Minedu, los 15 trabajadores del MEF, listados en la tabla de víctimas adjunta a la presente sentencia.”

Y la Corte Interamericana vuelve a tratar el tema del derecho *al* trabajo como comprendido en el art. 26 de la Convención en el caso *San Miguel Sosa y Otras vs. Venezuela*, y nuevamente al considerar el derecho *al* trabajo reitera los Considerandos n° 141 a 150 y 154 del caso *Campos del Lago* y luego, en el caso concreto expresa que: “221. En el presente caso, la Corte concluyó que la terminación arbitraria de la relación laboral de las presuntas víctimas con el Consejo Nacional de Fronteras constituyó una forma de desviación de poder, pues se utilizó una cláusula establecida en su contrato como velo de legalidad para encubrir la verdadera finalidad de tal medida, a saber: una represalia en su contra por haber ejercido legítimamente sus derechos de participación política y libertad de expresión. Es decir, ellas fueron objeto de discriminación política mediante un despido arbitrario, el cual ocurrió en un contexto de denuncias de despidos semejantes y de otras formas de represalia para quienes habían decidido ejercer sus libertades al firmar por la solicitud de referendo. Así, su despido tenía la intención encubierta de acallar y desincentivar la disidencia política, pues fue instrumentalizado para que otras personas se vieran amedrentadas de participar políticamente y de expresar sus ideas y opiniones. Además de lo anterior, este Tribunal ha considerado que el derecho al trabajo incluye la obligación del Estado de garantizar los

*derechos de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, tanto en el ámbito público como en el ámbito privado de las relaciones laborales. Según fue constatado, en este caso el Estado no garantizó a las presuntas víctimas estos derechos ante su despido arbitrario.*

*222. En consecuencia, la Corte declara que el Estado es responsable por la violación del derecho al trabajo, reconocido en el artículo 26 de la Convención, en relación con los derechos a la participación política, a la libertad de expresión y de acceso a la justicia, así como con el principio de no discriminación, reconocidos en los artículos 23.1, 13.1, 8.1, 25.1 y 1.1 de aquel instrumento, en perjuicio de Rocío San Miguel Sosa, Magally Chang Girón y Thais Coromoto Peña.”*

Del análisis de las tres sentencias de la Corte Interamericana, más allá del importante avance en considerar la ejecutabilidad del art. 26 de la Convención Americana ante la Corte, en lo que interesa en esta tesis lo importante se encuentra en los Considerandos n° 149 y 150 del fallo *Campos del Lago* que son reiterados en los otros dos que le siguen. En ellos la Corte define las obligaciones estatales respecto a la protección del derecho a la estabilidad laboral en el ámbito privado como garantías que regulen este derecho otorgando protección a las personas que trabajan contra el despido injustificado que impliquen un remedio (en el léxico usual de la Corte) previsto como la reinstalación o el pago de una indemnización, con acceso a la justicia para su control adecuado.

De este modo, y si bien la jurisprudencia de la Corte Interamericana es muy relevante para considerar ahora la posibilidad que los Estados signatarios -y entre ellos la República Argentina- deban responder en un caso contencioso por violación al derecho *al* trabajo en virtud del art. 26 de la Convención Americana, en el campo de estudio de esta tesis estos fallos no representan un incremento de la intensidad protectoria *sustancial* de la estabilidad respecto al art. 14 Bis de la Constitución Nacional. Utilizo el término *sustancial* pues el sistema protectorio contra el despido arbitrario, más allá del art. 245 de la ley 20.744, también comprende el aspecto *procesal* referido a las normas provinciales en esta materia que aseguren un adecuado trámite en los servicios de justicia. En este último sentido, afirma Miguel Carbonell que: “*los derechos sociales tienen que ser entendidos –dejando atrás las*

*concepciones tradicionales de signo fuertemente conservador— como derechos plenamente exigibles ante todas las autoridades del Estado, en todos sus niveles de gobierno. La plena exigibilidad requiere de la creación de una sólida teoría de los derechos sociales, así como de la puesta en marcha de nuevos mecanismos procesales o del mejoramiento de los ya existentes.*”<sup>313</sup>

### **a.1.iii / Corolario sobre el mandato constitucional y convencional.**

Como cierre del análisis del nivel protectorio en el ámbito convencional del bloque federal de constitucionalidad, observo que de los instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos incorporados, considerando la interpretación que de ellos ha realizado tanto el Comité especializado del *PIDESC* como la Corte Interamericana, puede evidenciarse un notable interés y esfuerzo en considerar judicializable la protección de la estabilidad laboral; pero, al momento de redacción de esta tesis, conforme lo expuesto, puedo concluir que la obligación internacional de la República Argentina se circunscribe a disponer de un sistema normativo interno de protección contra el despido arbitrario que reconozca - como mínimo- una indemnización a la persona que trabaja, y mecanismos efectivos de reclamo frente a una situación de despido injustificado, a fin de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de tales derechos<sup>314</sup>. En consecuencia, las normas de fuente internacional con jerarquía constitucional no producen una expansión o intensificación del mandato constitucional del art. 14 bis respecto a la *protección contra el despido arbitrario* garantizada a las personas que trabaja comprendidas en el régimen de empleo privado<sup>315</sup>.

No obstante, en la cuarta parte voy a presentar una interpretación del Derecho *al* Trabajo en el marco de la Teoría *relacional* del contrato de trabajo.

---

<sup>313</sup> Carbonell, Miguel. *Eficacia de la constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas*. En: AA.VV. *Ob. Cit. La protección judicial...*; pág. 67.

<sup>314</sup> Arese, César. *Ob. Cit. La readmisión laboral ...*

<sup>315</sup> Machado, José Daniel. *Ob. Cit. Estabilidad...* “...no surge ningún instrumento internacional vinculante del que resulte posible derivar como consecuencia ineludible la aplicación directa de un régimen de estabilidad absoluta...”

## **a.2 / La protección legal contra el despido arbitrario.**

Corresponde ahora estudiar la regulación que de aquel mandato constitucional y convencional de otorgar protección contra el despido arbitrario se realiza en las fuentes infraconstitucionales.

### **a.2.i / La regulación internacional supralegal.**

Conforme la estructura constitucional de fuentes, (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional), los tratados tienen jerarquía superior a las leyes, excepto aquellos que se refieren a materia de Derechos Humanos y que por lo tanto integran el bloque constitucional -a los cuales me referí anteriormente-.

En este nivel de fuentes, adquieren especial consideración las normas de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Este ente internacional fue creado por las naciones signatarias del Tratado de Versalles en 1919, al finalizar la Primera Guerra, reconociéndose en ese instrumento que "*existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales*".

A partir de 1946, la OIT asume el carácter de una agencia especializada en materia laboral de la Organización de Naciones Unidas.

Con una particular integración tripartita (gobiernos, sindicatos y empleadores), la OIT "*ha instaurado y desarrollado un sistema de normas internacionales del trabajo que tiene por objetivo la promoción de oportunidades para hombres y mujeres, con el fin de que estos consigan trabajos decentes y productivos, en condiciones de libertad, igualdad, seguridad y dignidad.*"<sup>316</sup>

---

<sup>316</sup> Organización Internacional del Trabajo. *Las reglas del juego. Una introducción a la actividad normativa de la Organización Internacional del Trabajo*. 4a. Ed. (2019); pág. 8.

El sistema normativo de la OIT comienza con su propia Constitución, y luego la Conferencia Internacional del Trabajo, como órgano deliberativo de la agencia, sanciona distintos tipos de normas. En este conjunto normativo, deben destacarse las *Declaraciones*, que “*son resoluciones de la Conferencia Internacional del Trabajo utilizadas a fin de hacer una declaración formal y autoritativa y reafirmar la importancia que los mandantes atribuyen a ciertos principios y valores. A pesar de que las declaraciones no están sujetas a la ratificación, pretenden tener una amplia aplicación y contienen los compromisos simbólicos y políticos de los Estados miembros.*”<sup>317</sup> Hasta el momento, las principales *Declaraciones* de OIT son: la *Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo* (Declaración de Filadelfia, año 1944), *Declaración referente a la política de "apartheid" de la República Sudafricana* (1964), *Declaración sobre la igualdad de género* (1975), *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo* (1998), *Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa* (2008) y la *Declaración del centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo* (2019).

Luego, la Conferencia tiene como función principal elaborar y sancionar normas internacionales del trabajo, que revisten la forma de *Convenios* y *Recomendaciones*. Los Convenios son tratados internacionales que, una vez adoptados, se someten a la ratificación de los Estados Miembros. La ratificación crea una obligación jurídica internacional de ese país de aplicar en su sistema jurídico interno las disposiciones del convenio. Por su parte, las Recomendaciones pretenden orientar la acción en el plano nacional, pero no están abiertas a la ratificación ni son jurídicamente vinculantes.

*“Las normas internacionales del trabajo son instrumentos jurídicos preparados por los mandantes de la OIT (gobiernos, empleadores y trabajadores) que establecen unos principios y unos derechos básicos en el trabajo. Las normas se dividen en convenios, que son tratados internacionales legalmente vinculantes que pueden ser ratificados por los Estados Miembros, o recomendaciones, que actúan como directrices no vinculantes. En*

---

<sup>317</sup> OIT. [https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/how-the-ilo-works/departments-and-offices/jur/legal-instruments/WCMS\\_432225/lang-es/index.htm](https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/how-the-ilo-works/departments-and-offices/jur/legal-instruments/WCMS_432225/lang-es/index.htm)

*muchos casos, un convenio establece los principios básicos que deben aplicar los países que lo ratifican, mientras que una recomendación relacionada complementa al convenio, proporcionando directrices más detalladas sobre su aplicación. Las recomendaciones también pueden ser autónomas, es decir, no vinculadas con ningún convenio.*

*Los Convenios y las Recomendaciones son preparados por representantes de los gobiernos, de los empleadores y de los trabajadores, y se adoptan en la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT, que se reúne anualmente. Una vez adoptadas las normas, se requiere de sus Estados Miembros, en virtud de la Constitución de la OIT, que las sometan a sus autoridades competentes (normalmente el Parlamento) para su examen. En el caso de los convenios, se trata de examinarlos de cara a su ratificación. Si un país decide ratificar un convenio, en general éste entra en vigor para ese país un año después de la fecha de la ratificación. Los países que ratifican un convenio están obligados a aplicarlo en la legislación y en la práctica nacionales, y tienen que enviar a la Oficina memorias sobre su aplicación a intervalos regulares. Además, pueden iniciarse procedimientos de reclamación y de queja contra los países por violación de los convenios que han ratificado.”<sup>318</sup>*

Aun cuando la OIT afirma que los Convenios son “*tratados internacionales legalmente vinculantes que pueden ser ratificados por los Estados Miembros*”, lo cierto es que la naturaleza jurídica de estos instrumentos ha sido materia de debate doctrinario, especialmente motivada por la especial conformación de la OIT como ente tripartito. Así, no cabe duda que conforme el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los acuerdos entre países tienen naturaleza jurídica de Tratados, pero los Convenios de OIT no son solo acuerdos entre países, pues en la formación de esa norma también intervienen los representantes de los sectores privados que intervienen en el contrato de trabajo: trabajadores/as y empleadores/as. Ello ha motivado el debate doctrinario sobre su naturaleza jurídica, el cual es relevante especialmente en Argentina, para ubicar estas normas jurídicas en el sistema de fuentes. No obstante, este debate académico es superado por los efectos jurídicos que implica la ratificación del Convenio por cada país, ya que, como afirma Arturo

---

<sup>318</sup> OIT, en su página web: <https://www.ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/conventions-and-recommendations/lang--es/index.htm>

Bronstein, “*si no son tratados, los convenios de la OIT son de cualquier manera asimilables a aquéllos, cuando menos en lo que concierne a sus efectos jurídicos. Es cierto que no es posible afirmar que los convenios de la OIT reflejan la voluntad y el consentimiento de los Estados que han participado en su elaboración. Sin embargo, es difícilmente refutable que cuando un Estado ratifica un convenio está expresando su voluntad de acatarlo. En resumen, si en teoría es un tema controvertido, en la práctica la aplicación de la Convención de Viena a los convenios de la OIT no debería levantar excesivas objeciones.*”<sup>319</sup>

Dentro del menú de Convenios sancionados por la OIT, resulta de especial importancia en esta tesis el n° 158, ya que su materia se refiere a la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador<sup>320</sup>. Ello, aun considerando que, al momento de redacción de esta tesis, la República Argentina no ha ratificado este Convenio.

El Convenio requiere que en la extinción del contrato decidida por el empleador se invoque una causa relacionada con la capacidad o la conducta de la persona que trabaja, o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio (art. 4). A su vez, la norma regula el derecho de la persona que trabaja a discutir la justificación del despido ante un órgano neutral (art. 8.1), al cual se le reconoce facultad suficiente para decidir sobre esta materia (arts. 9 y 10) y puede disponer medidas sancionatorias cuando determine que la terminación de la relación de trabajo es injustificada. Dentro de esas sanciones, se reconoce un menú que incluye tanto anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, como ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la decisión empresarial (art. 10). De tal forma, César Arese señala que “*el Convenio 158 reglamenta, causaliza y procesaliza la conclusión de la relación laboral y permite la*

---

<sup>319</sup> Bronstein, Arturo. *La utilización de los convenios de la OIT por los tribunales nacionales*. Revista de Derecho Laboral. Tomo 2010-2. Normas internacionales y Derecho interno. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2010). Cita: RC D 149/2013.

<sup>320</sup> Art. 3 Convenio OIT n° 158

*readmisión del trabajador despedido.*”<sup>321</sup>

Es necesario estudiar qué efectos tiene la falta de ratificación de la Convención n° 158 dentro del Derecho del Trabajo argentino o, visto de otro modo, que efectos tendría su ratificación. No obstante que las miradas podrían ser equivalentes, propongo abordar el tema desde la primera perspectiva, ya que el enfoque de esta tesis se refiere a un análisis de *lege data* referido a la regulación jurídica actual de la protección contra el despido arbitrario.

El art. 4 del Convenio n° 158, entonces, requiere la existencia de una causa en la decisión del empleador, y reconoce como justificantes solo aquellas relacionadas con la capacidad o conducta de la persona que trabaja, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio. Al respecto, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha señalado que *“la necesidad de que la terminación se fundamente en una causa justificada constituye la piedra angular de las disposiciones del Convenio. Al adoptarse este principio, el empleador pierde la facultad de poner término unilateralmente a una relación de trabajo de duración indeterminada mediante la notificación de un preaviso o, en su lugar, el pago de una indemnización.”*<sup>322</sup>

En referencia a las causales basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, la Comisión de Expertos afirma que: *“ni en el Convenio ni en la Recomendación se da una definición de la noción de «necesidades de funcionamiento» de la empresa. En el informe que la Oficina presentó para la primera discusión de la Conferencia se indicaba que estos motivos son en general «de índole económica, tecnológica, estructural o similar. Las terminaciones por estas razones pueden ser individuales o colectivas e involucrar una reducción de personal o el cierre de las empresas. En su Estudio General de 1974 sobre la Recomendación núm. 119, la Comisión señalaba que las causas relacionadas con el*

---

<sup>321</sup> Arese, César. *¿Es necesario ratificar el Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo?* Revista de Derecho Laboral. Tomo: 2018-1 Contratación laboral y despido-I. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2018). Cita: RC D 1205/2018.

<sup>322</sup> Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. *Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 158) y a la Recomendación (núm. 166) sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982.* Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra (1995); pág. 37.

*funcionamiento de la empresa se definen, por referencia a un excedente de mano de obra o a la reducción del número de puestos por motivos económicos o técnicos, o en los casos de fuerza mayor o caso fortuito.*<sup>323</sup> De tal modo, desde la óptica argentina, podría argumentarse que la dependencia laboral implica la falta de asunción del riesgo de la empresa por parte de la persona que trabaja y, en consecuencia, habilitar en el Derecho del Trabajo argentino esta causal de despido sería trasladar los riesgos empresarios a la persona trabajadora<sup>324</sup>. Parecería, entonces, que la ratificación del Convenio n° 158 implicaría una ampliación del poder de la empresa en detrimento inaceptable de la protección de la persona en situación de trabajo, introduciendo una causal de despido que sería extraña al sistema jurídico laboral argentino.

Sin embargo, estimo que ello no es así. El despido por razones de necesidad empresarias ya está regulado en Argentina en el art. 247 de la ley 20.744, los Decretos n° 328/88 y 265/02, y por medio del *Procedimiento Preventivo de Crisis de Empresas* de la ley 24.013. A ello debe agregarse los efectos sobre el contrato de trabajo que se regulan para los casos de concurso preventivo o quiebra del empleador. Con lo cual, esta causal de extinción del contrato de trabajo no es absolutamente extraña a nuestro sistema jurídico, aunque la diferencia entre el régimen doméstico argentino y el Convenio n° 158 estaría dado, tal vez, por la indemnización reducida que se garantiza a la persona que trabaja, o el orden de prelación estipulado normativamente para individualizar a las personas afectadas, o la ausencia de efecto extintivo del despido comunicado en violación a la regulación de la ley 24.013. En consecuencia, en lo que refiere a los despidos por necesidad empresarial, la no ratificación por parte de Argentina del Convenio n° 158 no implica preservar al sistema jurídico argentino de reconocer esa causal de despido.

Otra causal de despido directo reconocida como lícita por el Convenio n° 158 está referida a la *capacidad* de la persona que trabaja. Y al respecto, la Comisión de Expertos ha afirmado que: “*la ineptitud del trabajador (denominada a veces «incapacidad») puede*

---

<sup>323</sup> Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. *Ob. Cit.*; pág. 45.

<sup>324</sup> Ledesma Iturbide, Diego. *Los trabajadores y el riesgo empresario*. Derecho del Trabajo 2013 (abril), 834. Cita Online: AR/DOC/82/2013.

*revestir dos formas: en primer lugar, puede ser el resultado de una falta de las calificaciones o aptitudes necesarias para ejecutar las tareas descritas y aparecer, por lo tanto, como una insuficiencia profesional. La ineptitud se diferencia de la mala conducta en la medida en que esta última se reconoce sólo cuando se ha establecido cierta «culpabilidad» por parte del trabajador. La noción de ineptitud recubre también los casos de mala ejecución del trabajo no imputable a una falta deliberada y de incapacidad de distinto grado para ejecutar el trabajo, como consecuencia de un accidente o una enfermedad.»*<sup>325</sup> Y en lo que refiere al sistema jurídico laboral argentino, la extinción del contrato de trabajo por estas razones descritas encuentra regulación en los arts. 212 y 254 de la ley 20.744.

Finalmente, el Convenio n° 158 reconoce como lícita la causal de despido directo basada en la inconducta del trabajador. Situación que está indudablemente regulada en el art. 242 de la ley 20.744.

En consecuencia, corresponde entonces analizar cuál es la consecuencia jurídica para el derecho argentino de no ratificar el Convenio OIT n° 158. Por lo que expuse anteriormente, la falta de ratificación de esta norma internacional no implica que las causales de terminación del contrato de trabajo que en ella se regulan no estén ya presentes en el orden interno. Por lo tanto, el único aspecto relevante para esta tesis que el Convenio OIT n° 158 regula y que no se encuentra previsto en la legislación laboral argentina es la necesidad de fundamentar el despido en una causa que lo justifique (art. 4). Vuelvo a destacar la opinión de la Comisión de Expertos en que *“la necesidad de que la terminación se fundamente en una causa justificada constituye la piedra angular de las disposiciones del Convenio.”* En consecuencia, la decisión de Argentina de no ratificar el Convenio OIT n° 158 tiene el efecto de preservar la potestad de la parte empleadora de decidir la terminación de la relación de trabajo a su simple arbitrio, sin necesidad de expresar una causa y, de esta manera, posibilitar el despido arbitrario, de cuyas consecuencias dañosas se protege a la persona que trabaja (art. 14 Bis CN) por medio de una

---

<sup>325</sup> Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. *Ob. Cit.*; pág. 44.

indemnización tarifada (art. 245 LCT)<sup>326</sup>.

Debe destacarse especialmente que el Convenio OIT n° 158 supera la discusión argentina sobre la licitud o ilicitud del despido, sosteniendo que el mismo es lícito siempre y cuando sea causado. Asimismo, la OIT ha declarado la ilicitud del despido en otras normas; así, el art. 6 del Convenio OIT n° 103 dispone que “*Cuando una mujer se ausente de su trabajo en virtud de las disposiciones del artículo 3 del presente Convenio, será ilegal que su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia*”, y el art. 8 del Convenio OIT n° 183 establece: “*1. Se prohíbe al empleador que despid a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia mencionada en los artículos 4 o 5, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador.*

*2. Se garantiza a la mujer el derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, al término de la licencia de maternidad.”*

Como corolario, es importante destacar que la decisión política de no ratificar el Convenio OIT n° 158 tiene como principal efecto jurídico preservar en el sistema jurídico argentino la potestad del empleador de finalizar el contrato de trabajo por su decisión sin expresión de causa, a su simple arbitrio<sup>327</sup> y, según postularé en esta tesis, con la carga del pago de la indemnización legal por antigüedad -con la especial naturaleza jurídica que

---

<sup>326</sup> Destaco la opinión de César Arese, para quien, si bien el Convenio 158 no ha sido ratificado, “*sus capítulos esenciales y efectos jurídicos se encuentran vigentes y operativos por vía de su propia aplicación como Derecho vigente (convencional, jus cogens; jurisprudencia y derecho interpretativo).*” En: Arese, César. *Ob. Cit. ¿Es necesario ratificar...*

<sup>327</sup> Casalderrey, Liliana. *Extinción del contrato de trabajo. Aplicación del Convenio OIT 158 en la legislación argentina*. RDLSS 2012, 21. Cita Online: AR/DOC/9525/2012. “*El Convenio 158 ofrece protección a la estabilidad en el empleo ante las decisiones unilaterales dispuestas por el empleador; de ratificarse el poder de dirección y decisión de los empresarios se vería sensiblemente afectado.*”

propondré<sup>328</sup>.

### **a.2.ii / La regulación en la ley.**

La regulación jurídica de la situación del despido directo arbitrario comenzó en el sistema jurídico argentino aún antes de que existiera un cuerpo propio de Derecho del Trabajo<sup>329</sup>.

Si bien la situación legal puede remontarse aún antes de la existencia misma de la organización nacional<sup>330</sup>, pues las normas españolas tributarias de nuestro primer Derecho patrio ya regulaban situaciones de indemnizaciones por ruptura sin causa de contratos de locación de servicios<sup>331</sup>, entiendo que la génesis normativa con incipiente presencia del principio protectorio en esta materia puede señalarse en la reforma al art. 157 del Código de Comercio<sup>332</sup> que en el año 1934 introduce la ley 11.729; pues el texto originario del Código de

---

<sup>328</sup> Rodríguez Mancini, Jorge. *Ob. Cit. Estabilidad impropia...*; pág. 5. “...aún ratificando nuestro país el convenio en cuestión, siempre quedará en manos de los órganos legisladores establecer cuáles son las consecuencias jurídicas de una ruptura arbitraria del contrato, lo que no cambiaría sustancialmente el régimen legal en vigor...”

<sup>329</sup> Si bien el conflicto del trabajo humano existe desde la misma existencia del ser humano con necesidad de modificar la naturaleza para su propia subsistencia y, entonces, la historia nos puede llevar bien atrás en el tiempo en cuanto identifiquemos las primeras organizaciones humanas al respecto, entiendo que la materia propia del origen del Derecho del Trabajo solo puede referirse cuando coexisten al menos dos factores: libertad en la contratación y situación de economía de mercado (producción para otro). Todas las demás relaciones humanas que se formulen en torno al trabajo pero que no reconozcan estos factores en su realidad no serían comprendidas en la más remota regulación protectoria.

<sup>330</sup> Rainolter, Milton. *Esquema histórico del desarrollo de la norma laboral en Argentina*. En: Vázquez Vialard (Dir). *Tratado de Derecho del Trabajo*. Tomo 3. Edit Astrea. Buenos Aires (1982); págs. 25 a 49.

<sup>331</sup> Cabanellas, Guillermo. *Contrato de Trabajo. Parte General*. Vol. III. Edit. Bibliográfica Omega. Buenos Aires (1964); págs 129 y sigs. El autor hace referencia al Código de Comercio español y al Libro del Consulado del Mar español.

<sup>332</sup> Artículo 157.- 1º El contrato de empleo no podrá ser disuelto por voluntad de una de las partes sin previo aviso, o, en su defecto, indemnización, además de la que corresponderá al empleado por su antigüedad en el servicio cuando se disuelva por voluntad del principal.

Esta regla se aplicará en los casos de cesación o liquidación del negocio que no sean determinados exclusivamente por fuerza mayor.

---

2° El preaviso, cuando una convención de parte no lo fija en un término mayor, deberá darse con la anticipación siguiente:

a) De un mes, cuando el empleado –factor, dependiente, viajante, encargado u obrero- tiene en el servicio una antigüedad no mayor de cinco años.

b) De dos meses, cuando el empleado tiene un el servicio una antigüedad mayor de cinco años.

Estos plazos correrán desde el último día del mes en que se comunica la cesantía. La notificación deberá probarse por escrito.

Durante el término del preaviso, y sin que se disminuya su sueldo, jornal, comisión u otro modo de remuneración, el empleado gozará de una licencia diaria de dos horas dentro de su jornada normal de trabajo.

En caso de cesantía sin aviso previo en los plazos señalados el principal pagará al empleado una indemnización equivalente a la retribución que corresponde al período legal de preaviso.

3° También abonará el principal al empleado, en todos los casos de despido, haya o no preaviso, una indemnización no inferior a la mitad de su retribución mensual por cada año de servicio, o fracción mayor de tres meses, tomándose como base de retribución el promedio de los últimos cinco años o de todo el tiempo del servicio cuando es inferior a aquel plazo.

Para fijar el promedio se computarán como formando parte de los sueldos y salarios las comisiones u otras remuneraciones y todo pago hecho en especie, en provisión de alimentos o en uso de habitación. En ningún caso esta indemnización será inferior a un mes de sueldo ni mayor de quinientos pesos por cada año de servicio.

La suspensión de tareas por más de tres meses, en el período de un año, ordenada por el principal, se considerará como despido.

La rebaja injustificada de los sueldos, salarios, comisiones u otros medios de remuneración, no aceptada por los afectados, colocará a éstos en situación de despidos, y con derecho a percibir la compensación que establece este artículo.

4° Cuando se produzca la cesión o cambio de firma o cuando la precedente no haya dado el aviso previo en los plazos ya anunciados, y en los casos de suspensión de tareas o rebaja injustificada de las retribuciones, pasarán a la nueva firma las obligaciones que establecen este artículo y los dos anteriores.

5° En caso de falencia del principal, el empleado tiene derecho a la indemnización por despido, según antigüedad en el servicio.

6° Cuando el contrato de empleo se disuelve por voluntad del empleado, éste deberá preavisar al principal en los mismos plazos de este artículo, y en su defecto pagará la indemnización que por falta de preaviso se establece para el empleador.

7° Las indemnizaciones por cesantía no están sujetas a moratoria ni a embargo, y regirá a su respecto lo dispuesto para salarios y sueldos en el artículo 4° de la ley 11.278. Estas indemnizaciones gozarán del privilegio establecido en el artículo 94, inciso 4° de la ley de quiebras.

8° En caso de muerte del empleado, el cónyuge, los descendientes y los ascendientes, en el orden y en la proporción que establece el Código Civil, tendrán derecho a la indemnización por antigüedad en el servicio, limitándose para los descendientes a los menores de veintidós años, y sin término de edad cuando están incapacitados para el trabajo. A falta de

Comercio solo imponía al empleador un preaviso a la extinción contractual. Esta norma que reforma al Código, se aplicaba a las relaciones de los comerciantes<sup>333</sup> y reglamentaba la extinción del contrato de empleo por *voluntad del principal* (empleador) disponiendo: a) un período de preaviso, y la indemnización sustitutiva de su omisión; b) indemnización por antigüedad. Y según el art. 160 inc. c) del Código de Comercio, esta obligación de pago de la indemnización por antigüedad del art. 157 (y otras), podía ser substituida “*por un seguro constituido a favor de los empleados que ocupan, sin afectar las acciones directas de éstos contra sus principales, en compañías o asociaciones mutuas autorizadas por el Poder Ejecutivo Nacional para esta clase de operaciones.*”<sup>334</sup>

Esta norma no solo dio inicio al reconocimiento legislativo de la protección de la persona que trabaja frente al despido arbitrario sino que también, en forma inevitable, confrontó esa protección con la libertad de empresa. Y este tema, aún mucho antes de la existencia de la ley 20.744 actual, fue abordado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *Quinteros c. Compañía de Tranvías* resolviendo sobre la validez constitucional de la norma indemnizatoria dado que resulta una restricción o reglamentación razonable del derecho de libre empresa que reconoce la constitución, afirmando la Corte que: “*la Constitución no impide que la legislación establezca formas de cumplimiento de los contratos y sanciones para su ruptura.*”

*La Constitución es individualista, como dice el apelante, pero debe entenderse tal calificación en el sentido de que se reconoce al hombre derechos anteriores al Estado, de que*

---

esos parientes, serán beneficiarios de la indemnización los hermanos, si al fallecer el empleado vivían bajo su amparo, y dentro de los límites fijados para los descendientes. Se deducirá del monto de la indemnización lo que los beneficiarios reciban de cajas o sociedades de seguros por actos o contratos de previsión realizados por el principal.

<sup>333</sup> Con lo cual quedaban afuera de la regulación el muy importante sector rural, para el cual puede señalarse la aplicación del Código Rural para la Provincia de Buenos Aires elaborado por Valentín Alsina en 1865.

<sup>334</sup> Cabanellas, Guillermo. *Ob. Cit.*; pág. 611. Expresa el autor: “*Coincidimos con Unsain en que el seguro para caso de despido difiere de la subrogación de obligaciones procedentes de faltas contractuales; y si bien aquél puede comprender la responsabilidad derivada de hechos propios, resulta difícil admitir un seguro que acepte situaciones ilegítimas, como la del despido injusto.*”

*éste no puede privarlo (arts. 14 y siguientes). Pero no es individualista en el sentido de que la voluntad individual y la libre contratación no puedan ser sometidas a las exigencias de las leyes reglamentarias: "Conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio", dice el art. 14; el art. 17 repite en dos ocasiones que los derechos que reconoce pueden ser limitados por la ley y el art. 19, fija como límites a la autonomía individual "el orden y la moral pública".*

*De su Preámbulo y de su contexto se desprende el concepto de que la Constitución se propone "el bienestar común", el bien común de la filosofía jurídica clásica.*

*En consecuencia, no se puede decir que la obligación para los patrones de indemnizar al obrero, en determinadas condiciones, en virtud del contrato de empleo, sea contrario al derecho de contratar ni importe una violación del derecho de propiedad.*

*De otra manera, toda la legislación dictada al amparo de la Constitución, como un requerimiento, de las necesidades sociales, padecería del mismo vicio. Las leyes de accidentes de trabajo, descanso dominical, trabajo de mujeres y de niños, serían también repugnantes a la libertad de trabajo y al derecho de propiedad.”<sup>335</sup>*

*Comentando el sistema creado por la ley 11.729, Ramírez Gronda sostenía que: “la ley 11.729 tiende, en su economía general -según la expresión de Unsain, que ya hemos recordado-, a la estabilidad. Sin ser una ley de estabilidad en sentido técnico estricto, es decir, sin prohibir el despido, no cabe duda que procura dificultarlo, y esta consideración no puede dejarse de lado cuando se trata de la indemnización de cesantía.”<sup>336</sup>*

*El monto de la indemnización por antigüedad regulada en el art. 157 inc. 3 del Código de Comercio fue luego modificado por el art. 67 del Decreto n° 33.302/45. Respecto a ésta última norma, expresa Milton Rainolter que: “consagraba la estabilidad relativa impropia, ya*

---

<sup>335</sup> CSJN; 22/10/37. *Quinteros, Leónidas Secundino c/ Compañía de Tranvías Anglo Argentina*. Fallos 179:113

<sup>336</sup> Ramírez Gronda, Juan. *Naturaleza de la indemnización*. En: Deveali, Mario (Dir). *Tratado de Derecho del Trabajo*. Tomo I. Ed. La Ley. Buenos Aires (1964); pág. 575.

*que no podían despedir a los empleados, sino en virtud de las causas de despido justificado acreditadas fehacientemente y de acuerdo con el art. 159 del Cód. de Comercio, o bien que tuvieran como causa la disminución o falta de trabajo, fehacientemente justificadas. De ser despedidos los empleados y obreros por causales distintas de las enumeradas en el art. 159 del Cód. de Comercio, tendrían derecho a una indemnización cuyo monto era el doble de la prevista en la ley 11.729... ”.*<sup>337</sup>

El sistema indemnizatorio por antigüedad regulado por el art. 157 inc. 3 del Código de Comercio y el art. 67 del Decreto n° 33.302/45 mantuvo su vigencia, con algunas modificaciones respecto a plazo del cómputo del promedio salarial, tope y monto indemnizatorio (leyes 15.785, 17.391 y 19.054) hasta la sanción de la ley 20.744 en Septiembre de 1974.

Como ya mencioné, la Ley de Contrato de Trabajo tomó el sistema del art. 157 del Código de Comercio reformado por la ley 11.729 pero trató en forma separada los institutos de *preaviso* y su indemnización por omisión, y el *despido directo sin justa causa* y su indemnización. Y, de esa forma, el art. 266 de la ley 20.744 regulando el despido directo sin causa, repitió la fórmula del art. 157 inc. 3 del Código de Comercio, disponiendo el devengamiento de una indemnización por antigüedad “*en los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa...*”. Luego, la reforma en el año 1976 de la ley 20.744 por la ley 21.297 transformó el art. 266 en el actual art. 245.

El texto del art. 245 de la ley 20.744 sufrió sucesivas reformas<sup>338</sup>, manteniendo siempre el sistema tarifado de indemnización.

Como corolario, y como expresa Jorge Elías, “*al momento de sancionarse el artículo 14 bis, CN, los trabajadores del sector privado estaban regidos por el régimen de la ley 11.729 que, con las modificaciones del decreto 33.302/45, dejó fijada para casos de despido*

---

<sup>337</sup> Rainolter, Milton. *Ob. Cit.*; pág. 126.

<sup>338</sup> Leyes 23.697; 24.013; 25.013; 25.877

*sin causa una tarifa indemnizatoria de un mes de sueldo por año trabajado, más la obligación de preavisar con determinada anticipación la ruptura del contrato. Con excepción de los trabajadores bancarios y de seguros que gozaban de un régimen de estabilidad propia, el módulo de un mes de sueldo por año de antigüedad tuvo una aplicación casi universal, incluidos algunos estatutos que mejoraban esa tarifa con algún adicional, o con el requisito de tramitar un sumario previo como exigencia para alegar justa causa de despido.*

*A partir de esta situación, durante décadas, se entendió que el sistema de reparación tarifada del artículo 245, LCT, hacía operativa la garantía constitucional de la protección contra el despido arbitrario, lo que tuvo importante consenso.”<sup>339</sup>*

La respuesta protectoria de la ley 20.744 parecería ser, entonces, una indemnización. Es objeto de esta tesis, y se desarrollará a continuación, sostener que en el marco de un contrato *relacional*, en el cual el mantenimiento de la relación es una expectativa de las partes, y para el cual la Constitución Nacional dispone una protección para la persona que trabaja antes los daños que le ocasione el cese del contrato por la decisión arbitraria de la parte empleadora, el art. 245 LCT no constituye una indemnización, sino que es otro tipo de reparación acorde con el carácter *relacional* del contrato de trabajo.

### **b / El concepto de *arbitrariedad* en el despido.**

El mandato del art. 14 Bis de la Constitución Nacional impone al legislador la obligación de proteger de las consecuencias del *despido arbitrario*<sup>340</sup> a la persona que trabaja en una relación de dependencia privada. Por lo tanto, es de cardinal importancia determinar cuándo un despido es *arbitrario*, pues ello demarcará el alcance de la protección

---

<sup>339</sup> Elías, Jorge. *Revisión del concepto de protección contra el despido arbitrario*. Revista de Derecho Laboral Tomo: 2014-1. El Derecho del Trabajo en la Constitución Nacional- I. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2014). Cita: RC D 808/2016

<sup>340</sup> Sobre la denominación del despido como *arbitrario*, Mario Ackerman da razones históricas de la utilización de esa calificación para hacer referencia al despido que conlleva indemnización: “...cuando esta norma fue incorporada a nuestra Carta Magna -en el año 1957-, estaba todavía vigente el artículo 159 del antiguo Código de Comercio en la redacción que le había dado la ley 11.729 -1934-, en el que se hablaba de inobservancia arbitraria cuando la ruptura del vínculo no se fundaba en injuria que haya hecho el uno a la seguridad, honor o a los intereses del otro o de su familia.” En: Ackerman, Mario. *El despido*. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2019); pág. 117.

constitucional, como así también limitará la materia comprendida en esta tesis.

Las distintas posturas doctrinales y jurisprudenciales que se han construido respecto a la noción de *despido arbitrario* han omitido considerar el carácter relacional del contrato de trabajo, y ello, en esta tesis, es determinante. En consecuencia, analizaré a continuación el concepto mayoritario actual que interpreta a la arbitrariedad como antijuridicidad, calificando al despido arbitrario como despido ilícito, proponiendo en la cuarta parte de esta tesis la superación de este concepto hacia una noción de arbitrariedad basada en el daño.

En el texto constitucional, la palabra *arbitrario* está utilizada para calificar al *despido*. La Real Academia Española, en su diccionario, define a este adjetivo como *sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón*, con lo cual el despido que se considera sería aquel que es dispuesto por el empleador y que depende solamente de su voluntad o capricho. Esto ha llevado clásicamente a identificar a la *arbitrariedad* con la causa motivante del despido, por lo que el despido arbitrario sería aquel *ad nutum, sin causa o sin justa causa*.

Sin embargo, sostener que el despido carece de causa implica ir en contra de la presunción de existencia de causa (art. 282 del Código Civil y Comercial) y, de esta forma, considerarlo un acto abstracto.

### **b.1 / La construcción del concepto de *arbitrariedad* como *ilicitud*.**

Como sostuve en la segunda parte de esta tesis, la decisión del Derecho del Trabajo de encomendar al *contrato* la gobernanza de la *relación laboral* no es una decisión sin consecuencias, pues entonces se debe aceptar una Teoría General del Contrato, y sus implicancias en la regulación de la dependencia laboral.

Y al respecto, la *Ley de contrato de trabajo* no tiene ninguna referencia directa a la Teoría General contractual aplicable, aun cuando se encarga decididamente de regular el consentimiento y el objeto del contrato de trabajo, y la producción de obligaciones.

De este modo, al regular el mandato constitucional de *protección contra el despido arbitrario*, la doctrina ha interpretado el sistema indemnizatorio legal desde una Teoría General contractual clásica, asumiendo que el empleador se encuentra obligado a mantener el contrato de trabajo hasta la jubilación de la persona que trabaja y, *pacta sunt servanda* de por medio, el empleador no puede rescindir en forma unilateral el contrato. De este modo, el contrato de trabajo es pensado desde una visión transaccional, y aun cuando se declama que *el trabajo no es mercancía* y que *la persona que trabaja no es un recurso humano*, la regulación legal se explica desde la idea de reciprocidad en los derechos y obligaciones. Así, en definitiva, la doctrina argentina ha construido un concepto de *arbitrariedad* vinculado a la *ilicitud* del acto de despido.

### **b.1.i / El Código de Comercio y la reforma de la ley 11.729.**

Como ya expuse, la regulación jurídica de la situación del despido directo arbitrario comenzó en el sistema jurídico argentino aún antes de que existiera un cuerpo propio de Derecho del Trabajo<sup>341</sup> y aun antes de que exista el mandato protectorio del art. 14 bis de la Constitución Nacional.

En la génesis de la regulación legal sobre el despido arbitrario -con incipiente presencia del principio protectorio-, “*el Código de Comercio redactado en 1859, convertido en ley nacional en 1862 y modificado en 1889, dedicó siete artículos para reglamentar las relaciones laborales entre propietarios y trabajadores del sector comercial. Dicho código constituyó una de las herramientas legales del Estado Nacional en procura de un orden social que garantizara el desarrollo de un proceso de modernización capitalista. Así, desde fines del siglo XIX los trabajadores del sector mercantil, a diferencia de aquellos que se desempeñaron en el sector industrial, doméstico o rural, se beneficiaron del principio de riesgo profesional (artículo n° 155) y de la indemnización ante el despido (artículo n° 157).*”

---

<sup>341</sup> Si bien el conflicto del trabajo humano existe desde la misma existencia del ser humano con necesidad de modificar la naturaleza para su propia subsistencia y, entonces, la historia nos puede llevar bien atrás en el tiempo en cuanto identifiquemos las primeras organizaciones humanas al respecto, entiendo que la materia propia del origen del Derecho del Trabajo solo puede referirse cuando coexisten al menos dos factores: libertad en la contratación y situación de economía de mercado (producción para otro). Todas las demás relaciones humanas que se formulen en torno al trabajo pero que no reconozcan estos factores en su realidad no serían comprendidas en la más remota regulación protectoria.

*Por lo tanto, frente a accidentes «imprevistos e inculpables» ellos tenían el derecho a percibir su sueldo durante un plazo máximo de tres meses; mientras que en caso de que fueran despedidos, y si hubieran demostrado una «buena conducta», tenían derecho a recibir el salario correspondiente a un mes de trabajo. ¿Quiénes eran los trabajadores del sector mercantil? El Código de Comercio sólo mencionaba dos categorías ocupacionales: el «factor», trabajador con alguna jerarquía sobre otros, dedicado a las tareas administrativas, de expedición y de supervisión, y el «dependiente», trabajador raso consagrado a tareas de orden, limpieza, reparto.»<sup>342</sup>*

En el año 1934 la ley 11.729 modifica el Código de Comercio en esta materia, produciendo una extensión del ámbito personal de la regulación del despido arbitrario, pues “amplió las categorías de trabajadores comprendidos como empleados de comercio porque se refirió a «factores», «dependientes», «viajantes», «encargados» y «obreros»”<sup>343;344</sup> y, además, también se produjo una expansión del ámbito material de la protección pues la reforma al art. 157 del Código de Comercio reglamentaba la extinción del contrato de empleo por *voluntad del principal* (empleador) disponiendo: a) un período de preaviso, y la indemnización sustitutiva de su omisión; b) indemnización por antigüedad.

Y frente a la orfandad legislativa del texto original del Código de Comercio sobre la calificación de arbitrariedad en el despido, la reforma de la ley 11.729 innova al respecto, de forma tal que el nuevo texto del art. 159 del Código<sup>345</sup> comienza a delimitar el concepto de

---

<sup>342</sup> Queirolo, Graciela. *Indemnizaciones, enfermedades y antigüedad entre los empleados de comercio: alcances y límites de la ley n° 11.729 (argentina, 1934-1945)*. Estudios Sociales 50 [enero-junio 2016]. Ed. Universidad Nacional del Litoral. Santa Fe (2016); pág. 145.

<sup>343</sup> Queirolo, Graciela. *Ob. Cit.*; pág. 158.

<sup>344</sup> Con lo cual quedaban afuera de la regulación el muy importante sector rural, para el cual puede señalarse la aplicación del Código Rural para la Provincia de Buenos Aires elaborado por Valentín Alsina en 1865.

<sup>345</sup> Art. 159 del Código de Comercio reformado por ley 11.729: “Se considera arbitraria la inobservancia del contrato entre el principal y su empleado siempre que no se funde en injuria que haya hecho el uno a la seguridad, al honor o a los intereses del otro o de su familia.

*Esta calificación se hará prudencialmente por el tribunal o juez competente, teniendo en consideración el carácter de las*

arbitrariedad. Por lo tanto, todo despido se considera arbitrario y devenga indemnización por antigüedad (art. 157 inc. 3) excepto aquel que sea causado en injuria (arts. 159 y 160). Y aquí reside el origen de la identificación del despido arbitrario con el despido sin causa, pues en el régimen del art. 159 del Código de Comercio, el despido debía fundarse en alguna causa injuriosa y, ante su falta, se consideraba arbitrario. Luego, el art. 160 inc. a) del Código<sup>346</sup> reconocía en forma no taxativa causales típicas de injuria.

La falta de causa era sinónimo de arbitrariedad pero no de ilegalidad (art. 157 inc. 3 del Código de Comercio reformado por ley 11.729).

En consecuencia, en el sistema del Código de Comercio reformado por la ley 11.729 se reconocía expresamente la extinción del contrato de trabajo por *voluntad del empleador* (art. 157 inc. 1) y la calificación de la conducta como arbitraria con imposición del pago de indemnización (art. 157 inc. 3) cuando ella era una decisión rupturista no justificada en injuria -en general o en las causas previstas- (arts. 159 y 160).

Pero en esta etapa, el despido era considerado un derecho del empleador, regulado con el pago de una indemnización cuando, por no ser justificado en injuria, se calificaba como arbitrario.

Al respecto, sostenía Ernesto Krotoschin que: *“el despido es un derecho inherente, en primer término, a los contratos de trabajo por tiempo indeterminado, o los que se asimilan a estos; existe también en los contratos a plazo fijo o por obra determinada, no sujetos a*

---

*relaciones que median entre los superiores e inferiores.”*

<sup>346</sup> Artículo 160. a). Son causas especiales para despedir al empleado, y sin obligación para el principal de indemnizar por despido y por falta de preaviso, aunque exista contrato por tiempo determinado:

1º Los hechos previstos en el artículo 154 y todo acto de fraude o de abuso de confianza, establecidos por sentencia judicial;

2º Incapacidad para desempeñar los deberes y obligaciones a que se sometieron, excepto cuando es sobreviniente a la iniciación del servicio.

3º Negociación por cuenta propia o ajena, sin expreso permiso del principal, cuando afecta los intereses de éste.

*reconducción, pero su ejercicio se halla limitado en éstos. Está aún más restringido en los contratos de los trabajadores con estabilidad propia. Resulta entonces que el derecho de despido es común a todos los contratos de trabajo pero que la posibilidad de su ejercicio se halla graduada. No se lo podría excluir totalmente. Las restricciones que sufre en determinados contratos en favor del trabajador no significan, por otro lado, una sujeción ilimitada de éste, ya que, como se ha visto más arriba (n° 50,b), el trabajador puede poner término a la relación por otros medios (renuncia). Al anhelo de la estabilidad se opone la libertad personal del trabajador, en que nunca podría estar obligado en forma excesiva, temporalmente. Por esa misma razón, se considera nulo, generalmente, el contrato que se hiciera ad vitam del trabajador. Solo es posible limitar el derecho de disolver el contrato mediante alguno de los medios de extinción, especialmente el despido, por algún tiempo razonable o fijando determinados supuestos para su ejercicio, los que también han de ser razonables. En cambio, no parece objetable, desde el punto de vista del principio de la libertad personal, cuando el propio ejercicio del derecho de disolución, sobre todo mediante despido, se somete a reglamentación, o cuando se imponen al denunciante determinadas obligaciones de orden patrimonial a causa del despido, o cuando se le reduce determinados derechos, siempre que de ese modo no se haga ilusorio el derecho mismo de despido.”<sup>347</sup>*

En igual sentido se expresaba, unos años después, Guillermo Cabanellas, afirmando que: *“el despido es un derecho potestativo que tiene el empresario para denunciar la relación laboral; deriva de un acto de su voluntad unilateral por la cual le pone fin a la relación de trabajo. La denuncia del contrato laboral es acto evidentemente unilateral; y si bien, por una parte, aparece el derecho del trabajador a conservar su empleo en cuanto persista la actividad a la que se encuentra incorporado, no puede negarse que, aun reglamentando el despido cada vez con mayor rigor, ha de aceptarse el derecho unilateral de disolver el contrato de trabajo en su forma inicial.*

(...)

*A la libertad de denunciar unilateralmente el contrato de trabajo se han introducido*

---

<sup>347</sup> Krotoschin, Ernesto. *Tratado práctico de Derecho del Trabajo*. Vol. I. Ed. Depalma. Buenos Aires (1955); págs. 486/7.

*limitaciones que, originadas en la doctrina francesa con la teoría del abuso del derecho, han llegado a alcanzar determinada expansión. Así, aun manteniendo el derecho potestativo del empresario para disolver el vínculo laboral, esta decisión le acarrea, cuando no existe causa justificada para ello, la obligación de reparar los posibles daños ocasionados por la antojadiza ruptura de contrato de trabajo; así como se originan determinadas garantías en relación con que esa ruptura no se producirá sino con causa justificada.”<sup>348</sup>*

Y esta consideración del despido como derecho no negaba el principio protectorio, pues como el mismo Ernesto Krotoschin afirmaba, *“el derecho de despido pertenezca a ambas partes, corresponde al principio de igualdad jurídica. Pero este principio no excluye que el ejercicio del derecho de despido, como ya se ha visto, se dificulte para una parte (la patronal) más que para la otra, gracias al principio de protección que es un principio específico inmanente al derecho del trabajo.”<sup>349</sup>*

Esta visión regulatoria en el Código de Comercio era esencialmente transaccional.

#### **b.1.ii / El Decreto-ley 33.302.**

La regulación de base comercial sufrió un cambio dramático con la sanción del Decreto-ley 33.302 en el año 1945, luego ratificado por la ley 12.921.

El art. 67 de esta norma disponía: *“Los empleadores no podrán despedir a los empleados y obreros comprendidos en las disposiciones del art. 2° de este Decreto-Ley, salvo el caso de que comprueben fehacientemente la existencia de causales de despido justificado de acuerdo con el art. 159 del Código de Comercio, o la disminución o falta de trabajo. En este último caso deberán empezar por el personal menos antiguo.*

*Los empleados y obreros comprendidos en el art. 2° de este Decreto-Ley, que sean*

---

<sup>348</sup> Cabanellas, Guillermo. *Ob. Cit.*; págs. 288/9.

<sup>349</sup> Krotoschin, Ernesto. *Ob. Cit.*; pág. 489.

*despedidos por causales distintas a las enumeradas en el art. 159 del Código de Comercio tendrán derecho a percibir una indemnización cuyo monto será el doble de la prevista en la ley núm. 11.729. En caso de que el despido sea por disminución o falta de trabajo fehacientemente justificada, todo empleado y obrero comprendido en las disposiciones del art. 2° de este Decreto-Ley tendrá derecho al monto de las indemnizaciones que establece la ley núm. 11.729.”*

En primer lugar, y continuando con el efecto expansivo del ámbito personal de protección contra el despido arbitrario comenzado por la ley 11.729 (que amplió los sujetos comerciales), el Decreto-ley 33.302/45 trascendió la frontera del comercio y la industria, incorporando a las personas que trabajaban en el sector agropecuario, el trabajo a domicilio y otros estatutos<sup>350</sup>.

Y en segundo lugar, y de radical importancia, esta norma introduce las base para la doctrina de la ilicitud del acto de despido, pues modificando el lenguaje utilizado por la ley 11.729, dispone que: *“Los empleadores no podrán despedir a los empleados y obreros comprendidos en las disposiciones del art. 2° de este Decreto-Ley, salvo el caso de que comprueben fehacientemente la existencia de causales de despido justificado de acuerdo con el art. 159 del Código de Comercio, o la disminución o falta de trabajo”*; con lo cual, la nueva normativa otorga la posibilidad de interpretar el texto de la siguiente manera: como principio general, los empleadores no pueden despedir a los trabajadores por simple arbitrio; y por excepción, el despido se admite conforme las causales del art. 159 del Código de Comercio o la disminución o falta de trabajo. Ello cambiaría totalmente la estructura dispuesta por el art. 157 de Código de Comercio, que disponía: *“El contrato de empleo no podrá ser disuelto por voluntad de una de las partes sin previo aviso, o, en su defecto, indemnización, además de la que corresponderá al empleado por su antigüedad en el servicio cuando se disuelva por voluntad del principal.”* En esta última norma, la referencia a que *“el contrato de empleo no podrá ser disuelto por voluntad de una de las partes”* se realizaba a los efectos de imponer el preaviso, pero en el Decreto-ley 33.302 la referencia al

---

<sup>350</sup> Ramírez Gronda, Juan. *El contrato de trabajo. Cap. VII. Terminación del contrato*. En: Deveali, Mario (Dir.). *Tratado de Derecho del Trabajo*. Tomo I. Ed. La Ley. Buenos Aires (1964); pág. 633.

despido era clara en cuanto expresaba: “*los empleadores no podrán despedir...*”. Sin embargo, y a pesar del “*no podrán despedir*” la norma regulaba la duplicación de la indemnización ya dispuesta por la ley 11.729; con lo cual, y en definitiva, los empleadores *si podían despedir*.

Para interpretar con perspectiva histórica esta norma, debe observarse su vinculación con la incorporación al sistema legal argentino del *aguinaldo* por el mismo Decreto-ley 33.302/45. De esta forma, el despido que esta norma regulaba era aquel que se esperaba como reacción empresaria al nuevo instituto y, por ello, se estaba considerando la situación de un despido ya no arbitrario sino con características de represalia o resistencia al nuevo instituto salarial<sup>351</sup>.

---

<sup>351</sup> Maza, Miguel Ángel. *Ob. Cit. Algunas reflexiones...* “Llegado el año 1945, el gobierno encabezado por el general J. D. Perón anunció, entre otras medidas, la creación por decreto del aguinaldo o sueldo anual complementario como una auténtica mejora de las condiciones retributivas de los trabajadores dependientes. Ante ese anuncio parte importante del empresariado, según crónicas de esa época, amenazó al gobierno nacional con repudiar tal decisión oficial mediante despidos masivos.

*El PEN, lejos de amedrentarse, mostró una fuerte convicción y, al crear el aguinaldo dentro del legendario decreto 33.302/45, añadió una previsión muy especial. En efecto, el artículo 67 del decreto 33.302/45 (ratificado por ley 12.291) partió de la base de presumir que los despidos que fueran comunicados a partir de entonces, y por el plazo de dos años, constituían la efectivización de la amenaza patronal en represalia por la imposición del aguinaldo, salvo, claro está, los casos atinentes a los despidos causados por incumplimientos del trabajador, o sea, con justa causa, así como las cesantías motivadas en razones económicas.*

*Entonces, para reforzar la estabilidad obrera y sancionar esas medidas patronales de protesta, el PEN duplicó temporariamente -por dos años- las indemnizaciones vigentes a ese momento para el distracto voluntario o sin causa.*

*Durante la vigencia de esta regla temporal, las indemnizaciones por despido injustificado se debían calcular sobre la base de una remuneración mensual por cada año de antigüedad.*

*No obstante que las circunstancias tan coyunturales de la duplicación indemnizatoria fueron previstas como temporales y que, por eso mismo, el régimen de excepción tenía una duración prevista de 2 años, en los hechos la duplicación adquirió status definitivo merced a la ley 13.077 del año 1947. Desde entonces, quedó incorporada al acervo legal pero también cultural argentino la ecuación indemnizatoria “un mes de sueldo por año de antigüedad”, salvo la curiosa aventura legislativa de los años 90 que, merced a la ley 25.013, optó por otra fórmula (1/12 parte del sueldo mensual por cada mes de antigüedad), experimento neoliberal que afortunadamente fue barrido de nuestro orden legal en 2004 por la ley 25.877.*

A pesar del radical cambio en el texto legal, la mayoría de la doctrina siguió reconociendo al despido arbitrario como un derecho del empleador, sin observar cambio alguno producto de la sanción del Decreto-ley 33.302.

De este modo, expresaba Ramírez Gronda que *“reconoce la norma de 1945 que el patrono conserva la facultad de despedir a sus empleados y obreros sin causa alguna imputables a éstos, o sea usando de su exclusivo arbitrio; pero en esta hipótesis altera la disposición de la ley de empleo, obligando a una indemnización doble en su importe a la prevista por ella (y desde 1960, por la ley 15.785). El resarcimiento “simple” instituido por la ley 11.729 ha quedado reservado, en cambio, para las nuevas causales introducidas por el decreto-ley...”*<sup>352</sup>

Y en el año 1961, Juan Pozzo expresaba: *“La circunstancia de que en el contrato de trabajo no se estipule plazo de duración, no implica que la relación laboral no pueda ser concluida por voluntad de una de las partes, siempre que se cumplan los requisitos que la legislación ha establecido.*

(...)

*Este derecho a la denuncia del contrato de trabajo por parte del empleador o del trabajador, surge de la misma relación que ha sido convenida entre hombres libres que no pueden estar sujetos ad vitam a una vinculación que han dejado de aceptar. Sin embargo, dentro de la doctrina y de la legislación modernas, se habla de una restricción impuesta al empleador para despedir a sus empleados; se dice que existe un derecho a la estabilidad en el empleo y hasta un derecho propiedad sobre éste. La actual organización de la empresa, la*

---

*Finalmente, el artículo 157 del Código de Comercio quedó definitivamente redactado por la ley 19.054, disponiéndose que la indemnización por despido no motivado por un grave incumplimiento del trabajador sería equivalente a un mes de sueldo por cada año de antigüedad o fracción mayor a tres meses.*

*Esta fórmula reparatoria se consolidó y fue receptada por la ley 20.744 en 1974 y sobrevive en el texto del actual artículo 245 de la LCT, objeto de varias modificaciones legislativas relativas a los topes máximos de la remuneración a computar y mínimo de la indemnización a abonar.”*

<sup>352</sup> Ramírez Gronda, Juan. *Ob. Cit.*; pág. 634.

*despersonalización del empleador, la falta de vinculación efectiva entre el empresario y sus trabajadores, dan lugar a fundamentar en parte estas limitaciones al derecho del despido. A nuestro juicio estas restricciones no pueden ser absolutas, porque aun dentro de la actual organización de la empresa, no puede negarse el poder del empresario para prescindir del trabajo de sus empleados aun cuando no exista una justa causa para ello.”<sup>353</sup>*

Y en la misma obra, Juan Pozzo afirmaba que: *“el empleador, al igual que el trabajador, puede dar por terminada la relación laboral, aun cuando la otra parte no hubiese dado motivo justificado para hacerlo, es decir que pueden extinguir por un acto de voluntad unilateral el contrato de trabajo. Pero esta libertad se encuentra sujeta a limitaciones que la ley establece y que están destinadas en primer lugar a evitar las consecuencias de una brusca ruptura del contrato, lo cual se logra por medio del cumplimiento de la obligación de preaviso; este preaviso, como lo hemos visto, rige para ambas partes. En cambio, una segunda obligación que consiste en pagar una indemnización tarifada al trabajador rige para el empleador únicamente.”<sup>354</sup>*

#### **b.1.iii / La ley 20.744.**

En septiembre de 1974 se sancionó la ley 20.744, *Ley de contrato de trabajo*, derogándose los arts. 154 a 160 del Código de Comercio.

La Ley de Contrato de Trabajo tomó el sistema del art. 157 del Código de Comercio reformado por la ley 11.729 pero trató en forma separada los institutos de *preaviso* y su indemnización por omisión, y el *despido directo sin justa causa* y su indemnización. Y, de esa forma, el art. 252 de la ley 20.744 reglamentando el preaviso repitió la regulación del art. 157 inc. 1 del Código de Comercio, disponiendo: *“El contrato de trabajo no podrá ser disuelto por voluntad de una de las partes, sin previo aviso, o en su defecto indemnización, además de la que corresponda al trabajador por su antigüedad en el empleo, cuando el contrato se disuelva por voluntad del empleador”*; y el art. 266 de la ley 20.744 regulando el despido

---

<sup>353</sup> Pozzo, Juan. *Manual práctico de Derecho del Trabajo*. Ed. Ediar. Buenos Aires (1961); pág. 411/2.

<sup>354</sup> Pozzo, Jua. Ob. Cit.; pág. 439/40.

directo sin causa repitió la fórmula del art. 157 inc. 3 del Código de Comercio, disponiendo el devengamiento de una indemnización por antigüedad “*en los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa...*”. Luego, la reforma en el año 1976 de la ley 20.744 por la ley 21.297 transformó los arts. 252 y 266 en los actuales arts. 231 y 245 de la ley 20.744, y los textos de estos artículos fueron parcialmente reformados<sup>355</sup>, pero esas posteriores reformas no son de interés en esta tesis.

La doctrina consideró al art. 266 de la ley 20.744 como la continuación de la regla del Código de Comercio reformado por la ley 11.729. En este sentido, afirmaba Juan Ensínck que: “*la ley no establece un sistema de estabilidad propia, sino que ha instituido la llamada estabilidad relativa, que no es en verdad auténtica estabilidad, sino una protección contra el despido injustificado.*”

*Este artículo constituye la clave del sistema, toda vez que permite al empleador despedir ad nutum al trabajador, mediante el pago de una indemnización tarifada que la misma ley determina. Es decir, que, con alguna mejora en lo que se refiere a las pautas fijadas para el cálculo indemnizatorio, se mantiene el sistema de la ley 11.729, con las sucesivas modificaciones que la misma sufriera con el correr del tiempo.”*<sup>356</sup>

De esta forma, desaparece del sistema jurídico el texto del Decreto-ley 33.302 que refería a que “*los empleadores no podrán despedir...*”, por la derogación efectuada por la ley 20.744 y la ausencia de esta prohibición en el texto de la Ley de contrato de trabajo.

En consecuencia, el sistema de despido de la ley 20.744 continúa la línea del Código de Comercio y la ley 11.729. Sin embargo, la separación del régimen laboral del cuerpo del Código de Comercio tuvo como importante consecuencia la pérdida de vinculación del contrato de trabajo con el sistema de rescisión incausada de la legislación Civil y Comercial revisada en el capítulo anterior. De tal forma, la superación del concepto decimonónico de la

---

<sup>355</sup> Ley n° 25.877

<sup>356</sup> Ensínck, Juan. *Ley de contrato de trabajo*. Ed. Zavallía. Buenos Aires (1974); pág. 755.

vinculación contractual estricta desarrollado por el Derecho Comercial y también por el Derecho Civil, antes expuesta, no traspasó al Derecho del Trabajo.

Y, además, la ley 20.744 incorporó en forma normativa aspectos del principio protectorio que se refieren al tiempo del contrato de trabajo, entre ellos el mandato de conservación del contrato (art. 10 LCT) y la indeterminación del plazo del contrato de trabajo como regla (art. 99 LCT, actual art. 90 LCT), por lo cual la contratación a plazo determinado o por obra es la excepción.

Como corolario, la falta de tratamiento de la rescisión unilateral incausada del contrato de trabajo en la regulación especial laboral dada por la ley 20.744, excepto en lo que refiere al preaviso y la indemnización por despido<sup>357</sup>, dejó huérfano este tema pues, aun cuando se lo abordó como un problema contractual, ni la doctrina ni jurisprudencia posterior a la sanción de la ley 20.744 rescataron la idea del derecho rescisorio desarrollada al amparo de la legislación tanto civil como comercial. A ello se sumó la preferencia normativa por la máxima extensión del contrato de trabajo. Y aquella ausencia normativa sobre rescisión unilateral incausada fue llenada con la idea de una obligación del empleador de mantener el contrato de

---

<sup>357</sup> Maza, Miguel Ángel. *Ob. Cit. Algunas reflexiones...* “Desde la reforma constitucional de 1957, que incorporó a la Carta Magna de 1853/60 el conocido como artículo "14 bis", el Congreso nacional tiene un claro mandato a fin de dictar leyes que protejan en general el trabajo en todas sus formas y, en particular, a los trabajadores contra el despido injusto. Con base en tal regla constitucional, la ley 20.744 -Régimen de Contrato de Trabajo- dispone, luego de varias y sucesivas reformas recibidas en tiempos oscuros de dictadura y también bajo democracias de diferentes tonos, que el trabajador dependiente debe ser protegido frente al despido injustificado mediante una indemnización tarifada de daños y perjuicios, presumidos por la ley como derivados de la pérdida del empleo, consistente en un suma equivalente a su mejor retribución mensual, normal y habitual por cada año de servicios o fracción mayor a tres meses, con un mínimo equivalente a una vez la aludida mejor remuneración mensual, normal y habitual.

A su vez, ese cuerpo normativo establece, como parte de la protección, que el empleador que decida romper unilateralmente y sin mediar causa imputable al dependiente el contrato de trabajo ordinario, es decir, por tiempo indeterminado, debe preavisar con cierta antelación esa decisión al trabajador otorgándole el goce de una licencia diaria de dos horas durante un mes o dos, según que la antigüedad sea menor o superior a 5 años, franquicia pensada para que el dependiente a ser despedido pueda iniciar de inmediato la búsqueda de un nuevo empleo.

Estos dos institutos constituyen la reglamentación positiva y legal de la protección contra el despido injusto que la Constitución Nacional garantiza a los trabajadores en el artículo 14 bis y que implica un deber del Poder Legislativo.”

trabajo cuyo incumplimiento generaba la indemnización regulada en la ley. De esta forma, se daba nacimiento a la idea del despido directo incausado como un acto ilícito<sup>358</sup>.

A partir de allí, la idea central en la doctrina argentina es que *“la duración indeterminada del contrato se vincula directamente con la garantía de la protección contra el despido arbitrario. (...) Es así que la obligación de mantener la vigencia del contrato se sustituye por el pago de una indemnización, que en nuestra legislación se encuentra tarifada.”*<sup>359</sup>

En el año 1986, Enrique Herrera expresaba: *“la relación de trabajo se configura toda vez que una persona pone su capacidad laboral a disposición de otra, para ejercerla bajo su dirección contra el pago de una remuneración. Ello crea un complejo de derechos y obligaciones que normalmente serán la consecuencia de un acto jurídico: el contrato de trabajo.”*<sup>360</sup> Destaco muy especialmente como la noción de un contrato relacional está detrás de este párrafo, el autor hace referencia a una relación que tiene como inicio un contrato. Es

---

<sup>358</sup> García Vior, Andrea. *Arbitrariedad y Discriminación en el despido*. elDial DC9B6. “No es lo mismo despedir sin causa que discriminar a través del despido. Desde siempre el despido sin causa se calificó como un ilícito (hecho contrario a la ley). Existe consenso en denominarlo despido “arbitrario” o incausado: es el acto por el cual el empleador expresa su voluntad de rescindir el contrato sin explicar por qué, o brindando un motivo de mera conveniencia (como por ejemplo “reestructuración empresarial”). Las causas reales de la decisión no siempre pueden justificar su encuadre en el concepto de injuria (amplia e imprecisa, por cierto) del art. 242 LCT (por ejemplo cuando se despide porque el dependiente posee una personalidad díscola, presenta conflictos con subordinados o jefes, se eliminó el puesto de trabajo, se tornó prescindible a raíz de la incorporación de nuevas técnicas, etc.), y es por eso que bajo la forma de un mero acto “antojadizo”, se pueden enmascarar actos de lesión o agravio que exceden en mucho la sola pérdida del empleo por decisión unilateral del empresario (por ejemplo cuando se despide al trabajador que contrajo una enfermedad, porque decidió tener un hijo, casarse o desarrollar alguna actividad política o gremial, etc.). Si la razón por la que se despide no es imputable a un incumplimiento o injuria del trabajador (arts. 242, 144 y concs. LCT), a causas económicas insuperables (art. 247 LCT), muerte del empleador, discapacidad o inhabilidad del trabajador (arts. 212 y 254 LCT), o a la circunstancia de encontrarse el dependiente en condiciones de jubilarse, el despido es arbitrario, pero esa arbitrariedad por sí sola no resulta en principio suficiente para considerarlo un acto de discriminación en los términos de la normativa legal, constitucional y supra legal que regula el principio de no discriminación.”

<sup>359</sup> Rovelli, Patricia. *Indemnización por despido: naturaleza y alcances*. Derecho Laboral y Seguridad Social. Enero 2018. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires (2018); pág. 112.

<sup>360</sup> Herrera, Enrique. *Ob. Cit.*; pág. 9

más, muy sugestivamente, la obra de Enrique Herrera que cito se titula *Extinción de la relación de trabajo*, sin referencia a la extinción del contrato.

Sin embargo, el despido arbitrario quedó así atrapado en lo lógica contractual, sobre una Teoría General contractual clásica, en búsqueda de un sistema protectorio que nunca logró su efectividad.

#### **b.1.iv / El artículo 14 bis de la Constitución Nacional.**

La reforma del año 1957 incorporó al texto constitucional el *artículo nuevo*, ahora ordenado como art. 14 bis, ejemplo de constitucionalismo social.

Excede a esta tesis la importancia de este texto constitucional en materia de Derecho del Trabajo y de Derecho de la Seguridad Social, pero en lo que es relevante, esta modificación al texto de la Constitución Nacional incorpora el mandato de otorgar *protección contra el despido arbitrario*. Como lo expuse anteriormente, esta protección ya se encontraba en el sistema legal argentino aún antes del art. 14 bis de la Constitución Nacional, pero el reconocimiento a nivel constitucional jerarquiza la misma.

En el capítulo anterior analicé los alcances de esta protección conferida por el mandato constitucional, pero en el presente capítulo, este art. 14 bis CN es relevante pues constituye uno de los argumentos para invocar el carácter ilícito del despido arbitrario. Por ello, ubico esta parte luego del análisis de la ley 20.744 pues, si bien el art. 14 bis CN es anterior en el tiempo a la ley 20.744, el argumento sobre ilicitud del despido basado en el texto constitucional supone una jerarquización normativa respecto a la ley 20.744.

Como expuse, un sector de la doctrina entiende al despido directo incausado como un acto ilícito por violación a la obligación contractual de observación del plazo contractual (derivado del principio de indeterminación del plazo). Al respecto, Enrique Arias Gibert adhiere a esta posición afirmando que “*se sostuvo, y aún se sostiene, que es una facultad de las partes poner fin en cualquier momento a un contrato por tiempo indeterminado. Sin*

*embargo, el contrato de trabajo por tiempo indeterminado no es un contrato sin plazo sino con plazo indeterminado (el momento en que ocurra alguno de los sucesos que necesariamente han de poner fin a la relación: muerte, jubilación, incapacidad, muerte del empleador cuando la posibilidad de realización del objeto del contrato está vinculada necesariamente a las condiciones particulares del mismo, etc.), tal como lo define el artículo 568: "El plazo es incierto, cuando fuese fijado con relación a un hecho futuro necesario, para terminar el día en que ese hecho necesario se realice". Todas las circunstancias aludidas son hechos que, en tanto alternativas de finalización de la relación, imponen un plazo incierto, un hecho alternativo que necesariamente ha de suceder sin que pueda saberse exactamente cuándo. Como indica el artículo 569: "Cualesquiera que sean las expresiones empleadas en la obligación, se entenderá haber plazo, y no condición, siempre que el hecho futuro fuese necesario aunque sea incierto, y se entenderá haber condición y no plazo, cuando el hecho futuro fuere incierto".*<sup>361</sup> Nuevamente, la referencia al plazo está efectuada como modalidad de contratación. Los arts. 568 y 569 del Código Civil (ahora derogado) a los que hace referencia Arias Gibert se ubicaban en el título referido a las obligaciones a plazo. Es decir, este sector de la doctrina argumenta la existencia de una obligación a plazo derivada del principio de conservación del contrato de trabajo y considera a ese plazo como una modalidad de esta obligación asumida por el empleador. Esto puede ser muy cierto en un contrato *transaccional*, pero no es la función que el tiempo cumple en un contrato *relacional*. Y el *contrato de trabajo* es de tipo *relacional*.

José Daniel Machado y Raúl Ojeda sostienen en esta línea de argumentación que “*si se acepta que el empleador tiene la obligación, entre otras, de respetar la permanencia del trabajador hasta las circunstancias indicadas en el artículo 91 de la LCT (o, en su caso, hasta el vencimiento del plazo fijo o la finalización del “evento” en las modalidades temporarias) va de suyo que al violarla incurre en una ilicitud lato sensu. Y esa ilicitud viene equiparada por el artículo 953 del Código Civil a la prohibición del objeto de los actos jurídicos, por cuanto en principio el despido sería nulo de no mediar un expreso*

---

<sup>361</sup> Arias Gibert, Enrique. *Ob. Cit.*

*reconocimiento legal de su aptitud extintiva.*”<sup>362</sup>

Carlos Toselli destaca la importancia del art. 91 LCT en la fundamentación de la teoría de la ilicitud del despido arbitrario, afirmando que: *“un artículo que normalmente no aparece demasiado mencionado en los análisis que se efectúan de las normas de protección y regulación de la relación laboral es el art. 91 de la L.C.T. cuando expresa:*

*“El contrato por tiempo indeterminado dura hasta que el trabajador se encuentre en condiciones de gozar de los beneficios que le asignen los regímenes de seguridad social, por límites de edad y años de servicios, salvo que se configuren algunas de las causales de extinción previstas en la presente ley”.*

*Debe quedar claro en este primer aspecto, que el despido sin causa, no configura precisamente ninguna de las causales de extinción de la norma, por su propia definición normativa, siguiendo las reglas de la lógica formal, de que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo, lo que es “incausado” por carencia de causa expresada, no puede constituir una “causal” de extinción habilitada.*”<sup>363</sup>

Miguel Angel Maza y José Podestá sostienen una interpretación particular sobre el plazo de duración del contrato, desvinculando al plazo como una modalidad obligacional al sostener que: *“en derecho civil se distingue entre plazo cierto y plazo incierto y, a su vez, al segundo se lo subdivide entre incierto determinado e incierto indeterminado.*

*El plazo es cierto cuando la fecha de su cumplimiento o término está designada con precisión, ya sea porque es conocido el día exacto o por fijación de un tiempo determinado*

---

<sup>362</sup> Machado, José Daniel y Ojeda, Raúl. *Las indemnizaciones debidas como consecuencia de la extinción de la relación de trabajo*. En: Ackerman, Mario (Dir). *Tratado de Derecho del Trabajo*. Tomo IV. 1a. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2005); pág. 240.

<sup>363</sup> Toselli, Carlos. Ponencia Oficial en XXXIV Jornadas de Derecho Laboral de la Asociación de Abogados Laboralistas de la República Argentina. *Estabilidad laboral – Nulidad del despido – El despido como acto ilegítimo – Legislación comparada – Estabilidad del activista sindical*.

*de antemano. Es incierto, cuando no se sabe la fecha en que ha de cumplirse el acontecimiento. Ahora bien, cuando éste está fijado con precisión (una muerte, la próxima lluvia), aunque no se sepa la fecha en que ocurrirá, se trata de un plazo incierto propiamente dicho o incierto determinado; mientras que nos encontramos en presencia de uno incierto indeterminado cuando el hecho depende de circunstancias variables de apreciación ulterior.*

*Entendemos que esta clasificación no es aplicable al contrato de trabajo, sino a las obligaciones y a los contratos de cumplimiento instantáneo en los que se confunde la obligación con el cumplimiento mismo del objeto del contrato.*

*En principio, las obligaciones en el derecho laboral pueden tener plazo cierto (v. gr. pago de la remuneración) o incierto determinado (por ejemplo: preavisar la extinción).*

*En nuestra Ley de Contrato de Trabajo el art. 90 (t. o. dec. 390/76) se refiere a la duración del objeto del contrato, esto es a la duración de la prestación que puede ser por tiempo indeterminado o por tiempo determinado; y éste a su vez determinado cierto o determinado incierto.”<sup>364</sup>*

Mario Ackerman expresa que “*para el Código Civil, la indeterminación de plazo en la locación supone inexistencia de plazo, lo que lleva a que cualquiera de las partes está legitimada para rescindir el contrato en cualquier momento (art. 1604, inc. 2º, Cód. Civ.). Para nuestra Ley de Contrato de Trabajo, en cambio, el contrato de trabajo por tiempo indeterminado dura hasta que el trabajador se encuentre en condiciones de gozar de los beneficios que le asignan los regímenes de seguridad social, por límites de edad y años de servicios, salvo que se configuren algunas de las causales de extinción previstas en la misma ley (art. 91, LCT). La circunstancia de que se subordine la extinción del vínculo laboral a la producción de dos hechos futuros -cumplimiento de límites de edad y años de servicios- podría llevar a reflexionar si éste es en realidad un plazo o si se trata de un contrato sujeto a condición resolutoria. La condición, sin embargo, reclama no sólo un acontecimiento futuro sino, además, la incertidumbre acerca de su producción (art. 528, Cód. Civ.). En el concepto*

---

<sup>364</sup> Maza, Miguel Ángel y Podestá, José María. *Consideraciones en torno al plazo del contrato de trabajo*. Derecho del Trabajo 1983-B, 1097. Cita Online: AR/DOC/1345/2005.

*del contrato de trabajo por tiempo indeterminado, ambos hechos necesariamente habrán de producirse alguna vez -a menos que la vigencia del contrato sea interrumpida por alguna de las causas contempladas también por la ley-, lo que excluye el requisito de incertidumbre que caracteriza a la condición. Lo que no existe, en cambio, es certeza en orden a la fecha en la que estos hechos acaecerán, lo que lleva a que la indeterminación en el tiempo de duración aproxime a esta figura al contrato de trabajo a plazo incierto.”<sup>365</sup>*

Pablo Salpeter expresa: “¿qué significa el sistema tuitivo del trabajador?, muy simple, la normativa define al contrato trabajo en el artículo 21, LCT como “... siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios en favor de la otra y bajo la dependencia de ésta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración...” (el destacado es propio).

*La norma establece en relación al plazo, conforme la finalización esperada, distintas modalidades a saber, determinado (certeza del plazo y objeto), determinable (condición resolutoria cuya fecha se ignora) e indeterminado (jubilación) siendo éste último el preferido por la norma.*

*En relación a lo que nos importa en este análisis el factor tiempo resulta determinante, lo que significa que el vínculo tiene vocación de permanencia como lo sostiene el artículo 10 de la mencionada norma que sostiene "En caso de duda las situaciones deben resolverse en favor de la continuidad o subsistencia del contrato".”<sup>366</sup>*

Destaco especialmente la posición de Enrique Arias Gibert porque, a la referida doctrina sobre la obligación a plazo determinado incierto del empleador en el mantenimiento del contrato de trabajo, este autor le agrega un fundamento constitucional<sup>367</sup>, ubicando la

---

<sup>365</sup> Ackerman, Mario. *Ob. Cit. Sobre el contrato de trabajo...*

<sup>366</sup> Salpeter, Pablo. *Despido incausado, ilícito contractual y derecho del empleador*. Revista de Derecho Laboral Actualidad. Tomo: 2018-1. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2018). Cita: RC D 1724/2017.

<sup>367</sup> En igual sentido: Keselman, Sofía. *A propósito del despido sin causa y las consecuencias que de él se derivan*. Derecho del Trabajo 2011 (octubre), 2575. Cita Online: AR/DOC/7309/2010. “La consagración en el art. 14 bis de la garantía de

ilicitud del incumplimiento obligacional en un nivel superior al legal-contractual, sosteniendo que: “*el despido ad nutum es uno de los pocos supuestos en los que la antijuridicidad viene marcada desde la Constitución Nacional cuando carga a los poderes constituidos con la manda de proteger contra el despido arbitrario. Es obvio señalar que aquello contra lo que el constituyente manda proteger es lo que se define constitucionalmente como antijurídico, pues la protección de la Constitución es, por antonomasia, la protección del orden jurídico.*”

*Es despido arbitrario aquel que obedece a la sola voluntad del sujeto emisor, lo que responde al solo arbitrio del agente. No es necesario algún tipo de malicia para incurrir en la antijuridicidad marcada por la Constitución. Es arbitrario aquel despido que no responde a las características objetivas de la contratación que marcan el momento de la finalización de la relación por agotamiento de su objeto o aquel que no obedece a injuria o imposibilidad material del cumplimiento que actúen como causa de justificación del despido (justa causa). Aparecen entonces, claramente delimitados, los dos supuestos en los que la extinción de la relación laboral dispuesta por el empleador están excluidos de la tacha de antijuridicidad: a) extinción de la relación laboral por agotamiento de su objeto o causa fin objetiva de la contratación, y b) una causa de justificación que excluya la antijuridicidad del acto de despido. Ésta es, por otra parte, la clasificación de causas de exclusión de arbitrariedad del despido que contempla el Convenio 158 de la OIT.”<sup>368</sup> La elevación al rango constitucional de la ilicitud contractual no le quita a esta doctrina el error de base que observo en esta tesis: transformar el contrato *relacional* de trabajo en un contrato de tipo *transaccional* y, de esa forma, aplicar la legislación civil destinada a regular la modalidad del plazo en el cumplimiento de las obligaciones.*

---

*protección contra el despido arbitrario importa una valoración constitucional de dicho acto como ilícito. No hay norma constitucional que autorice a sostener que al empleador le asiste el derecho a disolver sin causa el ligamen laboral. La LCT también impone a aquél la obligación de respetar la permanencia del trabajador hasta que se halle en condiciones de acceder al beneficio previsional (art. 91, LCT), u opere el fenecimiento del plazo convenido o la conclusión de la necesidad que motivó su contratación eventual. Luego, la violación a esa obligación no puede sino concebirse como un ilícito de tipo contractual.”*

<sup>368</sup> Arias Gibert, Enrique. *Ob. Cit.*

Sin embargo, también destaco que en esta doctrina la idea del contrato *relacional* está implícita, de modo tal que este último autor que estoy citando -como otros- dan vuelta alrededor de ella pero no la asumen. En el mismo texto, Arias Gibert expresa: “*por otra parte, tampoco es cierto que cualquiera de las partes pueda extinguir en cualquier momento la relación contractual por tiempo indeterminado pues esta facultad, que se considera implícita, está condicionada a las expectativas de cumplimiento de la otra parte, por lo que doctrina y jurisprudencia civil y comercial han exigido unánimemente un preaviso adecuado a la índole y características de la relación contractual.*”<sup>369</sup> La noción de *expectativa de cumplimiento* es mencionada, pero no es reconocida como el objeto de la protección contra el despido arbitrario, ello en tanto al no reconocer el carácter relacional del contrato de trabajo aquella *expectativa* resulta intrascendente en un contrato transaccional, con lo cual es necesario crear una obligación cuyo incumplimiento torne ilícito y sancionable al acto de despido arbitrario: “*...el despido es un incumplimiento voluntario del plazo contractual y, por tanto, antijurídico, a menos que opere una causa de justificación (justa causa).*”<sup>370</sup>

La calificación del despido directo arbitrario como un acto ilícito se explica, entonces, en la falta de la noción de *contrato relacional* en el Derecho del Trabajo. En el contrato *relacional* de trabajo, la conservación del contrato no tiene el carácter de *obligación* sino de *expectativa*; lo cual no implica que por ello carezca de protección.

La técnica utilizada por la doctrina para construir la ilicitud del despido arbitrario tiene, a mi modo de ver, no solo un error de diagnóstico sobre el tipo de contrato (relacional o transaccional) sino también una trampa de base: como un mago preparándose para su espectáculo, se coloca dentro del sombrero el conejo que luego se hará aparecer *por arte de magia*.

El deber de ocupación del empleador (art. 78 LCT), como obligación, no se encuentra expresamente sometido a un plazo en la regulación legal y, por ello, esa modalidad debe

---

<sup>369</sup> Arias Gibert, Enrique. *Ob. Cit.*

<sup>370</sup> Arias Gibert, Enrique. *Ob. Cit.*

buscarse en la interpretación del principio de conservación del contrato de trabajo. Cuando acontece la decisión empresarial del despido arbitrario, aparece el conejo de la ilicitud, pero no por violación de la obligación principal asumida por el empleador (art. 78 LCT) sino por la violación del principio de indeterminación del plazo del contrato de trabajo (art. 90 LCT)<sup>371</sup>.

Sin embargo, esta técnica podría también ser utilizada de la misma forma pero con efecto contrario. Si consideramos el art. 64 de la ley 20.744, el poder de organización y dirección de la empresa que se impone en cabeza de la parte empleadora (con sus limitaciones), se calificaría en forma distinta a aquella obligación empresarial de dar trabajo<sup>372</sup>. Y, de esta manera, el despido arbitrario sería un ejercicio lícito de aquel poder empresario<sup>373</sup>. Dentro de la galera del mago, cambiamos el conejo por una paloma.

Y así como los partidarios de la ilicitud jerarquizaban la misma invocando el art. 14 bis de la Constitución Nacional, los partidarios de la litud podrían recurrir del mismo modo al art. 14 de la Carta Magna.

Finalmente, un último argumento en contra de la arbitrariedad como ilicitud. Si la obligación del empleador de otorgar ocupación efectiva a la persona que trabaja (art. 78 LCT)

---

<sup>371</sup> CNAT, Sala II. 18/08/2009. *Braun, Ricardo Jorge c. Obra Social del Personal de la Industria de la Alimentación*. Cita Online: AR/JUR/37210/2009. El Dr. Miguel Maza, en su voto, afirma: “*el sistema resarcitorio del despido arbitrario en el ámbito del empleo privado modulado en base a una forfata del daño constituye la reglamentación legal de la protección constitucional contra el despido arbitrario y el reconocimiento de efectos extintivos al acto disolutorio aún injusto o incausado, sin desconocer el carácter antijurídico de tales actos. Tal como reiteradamente lo he sostenido, la reparación del art. 245 de la LCT resulta una indemnización de daños y perjuicios tarifada pero resarcitoria finalmente que el legislador presume iure et de iure frente al acto ilícito contractual consistente en la ruptura de la promesa de dar ocupación efectiva que el empleador hizo en los términos de los arts. 90 y 252 de la LCT.*” En igual sentido: CNAT; Sala II. 19/10/2007. *Maffei, Marcelo L. v. Supervielle Asset Management S.A.* Cita Online: 70041507

<sup>372</sup> Martínez Vivot, Julio. *Elementos del derecho del trabajo y de la seguridad social*. 4ª ed. Ed. Astrea. Buenos Aires (1994), pág. 394.

<sup>373</sup> Arese, César. Comentario a los arts. 64 y 65 de la ley 20.744. En: Maza, Miguel Angel (Dir.). *Régimen de contrato de trabajo comentado*. Tomo I. Ed. La Ley. Buenos Aires (2012); pág. 773.

se considera a plazo determinado incierto (arts. 90/91 LCT), cuya inobservancia conlleva la respuesta indemnizatoria, de la misma forma la obligación de prestar tareas en forma diligente por parte de la persona que trabaja (art.84 LCT) debe ser considerada como sujeta al plazo determinado incierto del contrato; pero, sin embargo, la ley 20.744 no regula ninguna sanción indemnizatoria a la renuncia (art. 240 LCT), solo previendo una sanción por su comunicación intempestiva omitiendo el preaviso (art. 231 LCT). Dado que el trabajo subordinado es libre, la renuncia es un derecho de la persona que trabaja, pero ello, sin embargo, no implica necesariamente que esta forma de extinción no cause un daño al empleador que habilitaría una sanción indemnizatoria. Este sería el caso, por ejemplo, que la persona que trabaja reciba una capacitación a expensas económicas y temporales de la empresa que trabaja (un curso de posgrado pagado por la empresa y cursado en horario de la jornada laboral), y finalizado éste la persona renuncia. Esta renuncia implica por parte de la empresa la pérdida de lo invertido en la capacitación del trabajador/a pero, sin embargo, ese daño no genera ninguna indemnización en Derecho Laboral. De esta forma, no tiene sentido entender que un mismo principio (arts. 90/91 LCT) tiene efectos jurídicos para una de las partes del contrato y no los tiene para la contraria.

Por lo demás, ni siquiera en la regulación legal del contrato a plazo fijo, que reconoce expresamente a través del consentimiento, y por escrito, la obligación de mantener el contrato por un plazo determinado, se estipula que el despido arbitrario *ante tempus* confiera un derecho a la persona que trabaja a lograr el efectivo cumplimiento de la obligación empresaria asumida, pues la situación se resuelve en el pago de una indemnización agravada (art. 95 de la ley 20.744).

En definitiva, ninguna de las obligaciones de las partes en el contrato de trabajo está sometida a un plazo como consecuencia del principio de los arts. 90 y 91 de la ley 20.744 y, por lo tanto, no puede haber ilicitud derivada del principio de indeterminación del plazo del contrato de trabajo. Este principio se explica y se justifica perfectamente en el marco de un contrato *relacional* de trabajo en el cual las partes, teniendo como objeto de la contratación el mantenimiento de una relación por un amplio tiempo, tienen una legítima *expectativa* a la conducta de su contraparte en ese sentido.

Por lo demás, ni siquiera en la regulación del contrato de trabajo a plazo fijo se reconoce un derecho al efectivo cumplimiento del plazo en el caso de despido arbitrario antes del vencimiento del plazo (arts. 93 y 95 de la ley 20.744).

### **b.2 / La construcción del concepto de *arbitrariedad* como *licitud*.**

Por otro lado, un sector minoritario de la doctrina ha construido la noción de arbitrariedad desde la licitud, propugnando el derecho del empleador a la rescisión incausada.

Con notable énfasis sostiene esta idea Jorge Rodríguez Mancini, expresando: “*añadiré unas pocas reflexiones más acerca del significado y alcance de la normativa vigente para superar interpretaciones igualmente desviadas, de los textos legales, no ya constitucionales. Me refiero a la lectura de las normas de la LCT particularmente su art. 91 del cual es difícil extraer otra conclusión que no sea la de que es coherente con el sistema de estabilidad relativa que impera en ese cuerpo legal. Que no sea del agrado ideológico de alguno no autoriza a forzar la letra de la ley. En efecto el art. 91 LCT expresa: "El contrato por tiempo indeterminado dura hasta que el trabajador se encuentra en condiciones de gozar de los beneficios que le asignan los regímenes de seguridad social, por límites de edad y años de servicios, salvo que se configuren algunas de las causales de extinción previstas en la presente ley". Una de las causales es la denuncia unilateral y sólo mediante una elaboración carente de la más elemental lógica se ha podido argumentar que la LCT no contempla la posibilidad de la denuncia unilateral del contrato aunque no medie justa causa. Porque resulta del sistema estructurado en el capítulo IV del capítulo XII de ese cuerpo legal que debe ser aplicado armónicamente y no descuartizado a piacere, que "el acto por el cual el empleador pone término a un contrato de trabajo por su voluntad unilateral, se llama despido. Cuando lo hace con fundamento en un incumplimiento del contrato por parte del trabajador, que sea de magnitud proporcionada a la rescisión, se llama despido justificado. Cuando carece de causa porque no la tiene o porque la que tiene no es suficiente, se llama despido injustificado, que es el tipo contra el que con el nombre de despido arbitrario, requiere el art. 14 bis de la Constitución Nacional que las leyes garanticen al trabajador". En la ley argentina —no la de otros países que poseen otros sistemas de protección— ese*

*despido injustificado o arbitrario, se castiga con el pago de una indemnización tarifada. Así de simple es el sistema y así de simple es su aplicación inveterada sobre la cual se pretende volver mediante artilugios que no resisten la fuerza de la norma y de su interpretación judicial uniforme. Que el despido sea un acto lícito —como yo y otros lo creemos— o que se trate de un acto ilícito no altera la conclusión toda vez que como lo repetimos desde Justo López en adelante, el despido aunque acto ilícito, es eficaz y en nuestro derecho no existe nulidad del despido salvo para los protegidos por la ley sindical que reglamenta otra garantía constitucional distinta de la del despido arbitrario ("los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo")."*<sup>374</sup>

Si bien esta doctrina de la licitud del despido arbitrario es minoritaria en la actualidad, puede observarse que era más ampliamente receptada en los autores que comentan el régimen de la ley 20.744 en los primeros tiempos posteriores a su sanción, tal vez porque aún conservaban los criterios de interpretación de la regulación normativa anterior.

Enrique Herrera afirmaba que *"en nuestra ley el despido "sin causa" resulta sinónimo de "arbitrario", ya que traduce una voluntad de carácter discrecional del empleador, que opera legalmente como única y exclusiva causa de disolución contractual. Empero, por nuestra parte, no pensamos sin más que todo despido sin invocación de causa resulte un "acto ilícito" o de "incumplimiento contractual", pues las partes no se han obligado a mantener sine die la relación, ni la ley admite un derecho de estabilidad propia en el empleo. En nuestra opinión el empleador dispone de un derecho subjetivo, que como todo debe ser ejercido razonablemente, para resolver sin causa el contrato de trabajo cuando así lo aconseje el normal giro de sus negocios. Para que el acto sea regular, la ley impone dos obligaciones: una de hacer, relacionada con el otorgamiento del preaviso, y otra de abonar la indemnización por despido que establece el art. 245 de la LCT. Cumplidas estas dos obligaciones en tiempo propio, no podemos hablar con mayores fundamentos de un "acto*

---

<sup>374</sup> Rodríguez Mancini, Jorge. *Ob. Cit. Estabilidad impropia...*; págs. 3 / 4.

*ilícito*”, en el sentido del art. 1066 del Cód. Civil.”<sup>375</sup> Destaco como la doctrina argentina ha perdido el desarrollo del ejercicio razonable del despido arbitrario, en pos de la ilicitud del acto.

No obstante, a esta doctrina de la *licitud* del despido arbitrario le podrían caer las mismas críticas ya efectuadas para aquellos que vinculan la arbitrariedad con la ilicitud pues, en definitiva, trabajan sobre la misma idea de un contrato transaccional pero en sentido contrario. En la doctrina argentina puedo encontrar notables esfuerzos por cambiar el rol de obligación del empleador que se asigna al plazo indeterminado del contrato de trabajo, pero estos esfuerzos se desvanecen pues no trabajan sobre la idea cardinal de base: que el contrato de trabajo es de tipo *relacional*.

En este sentido destaco lo expresado por Diego Ledesma Iturbide y Pablo Arce: “*el derecho a la estabilidad en el empleo es expresión de una expectativa legítima que incumbe a la sociedad en su conjunto y que yace en cabeza de los trabajadores, la relativa a la conservación del puesto de trabajo. Tal pretensión se encuentra ciertamente legitimada y vigorizada según una funcionalidad que suele atribuírsele al contrato de trabajo, la de ser instrumento preferente o privilegiado para procurar, mediante él, la satisfacción de las necesidades vitales de quien trabaja como de su grupo familiar. E incluso, y yendo aún más allá, la de resultar aquél un medio de realización del ser humano, la idea de la dignificación mediante el trabajo. La conservación del puesto de trabajo es, entonces y así comprendido, el bien jurídico tutelado en el denominado derecho a la estabilidad.*”

*El derecho a la estabilidad no tiende, por cierto, a procurar una conservación sine die del vínculo de trabajo dependiente. Tanto la perdurabilidad como la finitud de las relaciones resultan, ambas, circunstancias necesarias y apriorísticas en todo contrato laboral. La primera, por la continuidad en el tiempo que el vínculo exige como dato definitivo, su carácter de ser contrato de tracto sucesivo, mientras que la segunda es la realización de una exigencia impuesta por principios básicos y elementales vinculados a la dignidad de quien*

---

<sup>375</sup> Herrera, Enrique. *Ob. Cit.*; págs. 195/6.

*trabaja, los que niegan validez a un compromiso asumido de por vida por quien ofrece su capacidad de trabajo a cambio de una remuneración o, en otras palabras, que el contrato constituya una cesión no revocable.*

*A la perdurabilidad debe asociársele el principio, básico en nuestro sistema normativo, de la indeterminación del plazo: modo de proteger al sujeto trabajador del fraude de la imposición arbitraria de un plazo determinado en la relación, como también justo corolario de la verificación del dato corriente de que las personas trabajan para subsistir, y que exige cierta razonable continuidad en los vínculos. El principio de la indeterminación del plazo se sustenta, también, en la idea de que existe una equivalencia entre la prestación laboral y las necesidades productivas en la empresa, una relación que deriva en un emparejamiento, ya clásico en doctrina, que postula que necesidades permanentes deben corresponderse con trabajos permanentes.*

*Por último, la necesaria garantía de finitud en los contratos por tiempo indeterminado se encuentra impuesta y reglamentada en nuestro sistema normativo, y de modo general y particular, en los artículos 91 y 252 de la LCT, respectivamente. Por cierto que la normativa citada no implica un límite inexorable a la continuidad del vínculo, ni mucho menos.*

*Dentro de la estructura jerárquica, vertical, que es dato jurídico propio en toda relación de trabajo dependiente, el derecho a la estabilidad en el empleo opera como una limitante al poder de dirección empresario, y puntualmente, en lo que aquí resulta de interés, respecto de su atribución para poner fin a un vínculo por su exclusiva decisión.”<sup>376</sup>*

Es muy destacable la posición asumida por César Arese, pues coloca al despido arbitrario como poder dentro del ejercicio de la potestad empresaria de organizar y dirigir la empresa. Así, sostiene este autor que: “*el empleador está habilitado en el interior de la empresa, y con relación al contrato individual de trabajo, para la práctica de un conjunto*

---

<sup>376</sup> Arce, Pablo y Ledesma Iturbide, Diego. *Derecho a la estabilidad y principio de causalidad en el despido en el contexto de un Estado constitucional de Derecho y antropocéntrico*. Revista de Derecho Laboral. Tomo: 2018-2. Contratación laboral y despido- II. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2018). Cita: RC D 1390/2018

*esencial de facultades:*

- a) Organizar económica y técnicamente la estructura productiva (art. 64 LCT).*
- b) Dirigir el trabajo (art. 65).*
- c) Instrumentar todos los cambios necesarios en formas y modalidades de trabajo (art. 66).*
- d) Ejercer el poder disciplinario (art. 67).*
- e) Efectuar controles personales (arts. 71/3).*
- f) Extinguir unilateral e incausadamente el vínculo laboral (art. 245).*

*En realidad el último es el poder esencial en el sistema de fuerzas que se mueven en el interior de la relación laboral. El alcance de la protección contra el despido arbitrario prevista en el art. 14 Bis, tuvo un criterio histórico de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que se caracterizaba por ser forfataria, libre y procesalizada. Es obvio: el ejercicio del poder del empleador se escenifica, explícita o implícitamente, en el horizonte acotable de la relación. (...) El poder extintivo del contrato de trabajo y el espanto del despido es el principal inductor de conductas, disuasor de disidencias y disciplinador interno.*

*No se trata de una simple derivación del jus utendi, fruendi et abutendi dominial sobre la empresa cuya justificación es el art. 17 CN, sino que representa o simboliza un poder disciplinante en las relaciones personales de trabajo. Por lo tanto, el despido abierto, por más que sea una posibilidad, constituye una alternativa fortificadora de los poderes empresarios en el decurso del contrato de trabajo.”<sup>377</sup>*

Finalmente, existen esfuerzos doctrinarios de sostener la licitud del despido basándose en diferenciar los conceptos de antijuridicidad e ilicitud. Así, entre otros, sostiene Eduardo Schiel que “*más allá de la antijuridicidad, siendo el despido un acto jurídico es de por sí lícito. Su licitud proviene de su naturaleza como acto jurídico. Es lícito por ser acto jurídico y no al revés. (...) La ilicitud es un concepto más amplio que la antijuridicidad. Todo ilícito*

---

<sup>377</sup> Arese, César. *Ob. Cit. Comentario a los arts. 64 y 65 de la ley 20.744...*

*es antijurídico pero no toda conducta antijurídica es ilícita. Lo ilícito está prohibido y/o es susceptible de reproche penal o administrativo mientras que lo antijurídico no siempre representa esta característica.”*<sup>378</sup>

Ahora bien, la licitud del acto de despido abre la puerta a la discusión sobre la naturaleza jurídica de ese despido arbitrario. Al respecto, si bien un sector sostiene la existencia de un *derecho* en cabeza del empleador a despedir arbitrariamente, en el sentido técnico de *derecho subjetivo* como vinculado a un interés particular del empleador, otro sostiene la idea de que en tanto el despido debe ser ejercido en función de los intereses colectivos que se representan en la empresa, esto constituye una *potestad* incluida en los poderes de organización y dirección empresarios<sup>379</sup> derivadas del poder que implica la relación de subordinación. Estas potestades serían facultades discrecionales otorgadas al empleador en función de organizar y dirigir el centro de intereses colectivos que representa la empresa. La potestad de otorgar una solución al conflicto de estos intereses entre el empleador y la persona que trabaja es colocada en cabeza del empleador quien, en forma arbitraria, puede decidir el despido. Sin embargo, la propia regulación legal que otorga esas potestades las limita claramente (arts. 62, 63, 65 y 68 ley 20.744) y, en lo que interesa respecto a los contratos *relacionales* y a esta tesis, estas limitaciones comprenden las obligaciones implícitas que surgen de las expectativas legítima de la persona que trabaja basada en la buena fe. De esta forma, expresa Douglas Brodie que: *“todas las cláusulas discrecionales contenidas en el contrato de trabajo deben ser interpretadas a la luz de los términos fundamentales implícitos que expresan la esencia del contrato (en especial, la obligación de confianza). De esta forma se reconoce que mientras las partes de un contrato de trabajo tiene un conflicto de intereses, cuando la regulación contractual pone en manos de la parte que ejerce el poder discrecional la potestad de resolver el conflicto, se presume que es una expectativa razonable de las partes y, por lo tanto, una intención común, que*

---

<sup>378</sup> Schiel, Eduardo. *Acerca del despido sin invocación de causa*. Doctrina Laboral y Previsional n° 407. Julio 2019. Ed. Errepar. Buenos Aires (2019); pág. 658.

<sup>379</sup> Ledesma Iturbide, Diego. *El despido discriminatorio como supuesto de abuso del poder de despedir sin justa causa*. La Ley Online Cita: RC D 3852/2012.

*habrá un ejercicio genuino y racional de la discrecionalidad.”*<sup>380</sup>

Y en este aspecto, cuando se señala el carácter *disuasivo* de la indemnización por despido -sobre el cual volveré *infra*-, lo que en verdad está haciendo el Derecho del Trabajo es creando una preferencia dentro de las decisiones empresarias que hacen al poder de organización y dirección, de tal forma que ante un problema de organización de la empresa, entre todas las soluciones posibles, el despido arbitrario conlleve un mayor costo a la empresa y, en consecuencia, sea menos atractivo como solución al problema desde la lógica del costo-beneficio. En este sentido, el art. 23 de la ley 24.013 se comporta con la misma función, pero en sentido inverso; es decir, frente a la potestad empresarial de incorporación de tecnología al proceso productivo, el mandato legal es de preferencia a este proceso por sobre la afectación de las condiciones de trabajo y empleo<sup>381</sup>.

De todos modos, tanto la teoría de la licitud como la de la ilicitud del despido arbitrario tienen el mismo problema de base: tratan al conflicto como de naturaleza contractual en una Teoría General contractual clásica transaccional.

### **c / El comienzo del abandono de la teoría del despido como acto ilícito.**

Esta tesis plantea un radical cambio de paradigma en la interpretación de la legislación vigente en lo que respecta al despido arbitrario y la protección contra los daños que son su consecuencia.

Y ese cambio ya se ha iniciado en forma incipiente, pero no cobra mayor auge porque la falta de consideración del contrato de trabajo como *relacional* impide crear un marco

---

<sup>380</sup> Brodie, Douglas. *Ob. Cit.*; pág. 242. “...all discretionary clauses contained within the employment contract will be read subject to those fundamental implied terms that express the essence of the contract (in particular the obligation of trust and confidence). It is acknowledged that, while the parties to an employment contract are likely to have conflicting interests, where the provisions of the contract effectively place the resolution of that conflict in the hands of the party exercising the discretion, it is presumed to be the reasonable expectation and therefore the common intention of the parties that there should be a genuine and rational, as opposed to an empty or irrational, exercise of discretion.”

<sup>381</sup> Rodríguez Mancini, Jorge. *El trabajo en el futuro*. Derecho del Trabajo 2016 (noviembre), 2635. La Ley Online: AR/DOC/2616/2016.

teórico suficiente para la nueva interpretación normativa<sup>382</sup>. Esta tesis pretende cooperar en la creación de ese marco teórico.

El inicio del cambio puede verse en el abandono de la idea de la *ilicitud* del despido. Claro está, ello no se expresa directa y abiertamente, pero hay ciertos datos jurídicos que indican aquel abandono. Si bien la doctrina y jurisprudencia continúa aceptando la teoría de la ilicitud del acto de despido, existen cambios legislativos que indican indicios del nuevo paradigma.

La ley 25.877 modificó la ley 20.744 introduciendo el texto del art. 92 bis. Por esa norma, colocada en el corazón de la doctrina de la ilicitud del despido por violación del plazo del contrato de trabajo, se sanciona la situación de sucesivas contrataciones de distintas personas para un mismo puesto de trabajo de naturaleza permanente. Se considera que existe un abuso por parte del empleador. No queda del todo claro en que consiste el abuso, pues la norma hace referencia al *uso abusivo del período de prueba*, pero la conducta sancionada es la de despedir y contratar sucesivamente a distintas personas para un mismo puesto a los efectos de impedir que se produzca la *efectivización* (en los términos de la norma), lo que sería el logro del tiempo mínimo de servicios de tres meses para el devengamiento de indemnización por despido arbitrario. En lo que interesa en esta tesis, regulándose una situación de reiterados despidos (y contrataciones), el carácter *abusivo* no puede imputarse a un acto ilícito. Puede abusarse de un derecho, pero no puede abusarse de un acto ilícito.

Asimismo, en época de crisis económica y sanitaria se ha dispuesto o intentado disponer<sup>383</sup>, la suspensión temporal<sup>384</sup> e incluso la nulidad<sup>385</sup> de los despidos arbitrarios<sup>386</sup>. Y

---

<sup>382</sup> Calandrino, Alberto y Kloster, Ana María. *¿Es inconstitucional el despido? Comentario al fallo “L.E.M. c/ Qualytel de Latinoamérica S.A. s/ despido”*. eDial DC1CE5. Ducros Novelli, Daniela. *El despido sin causa siempre tiene alguna causa. Un nuevo sistema de despido*. RDLSS 2013-13. Cita Online: AR/DOC/5034/2013. González Rossi, Alejandro. *El despido discriminatorio y la introducción de una concepción de las consecuencias del despido sin expresión de causa en el Derecho Argentino*. Derecho del Trabajo 2014 (enero), 55. Cita Online: AR/DOC/4521/2013.

<sup>383</sup> Veto por Decreto 701/16 del proyecto de ley 27.251

<sup>384</sup> Art. 16 de la ley 25.561. Arts. 1, 2 y 3 del DNU 34/19

al respecto, una medida de suspensión no puede pregonarse respecto de actos ilícitos<sup>387</sup>. Asimismo, se han impuesto requisitos de procedencia previos a la comunicación del despido arbitrario<sup>388</sup>, lo cual es asimismo imposible de efectuar respecto de un acto ilícito.

La ley 26.844 -Estatuto del personal de casas particulares- aporta una novedad interesante. La ley 20.744 parece no definirse respecto a la licitud o ilicitud del despido pues, no lo prohíbe expresamente ni lo regula. Excepto para el caso del período de prueba, en el cual el art. 92 Bis de la ley 20.744 expresa que “*cualquiera de las partes podrá extinguir la relación...*”, la ley de contrato de trabajo solo regula una indemnización por el despido sin justa causa en su art. 245. La redacción del art. 67 del Dec. 33.302 en cuanto disponía que “*los empleadores no podrán despedir a los empleados*” no ha sido receptado en la ley 20.744. Frente a ello, el art. 46 de la ley 26.844 regula las causales de extinción del contrato de trabajo y, en el inciso g) reconoce como una de estas causas el “*despido dispuesto por el empleador sin expresión de causa o sin justificación.*”. Al menos en este estatuto particular, la doctrina de la ilicitud del despido arbitrario está expresamente rechazada a texto expreso.

Ahora bien, si la teoría de la ilicitud del acto de despido comienza a mostrar su insuficiencia protectoria, ¿hacia dónde vamos en busca del cumplimiento del mandato constitucional del art. 14 Bis?

En primer lugar, debe asumirse lo expuesto en la segunda parte de esta tesis: que el contrato de trabajo es de carácter *relacional* y que, por lo tanto, el tiempo de duración del

---

<sup>385</sup> DNU 329/20.

<sup>386</sup> Alejandro, Sergio. *Emergencia ocupacional y suspensión de los despidos*. elDial DC20E3. “*En lo que va del año, han ingresado en el Congreso de la Nación dieciocho (18) proyectos de ley proponiendo la declaración de la emergencia ocupacional e instaurando la suspensión de los despidos o en caso contrario el pago de una indemnización agravada.*”. Yasin, Omar. *Sobre la inconstitucionalidad de la prohibición de despidos y de cuándo existe emergencia ocupacional*. Derecho del Trabajo 2016 (junio), 1203 Cita Online: AR/DOC/1622/2016.

<sup>387</sup> Eso sería como suspender por un tiempo los asesinatos porque se producen demasiados en la sociedad.

<sup>388</sup> Art. 6 del Decreto 1043/18. Foglia, Ricardo. *La asignación no remuneratoria y la obligación de comunicar previamente despidos sin justa causa*. La Ley 23/11/2018, 1. Cita Online: AR/DOC/2557/2018

contrato es una *expectativa* de las partes contratantes que hace al objeto del contrato y no una obligación sometida a una modalidad de plazo. Ello implica el abandono de la Teoría General contractual transaccional. En este escenario, debe construirse un sistema protectorio relacional, lo cual expondré en la cuarta parte de esta tesis, pero que, adelanto aquí, implica un cuidado en la no generación de daños por la intempestividad de la comunicación -y por ello el instituto del preaviso-, como así también asumir *ex antes* las consecuencias dañosas del distracto.

Intento demostrar en esta tesis que la mayor protección a la persona que trabaja no pasa por una definición académica sobre la licitud o ilicitud del despido arbitrario, sino por la creación de un sistema jurídico en el cual la protección se exprese en la realidad de los hechos en forma oportuna y satisfactoria. No creo que importe la definición académica doctrinaria del acto lícito o ilícito del despido si, al día siguiente de la comunicación del distracto, la persona que antes trabajaba tiene certeza que la cuenta del supermercado puede ser aun pagada por un cierto tiempo, lo cual evidentemente no sucede con la interpretación actual del despido arbitrario como acto ilícito, pero eficaz para extinguir el contrato de trabajo; pero lo cual tampoco se lograría sosteniendo la licitud del despido.

#### **d / Corolario: cambio de paradigma.**

La construcción clásica y predominante en doctrina y jurisprudencia en la actualidad concibe al despido arbitrario como un acto ilícito, con efectos extintivos del contrato de trabajo<sup>389</sup>. Esta ilicitud en la conducta del empleador ayuda a justificar la imposición de la indemnización regulada en el art. 245 de la ley 20.744<sup>390</sup>. Esta es la *protección contra el*

---

<sup>389</sup> López, Justo. *Despido arbitrario y estabilidad*. LT XXI-289.

<sup>390</sup> Prieto Molinero, Ramiro. *La cuestión de la antijuridicidad en la responsabilidad civil*. La Ley 28/09/2016, 1. Cita Online: AR/DOC/2876/2016. “Así, y salvo casos excepcionales donde es posible contratar seguros *ex ante* permitiendo la distribución social de riesgos, la responsabilidad civil se funda en la imposición de una verdadera sanción que restringe la libertad de las personas y afecta su derecho de propiedad. Para atacar el patrimonio del sindicado como “responsable” tiene que haber un muy buen motivo que lo justifique; de allí, que, en su origen, la responsabilidad civil sólo procediera a título de culpa o dolo y que, hoy día, incluso la responsabilidad objetiva suela establecerse en el Derecho comparado a partir de sistemas especiales, con sus hipótesis fácticas claramente definidas y teniendo en cuenta la posibilidad de asegurar

*despido arbitrario* que el legislador y la doctrina argentina consideran como adecuada y suficiente como cumplimiento de aquel mandato constitucional.

Sin embargo, el resultado protectorio es pobre, pues a la persona que trabaja se la deja expuesta ante el arbitrio rescisorio de la parte empleadora, pero la protección diseñada es insuficiente como tutela constitucional adecuada. Ello en tanto pensada como una indemnización, esta se debe luego y como consecuencia del incumplimiento obligacional, y su pago no es requisito para la extinción del vínculo contractual, sino que, por el contrario, la rescisión contractual arbitraria es requisito previo para el devengamiento de la indemnización. De tal forma, el efecto disuasivo del arbitrio del empleador es altamente dudoso, y es así que como técnica legislativa se utiliza el incremento de la indemnización por despido en casos de crisis económicas con escasos resultados prácticos positivos. Y a su vez, el efecto sancionatorio es pobre, pues la legislación de fondo no otorga un título ejecutivo a la persona arbitrariamente despedida que le permita el cobro inmediato de la suma indemnizatoria adeudada<sup>391</sup>, con lo cual ante el incumplimiento del pago de la indemnización devengada al acreedor laboral no le queda otra opción más que iniciar el camino usualmente prologando de un juicio laboral<sup>392</sup>.

Jorge Elías expone muy claramente esta crisis del sistema protectorio afirmando que: *“el sistema de tutela de los derechos individuales del trabajador reposa, casi exclusivamente, en la eficacia de la protección contra el despido, con la única excepción de los reclamos encauzados por la acción sindical de hecho. En la medida en que la indemnización tarifada*

---

*los riesgos implicados. Pero incluso antes de dar con el motivo que justifique poner en cabeza de uno las pérdidas de otro, tiene que darse algo previo y, a la vez, más básico: el determinar a partir de qué momento puede considerarse que la conducta de alguien viola el ordenamiento y, por lo tanto, no es susceptible de ser tolerada.”*

<sup>391</sup> Coppoletta, Sebastián. *Cobro ejecutivo de créditos de naturaleza laboral. Salarios adeudados y reconocidos. Despidos*. En: Alonso, Daniel (Dir.); *Ejecución en materia comercial y empresarial*. Tomo I. Ed. La Ley. Buenos Aires (2011); pags. 419 y sigs.

<sup>392</sup> Esta falencia del derecho sustantivo laboral es intentada de sobrellevar a través de procesos laborales de naturaleza monitoria. Al respecto, el Código Procesal Laboral de la Provincia de Santa Fe ha sido pionero en la Argentina en este aspecto.

*no repara el daño causado por la pérdida del trabajo, el empleador siempre dispondrá de un eficaz recurso para ejercer coacción, bajo la amenaza del despido. Por otra parte, el despido indirecto es virtualmente la única opción que la ley reconoce al trabajador frente a los incumplimientos del patrón. Como bien lo señala un pronunciamiento de la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, también referido al reclamo por horas extraordinarias: "la realidad demuestra que, normalmente, cuando el trabajador efectúa ese reclamo es despedido". De lo expresado resulta que la única protección a que pueden aspirar los trabajadores está constituida por una tardía reparación, que resultará operativa -proceso mediante en muchos casos- una vez extinguido el contrato de trabajo, sea porque el trabajador es despedido a modo de represalia, sea por el hecho de que debió denunciar el vínculo como único medio para hacer valer su derecho, o simplemente porque sólo se siente habilitado para demandar luego de haber sido despedido. Podríamos así hablar de un sistema de reparaciones póstumo que comienza a ser operativo luego de la extinción del contrato de trabajo, sin posibilidad de brindar una tutela efectiva y oportuna. Esa protección que denominamos póstuma para graficar su condición tardía y su muy relativa eficacia, constituye un verdadero estímulo para el incumplimiento patronal. El empleador podrá permitirse mantener durante largos años trabajadores sin registrar o registrados de modo deficiente (con toda la frustración de derechos que ello implica), o aún en relaciones registradas, dejar de cumplir con deberes elementales como abonar correcta y puntualmente la remuneración, o podrá permitirse no respetar la legislación sobre jornadas y descansos, a sabiendas de que las consecuencias de estos actos recién podrá experimentarlas una vez que se haya extinguido el vínculo. Aprovechando la lentitud de los procesos, las dificultades de prueba con la que debe cargar el trabajador, así como los beneficios de la caducidad y la prescripción operados por la falta de reclamo en tiempo oportuno, el incumplimiento resulta altamente rentable. Aún en la hipótesis de que alguno de los trabajadores obtenga y pueda ejecutar su crédito —luego de desbaratar las frecuentes maniobras fraudulentas para eludir responsabilidades—, el costo de esa condena se ve largamente compensada con el ahorro resultante de esos incumplimientos generalizados y prolongados en el tiempo.*"<sup>393</sup>

---

<sup>393</sup> Elías, Jorge. *Hiposuficiencia reclamacional: un nuevo desafío para el derecho del trabajo*. Derecho del Trabajo 2011 (diciembre), 3196. Cita Online: AR/DOC/5722/2011

En definitiva, la doctrina laboralista argentina es contundente al señalar la ilicitud del despido, negando a la rescisión unilateral el carácter de potestad implícita de las partes de un contrato de duración indeterminada, con lo cual parece satisfecho el principio protectorio y se aborta cualquier idea de considerar al despido arbitrario como una potestad del sujeto empleador; pero en definitiva, esta construcción ideológica en nada provee una protección efectiva a la persona que al perder los beneficios del contrato de trabajo, sufre un daño en su capacidad de consumo. De este modo, la protección contra los daños del despido arbitrario que se construye a través de la teoría de la ilicitud del despido es meramente declamativa, teórica, simbólica, académica, pero no es ni práctica, ni suficiente, ni efectiva y, lo peor de todo, no es protectoria. El despido es declarado un acto ilícito, pero al día siguiente del despido no se sabe quién va a pagar la cuenta de supermercado de la persona ilícitamente despedida, por las compras necesarias para subsistir con dignidad.

Esto no es el adecuado cumplimiento del mandato constitucional de protección contra el despido arbitrario<sup>394</sup>.

La construcción de la *ilicitud* del despido arbitrario es, más que nada, una necesidad teórica de base contractual. Si la protección contra el despido arbitrario implica una indemnización, entonces una indemnización necesita -en principio<sup>395</sup>- una antijuridicidad y, finalmente, la antijuridicidad necesita de una obligación. De tal forma, la *expectativa* razonable de conservación de la relación, que es propia de un contrato *relacional* como es el contrato de trabajo (art. 10 LCT), se transforma con gran esfuerzo argumentativo en una

---

<sup>394</sup> Pasten, Gloria. *Evolución e involución del art. 245 de la ley de contrato de trabajo*. “...es claro que la reforma constitucional de 1957, dio vida y sustento al Derecho del Trabajo cuyo reconocimiento significó un cambio fundamental jurídico y social, pues el art.14 bis, consagró definitivamente el principio protectorio y revalorizó y privilegió a la persona humana trabajadora mientras que la reforma constitucional de 1994 la reafirmó como su principal destinataria. Los interrogantes se dirigen a determinar si la protección constitucional incorporada en 1957 que se materializó en el art.245 de la Ley de Contrato de trabajo, es suficiente o merecedora de ser modificada. La opinión de jerarquizados autores de épocas pretéritas y actuales, la doctrina de la Corte Suprema y la jurisprudencia de los Tribunales, da cuenta de un estado de situación no ajustada a la manda constitucional.”

<https://studylib.es/doc/7191981/evoluci%C3%B3n-e-involuci%C3%B3n-del-art.245-de-la-ley-de>

<sup>395</sup> Porque se han desarrollado ideas sobre responsabilidad por el hecho lícito.

obligación contractual a plazo del empleador en el marco de un contrato transaccional que, incumplida a través del despido directo incausado, imprime a éste la naturaleza de un acto ilícito<sup>396</sup>. Claramente expone en este sentido Mario Ackerman cuando, enrolándose expresamente en la doctrina que califica al despido directo arbitrario como un acto ilícito, expresa que: “*materializando las reglas de continuidad o subsistencia del contrato (art. 10, LCT) y de indeterminación del plazo de celebración de éste (art. 90, LCT), como principio general (art. 27, ley 24.013), el artículo 91 de la LCT establece que el contrato por tiempo indeterminado dura hasta que el trabajador se encuentre en condiciones de gozar de los beneficios que le asignan los regímenes de seguridad social, por límites de edad y años de servicio, salvo que se configuren algunas de las causales de extinción previstas en la presente ley. Esta regla se completa con la del artículo 252 de la LCT, que exige de obligación indemnizatoria al empleador cuando el cese se produce por la concesión del beneficio provisional. El empleador, en consecuencia, está legalmente obligado a mantener el empleo. Si no lo hace y más allá de la eficacia extintiva de su incumplimiento incurre en un comportamiento ilícito.*”<sup>397</sup> Esto sería muy correcto en el marco de un contrato transaccional, en el cual el tiempo es asumido como una modalidad de contratación, pero sostengo que no tiene el mismo enfoque jurídico en un contrato *relacional*, en el cual el tiempo asume el carácter expuesto en la segunda parte de esta tesis. Esto, desde ya, es rechazado por Ackerman cuando manifiesta que “*lo normal no parece ser que un empleador y un trabajador celebren un contrato de trabajo teniendo en vista la ruptura de aquél en cualquier momento y a su puro arbitrio. En todo caso esto sería todo lo contrario de lo que pretende proteger el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, cuando impone a la ley la tutela del trabajador frente al despido arbitrario.*”<sup>398</sup> Entiendo la postura de Ackerman en que lo *normal* es que la persona que trabaja prefiera un contrato de trabajo con la mayor garantía de perdurabilidad posible (con la posibilidad de renunciar libremente), pero no es este el sistema legal actual

---

<sup>396</sup> Corti, Esteban. *Resulta constitucional el derecho del empleador a despedir a un trabajador sin justa causa y sin deber de indemnizar que establece el art. 92 bis. Ley de Contrato de Trabajo*. RDLSS 2012-12. Cita Online: AP/DOC/176/2012

<sup>397</sup> Ackerman, Mario. *Validez constitucional de la tarifa con tope en la indemnización por despido arbitrario de cara a la doctrina actual de la corte suprema de justicia*. Revista de Derecho Laboral. Tomo: 2000-1. Extinción del contrato de trabajo - I. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2000). Cita: RC D 2107/2012.

<sup>398</sup> Ackerman, Mario. *Validez...Ob. Cit.*

argentino, que desde el sistema constitucional se limita a otorgar una *protección* contra la decisión empresaria rupturista. De tal modo, la perdurabilidad del vínculo contractual es una *expectativa* de ambas partes del contrato de trabajo.

Es que, en definitiva, lo que la doctrina que representa Mario Ackerman expresa refiere también al aspecto *relacional* del contrato de trabajo: ambas partes contratantes asumen el contrato porque entienden que en el contrato están en mejor posición que sin el contrato, aún con intereses distintos, ambas partes quieren la relación contractual; y la quieren por un tiempo prolongado, para obtener de ella el mayor beneficio, pues ninguna de las partes asume el contrato para abandonarlo de inmediato: ni la parte empleadora hace el esfuerzo de búsqueda y capacitación de la persona para despedirla sin causa al otro día, ni la persona que trabaja hace el esfuerzo de buscar el puesto de trabajo y capacitarse para asumirlo y renunciar sin causa al día siguiente. En este sentido, coincido con la expresión de Mario Ackerman respecto a la *normalidad*. Sin embargo, lo importante es cómo trata el Derecho del Trabajo las expectativas *normales* de permanencia del vínculo de ambas partes. Porque ambas partes tienen expectativas de perdurabilidad en el contrato, pero la regulación legal de ambas expectativas es sustancialmente distinta.

Por la parte empleadora, su expectativa de permanencia del vínculo laboral no tiene ninguna protección. Ello, claro está, porque para la persona que trabaja la renuncia es un derecho vinculado a su libertad personal. La prestación de servicios en forma dependiente que regula el Contrato de Trabajo es de carácter libre, pues habiéndose superado las relaciones de esclavitud, servidumbre, vasallaje y trabajo forzado, la persona que trabaja no está atada a la relación de por vida. Ahora bien, ello no implica que el empleador no pueda sufrir daños por la renuncia de su empleado o empleada. La única protección prevista legalmente es la de preaviso, tratando de evitar la intempestividad en la comunicación de renuncia. Pero, más allá de ello, el sistema jurídico no reconoce ninguna protección a las expectativas de permanencia en la parte empleadora, y así, por ejemplo, si el empleador realizó gastos en capacitación de la persona que trabaja y, finalizada ella, se comunica la renuncia, no hay una acción de indemnización de daños en el sistema laboral. Toda la capacitación, perfeccionamiento, adquisición de habilidades y conocimientos, etc., es valor que adquiere la persona que trabaja

y que, finalizada la relación de trabajo, se lleva consigo<sup>399</sup> y, eventualmente, es aprovechada por otro empleador.

Desde la visión de la persona que trabaja, su expectativa de permanencia es parcialmente reconocida en el Derecho del Trabajo argentino. Volviendo a la expresión de Mario Ackerman, es *normal* que esta persona tenga la expectativa de permanecer en su empleo todo el tiempo posible (y deseado) hasta su jubilación, con lo cual el art. 252 de la ley 20.744 regula una situación en la que se reconoce el cese de las expectativas de ambas partes. Esta expectativa general de permanencia en la relación es contenedora, en verdad, de una serie de expectativas que se expresaron en la segunda parte de esta tesis bajo la idea del *contrato psicológico*: dentro de aquella *normalidad* puede asumirse que la persona que trabaja espera el normal desarrollo de la relación en la medida en que las circunstancias que le dieron origen se mantengan, que los esfuerzos de adecuado cumplimiento de las órdenes de trabajo sea retribuido con un comportamiento por la parte empleadora que también represente un esfuerzo en el cumplimiento del contrato y, por lo tanto, ello no solo implica, por ejemplo, la correcta registración del contrato y el pago del salario, sino también que la potestad de despido arbitrario no será la primera solución que el empleador o empleadora asumirá ante un problema de su organización empresarial, y que si la parte empleadora comunica el despido arbitrario, ello no implicará un daño inmediato en los intereses de la persona que trabaja (referidos tanto a los intereses propios laborales como los que tiene su causa fuera de la relación de trabajo).

Ahora bien, veamos como el Derecho del Trabajo, asumiendo la doctrina de la *ilicitud* del despido arbitrario, responde a esas expectativas de la persona que trabaja:

a) *Normal desarrollo de la relación*: es muy interesante observar al respecto que la pretendida ilicitud del acto de despido arbitrario, que se construye sobre la idea de una obligación incumplida, no reconoce un derecho relacionado con esa obligación. Si la relación

---

<sup>399</sup> Y además certificada según el art. 80 de la ley 20.744

jurídica privada<sup>400</sup> implica un derecho correlativo a una obligación, y viceversa, entonces la doctrina del despido como acto ilícito aún no ha explicado por qué la pretendida obligación de la parte empleadora de conservar el contrato de trabajo por tiempo indeterminado no tiene el correlativo derecho de la persona que trabaja a exigir esa conducta. Al contrario, he expuesto en la tercera parte de esta tesis que el derecho a conservar el trabajo no tiene recepción en ninguna de las fuentes normativas ni siquiera en la regulación del contrato a plazo fijo, y aún más, conforme la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, un régimen de estabilidad absoluta no podría acordarse ni siquiera por el contrato de trabajo o el convenio colectivo de trabajo (dejando de lado el caso de despidos discriminatorios). En definitiva, esta expectativa no se encuentra protegida para ninguna de las dos partes del contrato de trabajo.

b) *No ejercicio de la potestad del despido arbitrario como primera solución ante una crisis de organización de la empresa:* esta expectativa se encuentra parcialmente reconocida, en tanto los poderes de organización y dirección empresarios se encuentran limitados a la funcionalidad de la empresa. De este modo, el ejercicio antifuncional o abusivo de esa potestad podría ser sancionable. Sin embargo, esta posibilidad queda inhabilitada con la teoría de la ilicitud del despido, pues no puede argumentarse el uso abusivo de un acto ilícito. Es interesante señalar como esta situación no ocurre en el Derecho del Trabajo uruguayo, en el cual han logrado convivir la ilicitud del despido con el despido *especialmente injustificado* pues, como expone Cristina Mangarelli, “*el abuso de derecho se encuentra previsto en el Código Civil uruguayo en el artículo 1321. De acuerdo a dicha disposición, aquel que usa un derecho con exceso, responde por los daños y perjuicios que el exceso o abuso haya causado.*

*Aplicando el artículo 1321 del Código Civil al caso del despido, se razona de la siguiente manera: el empleador que abusa de su "derecho de despedir" comete una ilicitud y debe reparar el daño moral o material que dicha ilicitud provocó.*

*Si bien el empleador debe una indemnización tarifada en caso de despido común (la que se calcula de acuerdo al monto del salario y de la antigüedad del trabajador, con un tope de seis mensualidades), dicha indemnización forfaitaire no ha sido obstáculo -como sí lo fue*

---

<sup>400</sup> Utilizo esta expresión para diferenciarla de la relación jurídica de Derechos Fundamentales, en la cual puede existir el derecho reconocido y la garantía u obligación específica es de desarrollo legislativo posterior.

*en otros países- para admitir la reparación del daño por encima de la tarifa legal.*

*Desde el año 1986, en que el Tribunal de Apelaciones del Trabajo admitió por vez primera la acumulación de la indemnización común por despido con otra de daños y perjuicios por despido abusivo, numerosas sentencias han acogido estos reclamos.*

*Como el artículo 1321 del Código Civil no establece reglas, ni indica cuándo existe abuso o ilicitud, el juez laboral tiene las más amplias facultades para determinar cuándo se configura el despido abusivo.”<sup>401</sup> La profesora uruguaya, en otra obra, amplía el análisis, exponiendo que el despido arbitrario da lugar a la acumulación de indemnizaciones laborales con las indemnizaciones civiles por daño moral en base a dos argumentos: a) la teoría del despido abusivo con base en el art. 1321 del Código Civil uruguayo; y b) la responsabilidad patronal por incumplimiento de obligaciones, con fundamento en el art. 1342 del Código Civil<sup>402</sup>. El Derecho del Trabajo chileno también recurre a una estructura de acumulación similar a la uruguaya, y en ese sentido Sergio Gamonal afirma que “*en materia de término de contrato, encontramos en Chile desde fines de los años 90 sentencias que condenan al empleador a pagar, por medio de la responsabilidad extracontractual, el daño moral generado por el despido abusivo. (...) El despido abusivo alude a un despido excepcionalmente antijurídico.*”<sup>403</sup>*

c) *Indemnidad del poder adquisitivo frente al despido*: esta expectativa también se encuentra parcialmente reconocida. Si bien la indemnización por antigüedad representa la reparación del lucro cesante que ocasiona el despido, el pago de esta no es necesariamente concomitante al cese del devengamiento salarial y, por lo tanto, aquella indemnidad (o protección en término del art. 14 Bis de la Constitución Nacional) no se cumple en la

---

<sup>401</sup> Mangarelli, Cristina. *Relaciones entre el derecho del trabajo y el derecho civil*. Derecho del Trabajo 1999-B, 2053. Cita Online: AR/DOC/19578/2001

<sup>402</sup> Mangarelli, Cristina. *Ob. Cit. Daños...*; pág. 77

<sup>403</sup> Gamonal, Sergio. *Evolución del daño moral por término del contrato de trabajo en el derecho chileno*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIX. Valparaíso (2012); págs. 163 y 166.

generalidad de los casos, quedando a voluntad del empleador el pago de la indemnización posterior al despido, en forma temporánea (art. 255 bis de la ley 20.744).

d) *No afectación de los derechos no-contractuales por el despido*: si bien los derechos personalísimos de la persona que trabaja tienen un desarrollo protectorio en la legislación argentina, tanto de fuente internacional como doméstica, esta protección debe buscarse en la mayoría de los casos fuera de la legislación laboral y referida al contrato de trabajo.

Como corolario, puede observarse que, respecto a las expectativas que normalmente pueden considerarse que la persona que trabaja tiene en la relación laboral, la teoría de la ilicitud del despido arbitrario responde en forma insuficiente en otorgarles la protección ordenada por mandato constitucional, ya que no cumple en incorporarlas plenamente a través del Derecho como obligaciones implícitas en el acuerdo. Es que, limitado el campo de afectación del despido arbitrario al incumplimiento de la obligación de mantenimiento del contrato, la visión *contractualista transaccional* del conflicto no permite ver la afectación *relacional* del despido arbitrario.

De este modo, la teoría de la ilicitud del despido arbitrario, desde su visión contractual, termina limitando el daño al incumplimiento de la obligación de mantenimiento del contrato, que se resuelve en una indemnización computada sobre la base del tiempo transcurrido. Es una visión del problema que niega el carácter *humanista* del Derecho del Trabajo. Lo que se protege por mandato del art. 14 Bis de la Constitución Nacional no es la permanencia de un contrato, sino las expectativas que la persona que trabaja tiene en el desarrollo de la relación laboral, y que son dañadas por el despido arbitrario.

La doctrina argentina ha fallado en la construcción de esta protección. Y afirmo que ha sido la doctrina la autora del error pues, como sostendré más adelante, los textos legislativos - aún con sus defectos- permiten una interpretación radicalmente distinta de la situación que provee una mayor protección. Y ello se debe, en principio, a un error de diagnóstico en relación a tres aspectos: uno, el carácter del contrato de trabajo; dos, el daño para el cual se otorga protección; y tres, el sujeto a quien se protege.

Respecto del primero, se ha desarrollado precedentemente el carácter *relacional* del contrato de trabajo. Sin embargo, la concepción clásica de la doctrina se basa en un contrato *transaccional* con lo cual la respuesta indemnizatoria es consecuencia del incumplimiento de una obligación antes que del incumplimiento de la razonable expectativa de mantenimiento de una relación.

No obstante, la concepción clásica se ahoga en si misma pues un Derecho que se pretende protectorio, con esenciales diferencias respecto del Derecho Civil, resulta que emancipa a la persona que trabaja del principio *alterum non laedere* del art. 19 de la Constitución Nacional<sup>404</sup> y, en base a una protección especial, reconoce la ilicitud del despido en el incumplimiento del plazo del contrato de trabajo pero, al momento de diseñar una indemnización por tal incumplimiento, no se basa en los salarios adeudados por el resto del plazo omitido cuyo pago se incumple por el despido arbitrario sino que se atiende al plazo transcurrido de la relación. Y aquí se encuentra el segundo error de diagnóstico. Al no colocar la *relación* como el principal objeto del contrato de trabajo, se omite considerar que el daño frente al cual se protege a la persona que trabaja es el quiebre de la *razonable expectativa* de mantenimiento de la relación. La diferencia es sustancial pues una cosa es el incumplimiento de una obligación a plazo, situación propia de los contratos transaccionales y que se regula como una anomalía; y otra distinta es el incumplimiento del objeto del contrato relacional: el mantenimiento del vínculo dentro de razonables expectativas. En consecuencia, el daño considerado en el art. 14 Bis de la Constitución Nacional es aquel que se deriva del quiebre de esta expectativa y no de un incumplimiento obligacional.

Y, en tercer lugar, estimo que existe un error de diagnóstico en el sujeto protegido. El art. 14 Bis de la Constitución Nacional es la esencia laboral constitucional, y el texto constitucional expresa que “*el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: (...) protección contra el despido arbitrario*”. De tal

---

<sup>404</sup> Rovelli, Patricia. *Ob. Cit.*; pág. 115. “...no habría motivo para impedir el acceso del trabajador al sistema general de responsabilidad del derecho común, en el que, si bien debería probar la existencia y cuantía del daño, podría acceder a una reparación íntegra a la que tiene derecho merced el art. 19 de la CN.” Con cita de: Ferreirós, Estela. *Consideraciones particulares sobre la reparación en el derecho*. Doctrina Laboral. Julio 2014. Ed. Errepar. Buenos Aires (2014).

forma, el sujeto protegido contra el despido arbitrario es el trabajador o trabajadora, es decir, la persona en situación de trabajo<sup>405</sup>. Parece un simple juego de palabras, pero aquí hay una diferencia trascendente en la que se basa esta tesis: el sujeto titular de la protección constitucional es *el trabajador o la trabajadora*, pero si ya aconteció el despido, la inexistencia de contrato de trabajo implica que ya no existe un *trabajador o trabajadora*. En consecuencia, la estructura del texto constitucional es clave y determinante para señalar *cuándo* debe efectivizarse la protección contra el despido arbitrario y ese momento es mientras el sujeto protegido tenga el carácter de trabajador o trabajadora, es decir, antes del despido: de tal modo, la protección es condicionante a la extinción del contrato de trabajo. En sintonía con el texto constitucional, el art. 245 de la ley 20.744 identifica al sujeto protegido (a quien debe abonarse) como *el trabajador*.

Existe una importante y compleja relación entre los dos últimos aspectos señalados: el carácter de lo debido como protección contra el despido arbitrario y el sujeto protegido.

Si bien el art. 14 Bis de la Constitución Nacional es la esencia laboral constitucional, *la protección contra el despido arbitrario* es concedida al trabajador o trabajadora como

---

<sup>405</sup> Ackerman, Mario. *Tecnología, trabajo y ocio: tres (posibles) buenos amigos para empezar a poner los caballos delante del carro*. Revista de Derecho Laboral. Tomo: 2020-1. La relación de dependencia y las nuevas formas de trabajar y contratar. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2020); pág. 11. Cita: RC D 2221/2020 “¿por qué trabajamos? A esta última pregunta respondía -también hace un buen tiempo- otro economista -francés él-, Jean Fourastié, quien en su obra clásica que llevaba ese título respondía con tres palabras: trabajamos para producir. Si acaso ésta fuera la única respuesta, que debería en consecuencia considerarse también válida para la pregunta anterior, podría deducirse que quienes trabajan son tan sólo instrumentos al servicio de la producción y, en caso de que se tratara de seres humanos, tomando en cuenta su función, deberían ellos pensarse y sentirse como recursos humanos, y así también debería percibirlos y tratarlos la sociedad y, con ella, el Derecho. En esta concepción, trabajar no sería otra cosa que una acción o un conjunto de acciones al servicio de la producción que, cuando es desarrollada por seres humanos, sería trabajo humano. Esta precisión y las aclaraciones previas sobre los sujetos de esta actividad no es superflua pues, si extendemos la noción del verbo trabajar al desarrollo de cualquier actividad productiva sin importar quiénes sean los sujetos que lo ejecuten, debería admitirse que también es trabajo lo que hacen los animales -por instinto o por imposición de los humanos- o las máquinas. Muchas veces he cuestionado esta concepción puramente material y mercantil de la condición de las personas que trabajan, en la inteligencia de que el trabajo es una actividad exclusivamente humana e inescindible de las personas que lo ejecutan, por lo que no es posible referirse a él como objeto sino como quehacer de un sujeto. Y es por esto que no es el trabajo lo que protege el Derecho del Trabajo sino al trabajador.”

sujeto tutelado pero el interés protegido de ese sujeto está dado por lo que esa persona va a perder a consecuencia del despido arbitrario. Al sujeto se lo tutela durante el contrato de trabajo por un interés que tiene en el contrato de trabajo (los beneficios que surgen del contrato) y que va a perder luego del despido arbitrario. Por lo tanto, si bien el sujeto protegido es la persona en situación de trabajo, el interés protegido responde a una persona que ya no se concibe como un trabajador o una trabajadora sino como un *consumidor* o una *consumidora* de bienes y servicios<sup>406</sup>.

De tal forma, el mandato constitucional de *protección contra el despido arbitrario* implica que ante el despido arbitrario que coloca a la persona que trabaja en una situación de inexistencia del contrato de trabajo y, por lo tanto, de inexistencia de los beneficios que de este derivaban, esa persona debe ser protegida en su capacidad de consumo de bienes y servicios que se ve afectada por la pérdida del contrato de trabajo. Al respecto ya se refería Guillermo Cabanellas en el año 1964, afirmando que: “*cuando se trata del despido ad nutum, de la ruptura unilateral del contrato por el patrono, se engendra para el trabajador una difícil situación con la privación del salario, que le es indispensable; pero tal hecho querido por el patrono, carece de justa causa y, precisamente por esto, no puede arrebatarle al trabajador un derecho, el de trabajar. Por esta razón, las indemnizaciones por despido injusto se establecen de acuerdo con un principio: al trabajador que ha cumplido con sus deberes no debe faltarle en ningún momento su salario. De ahí el intervencionismo estatal y también la supresión del derecho al despido, el más arbitrario de cuantos el viejo Derecho individualista concedió sin tasa ni medida. Esa idea ha sido concretada por Hostench al decir que el carácter ilegal del despido reside menos en el acto jurídico del propio despido que en las circunstancias funestas que lleva aparejadas para el trabajador despedido.*”<sup>407</sup>

---

<sup>406</sup> Escapa al objeto de esta tesis, pero es interesante señalar como el concepto de *consumidor* o *consumidora* ha estado presente en el Derecho del Trabajo aún antes que apareciera el Derecho del Consumo. Por ejemplo, cuando el art. 116 LCT regula el Salario Mínimo, Vital y Móvil, hace referencia a la cantidad de dinero necesaria para adquirir los bienes y servicios que señala. De la misma manera, cuando se negocian a nivel colectivo los salarios de los CCTs, el sector sindical que pretende un aumento de salarios no argumenta que su trabajo tiene un mayor valor, sino que el poder adquisitivo del salario que recibe es insuficiente.

<sup>407</sup> Cabanellas, Guillermo. *Ob. Cit.*; pág. 574.

Sin embargo, y volviendo al texto constitucional y legal, la circunstancia que la protección contra el despido arbitrario esté dirigida a la persona que trabaja es un dato importante en cuanto al tiempo en que esa protección debe efectivizarse, y ello es cardinal en esta tesis. Si bien el daño al que hace referencia el art. 14 Bis de la Constitución Nacional está dirigido a la capacidad de consumo de bienes y servicios de la persona que, a consecuencia del despido arbitrario va a perder el salario, y ello acontece una vez extinguido el contrato de trabajo por lo cual ya no existe la figura de la persona que trabaja; si el sujeto titular de la protección es la persona que trabaja, ello indica que esa protección *para después* de la extinción del contrato de trabajo debe efectivizarse *antes* de dicha extinción. Si, como entiende actualmente la doctrina, la protección es devengada luego y como consecuencia del despido arbitrario comunicado, entonces el sujeto protegido ya no es el trabajador o trabajadora pues ese carácter ya no existe luego del distracto.

Esto influye directamente en la naturaleza de la prestación debida como protección contra el despido arbitrario. Seguidamente trataré este tema, proponiendo que esta protección es una *garantía de consumo*.

(...) *el despido de un trabajador importará la existencia de un consumidor menos*  
Horacio Las Heras<sup>408</sup>.

#### ***Cuarta parte /***

Construyendo la teoría *relacional* de protección contra el despido arbitrario.

En la segunda parte de esta tesis he presentado al contrato de trabajo sobre la base de una Teoría General *relacional*, indicando los efectos importantes que este cambio en el escenario general regulatorio, pasando de las Teorías clásica y neoclásica a la relacional, implica en los elementos esenciales del contrato y en la generación de obligaciones implícitas *por los hechos* en el acuerdo laboral. Ahora bien, ese cambio normativo desde la Teoría General no se detiene en la estructura del contrato, sino que también proyecta sus efectos sobre el sistema de indemnización de daños relacionados con el contrato de trabajo.

De este modo, el contrato *transaccional*, basado en la idea de otorgar una estructura jurídica de gobernanza a un intercambio de bienes, genera un sistema indemnizatorio por incumplimiento del acuerdo construido sobre el concepto de *compensación*. Sin embargo, esta

---

<sup>408</sup> Las Heras, Horacio. Nota al pie de página n° 1 en *Estabilidad*. En: Ackerman, Mario. *El Despido*. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2019); pág. 18.

idea puede funcionar muy bien en un escenario no-contractual<sup>409</sup>, en el cual una persona *tiene* un bien y sufre un daño ocasionado por otra persona; de tal forma, la persona que causa el daño debe *compensar* la pérdida de ese bien (por ej., restituyendo un bien similar: la óptica del auto chocado)<sup>410</sup>; pero ello no es tan cierto en el marco de un contrato, en el cual las partes *no tienen* un bien hasta tanto no exista el cumplimiento al menos por una parte<sup>411</sup>, sino que lo que tienen es la promesa de una conducta (por ej., de entregar una determinada cosa y de pagar por ello una suma de dinero). En este sentido, no existe *algo* por lo cual *compensar*.

Esa *promesa* contractual, entonces, puede generar tres situaciones de indemnización<sup>412</sup>, como alternativas al cumplimiento específico forzoso del contrato.

En primer lugar, una parte puede haber dado cumplimiento a su conducta obligada, entregando un bien determinado, mientras que la otra parte incumple su obligación. Si en el cumplimiento del contrato (por ej., una compraventa), una parte hizo entrega de una cosa tal como se había obligado, y la otra parte incumple su prestación (pago del precio), en ese caso la *compensación* estaría vinculada a la *restitución* del bien o, en forma subsidiaria, al valor del bien entregado, más gastos, intereses, etc. En este caso, el sistema indemnizatorio busca colocar al sujeto dañado en una posición igual a la que tenía antes del daño, restituyéndole el bien que había entregado.

En segundo lugar, una parte puede haber asumido una posición basándose en la promesa comprometida en el acuerdo contractual. Aquí, una parte, confiando en la promesa de su contraparte, asumió una conducta a favor del contrato pero en perjuicio de otros intereses propios, mientras que la contraparte incumple el contrato. La respuesta del sistema

---

<sup>409</sup> La antigua responsabilidad extracontractual.

<sup>410</sup> Por supuesto, aquí se abre el gran problema de *cuantificar* el valor de aquel bien a compensar (por ej., la vida humana).

<sup>411</sup> Si en el cumplimiento del contrato (por ej., una compraventa), una parte hizo entrega de una cosa tal como se había obligado, y la otra parte incumple su prestación (pago del precio), en ese caso la *compensación* estaría dada sobre el valor del bien entregado, más gastos, intereses, etc.

<sup>412</sup> Lon, Fuller y Perdue Jr., William. *The Reliance Interest in Contract Damages: 1*. 46 Yale Law Journal (1936) 52-96.

de indemnización de daños debería estar relacionado a la *protección de la promesa*, pues si ello no existiera, todo contrato estaría a merced de una conducta oportunista. Volviendo al ejemplo de la compraventa, el vendedor luego de cerrar un acuerdo con el comprador, rechaza una oferta de compra por mayor valor, y luego el comprador incumple el acuerdo. Al igual que la primera situación, el sistema indemnizatorio debe buscar aquí colocar al sujeto dañado en una posición igual a la que tenía antes del daño y, entonces, permitirle acceder a los beneficios perdidos (por ej., indemnización de pérdida de chance). No hay aquí un bien que restituir, pero si una situación que restituir, esto es, la oportunidad perdida de favorecer otros intereses propios.

Estas dos situaciones son típicas de los contratos transaccionales, en los cuales las partes se obligan a conductas específicas (dar, hacer o no hacer) sobre determinados bienes. Sin embargo, en los *contratos relacionales*, el objeto no es una transacción sino una relación que se mantiene en el tiempo y, en consecuencia, las dos situaciones anteriormente señaladas no responden adecuadamente al sistema de indemnización de daños de este tipo de contratos. No hay un bien por restituir ni hay una situación alterna a la posición contractual que se ha perdido; lo que hay es un cúmulo de *expectativas* en el desarrollo de la relación contractual. Por lo tanto, cuando una parte asume una conducta contraria al contrato, el sistema indemnizatorio debe basarse en las *expectativas dañadas* en la persona que sufre el daño y, en consecuencia, la respuesta necesaria se relaciona en colocar a esa persona en una situación tal como si las expectativas se cumplirían. En este caso el sistema no busca una solución correctiva del contrato, sino una protección de las expectativas en la relación. El interés del sujeto dañado no está en el contrato sino en la relación.

Ya en terreno del Derecho del Trabajo, la persona que trabaja evidentemente no ha entregado un bien como consecuencia del contrato, ni se encontraba en una situación mejor antes del contrato. De tal forma, el despido genera un daño cuya reparación no implica la restitución de un bien ni la colocación de la persona que trabaja en una situación como si el contrato no hubiese existido, sino por el contrario, la *protección* constitucional se encuentra en las *expectativas* que la persona que trabaja tiene en la *relación* laboral.

En el contrato *transaccional* el consentimiento tiene la función clásica de promesas aceptadas que vinculan a las partes y que, ante el incumplimiento, el sistema jurídico ofrece medios para lograr el cumplimiento de la promesa o la indemnización de los daños que esa promesa incumplida ocasiona, pero en el contrato *relacional* de trabajo el consentimiento pierde ese lugar, que es asumido por la *relación* y, en consecuencia, en este escenario normativo la respuesta ante el incumplimiento del contrato no lleva a la búsqueda del cumplimiento del consentimiento, sino al cuidado de las expectativas generadas en la *relación*. De esta forma, la estabilidad en el empleo no ofrece una acción para su cumplimiento (ni siquiera en el contrato a plazo fijo), y la respuesta sistémica ante el despido arbitrario es otorgar una protección a las expectativas originadas en la relación. Debo reiterar que este sistema cambia en el supuesto de despido discriminatorio, donde la protección de la dignidad de la persona lleva a considerar la reinstalación en el lugar de trabajo como la solución protectoria preferida.

Como corolario, sobre la idea del contrato *relacional* de trabajo, la protección contra el despido *arbitrario* debe considerarse como una problemática *relacional* y no contractual, respecto a las expectativas que la persona que trabaja tiene en la relación, y de qué manera el Derecho del Trabajo reconoce y protege esas expectativas ante el daño que implica el despido arbitrario.

## Capítulo 1 /

### La construcción del concepto de *arbitrariedad* como *daño*.

En tanto el mandato constitucional otorga protección contra el despido que se califique como *arbitrario*, es necesario determinar jurídicamente este concepto. Y para ello no es suficiente referirnos al significado de esa palabra en idioma castellano, sino que es necesario un concepto *jurídico*, pues solo el despido que se califique como *arbitrario* habilitará la *protección* de la persona que trabaja. Y con ello me refiero no solo en que se impondrá una cobertura protectoria sino, también, que esa cobertura será solamente una *protección*, tal como lo expresa el art. 14 Bis de la Constitución Nacional; es decir, solamente si el despido es *arbitrario* se protegerá a la persona que trabaja (con lo cual, no hay protección si el despido es justo), pero también solamente habrá *protección* si el despido es *arbitrario*, pues si la calificación es distinta (por ej., despido *discriminatorio*) entonces la respuesta sistémica ya no se limitará solamente a la *protección* de los daños y podrá aplicarse otros remedios reparadores (por ej., la reinstalación de la persona en su lugar de trabajo).

La doctrina argentina (y uruguaya<sup>413</sup>) actual entiende mayoritariamente que el despido es *arbitrario* cuando esta decisión de la persona empleadora implique el incumplimiento de la obligación de respetar el plazo determinado incierto del contrato de trabajo. En consecuencia, la asunción de la idea de *contrato* por parte de la ley 20.744 y la ausencia de la noción de *contrato relacional* en el Derecho del Trabajo hicieron que el estudio del instituto del despido arbitrario se centrara únicamente en la noción de contrato, prescindiendo de la idea principal: la relación. En tanto la ley 20.744 le otorgó autonomía conceptual al contrato de trabajo (art. 21) y a la relación de trabajo (art. 22), el despido fue considerado como un problema del contrato, como un problema de incumplimiento obligacional y, por lo tanto, de índole rescisorio contractual. Tal vez esta idea haya comenzado cuando la Constitución de Querétaro de 1917 dispuso que “*el patrono que despide a un obrero sin causa justificada o por haber ingresado a una asociación o sindicato, o por haber tomado parte en una huelga lícita, estará obligado, a elección del trabajador, a cumplir el contrato o a indemnizarlo con el importe de tres meses de salario*”; o tal vez cuando, tempranamente, en 1937, la Corte

---

<sup>413</sup> Mangarelli, Cristina. *Daños en el Derecho del Trabajo*. Ed. La Ley Uruguay. Montevideo (2017); pág.76.

Suprema de Justicia de la Nación en su fallo *Quinteros c Compañía de Tranvías* sostuvo la validez de la indemnización del art. 157 del Código de Comercio afirmando que “*la Constitución no impide que la legislación establezca formas de cumplimiento de los contratos y sanciones para su ruptura.*”<sup>414</sup>

Sin embargo, la *arbitrariedad* no es la única calificación jurídica del despido posible. Y la diferenciación del despido *arbitrario* de los *otros* despidos ha sido efectuada recurriendo a la noción de la *causa* del despido. Y así, si el empleador decide incumplir la obligación de mantenimiento del plazo del contrato, el despido es arbitrario (se exprese o no la causa por la cual se incumple esa obligación), pero si el empleador, por ejemplo, incumple su obligación de no afectar la dignidad de la persona, el despido será discriminatorio. En este sentido señalan Alejandro González Rossi y Eugenia Khedayán que “*la ley 23.592 sanciona un acto de tipología distinta del acto al cual se refiere el art. 245 de la LCT. Este último, entiende por arbitrario aquel que no posee una causa que justifique su licitud, es decir que no posee una justificación admitida por la ley, ya sea la injuria, la fuerza mayor o la falta de trabajo inimputable al empleador. En otras palabras, es todo despido que no posea una causa jurídicamente relevante, que permita encuadrarlo dentro del supuesto del art. 242 de la LCT, pero cuya eficacia es admitida por el legislador, al asignarle como consecuencia jurídica el pago de una indemnización.*”<sup>415</sup>

A los efectos de superar este vínculo de la *arbitrariedad* con la licitud o ilicitud del acto, relacionada con la causa del despido, en esta tesis voy a sostener que la *arbitrariedad* debe buscarse en *los intereses afectados -dañados-* por la decisión rupturista de la relación contractual. Propongo movernos en la calificación del despido de la *causa* a los *efectos*. Algo que ya ocurre en la calificación del despido discriminatorio, donde se ha abandonado la idea de probar la causa o intención discriminatoria (por la dificultad que ello implica) para observarse la posición de vulnerabilidad de una persona en la cual su dignidad es afectada por

---

<sup>414</sup> CSJN; 22/10/37. *Quinteros, Leónidas Secundino c/ Compañía de Tranvías Anglo Argentina*. Fallos 179:113

<sup>415</sup> González Rossi, Alejandro y Khedayán, Eugenia. *Los cambios en el enfoque de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con respecto a la carga probatoria en los casos de discriminación laboral*. Derecho del Trabajo 2018 (agosto), 1828. Cita Online: AR/DOC/1533/2018

la utilización de un criterio de segregación legalmente prohibido<sup>416</sup>.

Por *intereses* entiendo las *expectativas jurídicamente comprendidas en la relación laboral*, y en este sentido es relevante lo expuesto en la segunda parte de esta tesis respecto a las obligaciones implícitas *por el Derecho y por lo hechos* en el contrato de trabajo.

De esta forma, el despido es un *daño* causado por una conducta oportunista de la parte empleadora en contra de la relación cooperativa que la une con la persona que trabaja.

La empresa, como centro de organización de los factores de producción, constituye una comunidad cuyos intereses se diferencian de los propios del empresario y, asimismo, se relacionan con intereses de terceros (el Estado, los consumidores, la sociedad, el medio ambiente, etc.). Una “*institución poliédrica -tan jurídica como económica, social, técnica y política-*” en palabras de Héctor García<sup>417</sup>. Y la conducción hacia los mejores logros de los intereses de la comunidad empresaria se encuentra a cargo de la persona empresaria, quien ejerce la organización y dirección de la empresa como poderes, esto es, en beneficio de la comunidad empresaria organizada y no en un mero provecho propio.

El ejercicio de estos poderes implica administrar el equilibrio entre las distintas fuerzas sociales y económicas que confluyen sobre la organización empresaria y la producción de bienes y/o servicios. En materia específica laboral, esta rama del Derecho estudia y regula la tensión existente entre la organización de la empresa y la prestación de trabajo requerida en una relación de subordinación. En este equilibrio se desarrollan<sup>418</sup> los derechos específicos laborales, es decir, aquellos que encuentran su justificación y lógica de funcionamiento en la efectiva incorporación de la persona que trabaja en la organización empresaria. De tal forma, y solo como ejemplos, la limitación de la jornada de trabajo y la

---

<sup>416</sup> Dobarro, Viviana. *Diversidad sexual y discriminación en el ámbito laboral*. La Ley 2009-F, 968. Cita Online: AR/DOC/3392/2009

<sup>417</sup> García, Héctor. *Ob. Cit. Autonomía individual...*

<sup>418</sup> Este desarrollo es de fuente colectiva, ya sea a través de los convenios colectivos de trabajo o de las fuentes de regulación legislativa (leyes y decretos)

determinación de salarios mínimos constituyen pautas que condicionan la producción empresaria e inciden en su estructura de costos.

Sostienen Joaquín Pérez Rey y Antonio Baylos que “*el despido es por tanto un acto de fuerza que se inscribe en los itinerarios del ejercicio de la autoridad en los lugares de producción, y al que prestan su potencia la dogmática contractual y su equivalente dinerario. Proviene del poder privado de la empresa, un poder ejercido efectivamente por la dirección de la misma en régimen monopolístico.*”<sup>419</sup> El despido *arbitrario* es, pues, una decisión rupturista del contrato de trabajo ejercida en forma discrecional por la parte empleadora en función de la organización empresaria y en interés de ella, pero que constituye de todos modos un comportamiento oportunista contrario a la relación laboral cooperativa, pues de todos los intereses que concurren en la empresa, para la solución de un determinado problema, la persona empresaria-empleadora ha elegido la ruptura de la relación laboral y, de tal modo, afectar los intereses de la persona que trabaja en cuanto se encuentran directa e inherentemente vinculados a esa relación laboral.

Por lo tanto, regular el despido no es un problema de incumplimiento contractual, sino un problema de límite del poder empresario al que queda sometida la persona que trabaja en forma dependiente. En la idea del *contrato relacional*, el despido es un problema de la *relación* y no del *contrato*. No se trata del incumplimiento de una obligación ni del ejercicio de un derecho, sino de resistir un comportamiento oportunista contrario al desarrollo cooperativo de la relación. Por el despido arbitrario, la persona empleadora no está ejerciendo un derecho ni incumpliendo una obligación, sino que está asumiendo un comportamiento oportunista jurídicamente reprochable, imputando unilateralmente un riesgo en cabeza de la persona que trabaja (imponiendo un daño), en una conducta contraria al desarrollo cooperativo de la relación. Aquí es importante rescatar el concepto del derecho inglés respecto a la existencia de una *obligación mutua de confianza*, pues si se pretende hablar del incumplimiento de una *obligación*, entonces, en el contrato *relacional* de trabajo eso se refiere al quiebre de las expectativas del cocontratante basadas en la relación cooperativa; concepto

---

<sup>419</sup> Baylos, Antonio y Pérez Rey, Joaquín. *El despido o la violencia del poder privado*. Ed. Trotta. Madrid (2009); pág. 46.

este que también se reconoce en la doctrina argentina, y así, David Duarte afirma que “*el trato que mantienen las partes en el trabajo no es sólo una relación de intercambio, sino que sirve a fines humanistas y está colocada dentro de un ámbito de colaboración y solidaridad. De ahí que los deberes mutuos de consideración y respeto tengan que comprender, necesariamente, la personalidad del trabajador como ente moral y espiritual.*”<sup>420</sup>

Si el despido es un comportamiento oportunista contrario al desarrollo cooperativo de la relación que causa un daño, entonces el concepto de *arbitrariedad* en el despido se vincula a su efecto dañoso. Esta definición de la arbitrariedad responde a una visión humanista, y tiene mayor apego al principio protectorio pues se construye desde la posición del sujeto vulnerable y eventualmente dañado en sus intereses: la persona que trabaja.

La *arbitrariedad* como *daño* se define en la propia tensión interna de la relación de trabajo, pues los daños que son consecuencia del comportamiento oportunista contrario a la relación cooperativa esperada están limitados a la afectación de los intereses que son directamente inherentes a esa relación. La ruptura unilateral jurídicamente injustificada de la relación laboral por parte de la persona empleadora constituye un despido *arbitrario* cuando *el daño afecta en forma directa y exclusiva los intereses de la persona que tienen su origen en la relación laboral*. De tal forma, el daño se identifica con las consecuencias de la situación de *no existencia del contrato de trabajo* a la que es sometida la persona por la decisión rupturista unilateral. Las expectativas que la persona que trabaja tenía en el normal desarrollo cooperativo de la relación laboral son negadas en forma unilateral por una decisión de la persona empleadora. En consecuencia, la persona que trabaja vuelve al estado anterior a la existencia del contrato de trabajo, sufre un daño en sus intereses laborales, pero no tiene ninguna afectación de un interés que tuviera antes del contrato de trabajo o por una causa distinta a la relación laboral. Si, como lo expuse en la segunda parte de esta tesis, la situación de persona que trabaja *-subordinada-* se adquiere libremente por medio del contrato de trabajo, entonces el despido arbitrario implica la negación unilateral incausada de esa condición, afectando los intereses que ese *status contractual* implica para la persona

---

<sup>420</sup> Duarte, David. *Deber de indemnidad del empleador*. La Ley 2007-E,301. Cita Online: AR/DOC/2391/2007

que trabaja.

La calificación de la *arbitrariedad* desde la noción del *daño* permite distinguir el tratamiento que el sistema jurídico le otorga a las distintas situaciones de rescisión unilateral. En definitiva, las distintas causales de extinción del contrato de trabajo reguladas en la ley son ponderaciones específicas de la tensión *relacional* constitucional entre los intereses particulares de la persona que trabaja y los poderes empresarios de organización y dirección derivados de la subordinación, que implican la distribución del daño entre las partes.

Por un lado, si el despido es decidido como respuesta a la inobservancia de las obligaciones por la contraparte, el art. 242 de la ley 20.744 requiere que aquella conducta que se resiste tenga el carácter de *injuria*, es decir, que sea un incumplimiento obligacional que implique un daño a la contraparte y que, además, sea un daño tan grave que impida la continuidad de la *relación laboral*. Este artículo, en definitiva, regula la ocasión de un daño (despido) como resistencia a otro daño (injuria), dispensando de responsabilidad indemnizatoria si quien resiste el daño es la parte empleadora, siempre y cuando el daño resistido implique la imposibilidad de continuar *la relación*. Destaco la idea de contrato *relacional* de trabajo en la concepción de *injuria*, pues ella no es solo el incumplimiento obligacional grave, que sería suficiente en el contrato transaccional para justificar la rescisión, sino la afectación de la *relación*, llegando a una situación en la cual no es posible continuar. La mutua confianza está quebrada.

Por otro lado, cuando la extinción del contrato no es la respuesta a una injuria, el sistema jurídico regula distintas situaciones en que el daño causado por la rescisión unilateral del contrato de trabajo debe ser soportado o no por la contraparte: abandono del trabajo (art. 244 de la ley 20.744), despidos por fuerza mayor, o falta o disminución del trabajo (art. 247 de la ley 20.744), jubilación de la persona que trabaja (art. 252 de la ley 20.744) y la renuncia (art. 240 de la ley 20.744), entre otras. En todas estas situaciones, el Derecho ya ha ponderado quien debe cargar con los daños; por ejemplo, en el despido directo con justa causa, el daño lo sufre la persona que trabaja, pero en la renuncia el daño lo soporta la persona empleadora.

Cuando el despido no se justifica en alguna de esas causas reguladas, el grado de respuesta protectoria depende de su calificación respecto a los intereses afectados en la persona del cocontratante: el daño que se causa con la decisión rupturista. En lo que interesa en esta tesis, la condición de *arbitrario* respecto del despido se define, entonces, en relación a los intereses (expectativas jurídicamente reconocidas) de la persona que trabaja que resultan afectados por la decisión rupturista del empleador, con lo cual se dispara la protección dispuesta por el art. 14 Bis de la Constitución Nacional.

Y la calificación del despido como (al menos) arbitrario opera en forma automática, pues evidentemente la persona empresaria-empleadora se ha comportado en forma oportunista respecto a la conducta cooperativa esperada, y entonces, el Derecho del Trabajo construye una presunción sobre la existencia del daño en tanto reconoce la expectativa de mantenimiento de la relación laboral en la persona que trabaja en relación al salario, imponiendo una indemnización, y además una presunción sobre la cuantía de ese daño, tarifando esa indemnización (art. 245 de la ley 20.744); las cuales no aceptan prueba en contrario.

Siendo el contrato de trabajo de tipo *relacional*, cada parte tiene legítimas expectativas (intereses) en el normal desarrollo de la relación contractual; por lo tanto, el límite del despido *arbitrario* estaría dado, entonces, en la afectación o daño de las expectativas jurídicamente reconocidas de la persona que trabaja en relación directa y exclusiva con la *relación* de trabajo que une a las partes.

Dentro del contrato de trabajo la *estabilidad* es entonces una *expectativa* de la *relación*. No es una obligación ni un *derecho* en sí mismo, pues no tiene contenido propio dado que no existe una acción para su cumplimiento, sino que es la expectativa de obtener por el mayor tiempo posible la satisfacción de los intereses que tienen su causa en la relación laboral. En lo que interesa en esta tesis, respecto al salario, la expectativa se identifica con mantener una capacidad de consumo de bienes y servicios por el mayor tiempo posible, mientras la relación se desarrolle normalmente en forma cooperativa.

Como refuerzo a esa expectativa, y también como regulación del despido, la norma

laboral otorga herramientas de mantenimiento del contrato como opción antes del despido por medio de la suspensión económica o por otras causas objetivas. De este modo, la parte empleadora no puede ejercer libremente -arbitrariamente- su decisión rupturista aun cuando esta se decida en función de los intereses generales de la comunidad organizada -empresa-, si estos intereses pueden ser satisfechos por una decisión que aun afectando el normal desarrollo del contrato de trabajo (suspensión) evita su ruptura<sup>421</sup>. Dado el carácter *relacional* del contrato de trabajo, en el cual las partes se obligan a mantener una conducta cooperativa y de buena fe hacia el desarrollo del acuerdo, la regulación jurídica previene y sanciona el comportamiento oportunista de la persona empresaria.

Y esta *expectativa de mantenimiento de la relación contractual* se identifica con la satisfacción de los intereses que la persona que trabaja obtiene de la relación laboral. En consecuencia, la expectativa no es de mantenimiento del contrato de trabajo sino de *las condiciones de vida* que la relación laboral (sustentada jurídicamente en el contrato de trabajo) le genera legítimamente a la persona que trabaja y, eventualmente, su grupo familiar.

Y esto implica, decididamente, mucho más que ganar un salario.

Aquí radica el cambio de visión que propongo en esta tesis. Si el despido es *arbitrario* porque se incumple una obligación del contrato, en ese escenario transaccional el daño está limitado a la pérdida salarial; pero, en cambio, si el despido es *arbitrario* porque quiebra las expectativas legítimas que la persona que trabaja tiene en la relación laboral, entonces el daño

---

<sup>421</sup> De todos modos, la consideración del despido arbitrario como un acto ilícito impide juzgar esta proporcionalidad en la decisión empresaria y, de tal modo, no puede regularse la situación de un despido arbitrario en exceso (aumentando la indemnización), como sucede en el aspecto disciplinario. De tal forma, la doctrina de la ilicitud del despido hace que el campo del despido arbitrario implica no solo la libertad del distracto por parte de la persona empleadora (despide si quiere hacerlo), sino que también imposibilita calificar esa conducta más allá de la ilicitud (el despido es lícito o ilícito, solamente). Por ejemplo, si una empresa despide a persona invocando una justa causa de despido, en el juicio que esa persona inicie discutiendo la justicia de la causa se discutirá si la causa invocada tiene carácter de un incumplimiento obligacional grave, pero no se podrá discutir si la empleadora se precipitó en la decisión rupturista aun cuando la causa constituya un incumplimiento obligacional grave. La ilicitud del acto sella la suerte del juicio. Pero no se observa que la ilicitud del acto, para alcanzar el grado de injuria, debe ser tal que impida la continuación de la relación. El argumento de la falta de agotamiento de instancias previas a la decisión del despido no es proponible si la conducta de la persona despedida es calificada como un acto ilícito.

ya no se limita a la pérdida salarial, pues la relación comprende otras expectativas además de ganar un salario.

Eso implica un amplio abanico de circunstancias, que van desde aquellas más intangibles como puede ser el derecho de la persona que trabaja a que su empleador le proporcione tareas efectivas (art. 78 de la ley 20.744), entendiendo al trabajo en su función de *actividad productiva y creadora* (art. 4 de la ley 20.744), hasta aquellas recreacionales y/o sanitarias como es el derecho a vacaciones pagas (art. 14 de la Constitución Nacional y art. 155 de la ley 20.744), pasando por el acceso al sistema de seguridad social (art. 7 de la ley 24.013 y art. 80 de la ley 20.744).

En esta concepción de la *arbitrariedad* como *daño* que propongo, la persona que trabaja sufre un daño en aquellos intereses que se relacionan con su *status* de persona dependiente adquirido mediante la relación laboral, pero no ve afectados otros intereses que son independientes de ese *status* de dependiente. Así, la dignidad de la persona es independiente de la relación de dependencia; la preexiste, es concomitante a su desarrollo y la subsiste. Por lo tanto, el despido arbitrario implica la no afectación de estos intereses, como de ningún otro que se adquiriera en forma independiente a la condición de persona que trabaja en relación de subordinación. Por lo tanto, fuera de la lógica *relacional*, el despido deja de ser *meramente arbitrario*, afectando otros intereses que elevan el nivel de protección<sup>422</sup>. Son intereses (expectativas jurídicamente reconocidas) que la persona que trabaja tenía en forma anterior a haber asumido la posición contractual de *dependiente*, y que se justifican en causas ajenas a la relación laboral, pero que resultan afectados por la decisión de despido. Algunos de estos intereses encuentran protección en la propia Ley de Contrato de Trabajo<sup>423</sup>:

---

<sup>422</sup> En Colombia se ha desarrollado la idea de una *estabilidad especial reforzada* en situaciones de vulnerabilidad de la persona que trabaja. En la jurisprudencia de la Corte Constitucional de la República de Colombia puede verse, entre otras: Sentencia C-470/97 de fecha 25/09/97; Sentencia T-594/15 de fecha 14/09/15; Sentencia T-320/16 de fecha 21/06/16; Sentencia T-376/16 de fecha 15/07/16; Sentencia SU040/18 de fecha 10/05/18 y Sentencia T-052/20 de fecha 13/02/20.

<sup>423</sup> Livellara, Carlos. *Despido sin causa en situaciones especialmente protegidas*. Revista de Derecho Laboral 2000-2. Extinción del contrato de trabajo II. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2000). Cita: RC D 2125/2012

embarazo, matrimonio<sup>424</sup>; otros, la encuentran en leyes especiales: contrato de trabajo no registrado, discriminación<sup>425</sup>, despido represalia, conducta antisindical; otros, se protegen por la legislación civil general: daño moral<sup>426</sup>. De tal modo, cuando el despido excede el carácter de *arbitrario*, pues daña intereses de la persona que trabaja que escapan a las expectativas propias de la relación laboral, el sistema jurídico responde otorgando protección contra los intereses especiales afectados.

Cuando el despido afecta intereses indirectamente relacionados con el contrato de trabajo (por ejemplo, no acceso a la seguridad social por falta de registración<sup>427</sup>) se lo considera abusivo<sup>428</sup> y la respuesta indemnizatoria se agrava, y cuando el despido afecta los derechos de carácter fundamental de la persona que trabaja, contenidos en las garantías constitucionales y convencionales, se lo considera antisindical (por violación a la libertad sindical), discriminatorio (por violación a la igualdad) o en general violatorio de derechos fundamentales (cuando afecta la dignidad de la personas -su imagen, su honra, su salud<sup>429</sup>, etc.-), y la respuesta sancionatoria de la conducta empleadora no solo se agrava en el monto indemnizatorio (por ejemplo, prescindiendo de la tarifa) sino que el sistema muta y prefiere la nulidad del acto y la consecuente reincorporación o reinstalación de la persona en su puesto

---

<sup>424</sup> CSJN, 24/09/20. *Puig, Fernando Rodolfo c. Minera Santa Cruz S.A.* SAIJ: FA20000114

<sup>425</sup> García, Carolina y Coppoletta, Sebastián. *Remedios ante el despido discriminatorio: ¿reinstalación o indemnización?* La Ley 2013-C, 134.

<sup>426</sup> Dubra, Diana. *Presupuestos para la inclusión del daño moral como rubro indemnizatorio en caso de despidos injustificados.* Derecho del Trabajo 2013 (septiembre), 2256. Cita Online: AR/DOC/3046/2013

<sup>427</sup> Tula, Diego. *Daños y perjuicios por la falta de acceso del trabajador al subsidio por desempleo. ¿Un cambio en la doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires?* La Ley Buenos Aires 2011 (agosto), 712. Cita Online: AR/DOC/7775/2010

<sup>428</sup> Ackerman, Mario. *El despido sin justa causa y el abuso del derecho.* Revista de Derecho Laboral. Tomo: 2016-1. *El Código Civil y Comercial de la Nación y el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social II.* Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2016); Cita: RC D 1568/2017

<sup>429</sup> CNAT, Sala IX. 16/07/2015. *Fritz, Leonardo David c. Envases del Plata S.A.* La Ley Online. Cita Online: AR/JUR/28377/2015. Trabajador despedido durante el período de prueba, al día siguiente del alta médica por accidente de trabajo.

de trabajo<sup>430</sup>. Todos estos casos de despido tienen en común que son decisiones unilaterales injustificadas del empleador, pero su calificación será efectuada en relación al daño generado, y la respuesta indemnizatoria -a su vez- debe ser en relación a ese daño (art. 19 de la Constitución Nacional).

Como conclusión puedo afirmar nuevamente que la calificación del despido directo arbitrario como un acto ilícito se explica, entonces, en la falta de la noción de *contrato relacional* en el Derecho del Trabajo. En el contrato relacional de trabajo, la conservación del contrato no tiene el carácter de obligación sino de expectativa del mantenimiento de una conducta cooperativa de la contraparte en el desarrollo del acuerdo. Y, la naturaleza de esta expectativa de conservación del contrato condiciona la respuesta protectoria, lo que será discutido en el capítulo siguiente.

En definitiva, el despido es *arbitrario* cuando los *daños* que causa la conducta oportunista contraria a la relación cooperativa se encuentran limitados a la afectación de las expectativas generadas en la relación laboral.

Analicemos, después de lo dicho, esta situación hipotética: una empresa suscribió un acuerdo con una fábrica de motos y una entidad mutual por el cual, la fabricante de motos ofrecía a los/as empleado/as dos de sus modelos a un precio especial, y la mutual ofrecía créditos de dinero para la compra de esas motos que se descontaban en el sueldo. A los efectos de la compra de una de esas motos, una persona que trabaja en forma dependiente para esta empresa hace más de quince años, contrata un crédito con la mutual, cuya cuota es perfectamente afrontable con el sueldo que percibe en forma mensual. El crédito es otorgado, la venta de la moto se realiza, y la cuota del crédito comienza a ser descontada del sueldo. A los tres meses, la empresa comunica el despido directo incausado (arbitrario) de esta persona.

Conforme la teoría de la *ilicitud*, el incumplimiento de la obligación del empleador de mantener el contrato devenga el pago de una indemnización que tiene en cuenta el salario

---

<sup>430</sup> Alfie, Ana Clara. *El despido discriminatorio y el nuevo debate en torno de la reinstalación del trabajador y la procedencia de la conversión indemnizatoria*. La Ley 2011-B, 265. Cita Online: AR/DOC/725/2011

devengado y el tiempo transcurrido. Ahora bien ¿qué sucede con el préstamo de dinero que la persona asumió en función al salario que devengaba y que ahora no puede pagar? ¿Puede reclamar una indemnización por esta situación? El Derecho del Trabajo no regula esta situación. Dado que la teoría de la *ilicitud* del despido se construye sobre la idea de una obligación de la parte empleadora de mantener el contrato, entonces el reclamo de indemnización del daño en relación al préstamo bancario será seguramente rechazado en un Tribunal porque el daño indemnizable por el despido arbitrario se limita al incumplimiento de esa obligación. Señalo que cuando el Derecho del Trabajo ha avalado la acumulación de indemnizaciones especiales, lo es en razón de que el despido constituye *otra ilicitud*, además de la propia ilicitud del incumplimiento obligacional. Entonces, ¿qué debe hacer la persona que trabaja? ¿No puede realizar una planificación de su vida más allá del salario efectivamente percibido? Siendo el contrato de trabajo de tipo *relacional*, la decisión de tomar el crédito bancario para adquirir la moto se realiza considerando un cúmulo de *expectativas* que la persona tiene en la *relación laboral*, y no en la obligación contractual de la persona empleadora de respetar el plazo determinado incierto del contrato de trabajo. Si a esa persona, antes del despido, se le pregunta por qué si puede ser despedido/a arbitrariamente en cualquier momento, aun así, decide tomar un crédito, seguramente su respuesta se basará en las expectativas que su relación laboral genera (cantidad de tiempo que lleva trabajando, ausencia de sanciones, buen *clima laboral*, proyectos de la empresa en que está involucrado, etc.) y no en la existencia de una obligación legal impuesta al empleador. Ahora bien, ¿existe alguna diferencia en la situación planteada si la persona que trabaja toma ese crédito al día siguiente al ser contratado, a los cuatro meses o a los quince años? En la primera situación se le podría decir que es un poco arriesgado porque, existiendo el período de prueba, no hay seguridad de conservar el empleo (pensando que vencido este período existe una *obligación* de mantener el contrato), pero la persona podría defender su situación diciendo que ya sea durante el período de prueba o superado este, su empleador siempre puede despedir. Pero, ¿qué diferencia habría entre la situación a los cuatro meses y a los quince años? Desde el punto de vista de la *ilicitud* del despido, no hay diferencia; pero desde la visión *relacional*, el trascurso del tiempo genera en forma legítima la expectativa de permanencia de la persona que trabaja, que justifica la contratación del préstamo. Esa expectativa es la que resulta dañada por el despido arbitrario.

Entonces, el despido arbitrario daña esas expectativas de conducta cooperativa de la contraparte en el desarrollo del contrato; pero no avanza en el daño más allá de la afectación a las expectativas directamente generadas en la relación laboral. Ahora bien, *todo* el daño ocasionado por la arbitrariedad del despido está comprendido en la protección del art. 14 Bis de la Constitución Nacional, con lo cual todas las expectativas comprendidas en la relación laboral reconocen protección bajo el mandato constitucional; mucho más allá del devengamiento salarial. Volveré luego sobre esto, y sobre el ejemplo de la compra de la moto.

## Capítulo 2 /

### **La construcción del concepto de *protección* como *indemnidad*.**

El concepto del despido *arbitrario* como *daño* a la persona que trabaja por el incumplimiento de las *expectativas* generadas en la *relación* de trabajo condiciona la respuesta jurídica que el Derecho del Trabajo debe otorgar.

Ello en tanto el despido arbitrario interpretado como un incumplimiento contractual, en un escenario *transaccional*, es en definitiva abordado como un *costo* expresado en la *indemnización*; lo que se hace evidente cuando en época de crisis, la protección del empleo se busca a través del encarecimiento del despido, incrementando los montos indemnizatorios. Esta visión es una mirada empresaria del problema, de determinar cuánto *cuesta* el despido arbitrario, pero no en una visión humanista sobre *qué* daña el despido arbitrario y *cómo* responder a ese daño. Ya he postulado, entonces, que la arbitrariedad del despido debe calificarse desde el *daño* que produce en las expectativas de la persona que trabaja; y ahora propondré una interpretación de la protección constitucional y legal en ese escenario *relacional*.

### **a / La protección como *garantía de indemnidad de la capacidad de consumo*.**

El art. 14 Bis de la Constitución Nacional reconoce al trabajo bajo el principio protectorio e impone al legislador una obligación -en lo que interesa en esta tesis-: debe otorgar a la persona que trabaja un sistema jurídico de *protección* contra el despido *arbitrario*. Y la protección positiva que instituyó el legislador argentino se encuentra en el art. 245 de la ley 20.744 (y normas estatutarias similares).

Obsérvese que el texto constitucional del art. 14 Bis expresa que las leyes laborales *asegurarán* las condiciones que luego detalla. Por lo tanto, si en ese artículo 14 Bis el constituyente reconoció la *protección* contra el despido arbitrario a la persona que trabaja, entonces el legislador debe *asegurarla* o *garantizarla* en su realización efectiva por medio de la legislación. Por ello, en consecuencia, lo que el legislador instituye normativamente es una

*garantía* de efectiva realización de la *protección* constitucional contra el despido arbitrario como indemnidad de la persona que trabaja.

Esta noción jurídica de *garantía* es expresada por Luigi Ferrajoli afirmando que “*las garantías no son otra cosa que las técnicas prevista por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional. Por eso, reflejan la diversa estructura de los derechos fundamentales para cuya tutela o satisfacción han sido previstas: las garantías liberales, al estar dirigidas a asegurar la tutela de los derechos de libertad consisten esencialmente en técnicas de invalidación o de anulación de los actos prohibidos que las violan; las garantías sociales, orientadas como están a asegurar la tutela de los derechos sociales, consisten, en cambio, en técnicas de coerción y/o de sanción contra la omisión de las medidas obligatorias que las satisfacen. En todos los casos, el garantismo de un sistema jurídico es una cuestión de grado, que depende de la precisión de los vínculos positivos o negativos impuestos a los poderes públicos por las normas constitucionales y por el sistema de garantías que aseguran una tasa más o menos elevada de eficacia a tales vínculos.*”<sup>431</sup>

En consecuencia, el art. 14 Bis de la Constitución Nacional, ponderando los intereses de ambas partes de la relación laboral, impone al legislador la obligación de proveer a la persona que trabaja de un sistema garantista que lo proteja contra los daños que produce el despido arbitrario. Esta *garantía* comprende tanto la imposibilidad del Poder Legislativo de restringir el mandato constitucional protectorio bajo el argumento de reglamentarlo (Art. 28 de la Constitución Nacional) como la imposición de legislar positivamente en su desarrollo, imponiendo la coerción de su operatividad.

Ahora bien, por mandato constitucional esta *garantía* no tiene la función de *indemnizar* los daños del despido, sino *proteger* contra los mismos. Si, como lo afirma la Corte Suprema de Justicia de la Nación en *Aquino*, reiterando su precedente en *Provincia de Santa Fe c.*

---

<sup>431</sup> Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. 8a. ed. Edit. Trotta. Madrid (2016); pág. 25.

Nicchi, "indemnizar es [...] eximir de todo daño y perjuicio mediante un cabal resarcimiento", entonces la *indemnización* supone un daño que es reparado, y la *garantía* de protección supone un daño que no se materializa. El mandato constitucional no es una directiva de indemnizar el daño, sino una de indemnidad de la persona que trabaja frente a las consecuencias dañosas del despido arbitrario. Si la *indemnización* supone un contrato que se incumple, la *garantía de indemnidad* supone una relación cuyas expectativas se concretan, al menos parcialmente.

De tal modo, las nociones de *arbitrariedad* como *daño* y de *protección* como *garantía de indemnidad* llevan a una redefinición del sistema legal instituido por el legislador en el art. 245 de la ley 20.744.

La *naturaleza jurídica* del crédito devengado como consecuencia del despido arbitrario ha sido motivo de amplios estudios y debates doctrinarios<sup>432;433;434</sup>.

---

<sup>432</sup> Raffaghelli, Luis. *Otra mirada sobre el fallo "Vizzoti". Actualización de un tema irresuelto: el despido y el derecho a la estabilidad. El derrotero de la doctrina judicial: de "Vizzoti" a "Álvarez"*. Revista de Derecho Laboral 2011-1. Extinción del contrato de trabajo – III. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2011). Cita: RC D 727/2013

<sup>433</sup> Ramírez Gronda, Juan. *Ob. Cit.*; pág. 573 y sigs.

<sup>434</sup> Brain, Daniel. *La reparación por daños ante la disolución injustificada del contrato de trabajo*. Revista de Derecho Laboral. Tomo: 2011-1. Extinción del contrato de trabajo – III. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2011). Cita: RC D 542/2013. "Históricamente han existido teorías o posiciones doctrinarias referidas a la naturaleza jurídica de la indemnización.

Bogliano señala en su obra siete teorías, a las que agrega también una posición ecléctica de varios juristas, siendo las siguientes:

1. *Teoría del salario diferido: considera a la indemnización por despido como un depósito de sueldos, acumulación o parte adicional de los mismos que, descontados paulatinamente a través del transcurso de la función, se reintegran al trabajador en el momento de la rescisión del contrato de trabajo. Nuestra legislación laboral argentina no adhiere a esta teoría, pues no existe descuento alguno del salario y, en el caso de los empleados del Régimen de la Construcción de la ley 22.250, es el empleador el que afronta un porcentaje del salario del trabajador para depositarlo en su cuenta bancaria a fin de constituir un fondo de desempleo, que abona al finalizar el vínculo laboral por cualquier causa, haya o no mediado despido sin causa.*

2. *Premio de fidelidad: analiza la actividad consecuente del empleado, en reconocimiento del esfuerzo puesto al servicio de la empresa de su patrono con el correr del tiempo. Tampoco ha sido admitida esta teoría en el ordenamiento jurídico laboral argentino, ya que desde sus comienzos, la ley 11.729 admitió el derecho a una indemnización por el despido,*

Estoy de acuerdo con José Daniel Machado y Raúl Ojeda cuando, al desarrollar el tema “*la naturaleza jurídica de la indemnización por extinción*” afirman que “*si bien el título de este capítulo reproduce la tradición de los autores cuando abordan el punto, es menester señalar que así formulado induce a equívocos que resulta conveniente despejar desde un comienzo. La pregunta, correctamente expresada, remite en realidad a la naturaleza de la causa jurídica en razón de la cual la indemnización es debida.*”

---

*después de un tiempo breve de servicios de tres meses. Esta teoría de Barassi podría admitirse sólo en legislaciones que admiten exclusivamente indemnización en el caso de trabajadores con extensa antigüedad, pero no en el nuestro que prevé la protección desde muy reducido lapso de trabajo, ya que la indemnización es debida al trabajador por su antigüedad en el empleo desde un periodo mayor a tres meses.*

3. *Teoría de la participación en el mayor valor de la empresa: implica una compensación por mayor crecimiento empresarial. No resulta una teoría apropiada a la luz de las características que presenta el contrato de trabajo, donde el empresario empleador es quien asume los riesgos de la empresa (ajenidad de los riesgos del trabajador).*

4. *Teoría del daño de antigüedad: citada por Barassi, señalando que “la ruptura de la relación aunque el trabajador vuelva a emplearse enseguida, hace perder las ventajas que provenían de la larga permanencia en la vieja empresa”. Esta posición, si bien incorpora la noción del daño, lo hace solamente enfocado a la antigüedad del trabajador, algo similar a la forma del cálculo de la indemnización del actual artículo 245 de la LCT, pero no tiene en cuenta las consecuencias inmediatas y mediatas, sino solamente una visión retrospectiva, debido solamente a la antigüedad del trabajador. Podría señalarse que en esta teoría la indemnización representa un sistema objetivo, donde no participan ni el daño producido por el despido ni la culpa o dolo de quien lo provoca.*

5. *Teoría de la asistencia social: la indemnización es una forma de previsión o asistencia social, posición que es criticada por el autor porque no refleja igual circunstancia frente a un trabajador de escasa antigüedad y con un tope indemnizatorio. Esta teoría alcanza solamente a cubrir “la desocupación” del trabajador mediante un sistema de previsión social a cargo del Estado.*

6. *Teoría de la pena: considera que la disolución del contrato de trabajo es un acto ilícito y que al respecto rigen las disposiciones del Código Civil. Capón Filas señala que los empleadores tradicionales consideran que el empleador tiene derecho a despedir sin causa y que la indemnización establecida legalmente constituye una transacción. Se basan en la propiedad de los medios de producción, trasladada a los trabajadores “componentes” de la empresa, y este autor participa de la idea de que el despido arbitrario es nulo porque colisiona con el derecho humano de trabajar, entendiéndose con ello que este autor admite que el despido injustificado es un acto ilícito.*

7. *Teoría del resarcimiento de daños: frente al despido inmotivado, consecuencia de un acto voluntario y no fundado del empleador, se origina para éste una obligación resarcitoria, ya que la ruptura arbitraria del contrato laboral ocasiona al trabajador daños.”*

*Es que la indemnización, en cuanto tal, no es más que la consecuencia imputada por el ordenamiento laboral a ciertos hechos o negocios jurídicos a los que se reconoce virtualidad extintiva, sin poseer en si misma otra naturaleza jurídica que la que le asigna la teoría general como objeto de la obligación de dar una suma de dinero.*<sup>435</sup>

En consecuencia, la pregunta correctamente formulada es ¿qué es lo que se debe en protección contra los daños del despido arbitrario?

La doctrina, como dije, ha estudiado ampliamente este tema y se han expresado distintas -y diversas- opiniones al respecto que expone Daniel Brain en el texto que he citado a pie de página. No obstante, ninguna de estas teorías doctrinarias es objeto de estudio en esta tesis, pues todas ellas tienen una característica en común que es aquí negada: que lo debido es *consecuencia* del despido<sup>436</sup>. Todas estas teorías parte de la idea de que se comunica el despido arbitrario y, como consecuencia de este, se devenga el concepto debido (que luego las distintas teorías particularizan en su naturaleza jurídica). Cualquiera sea la naturaleza jurídica de lo que se debe, siempre el crédito se devenga como consecuencia del despido arbitrario, y su pago, entonces, debe efectuarse luego de efectivizado el despido, cuando el contrato de trabajo ya se ha extinguido y cuando el daño ya ha sido sufrido por la persona. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha referido a la convalidación constitucional del sistema tarifado y al *quantum* indemnizatorio, pero no ha avanzado en forma sustancial sobre la naturaleza de la respuesta protectoria contra el despido *arbitrario*; como lo ha hecho en relación al despido *discriminatorio*.

Repitiendo a Machado y Ojeda, lo debido es una obligación de dar suma de dinero, pero sostengo en esta tesis que la causa de esa deuda se relaciona con la *garantía* de *indemnidad* de daño por la ruptura de la *expectativa* de normal desarrollo cooperativo de la *relación* de trabajo que es propia del contrato relacional de trabajo. Si la *arbitrariedad* del

---

<sup>435</sup> Machado, José Daniel y Ojeda, Raúl. *Ob. Cit.*; pág. 241.

<sup>436</sup> Ackerman, Mario. *¿Indemnización por antigüedad o por despido?* Revista de Derecho Laboral Actualidad 2019-2 Número especial. Cita: RC D 1164/2019. “...si se observa cómo y cuándo es obligatorio el pago de la indemnización del artículo 245 de la LCT, es evidente que tal deber sólo aparece cuando se produce el despido directo o indirecto...”

despido se define en función del *daño* que causa a determinados intereses (como expectativas legítimas) que se generan en la relación laboral; la *protección* se define en función de la *garantía de indemnidad* que provee contra aquel daño respecto de esos intereses. Si la *arbitrariedad* del despido es el *daño* que causa, entonces la *protección* es la *indemnidad* de la persona que trabaja frente a ese daño.

Si la *arbitrariedad* del despido se concibe en relación a las expectativas que daña, entonces la *protección* constitucional debe entenderse en función de esas expectativas referidas al goce de los beneficios que la persona que trabaja obtiene como consecuencia directa de la existencia de la relación de trabajo. Y en lo que importa en esta tesis -respecto al despido arbitrario- y en relación al Derecho del Trabajo (distinto al sistema de la Seguridad Social), la persona que trabaja tiene en la relación laboral una expectativa de consumo de bienes y servicios en base al salario y beneficios sociales que percibe como consecuencia del contrato de trabajo.

De tal forma, la protección contra el despido arbitrario implica *garantizarle* a la persona que trabaja una situación de indemnidad de forma tal que una vez que se produzca el distracto y cese el devengamiento salarial, esa capacidad de consumo no se verá afectada, al menos en un tiempo prudencial. Esa garantía es una indemnidad temporal de su capacidad de consumo frente al despido arbitrario, ya que el art. 245 de la ley 20.744 fija un *tiempo prudencial* en un mes por cada año trabajado o fracción mayor a tres meses.

Ello explica, en definitiva, el divorcio existente en la teoría clásica del despido arbitrario como acto *ilícito* entre la *indemnización* debida en el art. 245 de la ley 20.744 y el incumplimiento obligacional imputado a la parte empleadora como incumplimiento del plazo obligacional. Si lo ilícito es el incumplimiento del plazo, entonces la indemnización que se devenga en consecuencia debería ser -como mínimo en un sistema tarifado- todos los salarios correspondientes hasta la finalización del plazo incumplido. La doctrina de la ilicitud no puede explicar este divorcio: se promete hacia el futuro, pero se indemniza por el pasado<sup>437</sup>.

---

<sup>437</sup> Brain, Daniel. *Ob. Cit.* “Analizada la naturaleza jurídica de la indemnización y sus diferentes teorías, es preciso establecer la finalidad indemnizatoria, es decir, para qué se debe abonar esta indemnización. Sin duda, tal como se ha

En este escenario, la persona que trabaja estaría mejor protegida en el sistema del Derecho Civil y bajo el art. 19 de la Constitución Nacional. La doctrina de la ilicitud del despido arbitrario termina implicando, en definitiva, la inconstitucionalidad del art. 14 Bis de la Constitución Nacional en relación al art. 19 del mismo texto legal, o también su inconveniencia por violación al bloque federal de constitucionalidad<sup>438</sup>, todo ello en la medida que excluye peyorativamente -en forma menos protectoria- a la persona que trabaja respecto del régimen general de responsabilidad civil<sup>439</sup>.

Por el contrario, y aquí la explicación, si la protección está vinculada a la *expectativa de consumo*, la garantía de esta situación es perfectamente compatible con el texto actual del art. 245 de la ley 20.744 (y normas similares estatutarias). Ello en tanto en un contrato *relacional* ambas partes tienen la legítima expectativa de mantener las condiciones de contratación y que cada parte cumpla con la conducta esperada por la contraparte en el desarrollo cooperativo de la relación contractual, conservando la persona que trabaja su capacidad de consumo de bienes y servicios mediante el devengamiento salarial. El despido *arbitrario* es una conducta oportunista que quiebra esa expectativa razonable y debe compensarse al cocontratante en base al daño causado por ese quiebre, preservando esa capacidad de consumo de forma tal de no afectar la dignidad y libertad de la persona sustituyendo en forma unilateral su posición contractual. Esa *compensación* en el marco del contrato *relacional* de trabajo, conforme lo expuesto, no implica ni una restitución de un bien ni de una situación extracontractual, sino el cumplimiento de las expectativas, aun en forma parcial o limitada en el tiempo (un mes por cada año trabajado, o fracción mayor a tres meses); por lo cual debe expresarse jurídicamente como una garantía de indemnidad.

---

*venido desarrollando anteriormente, la indemnización tiende a reparar un daño sufrido, pudiendo variar la respuesta en función de las distintas teorías analizadas en el punto anterior, pues si se enrola en la teoría del daño, su reparación será en diferentes variantes; si se considera que la indemnización es del daño a la antigüedad, la finalidad indemnizatoria será entonces el pago de los años de servicios, algo similar a lo que ocurre con la actual indemnización del artículo 245 de la LCT, que es "tarifada" en función de los años de antigüedad y el salario del trabajador. Este sistema reparador, como se dijo, solamente contempla una situación del trabajador hacia el pasado, hacia atrás, y no hacia el futuro."*

<sup>438</sup> CIDDHH; 05/02/01. *Olmedo Bustos y otros c/ Chile. Fondo, reparaciones y costas.*

<sup>439</sup> Rovelli, Patricia. *Ob. Cit.* Serrano Alou, Sebastián. *El trabajador y el derecho a la reparación de los daños de la desvinculación.* La Ley 2009-E, 402.

Solo la indemnidad frente al daño, la *inocuidad* del despido arbitrario respecto a la persona que trabaja, logrará expresar la protección constitucional en la regulación del poder de la empresa tanto *adentro* del contrato como *afuera* de él, como poder social.

Esta concepción de la protección como garantía de indemnidad, finalmente, justifica el tratamiento de las consecuencias del despido arbitrario en el art. 14 Bis de la Constitución y no en su art. 19; pues este último regula la indemnización de los daños que se causen a otra persona, pero la norma laboral pretende la indemnidad de la persona que trabaja frente al despido arbitrario.

**a.1 / El sujeto protegido y el tiempo de la protección. La garantía de indemnidad en la capacidad de consumo como condición de efectividad del despido arbitrario.**

Esta concepción de la protección contra el despido arbitrario como *garantía de indemnidad* en la *capacidad de consumo* de la persona que trabaja requiere de una consideración especial respecto al sujeto protegido y al tiempo en que se hace efectiva.

En tanto la protección contra el despido arbitrario es una *garantía de consumo* debida a la persona que trabaja (*trabajador* en los términos del art. 14 Bis CN y del art. 245 LCT), esta *garantía* requiere, para ser tal, que la expectativa de capacidad de consumo protegida no se vea efectivamente afectada en forma inmediata por la extinción del contrato de trabajo. Si se produce una afectación temporal en la capacidad de consumo por un desacople entre el devengamiento salarial y la percepción de la suma de dinero devengada conforme el art. 245 de la ley 20.744, entonces la *garantía de indemnidad* normativa de *protección al trabajador* no se ha producido y, en consecuencia, se ha incumplido el mandato constitucional. Por lo tanto, la estructura constitucional requiere, para su cumplimiento, que esa garantía se otorgue a la persona que trabaja evitando que sufra un lapsus o bache en su capacidad de consumo futura.

De tal forma, el crédito del art. 245 de la ley 20.744 no se debe como *consecuencia* del

despido arbitrario sino como *condición* de la efectiva garantía de protección contra los daños del mismo.

En este sentido, entonces, el despido arbitrario solo puede tener efecto extintivo del contrato de trabajo cuando reúna dos requisitos: primero, su comunicación al sujeto que trabaja, y segundo, el efectivo otorgamiento de la garantía de su capacidad de consumo futuro, esto es, el pago de la suma de dinero devengada conforme el art. 245 de la ley 20.744 (o norma estatutaria aplicable).

Siendo que la *arbitrariedad* es concebida en esta tesis como un daño a los intereses relacionales, el despido arbitrario solo puede ser válido si observa la garantía constitucional, es decir, previene el daño que en sí mismo causa. El *despido arbitrario* será válido como acto unilateral extintivo del contrato de trabajo si, y solo si, la parte empleadora asume la inoculación de sus efectos dañosos a nivel contractual por medio de la garantía de mantenimiento de la capacidad de consumo de bienes y servicios de la persona que trabaja, es decir, preserva sus expectativas.

En consecuencia, la obligación de dar suma de dinero impuesta por el art. 245 de la ley 20.744 es un requisito del efecto extintivo del despido arbitrario<sup>440</sup>.

Mientras el empleador comunique el despido, pero no cumpla con el pago de la garantía de capacidad de consumo prevista en el art. 245 de la ley 20.744, el contrato de trabajo permanece vigente por incumplimiento de la protección constitucional; con lo cual, la persona que trabaja aún conserva su calidad de trabajador o trabajadora y, en consecuencia, devenga salario. De la misma forma, pero en sentido contrario, mientras el empleador abone en la cuenta sueldo la suma correspondiente a la garantía del art. 245 de la ley 20.744 pero el/la trabajador/a no reciba la comunicación de despido arbitrario, el contrato de trabajo continúa vigente. En el momento en que se cumplen ambos requisitos se perfecciona la

---

440 En contra: Ledesma Iturbide, Diego. *Ob. Cit.* “...no creo que la indemnización se constituya en una limitación reglamentaria dispuesta por el legislador para el ejercicio del derecho de despedir sin justa causa...”

extinción del contrato<sup>441</sup>.

Por el contrario, si el contrato de trabajo se extinguiere antes del pago de la garantía de consumo (como lo postula actualmente la doctrina respecto a la indemnización), entonces ya no existiría ni el sujeto constitucionalmente tutelado ni el legitimado activo para el cobro de la suma de dinero dispuesta en el art. 245 de la ley 20.744: *el trabajador*.

Asimismo, me he referido anteriormente al pretendido efecto disuasorio de la indemnización del art. 245 de la ley 20.744. Esto implica que, para la empresa, en el marco de la decisión del despido arbitrario, en un análisis de costo-beneficio, la indemnización opera elevando los costos y, de esa forma, intenta disuadir al empleador en tanto los beneficios que pretende mediante su conducta oportunista pueden ser alcanzados por otra vía menos costosa. Sin embargo, para que ese efecto se produzca la comparación debe ser entre costos que tengan la misma entidad. Y así, en la teoría del despido como acto ilícito, la indemnización se debe *como consecuencia* del despido y, de tal forma, es un costo futuro y eventual; esto último, en tanto aun cuando no exista causa expresada, el pago de la misma depende de la voluntad del empleador y, ante la falta de esta, la vía de cobro es a través de un juicio y, como tal, la sentencia que condene al pago requiere del desarrollo de un proceso que implica tiempo. Frente a un costo presente y cierto que deba afrontar la empresa (ej.: pago a proveedores), la indemnización por despido se presenta como un costo futuro e incierto; y de tal modo, el efecto disuasorio no se produce o bien pierde efecto<sup>442</sup>. Si se asume que el pago efectivo de la garantía de consumo es requisito para la producción del distracto *como requisito* del efecto extintivo del despido arbitrario, entonces esto tiene un real y efectivo efecto disuasorio de la decisión rupturista.

---

441 Sistema similar previsto en el art. 252 de la ley 20.744 para el cómputo del inicio del plazo anual de mantenimiento de la relación laboral en caso de jubilación.

442 Que luego se busca potenciar por medio de otras indemnizaciones; por ej., art. 2 de la ley 25.323.

## **a.2 / El bien protegido.**

Como lo expuse en la segunda parte de esta tesis, una de las características del contrato relacional se encuentra en que las partes hacen *inversiones* en la relación, expresando en aquella oportunidad que no se trata únicamente de bienes o cosas materiales, sino de esfuerzos en el mantenimiento de una conducta cooperativa hacia el desarrollo del acuerdo.

Así, en el comienzo de la relación (durante el período contractual de prueba) los esfuerzos de ambas partes son intensos, pues desde el lado empresario, la incorporación de esta nueva persona en la organización empresaria requerirá de capacitación y un tiempo de adaptación lo que puede implicar un trabajo no del todo satisfactorio; y por el lado de la persona que trabaja, el esfuerzo se centra en lograr adaptarse a la comunidad empresarial y ajustar su conducta a la esperada como desarrollo cooperativo de la relación. Si esa etapa se supera, el desarrollo cooperativo inmediato posterior usualmente requiere de un esfuerzo de la persona que trabaja en mantenerse en adecuada capacitación; pero desde la visión empresaria, la persona que trabaja va adquiriendo las destrezas y capacitación que hacen que su conducta cooperativa sea la esperada. Sin embargo, en la medida en que la relación se extiende en el tiempo, se produce el fenómeno curioso que la capacitación específica de la persona que trabaja comienza a condicionar su posición en el *mercado de trabajo*. En este sentido, las habilidades específicas que esa persona desarrolla en su relación laboral son útiles, por un lado, para generar expectativas que esa relación se mantenga dada la dificultad (y costos) que el empleador debería afrontar si decide reemplazarla; pero, por otro lado, considerando la posibilidad de un despido, esa especificidad en la capacitación le genera a la persona una posición especial en la búsqueda de un nuevo empleo. Así, si otro empleador busca una persona que trabaje específicamente en un puesto en el cual es necesaria la capacitación que esa persona ha desarrollado, entonces contará con una ventaja respecto de otras personas, pues el nuevo empleador va a tomar ventaja de la capacitación proveída por el antiguo empleador; pero fuera de ese ámbito específico, en la búsqueda de *cualquier* trabajo que le provea el salario necesario para subsistir, esa persona se verá en desventaja respecto a otras personas, pues sufre una incapacidad en habilidades no desarrolladas. De esta forma, sostienen Larry Dimatteo, Robert Bird y Jason Colquitt que “*la extensión del empleo y la adquisición de habilidades específicas de la empresa crean el problema de la vulnerabilidad de la persona*

*que trabaja y su dependencia económica.*<sup>443</sup>

En el contrato de trabajo, se entiende que la parte que presta los servicios es *intuitio personae*, por lo cual la identidad de la persona que trabaja es relevante y no puede ser sustituida. En el marco *relacional* del contrato de trabajo ello se explica claramente pues, si bien la prestación a la que la persona se obliga a realizar pudiera ser sencilla y, de tal modo, realizable por otra persona sin mayor problema, la *relación* que se genera entre las partes no es transferible de ningún modo, y en ello va el interés de la persona empleadora, pues con el desarrollo de la relación la persona que trabaja va incorporando los hábitos y costumbres propios y necesarios para la prestación de trabajo a conformidad del empleador. La persona que trabaja va siendo *moldeada* en la prestación de sus servicios a voluntad del empleador. Si en términos jurídicos utilizamos la expresión latina *intuitio personae* para referirnos a esta situación, en términos de teoría económica se utiliza la expresión de relación *idiosincrática*<sup>444</sup>. Y el estudio económico de este tipo de relaciones señala que esta característica hace que no solo la parte que asume su especial carácter *intuitio personae* o *idiosincrático* se encuentra plenamente comprometida en el acuerdo pues ha efectuado *inversiones* en generar ese carácter que no puede fácilmente llevar a otra relación contractual, sino también su contraparte se encuentra comprometida en el acuerdo en la medida en que el *mercado* no puede sustituir fácilmente la prestación idiosincrática que la otra parte le provee<sup>445</sup>.

De ese modo, el desarrollo de la relación laboral va incrementando el carácter *intuitio personae* o *idiosincrático* de la persona que trabaja, pues ella va realizando *inversiones* para

---

<sup>443</sup> Dimatteo, Larry; Bird, Robert y Colquitt, Jason. *Ob. Cit.*; pág. 503. “*The length of employment and acquisition of firm-specific skills creates the problem of employee vulnerability and economic dependence.*”

<sup>444</sup> Williamson, Oliver. *Transaction-cost economics: the governance of contractual relations*. The Journal of law and economics. Vol. 22, n° 2 (October 1979). Ed. University of Chicago Press; pág. 233.

<sup>445</sup> Sin embargo, aquí es interesante señalar que el Derecho del Trabajo asume que todas las prestaciones laborales son *idiosincráticas* y, de tal modo, protege a todas por igual a través de la noción de *dependencia*. Sin embargo, cuando más *idiosincrática* sea la posición de la persona que trabaja, podrá tener mayores expectativas de compromiso en el mantenimiento del contrato de trabajo por parte de la empleadora, pero más vulnerable será ante el despido arbitrario dada su mayor dependencia económica.

lograr proveer esos servicios en la especial forma en que el empleador los requiere. Reitero aquí que ello se genera no solo por las cláusulas obligacionales del contrato de trabajo (ya sea el propio contrato o la legislación que lo integra -ley, convenio colectivo, etc.-) sino también, y fundamentalmente, en el desarrollo del contrato psicológico, pues la persona adaptará su conducta no solo a los términos del contrato, de la ley o del convenio colectivo, sino también a las pautas que, de un modo más impreciso, se impongan desde la *cultura de la empresa*, el *ambiente de trabajo* o las *buenas prácticas corporativas*.

El acento idiosincrático que la persona que trabaja va asumiendo a lo largo de la relación laboral explica su *dependencia económica* con la organización empresaria en la que se integra; ello en tanto el *bien* que la persona que trabaja logra ofrecer al empleador (la prestación de servicios), dada su especificidad, no es fácilmente transferible a otra persona empleadora<sup>446</sup>.

Cuando mayor es el tiempo de mantenimiento de la relación laboral, más *idiosincráticos* son los servicios que la persona que trabaja ofrece y, por lo tanto, más difíciles son de lograr que un empleador alternativo los requiera, incrementando la dependencia económica de la persona que trabaja con su empleador dada aquella imposibilidad de lograr la obtención del salario por un empleador alternativo.

De esta forma, la *garantía de capacidad de consumo* de la persona que trabaja regulada en el art. 245 de la ley 20.744 se denomina, en el texto legal, como *indemnización por antigüedad*, y si bien esa denominación puede ser criticada desde una visión contractualista, la perspectiva *relacional* explica por qué lo determinante es la *antigüedad*, pues el trascurso del tiempo generará mayores expectativas en la persona que trabaja y ocasionará una mayor incapacidad en la posibilidad de generación de salario fuera de su actual posición contractual.

Asimismo, en el marco del contrato *relacional* de trabajo, las expectativas de la

---

<sup>446</sup> Señalo en este sentido, la particular situación de los profesionales universitarios.

persona que trabaja se van desarrollando en lo que se denomina el contrato psicológico. Y en la medida en que transcurre el tiempo, y la relación cooperativa entre las partes se desarrolla, las expectativas se generan y se legitiman como razonables, incorporándose al contrato. De este modo, el tiempo es esencial en el contrato relacional de trabajo, pues ambas partes obtienen lo mejor del acuerdo en su desarrollo en el largo plazo.

De esta forma, en la medida en que el tiempo de la relación laboral transcurre, mayor es la necesidad de proteger la vulnerabilidad económica de la persona que trabaja, pues mayores son las expectativas de conservar su capacidad de consumo, pero también mayores son las posibilidades de que *no* consiga esa capacidad de consumo en un nuevo contrato de trabajo.

Y si bien el tema del despido discriminatorio se encuentra fuera del objeto de estudio de esta tesis, debo señalar que esta situación de vulnerabilidad económica puede ser aún incrementada cuando una persona sufre una incapacidad física producto de un accidente o enfermedad. También esta visión relacional lleva luz al tratamiento de la discriminación por motivo de la edad, ya que la mayor edad de la persona (no es la situación discriminatoria hipotética el despido de alguien por ser demasiado joven) crea una situación de vulnerabilidad, en la cual la persona que trabaja desarrolla una expectativa de una especial conducta cooperativa de la parte empleadora en el cumplimiento del acuerdo, pero en tanto normalmente la capacidad de trabajo decrece con la edad, cuando más se aproxime el tiempo de la jubilación, mayor será el peligro de que la parte empleadora asuma una conducta oportunista contraria al desarrollo cooperativo de la relación laboral.

### **a.3 / Llevando la garantía de indemnidad de la capacidad de consumo más allá de los límites del art. 245 de la ley 20.744.**

En el ámbito de análisis de *lege data* de esta tesis, presento un análisis crítico del sistema jurídico argentino de protección contra el despido arbitrario y propongo una nueva interpretación de los textos legales vigentes. Por ello, dado que el art. 245 de la ley 20.744 se limita a establecer una suma de dinero en relación al salario devengado por la persona

despedida, lo expuesto respecto a la *garantía de indemnidad en la capacidad de consumo* se limita al aspecto salarial del daño generado por el despido arbitrario sobre las expectativas legítimas que la persona que trabaja ha generado en la relación laboral.

Pero este enfoque legal del daño causado es limitado, pues en la concepción que propongo de *arbitrariedad* como *daño* a las expectativas legítimas de la persona que trabaja en la relación de trabajo, este despido *arbitrario* proyecta sus consecuencias dañosas sobre la capacidad de consumo de la persona que trabaja más allá de la pérdida del devengamiento salarial.

El art. 245 de la ley 20.744 es solo una parte de la protección constitucional contra los efectos nocivos del despido arbitrario sobre la capacidad de consumo. Ello, en tanto la arbitrariedad como daño implica que el despido afecta las expectativas de la persona que trabaja en el mantenimiento de la relación laboral, esta norma solo se limita a garantizar la capacidad de consumo de bienes y servicios de la persona que trabaja y, además, lo hace bajo un criterio restrictivo pues condiciona el monto salarial que se considera a los efectos de la liquidación a los rubros de carácter remuneratorios devengados en el último año que tengan el carácter de mensuales y habituales, y de monto normal.

Es decir, que la propia norma del art. 245 de la ley 20.744 excluye de la garantía de consumo una parte de las expectativas salariales de la persona que trabaja.

La *garantía de capacidad de consumo* establecida en el art. 245 de la ley 20.744 se relaciona estrictamente con el carácter remunerativo del salario que devenga la persona que trabaja y, de tal forma, quedan fuera de ese concepto de garantía los beneficios correspondientes a la Seguridad Social que la persona que trabaja accede en función del contrato de trabajo, ya sea que estos se encuentren en cabeza del empleador (beneficios sociales del art. 103 Bis de la ley 20.744) o de terceros ajenos al contrato de trabajo pero que requieran del registro del contrato de trabajo (sistema de salud de las obras sociales y de las ARTs).

De tal forma, y en lo que refiere a los beneficios sociales, por ejemplo, si durante el desarrollo de la relación laboral el empleador reintegra en forma documentada con comprobantes los gastos de guardería y/o sala maternal de los/as hijos/as de hasta seis años de edad de la persona que trabaja (art. 103 Bis inc. F de la ley 20.744), esta expectativa de mantenimiento en la capacidad de consumo no es amparada contra el daño del despido por el art. 245 de la ley 20.744. Sin embargo, esta conducta de la empleadora, afrontando un gasto que es funcional a que la persona que trabaja pueda cumplir con su débito laboral, conciliando la vida familiar y laboral, genera en forma legítima una expectativa en la persona que trabaja que el sujeto empleador no cambiará su conducta en forma oportunista. Cuando ello sucede, el daño que genera el despido arbitrario afecta esta legítima expectativa, pero no encuentra protección en el art. 245 de la ley 20.744.

Como tampoco encontraba protección el crédito que la persona había tomado para comprarse una moto en el ejemplo que expuse en el capítulo 1 de esta cuarta parte de la tesis. Aquí destaco que, en el ejemplo, la empresa tiene un rol activo en relación al crédito que toma la persona, aunque no tiene participación contractual. Desde ya, podría objetarse que no toda la *confianza* que la persona que trabaja deposita en el devengamiento salarial podría ser indemnizable cuando el despido arbitrario quiebra esa confianza, pero en la segunda parte de esta tesis he expuesto que para que las *expectativas* se consideren *implícitas* en el contrato *por los hechos* es necesario un proceso que, en un estado de necesidad, juzgue sobre la legitimidad de esa expectativa. Este proceso transforma la confianza en una expectativa implícita en el contrato y, por lo tanto, con efectos jurídicos. Esa legitimidad, según expuse, se relaciona con un acto de la parte empleadora que da fundamento a la expectativa generada. En el ejemplo dado, la intervención activa de la empresa facilitando la compra del bien y la obtención de un crédito para ese fin sería un acto que legitimaría una expectativa de mantenimiento de la relación cooperativa, pues la empresa está conociendo el crédito que toma su empleado/a y, aquí lo importante, fomentando activamente el mismo, por lo cual luego no puede desentenderse de la protección de las expectativas que eso ha generado.

De tal modo, la *arbitrariedad* como *daño* comprende las consecuencias del despido a todas las expectativas que en relación a la capacidad de consumo se encuentren incluidas en el

contrato de trabajo: aquellas reconocidas en el consentimiento, aquellas implícitas pero reconocidas por el Derecho, y aquellas implícitas pero reconocibles por los hechos. El art. 245 de la ley 20.744 responde a una expectativa reconocida por el Derecho, limitada a un cierto poder de consumo del salario (ya que no lo considera en su totalidad), pero una expectativa implícita relacionada con la capacidad de consumo de bienes y servicios que se reconozca incorporada *por los hechos* al contrato debe ser comprendida en la protección contra el despido arbitrario dispuesta por el art. 14 Bis de la Constitución Nacional siempre que se encuentre dentro del límite de la arbitrariedad como daño ya expuesta. Bajo este argumento, no encuentro razón para negarle a la persona que trabaja una garantía de consumo por un período razonable que la ampare por los daños del despido respecto al pago de la sala maternal y del crédito por la compra de la moto en cuanto la parte empleadora, con su conducta directamente relacionado con el daño sufrido, ha generado una legítima expectativa de mantenimiento de esa capacidad de consumo. Ello, sin embargo, no implica necesariamente la invalidez del sistema del art. 245 de la ley 20.744, pues a los efectos de proveer un sistema tarifado, expedito, puede aceptarse como una garantía parcial de la capacidad de consumo, que no desconozca la posibilidad de existencia de otros daños a la capacidad de consumo no amparados en esa garantía parcial de indemnidad, pero comprendidos en la protección laboral.

No obstante, como crítica a la redacción actual del art. 245 de la ley 20.744, la reducción que establece en cuanto a los rubros que componen la base salarial del cómputo indemnizatorio no se justifica en aquella posibilidad de otorgar un sistema tarifado expedito, pues la limitación de los rubros a aquellos que tengan el carácter de remuneratorios, mensuales, habituales y normales deja fuera de las expectativas protegidas a los beneficios sociales o a rubros que no adquieren aún el carácter de habituales (horas extras, por ejemplo). Sin embargo, estos beneficios sociales como los rubros no habituales se expresan en la lógica del contrato transaccional, pues forman parte de lo que la persona que trabaja recibe en contraprestación a su puesta a disposición de la capacidad de trabajo, y son cuantificable en dinero. Por lo tanto, ya que la ilicitud del despido se basa en la lógica transaccional, debería mejorar la indemnización que regula el art. 245 de la ley 20.744.

De tal modo, en relación a los beneficios sociales, que el Estado decida no cobrar impuestos sobre ellos no implica que para la persona que trabaja aquellas ventajas patrimoniales no constituyan objeto de intereses jurídicamente protegibles bajo la garantía de indemnidad de capacidad de consumo. La división entre el Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social se confunde en cuanto a los intereses que la persona que trabaja tiene en la relación laboral. En este punto postulo la ampliación de la garantía de capacidad de consumo de bienes y servicios incluyendo aquellas expectativas generadas en relación a la Seguridad Social; pero volveré luego sobre otras expectativas también generadas en relación a la Seguridad Social que son más amplias que la idea de capacidad de consumo.

**b / Llevando la protección contra el despido arbitrario más allá de la garantía de indemnidad de la capacidad de consumo.**

Dentro de la regulación del *contrato relacional de trabajo*, la *garantía de indemnidad de la capacidad de consumo* del art. 245 de la ley 20.744 implica una *expectativa* reconocida por el Derecho relacionada al devengamiento salarial; pero ello no significa que la persona que trabaja no tenga otras expectativas implícitas en la relación laboral que son afectadas por el comportamiento oportunista del empleador que comunica el despido arbitrario.

El despido arbitrario, entonces, en la tesis que expongo, genera una serie de daños que, si bien son limitados a la frustración de las expectativas que la persona que trabaja ha generado en la relación laboral, no obstante ello, van más allá del mero perjuicio salarial, proyectándose sobre las condiciones de vida de la persona.

Sin embargo, la visión *transaccional* que se ha impuesto sobre el contrato de trabajo impide considerar el daño que el despido *arbitrario* genera en la *relación* de trabajo; por eso el art. 245 de la ley 20.744 se limita a otorgar una *garantía* sobre la *capacidad de consumo* de la persona que trabaja, como si lo único que resultaría afectado por el despido fuera la pérdida salarial. Reitero, entonces, que el despido es un problema de la relación, y no del contrato, y, por lo tanto, los daños que este genera deben considerarse en función de la relación laboral y

las expectativas que ella genera como intereses jurídicamente protegidos.

De este modo, la visión contractualista transaccional del contrato de trabajo ofrece un sistema legal de protección limitado a la indemnización del lucro cesante, es decir, la pérdida del salario<sup>447</sup>. Ello, en tanto el despido es entendido como un incumplimiento contractual, desde esta visión contractual el problema se aborda como una cuestión de costos (indemnización). De tal forma, explica Emiliano Gabet que “*el principio general es que la tarifa estipulada por el legislador laboral que debe ser abonada a todo trabajador ante el despido incausado es omnicomprendiva y resarce todos los daños derivados de la voluntad rupturista. Ahora bien, ello no implica que el trabajador no pueda requerir el resarcimiento de los daños adicionales que se le pudieran haber infringido. Pero, a diferencia de la tarifa establecida en la legislación laboral que es debida por el solo hecho de estarse ante una desvinculación incausada, aquí se debe probar la existencia de dicho daño bajo el marco legal del Derecho Civil.*”<sup>448</sup>

La posibilidad de la persona que trabaja de reclamar la indemnización de mayores daños sufridos por el despido, distintos al lucro cesante, no está incluida en la protección contra el despido arbitrario regulada en la ley 20.744 como cumplimiento del mandato del art. 14 Bis de la Constitución Nacional, aunque es comprendida por el sistema civil bajo el art. 19 de la Constitución Nacional.

Ello, además, implica una grave contradicción dentro del Derecho del Trabajo, pues la impronta humanista que es propia de esta rama del Derecho y que se reconoce a texto expreso el art. 4 de la ley 20.744, desaparece absolutamente en el art. 245 de la misma norma (y regulación estatutaria similar), pues de aquellas expectativas sobre la *actividad productiva y creadora* que se reconoce en la persona que trabaja nada se incluye en la tarifa indemnizatoria más allá de la pérdida de salario. Parecería, entonces, que en la entrada del contrato de trabajo

---

<sup>447</sup> Con tope: CSJN; 14/09/04. *Vizzoti, Carlos c. AMSA SA*. Fallos 327:3677

<sup>448</sup> Gabet, Emiliano. *Daño moral e indemnización por despido*. Derecho del Trabajo 2014 (agosto), 2129. Cita Online: AR/DOC/2381/2014

la norma legal reconoce que las *expectativas* de la persona que trabaja van mucho más allá del devengamiento salarial, pero en el momento de la extinción del contrato por despido arbitrario el daño se limita a la pérdida salarial, y esa tarifa legal se reputa como omnicomprendiva de todos los daños sufridos por lo menos a nivel contractual.

Y, en la actualidad, el intento de reclamo de mayores daños en el despido arbitrario implica recurrir a sistemas especiales del Derecho del Trabajo o bien a otras ramas del Derecho, y así, afirma Patricia Rovelli que *“la indemnización por daño moral sólo cabe en supuestos excepcionales, cuando la actitud del empleador en el curso de la relación y en la disolución del vínculo laboral va más allá de los límites del ámbito contractual, por configurar conductas de tipo delictual y cuasi delictual, es decir, que el resarcimiento por este concepto sólo procede en aquellos casos en que el empleador ha incurrido en conductas que, con independencia de todo vínculo contractual entre las partes, constituye un ilícito civil.”*<sup>449</sup>

La visión *relacional* del contrato de trabajo ofrece un cambio sustantivo a esta interpretación normativa. Si el objeto del acuerdo es el mantenimiento de una relación en el tiempo, asumiendo cada una de las partes una conducta cooperativa hacia el desarrollo de la misma, el comportamiento oportunista de la parte empleadora que, incumpliendo esa conducta prometida comunica el fin de la relación por medio del despido arbitrario, es la conducta sancionable. Y las consecuencias imputables a esa conducta oportunista son el quiebre de las legítimas expectativas de la persona que trabaja en la relación comprometida.

No se trata del incumplimiento de una obligación a plazo determinado incierto, como lo plantea la doctrina argentina, sino del incumplimiento de la confianza comprometida en una conducta cooperativa de buena fe que ha generado determinadas expectativas legítimas.

La empresa como empleadora, a través del despido arbitrario, privilegia otros intereses dentro de aquellos que confluyen en su organización empresaria por sobre las expectativas de

---

<sup>449</sup> Rovelli, Patricia. *Ob. Cit.*; pág. 116.

la persona que trabaja tiene en la relación laboral. De tal modo, lo que se sanciona es un comportamiento oportunista contrario a la cooperación asumida. En un momento de crisis, en el cual al interior de la organización empresaria los intereses de la persona que trabaja entran en conflicto con los intereses de terceros (por ej., capacidad de pago limitada hace que deba decidirse si se paga en tiempo a los/las proveedores/as o a los/las trabajadores/as), la parte empresaria decide afectar los intereses de la persona que trabaja, quebrando la confianza de mantenimiento de la relación laboral y dañando las expectativas que de ella se generan.

Dentro de la visión *relacional* propuesta, entonces, la protección del mandato constitucional comprende *todo* el *daño* que esa decisión arbitraria cause en el quiebre de las expectativas legítimas generadas en la confianza de mantenimiento de la relación laboral. El art. 245 de la ley 20.744 es la respuesta legislativa a la expectativa de mantenimiento de la capacidad de consumo en relación al salario, pero ello no implica agotar en este concepto las expectativas constitucionalmente protegidas. La concepción que propongo de la *arbitrariedad* en el despido como *daño*, superando la discusión del despido lícito/ilícito, permite conciliar la respuesta legislativa del art. 245 de la ley 20.744 con el mandato constitucional de protección contra el despido arbitrario. Pero, además, este concepto permite brindar protección dentro del sistema laboral a consecuencias nocivas del despido arbitrario que no se encuentran comprendidas en el art. 245 de la ley 20.744.

En este sentido, el carácter *relacional* del contrato de trabajo implica la especial consideración sobre el consentimiento contractual que se expuso en la segunda parte de esta tesis. Y así, además de las expectativas expresas que logran reconocimiento a través del mecanismo de oferta y aceptación que regula el art. 45 de la ley 20.744, que constituyen el consentimiento expreso del contrato, el carácter *relacional* del acuerdo genera derechos y obligaciones *implícitos*, los que son reconocidos *por el Derecho* como reglas o principios legales, o son reconocidos *por los hechos* conforme una legítima y razonable expectativa de conducta de la contraparte en el desarrollo del contrato.

Asumiendo la *arbitrariedad* como *daño* es posible ampliar el concepto de daño laboral indemnizable, reconociendo como comprendidas a las expectativas implícitas que logren ser

reconocidas como intereses jurídicamente protegidos a través *de los hechos*, como se expuso en la segunda parte de esta tesis.

En definitiva, se trata que el sistema protectorio *jurídico* del contrato de trabajo comprenda al contrato *psicológico*. En este sentido, expresa Denise Rousseau que: “*si una persona roba un banco y es atrapada, devolver el dinero no suele ser una compensación suficiente para restituir el ladrón a la buena voluntad de la sociedad. El daño causado constituye más que simplemente el dinero tomado. Del mismo modo, la violación de un contrato psicológico afecta la relación entre empleado y empleador en una forma traumática donde los factores que llevaron al surgimiento de una relación, como la confianza y la buena fe, se ven socavados. La restauración de la relación implica el restablecimiento de la confianza, posiblemente mediante una repetición del proceso que inicialmente creó la relación.*”<sup>450</sup>

### **b.1 / La ampliación de la garantía primaria o sustantiva.**

En el título anterior propuse ampliar la noción de *garantía de la capacidad de consumo* más allá del aspecto salarial que reconoce el art. 245 de la ley 20.744 (limitado a los rubros remuneratorios, mensuales, habituales y normales), en tanto deben comprenderse en esa protección otras *expectativas* relacionadas con la capacidad de consumo no comprendidas en la garantía de indemnidad del art. 245 de la ley 20.744, pero que logren ser incluidas a través *de los hechos*.

Del mismo modo, propongo ahora una ampliación del ámbito protectorio laboral, dado que la noción de *arbitrariedad* como *daño* no se limita a la *garantía de capacidad de*

---

<sup>450</sup> Rousseau, Denise. *Ob. Cit.*; pág. 128. “*If a person robs a bank and is caught, giving the money back is not typically treated as sufficient compensation to restore the robber to the good graces of society. The damage done constitutes more than simply the money taken. Similarly, violation of a psychological contract subjects the relationship between employee and employer to a form of trauma where the factors that led to emergence of a relationship, such as trust and good faith, are undermined. Restoration of the relationship involves the reestablishment of trust, possibly through a repeat of the process that initially created the relationship.*”

*consumo*, en tanto esa limitación no se encuentra en el texto del art. 14 Bis de la Constitución Nacional, el cual dispone protección contra el despido arbitrario, es decir, contra *todos* los daños que genere el despido arbitrario.

Cuando propuse la calificación de *arbitrariedad* como *daño*, sostuve que el despido es arbitrario en tanto se limite a afectar las expectativas que se generan en la relación laboral, llevando a la persona que trabaja al estado de negación de ellas. Ahora bien, esa noción de arbitrariedad también permite sostener que el daño afecta no solo las expectativas meramente salariales de la persona que trabaja, sino que comprende también todas las demás expectativas legítimas sobre la relación laboral; especialmente las que logren incorporarse a través del proceso que la reconozca en función *de los hechos* de la empresa. De esta forma, la concepción de la arbitrariedad como daño permite que, en la medida en que la persona que trabaja alegue y pruebe tener una legítima y razonable expectativa que reconoce como causa la relación laboral, a cuyo desarrollo cooperativo se obligaron las partes y que se incumple por el despido arbitrario, esa ruptura de la legítima expectativa sería protegible<sup>451</sup> como daño laboral, sin necesidad de recurrir al sistema del Derecho Civil en procura de conceptos que resultan de cierto modo forzados en el Derecho del Trabajo como el daño moral<sup>452</sup>, el daño al proyecto de vida<sup>453;454</sup>, la pérdida de chance, etc.

Esto permitiría que las expectativas implícitas que son reconocidas *por el Derecho* en relación al salario en el art. 245 de la ley 20.744 tengan una regulación igual (o mejor) que la

---

<sup>451</sup> Nicolau, Noemí. *Ob. Cit. El principio...*

<sup>452</sup> CNAT, Sala II. 21/05/07. *Poy, Cristian c. Automóviles San Jorge SA*. Derecho del Trabajo 2007, 801. La Ley 2007-E, 301. Cita Online: AR/JUR/1935/2007. El muy interesante voto de Miguel Angel Maza debe no solo tratar el daño moral sino también la imputación de su resarcimiento a cargo de la empresa cuando el autor de la violencia física contra el actor fue un dependiente jerárquico. Ver el comentario de David Duarte: *Deber de indemnidad del empleador*. La Ley 2007-E, 301. Derecho del Trabajo 2008 (marzo), 310. Cita Online: AR/DOC/2391/2007

<sup>453</sup> CNAT, Sala VI. 21/10/14. *Lucifora, Miguel. c. Aerolíneas Argentinas S.A*. Derecho del Trabajo 2015 (febrero), 324. Cita Online: AR/JUR/55854/2014. En la cual se hace referencia al *programa de vida*.

<sup>454</sup> Depetris, Eduardo. *El daño al proyecto de vida del trabajador en los fallos de la Corte*. DJ 28/09/2011, 1. Cita Online: AR/DOC/1720/2011

actual; esto es, que la ruptura de la expectativa de permanencia en el vínculo contractual imponga el pago de una *garantía*, pero que ella sea un requisito del efecto extintivo del despido; y que, además, mejorando el sistema protectorio tal como se lo interpreta actualmente, la ruptura de las expectativas implícitas reconocidas *por los hechos* tengan protección dependiendo de la prueba de su incorporación en el contrato por el juicio particular de su reconocimiento que expuse en la segunda parte. Esto último permite considerar que la protección por el incumplimiento de esas expectativas se debe respecto del daño sufrido por intereses reconocidos en el contrato y, por lo tanto, es debida en relación directa del despido arbitrario, sin necesidad de recurrir a sistemas jurídicos distintos al laboral<sup>455</sup>.

#### **b.1.i / La ampliación de las expectativas legítimas que se reconocen protegidas en el sistema laboral.**

En el marco de un contrato *transaccional*, y a pesar que el Derecho del Trabajo niegue esta idea y declare que *el trabajo no es mercancía*, la relación de subordinación laboral se entiende como la negociación conflictiva entre la provisión temporal de fuerza de trabajo y el pago de salario. Así aparecen como derechos específicos laborales la limitación de la jornada y la regulación de salarios mínimos. Si la persona que trabaja cambia su fuerza de trabajo por el salario buscando la seguridad de la *estabilidad* laboral, la teoría del despido ilícito entiende que el incumplimiento obligacional del sujeto empleador implica la indemnización del daño causado a la persona que trabaja conforme la tarifa del art. 245 de la ley 20.744. Todo otro daño es extraño a la lógica *transaccional*, pues no hay nada más que esa transacción. Así, sorprendentemente, el *daño moral* es usualmente rechazado respecto al despido arbitrario.

Y digo *sorprendentemente* pues, desde la visión *relacional*, el despido arbitrario es, esencialmente, un daño de tipo moral, dado que la libertad de despido en Argentina hace que la parte empleadora pueda, en forma unilateral y sin causa, colocar a la persona que trabaja en un estado inmediato<sup>456</sup> de *vulnerabilidad*. En la doctrina uruguaya, Cristina Mangarelli afirma

---

<sup>455</sup> CNAT, sala V. 20/02/2017. *Luna, Germán Roque c. Bridgestone Argentina S.A.* La Ley 2017-D, 385. Cita Online: AR/JUR/5083/2017

<sup>456</sup> Con la limitación, tal vez, del plazo de preaviso.

que “*el despido causa daños materiales y morales al trabajador.*”<sup>457</sup>

Las expectativas que se generan en razón de la relación cooperativa a la cual las partes se obligaron se ven, de repente, negadas por la mera decisión unilateral de la parte empleadora. El art. 245 de la ley 20.744 se ocupa de prevenir esa vulnerabilidad respecto a la capacidad de consumo, otorgando una garantía de permanecer en ella por un tiempo luego del despido, pero esta es solo una parte de los daños.

De esta forma, en el marco de un contrato *relacional* de trabajo, la concepción de *arbitrariedad* como *daño* comprende la protección de toda expectativa legítima generada por la relación entre las partes. Se trata de esta forma de proteger la *confianza*, en la medida en que ella logre transformarse en *expectativas* reconocidas *por el Derecho* o *por los hechos*.

Si las expectativas son reconocidas *por el Derecho*, entonces ya ingresan en un determinado sistema jurídico que hace posible (o debería hacerlo) su ejecutabilidad.

El problema, evidentemente, está dado en las *expectativas implícitas* reconocidas *por los hechos*, pues estas, hasta el momento del conflicto se mantienen en un sistema regulatorio no jurídico, dado por el contrato psicológico. La conducta de ambas partes del contrato de trabajo será regulada en función de las expectativas mutuas que la relación genere; sin perjuicio que los intereses sean diversos. Cuando el conflicto se hace presente, la parte afectada pretenderá que esa expectativa que guiaba su conducta sea reconocida en el terreno jurídico. Reitero que el principio protectorio llama a que la protección jurídica de la persona que trabaja frente al despido comprenda al contrato psicológico. No desconozco la dificultad probatoria de esto, pues el reconocimiento de las *expectativas por los hechos* escapa al sistema tarifario propio de las expectativas reconocidas por el Derecho. Esto es una consecuencia del cambio en la Teoría General del Contrato aplicable a la relación laboral, pues las Teorías Generales clásicas y neoclásicas, basadas en el consentimiento de las partes, diseñaron un sistema de indemnización de daños contractuales sobre la base del incumplimiento del acuerdo, pero no sobre el quiebre de la confianza; y de tal modo, un

---

<sup>457</sup> Mangarelli, Cristina. *Ob. Cit. Daños...*; pág. 75

contrato es válido y ejecutable si hay consentimiento aun si las partes no confiaban en el acuerdo. La Teoría *relacional* aplicable al contrato de trabajo quita al consentimiento del centro normativo, reemplazándolo en esa función por la *relación cooperativa* y, entonces, el sistema de daños del contrato *relacional* de trabajo debe otorgar herramientas relacionadas con el incumplimiento de las *expectativas implícitas* legítimas que esa relación genera.

José Luis Ugarte propone una distinción entre los derechos fundamentales específicos e inespecíficos, como dos fases del proceso de constitucionalización del Derecho del Trabajo con diferentes funciones políticas y económicas; y en ese sentido expone que: “*los derechos constitucionales generales (inespecíficos) no buscan deslizar parte del poder en disputa en la relación laboral hacia el lado de sus titulares, los trabajadores, sino garantizar un espacio de inmunidad que fije la frontera donde ese poder se detiene.*”

*En cambio, los derechos fundamentales laborales, en su versión colectiva, encuentran su mejor sentido en la constitución de un “contra-poder”. Estos buscan que sea posible oponerse a la sujeción que el capital establece sobre el trabajo, con el fin de reestablecer la libertad en ese espacio.*

(...)

*Desde el derecho, ¿qué puede explicar la menor ofensividad política de unos en relación con los otros? La respuesta implica la relación con el titular y la pretensión protegida.*

*Los derechos fundamentales generales inespecíficos exhiben una titularidad de carácter individual, que suele estar al servicio de una posición de defensa, cuyo correlato, por regla general, es un deber negativo para el poder empresarial. Ese deber negativo —un no hacer— puede ser traducido en una sola prohibición general que constituye el límite del cual venimos hablando: no invadir el espacio protegido por el derecho fundamental de que se trata.*

*Por su parte, los derechos fundamentales laborales, particularmente la negociación colectiva y la huelga, o son derechos de carácter colectivo o individuales, pero de ejercicio*

*colectivo. Su contenido protegido es una autonomía organizativa y funcional, con el fin de que sean sus titulares los que decidan cuáles acciones serán las necesarias para contrarrestar el poder empresarial. No se busca solo la distribución de utilidades económicas entre las partes, sino del poder mismo al interior de la relación laboral. Son herramientas al servicio de sus titulares para que ellos decidan qué hacer con estas.*

*(...)*

*Es evidente la fuerte connotación política que los derechos fundamentales específicos tienen para un sistema de relaciones laborales. Por ello, no es de extrañar que, tal como lo señala ampliamente la doctrina, con la introducción en el texto constitucional de la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga tendrán una clara consecuencia político-institucional: la pretensión de un sistema democrático de relaciones laborales.*

*La naturaleza de los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador, en cambio, es diversa. Se trata preponderantemente de derechos de titularidad individual cuyo contenido es la protección de un espacio de inmunidad frente a terceros. En ese sentido corresponden, técnicamente, a los denominados clásicos derechos de defensa. Es decir, son derechos que “ponen límites al Estado para asegurar espacios individuales de libertad, en consonancia con la concepción liberal clásica de los derechos fundamentales”.*

*Pero, donde se encuentra la diferencia más relevante y que se liga con lo anteriormente apuntado es en las consecuencias políticas de ambos procesos. Mientras los derechos fundamentales específicos (como la negociación colectiva y la huelga) están encaminados a producir un significativo efecto de reparto del poder empresarial —en atención a su pretensión de reequilibrar las relaciones laborales—, el ejercicio de los derechos fundamentales inespecíficos exhibe un sentido político más modesto: asegurar un espacio de autonomía personal para el trabajador.*

*Dicho de otro modo, los derechos fundamentales no laborales o inespecíficos buscan limitar el poder empresarial, a favor de la libertad y la autonomía personal. Mientras, los derechos fundamentales propiamente laborales o específicos buscan repartir ese mismo*

*poder, en razón de la igualdad o de la propia libertad.*<sup>458</sup>

Observo que las *expectativas implícitas* en las relaciones laborales ya reconocen, entonces, un proceso de reconocimiento jurídico a nivel colectivo, por medio del mecanismo de la huelga y la negociación colectiva. De este modo, obrando en función del *interés colectivo*, la representación gremial busca lograr el reconocimiento jurídico de ese interés que, conforme lo expresado, son expectativas a nivel colectivo. En este sentido, a nivel colectivo también funciona un contrato psicológico, en el que la conducta de las partes colectivas se regula no ya en función de la legislación aplicable (muy especialmente el contrato colectivo de trabajo) sino en prácticas o modos usuales que no se encuentran jurídicamente reconocidos. Esto explica que una forma de coerción colectiva sea el *trabajo a reglamento*; es decir, ajustar la conducta en la prestación laboral no al *contrato psicológico colectivo* sino a la regulación legal (al convenio colectivo de trabajo).

Por otro lado, las expectativas individuales que no ha sido reconocidas por el Derecho permanecen en el contrato psicológico individual, pero no tienen un proceso de reconocimiento ya definido como sucede a nivel colectivo<sup>459</sup>.

Por ello, en la segunda parte de esta tesis he propuesto un proceso para su reconocimiento basado en su legitimidad a partir de los hechos de la parte empresaria que racionalmente puedan dar origen a la expectativa cuyo reconocimiento se reclama en una situación de necesidad. Esto permitiría, entonces, sacar el ejercicio de los derechos fundamentales inespecífico de ese lugar *modesto* señalado por José Luis Ugarte, es decir, reconociéndoles en el contrato de trabajo no una mera (pero importante) función de limitar el poder empresario asegurando espacios de libertad que impliquen conductas de abstención de la parte empleadora, sino también una función positiva como derecho a exigir una conducta

---

<sup>458</sup> Ugarte Cataldo, José Luis. *Ob. Cit. Derechos fundamentales en el trabajo, poder...*; págs. 100 y sigs.

<sup>459</sup> En este sentido, el sistema gremial tiene el enorme desafío de dar lugar en el *interés colectivo* a aquellos intereses que pertenecen a colectivos vulnerables dentro del universo sindical de personas representadas. De este modo, la subsistencia de la legitimidad representativa de los sindicatos dependerá, en gran parte, de lograr expresar la defensa de intereses relacionados, por ejemplo, a una adecuada perspectiva de género en las relaciones laborales.

de la parte empleadora dentro de ese espacio de libertad. Ya no se trata de excluir al sujeto empleador dentro de un determinado espacio, sino lograr que dentro de ese espacio se comporte de una determinada manera en función de la protección de las expectativas de la persona que trabaja.

Si, como lo sostengo, la protección constitucional de la persona que trabaja es una *garantía de indemnidad*, entonces el reconocimiento de las expectativas implícitas por los hechos de la empleadora dentro de esa garantía otorga las acciones positivas para concretar esa protección en el caso concreto: esto es, como se expuso en la segunda parte de esta tesis, en un caso de necesidad ante un comportamiento oportunista de la parte empleadora que intente imponer su poder en el contrato.

Utilizando nuevamente el texto de José Luis Ugarte, este proceso de reconocimiento de las expectativas implícitas por los hechos de la parte empleadora es posible como consecuencia del *taylorismo emocional* al que el autor refiere<sup>460</sup>, y sobre el cual ya he expuesto en la segunda parte de esta tesis, en relación al requisito de legitimidad de las expectativas que se reconocen implícitas por los hechos. Vuelvo ahora sobre este tema en relación a la protección contra el despido arbitrario.

Este proceso de reconocimiento de las expectativas implícitas legítimas en el contrato de trabajo por los hechos de la parte empleadora se abre en el Derecho del Trabajo desde un cambio en el *management* empresarial. Al respecto, hubo un cambio de paradigma del cual el Derecho del Trabajo aún no se ha anoticiado, pues la regulación jurídica del contrato de trabajo aún responde al paradigma fordista/taylorista. Bajo este paradigma, el contrato de trabajo era esencialmente transaccional, pues nada más había que el intercambio de tiempo de prestación de servicios por salario. El empresario no se comprometía en esa transacción a más nada que el pago de salario; cualquier otra expectativa que la persona que trabajaba en ese sistema hubiera podido tener en la relación que la unía con el sujeto empleador, no podía pasar de una mera expectativa unilateral, no reconocida por la otra parte.

---

<sup>460</sup> Ugarte Cataldo, José Luis. *Ob. Cit. Derechos fundamentales en el trabajo, poder...*; pág. 88.

La empresa del Siglo XXI ya no es aquella del modelo fordista, y su administración ya no es bajo el sistema taylorista; y, además, por mucho que le pese al Derecho del Trabajo, la persona que trabaja ya no es la misma de la película *Tiempos modernos*.

En aquel viejo paradigma, la persona necesitaba que no la despidieran, confiando en desarrollar una carrera dentro de la empresa, ir mejorando su categoría laboral, hasta llegar a jubilarse. Hoy en día, la empresa necesita que su empleado/a no renuncie; hoy es necesario retener a los/las trabajadores/as. Y, mientras tanto, la empresa debe cuidarse de no agredir el medioambiente y lograr el beneplácito de sus consumidores en las redes sociales.

En el viejo paradigma, las vacaciones pagas, el descanso en la jornada y los salarios mínimos fueron derechos conseguidos a través de las luchas obreras; hoy la empresa Netflix otorga vacaciones ilimitadas a sus empleados/as, mientras Google instala mesas de ping-pong en sus edificios y Dan Price duplica el salario de las personas que trabajan en su empresa Gravity Payments sin que se lo hayan pedido.

En el viejo paradigma, el hombre proveedor, *pater familia* que debía mantener a su esposa e hijos, necesitaba ser conservado en su puesto de trabajo. Requería estabilidad. La mujer, ligada a la reproducción biológica, debía ser protegida del despido por matrimonio y embarazo. Hoy, las personas ya no necesariamente planifican su vida en base a un matrimonio y la crianza de hijos/as, y tienen otros intereses que en su vida personal prevalecen a la estabilidad laboral. Es una situación usual en las empresas de hoy que un/a *millennial* (*Generación Y*) renuncie a su puesto de trabajo por la idea de un año sabático o una experiencia de vida en otro país.

Pues bien, este *taylorismo emocional* implica que la empresa, en los *hechos* (y no necesariamente en el Convenio Colectivo de Trabajo) asume conductas que hacen al desarrollo cooperativo de la relación de trabajo, concediendo prerrogativas a la persona que trabaja más allá de las disposiciones legales a los efectos de lograr su compromiso en el desarrollo de la relación cooperativa de trabajo. Por ello esta nueva concepción del *management* es propicia a la generación de expectativas implícitas en el contrato jurídico,

pues basa la subordinación en el contrato psicológico. De esta manera, cuando la empresa quiebra el contrato psicológico, afectando las legítimas expectativas implícitas de la persona que trabaja, el sistema jurídico laboral debe ofrecer una instancia de protección de los intereses afectados.

La protección constitucional es tan amplia que permite amparar al contrato psicológico.

### **b.1.ii / La protección de las expectativas legítimas de naturaleza de Seguridad Social.**

El sistema de seguridad social ha sido presentado en sus inicios como un apéndice del sistema de relaciones laborales dependientes, pues buscaba socializar las contingencias derivadas del trabajo<sup>461</sup>. Luego, se entendió que existen otras contingencias genéricas, que afectan a todos los miembros de una comunidad, más allá de aquellas específicas relacionadas al trabajo dependiente<sup>462</sup>, con lo cual la disciplina ganó en autonomía.

Sin embargo, en el derecho argentino el vínculo entre el Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social se mantiene principalmente en dos aspectos: en el financiamiento del sistema de seguridad social, a través de los gravámenes cargado por la legislación como aportes y contribuciones de las partes del contrato de trabajo<sup>463</sup>; y en el acceso al sistema de protección social, el cual todavía en gran medida presupone el carácter de trabajador/a dependiente de la persona protegida y entonces el sistema se diseña a través de prestaciones que se ofrecen en el marco de una relación de trabajo dependiente<sup>464</sup> o bien a

---

<sup>461</sup> Vázquez Vialard, Antonio. *Derecho del trabajo y de la seguridad social*. 4a. Ed. Tomo 2. Edit. Astrea. Buenos Aires (1989); págs. 369 y sigs.

<sup>462</sup> Alonso Olea, Manuel y Tortuero Plaza, José Luis. *Instituciones de seguridad social*. 11a. Ed. Civitas. Madrid (1988); pág. 30.

<sup>463</sup> [http://www.trabajo.gov.ar/downloads/prensa/100226\\_pisominino.pdf](http://www.trabajo.gov.ar/downloads/prensa/100226_pisominino.pdf)

<sup>464</sup> CSJN; 30/03/82. *Mansilla, Manuel A. c. Compañía Azucarera Juan M. Terán -Ingenio Santa Bárbara*. Fallos 304:415.

través de sujetos colectivos propios de las relaciones laborales<sup>465</sup>. De tal forma, las expectativas que toda persona que trabaja tiene en la situación contractual de dependencia laboral van más allá del mero devengamiento salarial, en tanto el propio sistema jurídico vincula a ese *status* contractual con una serie de beneficios propios de la seguridad social. Por lo tanto, estas expectativas resultan reconocidas por el Derecho y encuentran protección dentro del concepto de arbitrariedad como daño, pues se adquieren en función de la relación laboral y se pierden por el despido arbitrario. La persona que se encuentra a punto de lograr un contrato de trabajo tiene no solo la expectativa de cobrar el salario, sino también la expectativa de acceder a los demás beneficios que el sistema jurídico regula para aquella situación. De tal forma, la actual conexión existente entre el Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social<sup>466</sup> hace que las consecuencias de la extinción del contrato de trabajo se extiendan más allá de la pérdida del salario<sup>467</sup>, alcanzando intereses tutelados bajo la protección social, que adquieren reconocimiento en el sistema de Seguridad Social.

En consecuencia, mientras se mantenga la vinculación entre el goce de ciertos beneficios de la seguridad social en razón del status de persona que trabaja en forma dependiente, en la protección contra el despido arbitrario la noción de *garantía* debería ser ampliada desde un concepto básico como el actual limitado al *consumo* hacia el concepto de *garantía de protección social*. Esa ampliación hoy solo se limita, en lo que hace a la Seguridad Social, a la prestación por desempleo<sup>468</sup> y a la vigencia de cobertura de la obra

---

<sup>465</sup> La ley 23.660 de Obras Sociales dispone en su art. 1: *Quedan comprendidos en las disposiciones de la presente ley: a) Las obras sociales sindicales correspondientes a las asociaciones gremiales de trabajadores con personería gremial, signatarias de convenios colectivos de trabajo.*

<sup>466</sup> Monsalvo, Manuel. *El derecho del trabajo y el derecho de la seguridad social. Sus vasos comunicantes*. Derecho del Trabajo 2017 (octubre), 2065. Cita Online: AR/DOC/2240/2017.

<sup>467</sup> Morresi, Jorge. *Incumplimiento al derecho de la seguridad social. Consecuencias en el contrato de trabajo*. Derecho del Trabajo 2010 (junio), 1552. Cita Online: AR/DOC/2786/2010

<sup>468</sup> García, Nadia y Danzi, Jorge. *Prestación por desempleo*. RDLSS 2014-10-976. Cita Abeledo Perrot n° AP/DOC/768/2014

social por un tiempo posterior al despido (3 meses)<sup>469</sup>.

Robert Castel afirma que *“la inseguridad es tanto la inseguridad social como la inseguridad civil. Estar protegido en esta esfera significa estar a salvo de los imponderables que podrían degradar el status social del individuo. Por ende, el sentimiento de inseguridad es la conciencia de estar a merced de estos acontecimientos. Por ejemplo, la incapacidad de “ganarse la vida” trabajando -ya sea por enfermedad, por accidente, por desempleo o por cese de actividad en razón de la edad- cuestiona el registro de pertenencia social del individuo que extraía de su salario los medios para la subsistencia y lo vuelve incapaz de gobernar su existencia a partir de sus propios recursos. En lo sucesivo, deberá ser asistido para sobrevivir. Se podría caracterizar un riesgo social como un acontecimiento que compromete la capacidad de los individuos para asegurar por sí mismos su independencia social.”*<sup>470</sup>

Sostiene en este sentido la OIT que *“el acceso a un nivel adecuado de protección social es un derecho fundamental de todos los individuos reconocido por las normas Internacionales del trabajo y por las Naciones Unidas. Además, es considerado un instrumento para la promoción del bienestar humano y el consenso social, que favorece la paz social y es indispensable para lograrla, y por lo tanto para mejorar el crecimiento equitativo, la estabilidad social y el desempeño económico, contribuyendo a la competitividad.”*<sup>471</sup> La Protección Social es uno de los cuatro objetivos estratégicos del Programa Trabajo Decente de la O.I.T. que contiene principios fundamentales para el trabajo. La noción de *trabajo decente* desarrollada a instancia de O.I.T. es un concepto que, siguiendo a María del Carmen Piña<sup>472</sup> y a Gabriel Tosto<sup>473</sup>, comprende condiciones de realización,

---

<sup>469</sup> Art. 10 de la ley 23.660.

<sup>470</sup> Castel, Robert. *La inseguridad social ¿Qué es estar protegido?* Ed. Manantial. Buenos Aires (2015); pág. 35.

<sup>471</sup> <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/decent-work-agenda/social-protection/lang-es/index.htm>

<sup>472</sup> Piña, María del Carmen. *Derechos Humanos, trabajo decente y derecho del trabajo*. Revista de Derecho Laboral. 2009-1. Discriminación y violencia laboral II. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2009); págs. 9 y sigs.

contenidos de despliegue y una esfera de cumplimiento. *"Las condiciones de realización se presentan cuando el trabajo es prestado en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana. El contenido del trabajo dado debe ser libre, productivo y seguro, y la esfera de cumplimiento la enmarca el respeto de derechos laborales, ingresos adecuados, protección, diálogo social, libertad sindical, negociación colectiva y participación. Las condiciones, los contenidos y la esfera de cumplimiento deben estar presentes en forma conjunta en la prestación del trabajo para que pueda predicarse como suficiente la calificación de decente de tal acción humana."*<sup>474</sup>

Cristina Mangarelli destaca la relación entre Protección Social y Seguridad Social, afirmando que *"la protección social es más amplia que la seguridad social. Es una noción más amplia porque comprende la seguridad social y además refiere a otros riesgos o necesidades (por ejemplo, programas de reducción de la pobreza, etc.); abarca la intervención del Estado y también de la sociedad civil; y es ajena a la relación de trabajo."*

*La protección social ha sido definida como "el conjunto de intervenciones de entidades públicas y privadas que buscan aliviar a los hogares y a las personas de la carga que puede significar una serie de riesgos y necesidades". [La autora cita a pie de página: Bertranou, Fabio, "Protección social, mercado laboral e institucionalidad de la seguridad social", en: Uruguay. Empleo y protección social. De la crisis al crecimiento, Oficina Internacional del Trabajo, Santiago 2005, p. 179.]*

*El Informe sobre el trabajo en el mundo 2000 (OIT) comprende en la "protección social" a los sistemas de seguridad social y a los planes privados o no obligatorios con un objetivo similar (por ejemplo, mutuas, planes profesionales de pensiones, dispositivos de solidaridad colectiva, subsidio del empleador o del Estado, etc.).*

---

<sup>473</sup> Tosto, Gabriel. *Principios y reglas en el contrato de trabajo y en el derecho colectivo del trabajo*. Ed. Nuevo enfoque jurídico. Córdoba (2007).

<sup>474</sup> Tosto, Gabriel. *Ob. Cit. Principios...*; pág. 521.

*También puede considerarse que la protección social tiene un alcance menor que la seguridad social, en la medida de que la protección social (por lo menos en la actual etapa y en los países en desarrollo) cubre algunos riesgos o necesidades básicas, con mínimos.*

*En este sentido, en el Informe VI a la Conferencia Internacional del Trabajo de 2001 (Seguridad social: temas, retos y perspectivas) se hace referencia a "una protección social básica", que brinde "una seguridad mínima" para todos los habitantes, que comprenda servicios básicos de salud, y derechos básicos de alimentación, vivienda y educación en los países en desarrollo."<sup>475</sup>*

Y la profesora uruguaya destaca especialmente que *“como la protección social abarca la seguridad social, en este sentido puede sostenerse que la protección social es un derecho fundamental. Pero también es posible afirmar que la protección social es un derecho fundamental en áreas que no coinciden con la seguridad social. Se trata del derecho de la persona a recibir un mínimo de amparo de parte de la sociedad, ante algunas situaciones o necesidades.”*

En este escenario de protección social es dónde debe ubicarse a la protección contra el despido arbitrario dispuesta por el art. 14 Bis de la Constitución Nacional. Y como sistema jurídico integrante de la protección social, debe vincularse a la Seguridad Social en aquella protección pues el desarrollo de la noción de trabajo decente implica -en principio y en lo que es importante en esta tesis- el acceso de la persona que trabaja al sistema de seguridad social.

Si bien el concepto de trabajo decente de OIT implica la idea de un trabajo que posibilite a la persona que lo realiza el acceso a la protección de la seguridad social, con lo cual se vincula directamente el trabajo dependiente con la protección social, también destaco la autonomía creciente del derecho de acceso a la seguridad social. Y esto planteado no solo como una cuestión académica referida al reconocimiento del Derecho de Seguridad Social

---

<sup>475</sup> Mangarelli, Cristina. *Cobertura Universal de los sistemas de Protección social y de Seguridad Social y su relación con el empleo*. Derecho del Trabajo 2009 (junio), 635. Cita Online: AR/DOC/2700/2008

como una rama jurídica autónoma separada del Derecho del Trabajo, sino como un verdadero reconocimiento de un Derecho Humano de acceso a la protección social independientemente de la condición del sujeto protegido como trabajador dependiente.

En el sistema internacional el acceso a la seguridad social ha adquirido entidad de Derecho Humano, reconocido en el art. 16 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Y estas dos normas han sido ratificadas por la República Argentina, con lo cual es derecho positivo argentino integrante del bloque federal de constitucionalidad conforme el rango dispuesto por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

Luego, como normativa suprallegal, en la órbita específica de OIT, el Convenio n° 102 sobre normas mínimas en seguridad social ha sido ratificado por Argentina<sup>476</sup>, y la CIT sancionó el 14 de Junio de 2012 la *Recomendación sobre Pisos Nacionales de Protección Social*<sup>477</sup>.

A su vez, OIT decididamente señala como uno de los objetivos la ampliación de la protección de la seguridad social más allá del límite de la relación de dependencia. En ese sentido, el 10 de junio de 2008 emitió la *Declaración sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa*, tercera declaración de principios y políticas de gran alcance adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo luego de la *Declaración de Filadelfia* de 1944, y de la *Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo* de 1998.

En la Declaración de 2008, se expresa: "*la Conferencia reconoce y declara que: A. En el contexto de cambios acelerados, los compromisos y esfuerzos de los Miembros y de la*

---

<sup>476</sup> Ley 26.678. Martín Yáñez, María Teresa. *Las normas mínimas de seguridad social. Ratificación del Convenio 102 OIT.* La Ley 2017-A, 1180. Cita Online: AR/DOC/510/2017.

<sup>477</sup> [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_183322.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_183322.pdf)

*Organización para poner en práctica el mandato constitucional de la OIT, en particular mediante las normas internacionales del trabajo, y para situar el empleo pleno y productivo y el trabajo decente como elemento central de las políticas económicas y sociales, deberían basarse en los cuatro objetivos estratégicos de la OIT de igual importancia, a través de los cuales se plasma el Programa de Trabajo Decente y que pueden resumirse como sigue:*

(...)

*ii) adoptar y ampliar medidas de protección social – seguridad social y protección de los trabajadores – que sean sostenibles y estén adaptadas a las circunstancias nacionales, con inclusión de:*

*– la ampliación de la seguridad social a todas las personas, incluidas medidas para proporcionar ingresos básicos a quienes necesiten esa protección, y la adaptación de su alcance y cobertura para responder a las nuevas necesidades e incertidumbres generadas por la rapidez de los cambios tecnológicos, sociales, demográficos y económicos."*

Luego, como respuesta a la preocupación por la crisis económica mundial, OIT adoptó el *Pacto Mundial para el Empleo*, el cual, "Aborda el efecto social de la crisis mundial sobre el empleo y propone políticas centradas en el empleo para que los países las adapten en función de sus necesidades. Guiado por el Programa de Trabajo Decente y los compromisos asumidos por la OIT y sus mandantes en la Declaración de la OIT de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa, el Pacto recuerda que el respeto de los principios y derechos fundamentales en el trabajo, el fortalecimiento de la protección social, la promoción de la igualdad de género y el fomento de la expresión, de la participación y del diálogo social también son esenciales para la recuperación y el desarrollo. Propone diversas políticas encaminadas a: generar empleo, ampliar la protección social, respetar las normas laborales, promover el diálogo social y fomentar una globalización equitativa

*En pocas palabras, el Pacto se centra en promover el empleo y proteger a las personas, así como en satisfacer tanto las necesidades de las personas como las de la economía real."<sup>478</sup>*

---

<sup>478</sup> <http://www.ilo.org/jobspect/about/lang--es/index.htm>

Y por último, la Organización de Naciones Unidas (ONU) ha lanzado la iniciativa de piso de protección social<sup>479</sup>; el cual se desarrolla en forma conjunta, como agencias especializadas de ONU, por OIT y OMS.

Como corolario, el derecho de toda persona al acceso a un sistema de seguridad social ya se encuentra reconocido en forma positiva como un Derecho Humano a través de las normas internacionales citadas ratificadas por Argentina y, a su vez, la expansión del sistema de seguridad social a los efectos de cubrir contingencias más allá de las fronteras del trabajo dependiente es una clara política marcada por OIT.

En consecuencia, en una eventual reforma del sistema de Seguridad Social, en lo que hace a su financiamiento, debería reconsiderarse la relación entre esa rama del Derecho y el contrato de trabajo. Una alternativa es independizar los sistemas, y que el financiamiento de la seguridad social se desvincule de los aportes y contribuciones en el marco del contrato de trabajo; y otra alternativa, si se decide mantener al contrato de trabajo como fuente de financiamiento, sería entonces agregar a los dos requisitos que he mencionado para la validez extintiva del despido arbitrario (comunicación y pago de la garantía de indemnidad de la capacidad de consumo), además la *correcta registración* del contrato de trabajo <sup>480</sup>.

### **b.1.iii / La protección de las expectativas legítimas en el Código Civil y Comercial.**

Si bien el objeto principal de esta tesis se enfoca en la protección contra el despido arbitrario a través de la garantía de indemnidad de la capacidad de consumo que regula el art. 245 de la ley 20.744, considero importante señalar que el concepto de *arbitrariedad* como *daño* permite reconocer a las *expectativas implícitas por los hechos* dentro del campo protectorio del Derecho del Trabajo, lo cual implica la posibilidad de otorgar protección en el sistema laboral a distintos intereses de la persona que trabaja que, dada la estructura actual de la legislación laboral, solo pueden buscar respuesta protectoria (indemnizatoria) en el sistema

---

<sup>479</sup> <http://www.ilo.org/public/english/protection/spfag/index.htm>

<sup>480</sup> En este sentido, en la República de Chile, la Ley n° 19.631, obliga a los empleadores a pagar las cotizaciones previsionales adeudadas al trabajador(a) como requisito para despedirlo.

civil. Por ello, si bien no pretendo abarcar la temática civilista del Derecho de Daños, estimo importante señalar la íntima conexión que existe entre este sistema y la protección laboral contra el despido arbitrario.

La unificación de los Códigos Civil y Comercial sirvió como una instancia de actualización del *estado del arte* en materia de Derecho de Daños.

Ya aún antes de la reforma Carlos Calvo Costa señalaba que “*el fundamento de la responsabilidad civil (o del Derecho de Daños, tal su actual denominación) ya no es el acto ilícito de quien ocasiona el perjuicio, sino el daño de quien injustamente lo soporta. El fundamento del fenómeno resarcitorio es un daño que se valora como resarcible y no un acto que se califica como ilícito, convirtiéndose de tal modo el daño en el núcleo de todo el sistema de la responsabilidad civil, en el centro de gravedad y en el eje alrededor del cual gira aquél, siendo esencial su presencia y su falta de justificación para que proceda la reparación del perjuicio. Es ese daño el que origina la obligación de responder en quien lo causa, advirtiendo que la indemnización no elimina ese perjuicio del mundo de los hechos -ya que resultaría imposible-, sino que tan sólo sirve para desplazar las consecuencias económicas desfavorables desde el patrimonio de la víctima hacia el de quien debe responder por el menoscabo; bajo esta nueva concepción podemos apreciar que no se trata tanto de imputar a una persona un hecho dañoso, sino de cómo determinar cuál será el patrimonio que en última instancia deberá soportar las consecuencias dañosas*”<sup>481</sup>; y en lo que hace al elemento del *daño*, la reforma trajo una definición del concepto de *daño resarcible* el cual, según la doctrina civilista, estaba ausente en el sistema velezano.

El art. 1737 del Código Civil y Comercial contiene la definición de daño en sentido amplio, que luego se concretiza en el daño indemnizable conforme el siguiente art. 1738 de esa ley.

Y en cuanto al concepto de daño, entendido en esa norma como *lesión a un interés*

---

<sup>481</sup> Calvo Costa, Carlos. *El significado y las especies de daño resarcible*. Revista de Derecho de Daños Tomo 2012-3. Proyecto de Código Civil y Comercial. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2012). Cita RC D 1176/2014

*jurídico*, superando así la vinculación a una cosa o bien dañado o a un derecho subjetivo, esto permite identificar la tutela con todo interés humano al que el Derecho provea un reconocimiento. No se tutela bienes o derechos porque si, por si mismos, sino en la medida en que representen intereses tutelados por el Derecho. En la medida en que ese *interés* representa la satisfacción que una persona obtiene en su relación con un determinado bien o situación jurídica, el *daño resarcible* implica la imposibilidad de obtener esa satisfacción.

Analizando este concepto de daño en sentido amplio (art. 1737 del Código Civil y Comercial), afirma Ramón Pizarro que “*son derechos o intereses susceptibles de lesión y, consecuentemente, de daño o de amenaza de daño que habilite la responsabilidad preventiva:*

1) *Los menoscabos a la persona, en cualquiera de sus múltiples posibles manifestaciones (vida, integridad sicofísica y espiritual, etc.).*

2) *Los daños que derivan de la minoración de bienes.*

3) *Las lesiones a intereses colectivos, o sea aquellos que afectan intereses grupales y comunitarios.*

*La noción de daño en sentido amplio que contempla el art. 1737 se identifica, entonces, con la ofensa o lesión a un derecho, o a un interés no ilegítimo de orden patrimonial o extrapatrimonial, individual o colectivo.*

*Este daño en sentido amplio tiene relevancia para definir un ámbito de lesividad a derechos e intereses no reprobados por el ordenamiento jurídico, que proyecta sus efectos no solo en materia resarcitoria en sentido estricto (en el art. 1738), sino también a la hora de prevenir o hacer cesar conductas lesivas para los derechos o intereses individuales y colectivos (arts. 1710 y ss. Cód. Civ. y Com.), o en el ámbito del derecho del consumidor cuando se trata de sancionar graves transgresiones mediante la aplicación de los denominados daños punitivos (art. 52 bis, ley 24.240).”<sup>482</sup>*

En consecuencia, dentro de ese concepto de *interés tutelado*, el Derecho de Daños

---

<sup>482</sup> Pizarro, Ramón. *El concepto normativo de daño en el Código Civil y Comercial*. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros 2020-IX, 3. Cita Online: AR/DOC/2378/2020

amplía el menú de situaciones amparadas, reconociendo comprendido no solo a los intereses legítimos sino también a los intereses simples. Al respecto, nuevamente Carlos Calvo Costa manifiesta que *“cuando hablamos de lesión a intereses legítimos, hacemos referencia a la alteración que sufre una determinada situación jurídica de provecho, que sirve de sustrato y encuentra amparo en un derecho subjetivo; en cambio, manifestamos que se ha lesionado un interés simple cuando se ha afectado una situación fáctica de provecho la cual -si bien no cuenta con medios de protección otorgados por la ley que permitan su satisfacción- genera en quien la detenta una expectativa lícita de continuar disfrutando de dicho estado. Bastará, en consecuencia, a los efectos de analizar el resarcimiento del daño, que se haya lesionado un interés o expectativa, patrimonial o espiritual, no reprobado por el derecho. Ello así, puesto que los simples intereses (en tanto sean lícitos y serios) también adquieren tutela jurídica -en forma genérica más no específica como en los intereses legítimos- en cuanto importan medios para satisfacer necesidades humanas, cuya minoración es antijurídica y apta para generar consecuencias dañosas.”*<sup>483</sup>

De esta manera, el Derecho Civil produce una expansión significativa del concepto de daño, pues ahora reconoce autonomía indemnizatoria a las legítimas expectativas del contratante, en tanto el art. 1737 del Código Civil y Comercial *“admite la protección de intereses simples, que no se encuentran registrados expresamente en la ley, pero que constituyen justas expectativas del hombre medio sobre el ordenamiento jurídico, las cuales, si resultan a su vez respetables y serias, deben ser atendibles y consideradas por el juez en el caso concreto, siempre que no contraríen el orden público.*

*La protección de ese tipo de intereses cambia de enclave la partitura originaria escrita por el derogado Código, pues se genera una nueva concepción del derecho de daños, siendo la nota tipificante que decide la resarcibilidad del daño su carácter de injusto.”*<sup>484</sup>

---

<sup>483</sup> Calvo Costa, Carlos. *Daño resarcible. Su concepción a la luz del Código Civil y Comercial*. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros 2015-IV, 81. Cita Online: AR/DOC/555/2015

<sup>484</sup> Jalil, Julián y Piccioni, Pietro. *La recepción en el Código Civil y Comercial de la doctrina del daño injusto del derecho italiano. Del daño injustamente causado al daño injustamente sufrido*. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros 2019-X, 3. Cita Online: AR/DOC/1741/2019

No estimo necesario en esta tesis ingresar en el análisis del daño indemnizable conforme el art. 1738 del Código Civil y Comercial<sup>485</sup> pues mi objetivo en este apartado es señalar los diferentes caminos que han recorrido el Derecho del Trabajo y el Derecho de Daños con respecto al reconocimiento de los intereses jurídicamente tutelados y su protección mediante las indemnizaciones que cada rama regula. En este sentido, el Derecho de Daños ha ampliado su ámbito de protección incorporando la tutela de todos los intereses de la persona que sean reconocidos por el Derechos (legítimos o simples), mientras que el Derecho del Trabajo, atrapado en la lógica transaccional del contrato de trabajo, sigue entendiendo que, por el despido arbitrario, el único interés afectado en la persona que trabaja es la pérdida de su salario. En necesario romper esta limitación<sup>486</sup>, reconociendo en el Derecho del Trabajo la tutela a los intereses de la persona que trabaja, incorporando en ellos las expectativas implícitas por los hechos. En ese sentido, el ámbito tutelado laboral no puede ser más reducido que el propio del Derecho de Daños<sup>487</sup>. Luego, el Derecho del Trabajo, dada su especial naturaleza, debería desarrollar su propio sistema de reparación de daños, que justifique excluir a la persona que trabaja de la protección del art. 19 de la Constitución Nacional en procura de un sistema protectorio laboral especial que, siendo tan protectorio como el sistema general (art. 1737 del Código Civil y Comercial), responda a las necesidades propias de los sujetos del Derecho del Trabajo.

Nuevamente, en materia de Derecho del Trabajo, el camino que señala el art. 1737 del Código Civil y Comercial implica, en primer lugar, reconocer como intereses tutelados a aquellos comprendidos en el contrato *psicológico* de trabajo, luego, dar lugar en la protección

---

<sup>485</sup> Molina Sandoval, Carlos. Daño resarcible. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros 2019-V, 22. Cita Online: AR/DOC/216/2019

<sup>486</sup> Duarte, David. *Derecho de daños laborales*. Derecho del Trabajo 2010 (septiembre), 2304. Cita Online: AR/DOC/5250/2010

<sup>487</sup> En este sentido, dentro del Derecho del Trabajo, el sistema de indemnización de accidentes y enfermedades laborales (ley 24.557 y legislación complementaria) ha sufrido este permanente embate de la responsabilidad civil, por el cual la respuesta indemnizatoria sistémica ha sido escrutada en el reflejo de la reparación integral civil. La jurisprudencia al respecto es extensa, pero corresponde señalar especialmente en cuanto hace a la entidad del daño indemnizable: CSJN, 21/09/04. *Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A.* Fallos: 327:3753 y CSJN, 10/08/17. *Ontiveros, Stella Maris c. Prevención ART S.A.* Fallos: 340:1038

contra el despido arbitrario a todos los intereses que -como expectativas legítimas- la persona que trabaja tenga en el *desarrollo cooperativo* del contrato *relacional* de trabajo, y, finalmente, diseñar un sistema protectorio de los daños que el despido arbitrario genera en su incumplimiento. A tal efecto, la concepción de la arbitrariedad del despido como daño en el marco de la teoría relacional del contrato de trabajo aporta las herramientas teóricas para avanzar en esa expansión del ámbito protectorio frente al despido.

### **b.2 / La garantía de segundo grado: la justiciabilidad de la violación de la garantía primaria de protección contra el despido arbitrario.**

El reconocimiento de derechos sociales fundamentales en el bloque federal de constitucionalidad impone al legislador el dictado de aquellas normas que garanticen la imposición coercitiva de las conductas que aquel derecho social ordena. Sin esta garantía primaria, de concreción legislativa, los derechos sociales constitucionales corren el riesgo de ser declarados meramente programáticos y, de esa forma, no pasan de ser una mera declaración de un derecho sin concreción real; o bien, su reconocimiento como operativos aún sin una legislación ordinaria expresa, conlleva un esfuerzo de creación jurídica en el terreno de la ponderación con otros derechos fundamentales.

Pero aun con el dictado de las garantías primarias que aseguren la concreción del derecho social fundamental en normas positivas que impongan conductas, la efectividad de aquel derecho se vería de todos modos afectada si no se otorgaran garantías de segundo grado que habiliten un proceso judicial de control de la violación de la garantía primaria<sup>488</sup>.

A pesar de la estructura del Derecho del Trabajo que reconoce una desigualdad de origen en el contrato de trabajo y del principio protectorio que informa toda la regulación legal laboral, el Derecho del Trabajo ha otorgado a la persona que trabaja, como sujeto especialmente protegido, un amplio menú de derechos sustantivos pero ha fallado en la efectividad de tales derechos en tanto no se han previstos que sus incumplimientos generen

---

<sup>488</sup> Ferrajoli, Luigi. *Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales*. Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 29. Universidad de Alicante. Ed. Marcial Pons. Alicante (2006); pág.25

créditos que traigan aparejada ejecución por los trámites ejecutivos previstos en forma ordinaria (no específicos en materia laboral) en las distintas leyes procesales.

La concepción de la protección contra el despido arbitrario como *garantía de la capacidad de consumo de bienes y servicios*, entendida como un requisito del efecto extintivo del despido arbitrario, permitiría superar la deficiencia en las garantías secundarias pues el contrato no se reputaría extinguido hasta tanto no se cumpla con el efectivo pago de aquella garantía. Y, de tal forma, no existiría la situación jurídica de una persona despedida en forma arbitraria<sup>489</sup> sin el efectivo cobro de la garantía que haga necesario el litigio.

Sin embargo, la recepción de las *expectativas implícitas por los hechos* como materia protegida, ya sea en forma específica dentro de la garantía de la capacidad de consumo, como en forma más amplia dentro de la protección contra el despido arbitrario, hace necesario el desarrollo de herramientas procesales como garantías de segundo grado que aseguren el ejercicio efectivo de las acciones positivas que hagan a su protección sustantiva.

Los avances –recientes– que el Derecho *Procesal* del Trabajo ha logrado en esta materia se encuentran en las distintas normas procesales laborales de las Provincias<sup>490</sup>. Por lo tanto, no existe aquí una uniformidad proveniente de las normas sustanciales de fondo emanadas del Poder Legislativo Nacional, sino por el contrario, la regulación procesal se encuentra en distintas normas provinciales, lo que genera que trabajadores/as de distintas provincias puedan utilizar o no mejores recursos procesales para lograr la satisfacción de sus créditos por parte del empleador.

El proceso laboral, reconocido con diversos matices en cada provincia, usualmente responde a la estructura clásica del trámite declarativo y de condena, con una instancia

---

<sup>489</sup> Esto no comprende a los despidos con invocación de justa causa, en los casos en que la persona despedida objeta la validez de la injuria.

<sup>490</sup> En la estructura federal de la República Argentina, la legislación en materia procesal está reservada a cada Provincia.

ulterior de ejecución de sentencia<sup>491</sup>. En forma excepcional, el proceso laboral ha incorporado procesos urgentes<sup>492</sup> o cautelares desarrollados en el seno del proceso civil, pero esto ha sido más en virtud de creaciones pretorianas que de regulaciones legales procesales positivas<sup>493</sup>.

La principal crítica<sup>494</sup> que se formula a éste proceso clásico declarativo es que si bien se construye sobre los principios generales del derecho procesal del trabajo<sup>495</sup> no distingue entre aquellas situaciones en las que se requiere un proceso amplio de previa prueba y posterior declaración judicial<sup>496</sup> de aquellos otros supuestos en los que no se requiere ese debate dialéctico previo a la declaración judicial en tanto los derechos son reconocidos por el sistema legal sustantivo sin mayor posibilidad de contradicción por parte del empleador-deudor<sup>497</sup>. La superación de este problema procesal, tratando de otorgar trámites especialmente abreviados, ha sido buscada en principio a través de los sistemas de títulos ejecutivos o de procesos de pronto pago, con resultados no muy alentadores. La novedad en la materia comenzó con la modificación del Código Procesal Laboral de la Provincia de Santa Fe, incorporando trámites abreviados de carácter *monitorios*, lo cual ha sido luego seguido por la legislación procesal de distintas Provincias.

---

<sup>491</sup> Machado, José Daniel. *El proceso de estructura monitoria y los créditos laborales*. Revista de Derecho Laboral. *Procedimiento laboral I*. 2007-1. Ed. Rubinzal- Culzoni. Santa Fe (2007); págs, 115 y sigs.

<sup>492</sup> Morando, Juan Martín. *Introducción al estudio de los procesos urgentes en relación con el Derecho del Trabajo*. Revista de Derecho Laboral. *Procedimiento laboral II*. 2007-2. Ed. Rubinzal- Culzoni. Santa Fe (2007); págs, 167 y sigs.

<sup>493</sup> Peyrano, Jorge y Vitantonio, Nicolás. *De nuevo sobre las denominadas "medidas autosatisfactivas" (Con especial aplicación al Derecho del Trabajo)*. Revista de Derecho Laboral. *Procedimiento laboral II*. 2007-2. Ed. Rubinzal- Culzoni. Santa Fe (2007); págs, 11 y sigs.

<sup>494</sup> Machado, José Daniel; *Ob.Cit.* *El proceso...*; pág. 118. Con quien coincido en la crítica.

<sup>495</sup> Los cuales, a su vez, se identifican con los principios generales del Derecho del Trabajo sustantivo. Piña, María del Carmen. *Principios del Derecho Procesal del Trabajo. Una revisión acorde con los tiempos*. Revista de Derecho Laboral. *Procedimiento laboral III*. 2008-1. Ed. Rubinzal- Culzoni. Santa Fe (2008); págs, 19 y sigs.

<sup>496</sup> Por ejemplo, un despido invocando justa causa, la cual es discutida por el trabajador que reclama el pago de indemnizaciones.

<sup>497</sup> Por ejemplo, el despido comunicado por la persona empleadora sin invocación de justa causa terminado el período de prueba; frente al cual se dispara automáticamente el derecho del/a acreedor-trabajador/a al cobro de las indemnizaciones legales tarifadas, frente a lo cual entre las pocas excepciones que caben se encuentra principalmente la de pago.

No obstante, estos procesos que tienen por objeto acelerar los tiempos de los procesos, no se comportan como herramientas específicas, diseñadas para otorgar acciones positivas dentro de los espacios de libertad que los Derechos Fundamentales de la persona que trabaja impone en la relación laboral, como resistencia al poder de la empresa hacia adentro y hacia afuera del contrato de trabajo. Esto implica reconsiderar el papel del Derecho Procesal del Trabajo en el sistema protectorio, pues, como lo afirma Francisco Ruay Sáez “*el proceso puede ser concebido como garantía, como una instancia de solución racional (o al menos razonable) de conflictos intersubjetivos de intereses o como una alternativa superior al mero despliegue de la violencia particular. Pero también el proceso puede ser comprendido como una herramienta activa de actuación política, como un momento de realización de políticas públicas, redistribución de ingresos o de concretización de programas políticos. Ambas formas de comprensión difieren sustancialmente en su propia concepción de lo que es proceso.*”<sup>498</sup> Así como el despido debe considerarse como un problema de la relación laboral a nivel constitucional, el Derecho Procesal del Trabajo debe ubicarse en el mismo nivel, a los efectos de otorgar las herramientas protectorias de las garantías primarias. El abandono de la Teoría General contractual transaccional neoclásica aplicable al contrato de trabajo tiene sus efectos en el derecho procesal, pues aquella responde a dos sujetos libres e iguales que discuten sus intereses, con lo cual, el derecho procesal debía limitarse a proveer un sistema de *debido proceso*; por el contrario, el contrato *relacional* de trabajo reclama un sistema procesal destinado a proteger los múltiples intereses que se reconocen en esa relación; y ello implica no solo procesos especiales que faciliten el litigio sobre el reconocimiento de expectativas implícitas por los hechos del empleador, sino también, si el reconocimiento de las expectativas implícitas por los hechos como materia protegida genera acciones positivas dentro de los espacios de libertad, entonces esas acciones no pueden quedar en un concepto sustantivo de acción, sino que debe desarrollarse una herramienta procesal que reconozca en ese sentido técnico una acción en relación a la protección de esas expectativas.

Se trata, en definitiva, de desarrollar procesos especiales para la tutela de los Derechos Fundamentales que impliquen no solo la etapa de su reconocimiento como garantía de primer

---

<sup>498</sup> Ruay Sáez, Francisco. *Derecho Procesal del Trabajo. Aportes para su estudio desde el debate entre garantistas y publicistas*. Actualidad Jurídica n° 316. Editorial Gaceta Jurídica. Lima (2020); pág. 170.

grado o sustantiva (como se expuso en la segunda parte), sino también una acción positiva para lograr su ejecución. Y así como se desarrolla la idea de la *obligación de razonable reacomodación de las condiciones de trabajo* a cargo del sujeto empleador<sup>499</sup>, se reconocen licencias parentales, se protege la igualdad salarial entre los géneros (las personas que realizan tareas iguales), se reconoce la protección contra el despido por razón del matrimonio sin distinción del género de la persona protegida, etc., todas estas conquistas de espacios de libertad frente al poder empresario deben ir acompañadas de las herramientas procesales que las transformen en verdaderas *acciones positivas*. No es suficiente declarar que la persona que trabaja tiene un espacio para su libertad religiosa frente a los poderes del sujeto empleador, si esa persona no puede imponer unilateralmente un cambio en las condiciones de trabajo en función de ese espacio de libertad.

No es suficiente -aunque bienvenida- las alteraciones de las cargas probatorias<sup>500</sup>, que, por cierto, han sido desarrolladas en el marco de los despidos discriminatorios<sup>501</sup>, lo cual no hace necesariamente extrapolable esa doctrina a los despidos arbitrarios, sino que son necesarios verdaderos procesos que permitan tramitar acciones específicas referidas a las garantías de primer grado de las personas vulnerables. Como afirma Roberto Berizonce, “*la tutela reforzada se confiere a personas y grupos titulares de derechos o intereses especialmente vulnerables -la dignidad humana en general- que se encuentren en situación de desventajamiento, sea individualmente o como integrantes de grupos postergados o débilmente protegidos, sectores "socialmente vulnerables" o desfavorecidos.*

*La vulnerabilidad es una situación compleja de carencia de múltiples bienes esenciales de todo tipo, que es habitualmente producto, al menos como una causa principal, de la exclusión institucional o de hecho del goce de tales bienes. En la perspectiva del Estado Democrático de Derecho y las obligaciones puestas a cargo de las autoridades de gobierno, la exclusión genera desigualdad y discriminación, que deben ser reparadas mediante*

---

<sup>499</sup> Coppoletta, Sebastián. *Ob. Cit. Religión...*

<sup>500</sup> Machado, José Daniel. *La doctrina de la carga probatoria dinámica y su aplicación al proceso laboral*. Revista de Derecho Laboral. Tomo: 2007-2. Procedimiento Laboral - II. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2007). Cita RC D 2415/2012

<sup>501</sup> CSJN, 15/11/11. *Pellicori Liliana c. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*. Fallos 334:1387.

*acciones positivas a cargo de todos los poderes con funciones de gobierno, incluyendo naturalmente al Poder Judicial.”*<sup>502</sup>

Sin las correspondientes garantías de segundo grado, aquellas garantías de primer grado no serán una efectiva protección de los Derechos Fundamentales de la persona que trabaja.

Finalmente, no debe perderse de vista que el proceso judicial es la vía por la cual la sociedad, ajena al mundo jurídico, percibe a éste. Las personas sienten que *tienen* un derecho cuando pueden obtener una efectiva protección judicial de un interés vulnerado. El conflicto privado, entre personas, queda limitado a ese ámbito si la respuesta jurisdiccional es adecuada a la tutela del interés protegido; de lo contrario, la persona vulnerada en sus derechos siente que el agresor cuenta con la connivencia del Poder Judicial. Y en materia laboral, en tanto el despido arbitrario quiebra el contrato *psicológico* que une a la persona que trabaja con la organización empresaria, generando sentimientos de traición y decepción en la persona despedida, la ausencia de posteriores acciones jurídicas-procesales que proporcionen eficientes *remedios* (en el uso del término como lo hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos) a aquella violación amplifica los sentimientos negativos desde la figura del empleador al resto de la sociedad, como responsable de la organización política del servicio de Justicia.

---

<sup>502</sup> Berizonce, Roberto. *Paradigma protectorio y principios de la prueba en los procesos sobre derechos "sensibles"*. Revista de Derecho Procesal. Tomo 2016-2. La prueba en el Código Civil y Comercial de la Nación. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2016). Cita: RC D 1250/2017

### Capítulo 3 /

#### La protección como indemnidad desde la visión de la empresa.

La argumentación que he propuesto sobre la *arbitrariedad* como *daño* y la protección constitucional como *garantía de indemnidad* ha sido desde la perspectiva de la persona que trabaja. Ello, necesariamente, por la visión protección propia del Derecho del Trabajo, lo que implica una mirada del problema del daño del despido arbitrario desde la víctima.

Ahora bien, he afirmado en la introducción de esta tesis que el desafío era proponer una teoría de la protección del despido arbitrario que cumpla mejor el principio protectorio constitucional -en relación a la teoría del despido como ilicitud-, pero hacerlo con argumentos propios del discurso empresario.

En esta parte final de la tesis voy a sostener que la concepción del contrato de trabajo como *relacional* y la protección contra el despido arbitrario como *garantía de indemnidad de la capacidad de consumo* de la persona que trabaja, es favorable a los intereses empresariales.

En la segunda y cuarta parte de esta tesis me he referido al cambio que se ha impuesto en el *management* empresario, pasando del control taylorista al compromiso emocional de la persona que trabaja. No es que la empresa antes era mala y ahora es buena, las empresas no son ni buenas ni malas, solo son entes que buscan maximizar sus beneficios en cada relación que mantienen. Y en el contrato de trabajo, toda empresa pretenderá obtener la mayor capacidad de trabajo a su disposición posible, y la administración empresaria se ha dado cuenta que puede obtener más disposición de trabajo por medio del compromiso emocional que por el control férreo.

Vuelvo con el ejemplo de la protesta sindical por medio del *trabajo a reglamento*. Si en la empresa se presta normalmente un trabajo que *no es a reglamento* ello es porque, en primer lugar, la empresa lo permite (por su potestad de dirección) y, en segundo lugar, porque la empresa se beneficia. Este trabajo *no a reglamento* implica mayor productividad. Y que las personas trabajen de esta forma implica una coerción que ya no se realiza por el sistema jurídico (no hay un reglamento que cumplir) sino por el sistema emocional. La persona acepta

adaptar su conducta a una prestación fuera del reglamento (fuera de sus obligaciones jurídicas), con la expectativa que su contraparte empleadora la corresponda con una conducta que también exceda sus obligaciones jurídicas. Cuando la empresa efectivamente corresponde esas expectativas de la persona que trabaja, entonces mayor es la predisposición de la persona a conducirse fuera del límite de sus obligaciones legales, y así se va formando un círculo virtuoso, una relación cooperativa, que favorece los intereses diversos de cada parte. Por ello, el contrato de trabajo es *relacional*.

La empresa se compromete en el *contrato psicológico* con las personas que trabajan en forma dependiente.

Ahora bien, tan pronto como las personas que trabajan perciban que el contrato psicológico es incumplido por la empresa, aquellas no accederán a adecuar sus conductas a este contrato, permaneciendo en la observancia del *contrato legal*. Por lo tanto, el *management* moderno necesita construir una relación laboral sobre el contrato *psicológico*, y respetar las condiciones que surjan del mismo en los momentos críticos, a los efectos de lograr la mayor productividad de la empresa. Y esto, necesariamente, lleva a que la empresa debe reconocer las obligaciones implícitas por los hechos que asume en ese contrato psicológico.

Por lo tanto, un sistema jurídico que, cuando la empresa no cumple voluntariamente las obligaciones que asume a través del contrato psicológico, hace posible el reconocimiento en el escenario jurídico de las mismas y su ejecución, en definitiva, colabora con la protección de la confianza mutua entre las partes a través de las expectativas implícitas que se reconozcan y, de este modo, colabora en el logro de una mayor productividad empresarial. Desde ya, en el contrato psicológico, la persona que trabaja espera el cumplimiento voluntario (no forzoso) de las obligaciones que en ese ámbito se asumen por la contraparte, pues esa parte ofrece cumplir de la misma manera; pero, no obstante, la confianza también se reforzará si ante el incumplimiento, esas expectativas implícitas legítimas pueden ser reconocidas en el sistema jurídico por medio de garantías sustantivas y procesales. El sistema legal, de esa forma, ofrece un reaseguro de la confianza, que posibilita el compromiso emocional de la

persona que trabaja con los valores de la empresa.

Este es un argumento *eficientista*, fuera de la terminología protectoria del Derecho del Trabajo, pero propia de la parte empresaria. En este sentido, sostiene Hugh Collins que “*la jurisprudencia ya ha sostenido que el contrato de trabajo contiene términos implícitos que requieren que los empleados cumplan con las instrucciones legales de los empleadores y presten servicios fielmente dentro de los requisitos del contrato. Estos términos implícitos sirven para sustentar el funcionamiento eficiente de los contratos de trabajo, que son necesariamente incompletos en su diseño de las obligaciones de desempeño. Para evitar el uso indebido de estos poderes contractuales de administración de la fuerza laboral, la jurisprudencia desarrolló el término implícito de que un empleador no debe 'sin una causa razonable y adecuada, comportarse de una manera deliberada que destruya o dañe gravemente la relación de confianza y fidelidad entre empleador y empleado.'* Lord Nicholls ha descrito el término implícito en el lenguaje de la buena fe: “*En la conducción de su negocio y en el tratamiento de empleados, un empleador debe actuar de manera responsable y de buena fe.*” Es posible justificar este término implícito sobre la base de la eficiencia: una conducta del tipo prohibido por el término implícito es probable que disminuya la motivación, el compromiso y el desempeño de los empleados y los lleve a dejar el trabajo, debiendo el empleador afrontar los considerables costos propios de la rotación laboral. La gestión moderna de los recursos humanos rechaza los regímenes autocráticos practicados bajo la “gestión científica”; en cambio, busca construir a través de la confianza un “comportamiento de ciudadanía organizacional”, el desempeño “más allá del contrato de gestión” y el compromiso con los objetivos de la empresa, con el fin de maximizar la productividad a través de la cooperación o “asociación”. Sin embargo, además, como señaló Lord Steyn, el término implícito podría justificarse como una coincidencia en las expectativas de las partes en las relaciones modernas entre empleador y empleado, en las que se espera que los empleadores asuman obligaciones de cuidar el bienestar físico, financiero y psicológico de empleados. Lord Steyn presentó además el término implícito como una herramienta para lograr el equilibrio entre “el interés de un empleador en administrar su negocio como mejor le parezca y el interés del empleado en no ser explotado injusta e indebidamente”. Por tanto, el término implícito de confianza mutua ha sido justificado tanto

*por referencia a un criterio de eficiencia como a un equilibrio justo de obligaciones que cumplía con las expectativas razonables de las partes.”*<sup>503</sup>

La persona que trabaja en una relación cooperativa de mutua confianza, que sabe que aun en el peor de los casos, si la parte empleadora asume una conducta oportunista en contra de la relación comunicando un despido arbitrario tendrá garantizada su capacidad de consumo en forma concomitante a la comunicación de despido, no solo siente que escapa a la situación de vulnerabilidad por el despido, sino que también comprometerá su capacidad de trabajo más allá de las obligaciones legales, en beneficio de la productividad de la empresa.

Y finalmente, un argumento contractual. Si la relación laboral es gobernada por la idea de *contrato*, esta presupone una negociación, una concesión recíproca. Esta es una idea mucho más fuerte en el *common law*, donde no se acepta que un contrato sea dar algo por nada a cambio. Y en este sentido, si en el Derecho del Trabajo argentino, a diferencia de muchos otros sistemas jurídicos comparados, el sujeto empleador conserva una potestad de

---

<sup>503</sup> Collins, Hugh. *Ob. Cit. Implied terms...*; págs. 19/20. “*The courts had already held that the contract of employment contains implied terms requiring employees to comply with lawful instructions of employers and to serve the employer faithfully within the requirements of the contract. These implied terms serve to uphold the efficient operation of contracts of employment, which are necessarily incomplete in their design of the performance obligations. To prevent misuse of these contractual powers to manage the workforce, the courts developed the implied term that an employer should not ‘without reasonable and proper cause, conduct itself in a manner calculated and likely to destroy or seriously damage the relationship of confidence and trust between employer and employee.’ Lord Nicholls has described the implied term in the language of good faith: ‘In his conduct of his business, and in his treatment of employees, an employer must act responsibly and in good faith’. It is possible to justify this implied term on the ground of efficiency: conduct of the kind prohibited by the implied term is likely to diminish the motivation, commitment, and performance of employees and lead them to quit the job, causing the employer considerable costs arising from labour turnover. Modern human resources management rejects the autocratic regimes practiced under ‘scientific management’; it seeks instead through fair to build ‘organisational citizenship behaviour’, performance ‘beyond management contract’, and commitment to the goals of the business, in order to maximise productivity through co-operation or ‘partnership’. In addition, however, as Lord Steyn pointed out, the implied term could be justified as matching the expectations of the parties under modern employer-employee relationships, in which employers are expected to assume obligations to care for the physical, financial and psychological welfare of employees. Lord Steyn further presented the implied term as a tool for striking the balance between an ‘employer’s interest in managing his business as he sees fit and the employee’s interest in not being unfairly and improperly exploited’. The implied term of mutual trust and confidence was therefore justified both by reference to an efficiency criterion and a fair balance of obligations that conform to the reasonable expectations of the parties.*”

decidir unilateralmente y sin causa la extinción de la relación laboral, esa potestad debe ser negociada en los términos contractuales, como regulación del poder dentro y fuera del contrato. Y si bien esa negociación no es clara en términos jurídicos, ella se expresa en el contrato psicológico, pues, como afirma Anna Rogozińska-Pawelczyk “*en el marco de un contrato relacional, los empleados ofrecen lealtad y compromiso a la organización empleadora a cambio de la seguridad del empleo que está garantizada por contratos a largo plazo.*”<sup>504</sup> De esta forma, en un contrato *psicológico* en el escenario del Derecho del Trabajo argentino, lo mínimo que podemos entender a nivel constitucional como reparto de poder entre particulares es que la persona que trabaja ha negociado su seguridad como consumidor/a para conceder tal libertad. Pues si ha entrado al contrato de trabajo, admitiendo un cercenamiento de su libertad por la subordinación que implica la situación que asume como empleado/a dependiente, ello ha sido en busca de un salario que le permita una capacidad de consumo de bienes y servicios y, además, conforme el art. 4 de la ley 20.744, un puesto de trabajo que le permite el desarrollo de su capacidad productiva y creadora. Por lo tanto, al negociar la libertad de despido del empleador, la contraprestación mínima que puede requerirse es la indemnidad de los intereses de la persona frente a esa libertad concedida, por medio de la garantía de su capacidad de consumo de bienes y servicios, al menos por un tiempo limitado luego del despido arbitrario.

Desde la visión empresaria, y conforme estos argumentos expuestos, el contrato *relacional* de trabajo ofrece la Teoría General para considerar que la protección contra el despido arbitrario como garantía de consumo de bienes y servicios de la persona que trabaja es, al mismo tiempo, *protectoria* en términos humanos y *eficiente* en términos económicos.

---

<sup>504</sup> Rogozińska-Pawelczyk, Anna. *Ob. Cit.*; pág. 41 “*Under a relational contract, employees offer loyalty and commitment to their organization in exchange for security of employment which is guaranteed by long-term contracts.*”

## Capítulo 4 /

### El argumento político de la protección como indemnidad.

La concepción de la protección constitucional contra el despido arbitrario como *garantía de indemnidad* de la persona que trabaja implica, también, una revisión del lugar que ese mandato constitucional ocupa como protección social en una sociedad democrática latinoamericana en el Siglo XXI.

### a / La protección social de la persona que trabaja. La libertad hacia adentro de la relación laboral.

El despido arbitrario como acto ilícito, fundado en el derecho a la estabilidad y el derecho al trabajo, respondía a una construcción social en la cual el trabajo ocupaba un rol central en la organización de la sociedad.

La sociedad industrial creó un sistema de producción de riqueza a través de la producción y, entonces, el trabajo industrial pasó a ser un hecho social valorado como una participación social en la creación de riqueza. Por eso *se busca trabajo y se pierde el trabajo*, cuando en verdad lo que se busca y se pierde es el salario, porque aquello se refiere a la oportunidad de participar en la producción social de riqueza. En la medida en que el trabajo proveído por la empresa era el canal de participación social en la creación de riqueza, se buscaba aquel como forma de participación social.

Esta es la *ética del trabajo* a la que refiere Zygmund Bauman cuando manifiesta que “*en la era clásica de la moderna sociedad industrial, el trabajo era, al mismo tiempo, el eje de la vida individual y el orden social, así como la garantía de supervivencia (“reproducción sistémica”) para la sociedad en su conjunto.*”<sup>505</sup> La importancia social del trabajo, al menos en la cultura occidental, es destacado por Dominique Meda, quien afirma -comentando unas encuestas realizadas en Francia- que: “*tener un trabajo constituye una condición sine qua non de vida “normal” para la mayoría de las personas. El trabajo constituye la principal fuente*

---

<sup>505</sup> Bauman, Zygmunt. *Ob. Cit.*; pág. 33.

*de ingresos, pero también de sentimientos y de la realidad de la integración social. No se dice nada sobre la cantidad de trabajo necesario para llegar a ese objetivo: tener un trabajo, es decir un empleo, es tener medios para vivir, es la primera condición de vida en nuestras sociedades modernas.*<sup>506</sup>

El paradigma de la ley 20.744 en el año 1974 respondía a la idea del trabajo masculino remunerado en ámbitos localizados preferentemente en una fábrica o comercio, en la cual el hombre-proveedor de su familia (constituida en una relación de matrimonio con una mujer) se ubicaba socialmente a través de su *status* de trabajador subordinado.

Y el despido arbitrario, entonces, rompía ese orden social. Sostienen Antonio Baylos y Joaquín Pérez Rey que: *“la empresa, a través de la privación del trabajo a una persona, procede a expulsarla de una esfera social y culturalmente decisiva, es decir, de una situación compleja en la que a través del trabajo ésta obtiene derechos de integración y de participación en la sociedad, en la cultura, en la educación y en la familia. Crea una persona sin cualidad social, porque la cualidad de la misma y los referentes que le dan seguridad en su vida social dependen del trabajo.*”<sup>507</sup>

Creo que, como ejemplo, el mundo ferroviario ha ofrecido -como pocos otros- una imagen concentrada de ese orden social. Las personas que trabajaban en el ferrocarril vivían en los barrios que se formaban cerca de las estaciones, y los cuales han sido la cuna de varios equipos de fútbol. Y en ese micro-orden social ferroviario, por ejemplo, la figura del *jefe de estación* era de una entidad superior que era reconocida y admirada por los demás. Y ello se reflejaba en el uniforme. Además, ser *la esposa del jefe de estación* también implicaba una situación de especial situación social. Todo ello, sin perjuicio que el sueldo del jefe de estación era superior a cualquier otro; pues no era solo una cuestión de percibir más salario, sino de ocupar una posición que la sociedad destacaba, y a la cual se llegaba a través del

---

<sup>506</sup> Meda, Dominique. *¿Qué sabemos sobre el trabajo?* Revista de Trabajo. Año 3, Número 4. Enero - Noviembre 2007. Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la República Argentina. Buenos Aires (2007); pág. 29.

<sup>507</sup> Baylos, Antonio y Pérez Rey, Joaquín. *Ob. Cit.*; pág. 44.

trabajo (y del matrimonio). Esto puede sonar arcaico en esta época, pero en aquel escenario social y económico, la *estabilidad en el empleo* tenía la función de generar la expectativa de mantener la posición social que el *status* laboral ofrecía, aunque, paradójicamente, esa expectativa no era acompañada por una acción jurídica que la efectivice; y, en cuanto a lo económico, la ilicitud del despido en quebranto a aquella estabilidad solo reconocía una indemnización a posteriori de la pérdida de ese *status*. He insistido en el error de diseño de esta idea como protección contra el despido arbitrario, pero, más aún, la superación de esa idea es necesaria cuando el paradigma sobre el que se construyó ya no existe.

La sociedad actual se encuentra en plena discusión de ese lugar del trabajo subordinado como el elemento de orden social que ubica a las personas en sus relaciones individuales y colectivas. Ya los ferrocarriles no existen más, pero, además, a nadie le importa quién es el jefe de estación y la mujer ocupa su lugar en la sociedad por su propia dignidad como persona (sin necesidad de ser *la esposa de*). Los cambios sociales están planteando una crisis del paradigma. Para bien, la idea del hombre-proveedor (*breadwinner*) comienza a desaparecer mientras las mujeres (en verdad, *todas las personas en la sociedad*, más allá de su condición biológica) asumen los distintos roles en la sociedad, lo cual incluye la posibilidad de obtener la ganancia de un salario. Esto no implica el fin absoluto del trabajo dependiente, pues, como afirma Julio Neffa, “*el trabajo es un valor que permanece a pesar de las profecías que en décadas pasadas florecieron sobre “el fin del trabajo”, anunciadas por reconocidos especialistas de diversas orientaciones: científicos como J. Rifkin (1996), sociólogos como C. Offe (1985), intelectuales marxistas como A. Gorz, (1982), cientistas políticos como D. Médda (1995), filósofos como J. Habermas (1975), entre otros.*”<sup>508</sup> Pero, si la sociedad ya no se organiza en referencia a la centralidad del trabajo dependiente (para bien o para mal), entonces la interpretación de aquel mandato constitucional de protección contra el despido arbitrario debe acompañar los cambios sociales, a los efectos de ser una verdadera garantía constitucional. Y esto es un problema que no solo afecta al Derecho del Trabajo, pues, Gonzalo Sozzo da cuenta de este problema desde el Derecho de Daños en relación a los riesgos del desarrollo, cuando afirma que: “*en la primera parte he analizado el problema de*

---

<sup>508</sup> Neffa, Julio. *Los riesgos psicosociales en el trabajo: contribución a su estudio*. Centro de Estudios e Investigaciones Laborales - CEIL-CONICET. Buenos Aires (2015); pág. 14.

*los rumbos del Derecho de Daños y su relación con el problema de los riesgos en la modernidad reflexiva, concluyendo que esta rama jurídica presenta una pertenencia epistemológica a un paradigma anterior que se corresponde con el de la sociedad moderna o industrial que hace muy difícil sostener que posea una pluralidad funcional, con lo cual carece de la plasticidad necesaria para ocuparse del problema de los riesgos del desarrollo. Si aquel modelo sobre el cual fueron construidos sistemas regulatorios ha cambiado hacia una sociedad de riesgos, una modernidad tardía o reflexiva, el sistema regulador también ha cambiado y debe continuar mutando. Por ello es que esta conclusión coloca frente a la necesidad de construir una nueva regulación para el problema.”*<sup>509</sup>

Superando la idea de contrato transaccional, la teoría del contrato *relacional* de trabajo lleva a reconsiderar los daños que el despido arbitrario genera a la persona que trabaja en la nueva estructura social, pues si la gobernanza del acuerdo está a cargo de *la relación*, esta se decide a nivel constitucional en la organización social. Si los cambios sociales se traducen en cambios constitucionales, la relación que gobierna la dependencia recibe esos cambios e interpela la capacidad del sistema jurídico para proveer una adecuada protección conforme el mandato constitucional.

Del modo en que está regulado el sistema jurídico argentino al momento de redacción de esta tesis y conforme la interpretación doctrinaria mayoritaria, el despido arbitrario tiene la característica de libertad en la decisión del sujeto empleador propia del sistema norteamericano de *employment at will*, por lo cual la parte empleadora puede decidir en cualquier momento y por cualquier razón la terminación de la relación laboral, pero bajo una estructura regulatoria que hace que la doctrina entienda que la persona que trabaja tiene un derecho de *estabilidad* en el empleo (aun invocando fundamentos constitucionales y convencionales). Esta combinación fatal crea el escenario para la conformación de un contrato psicológico por el cual la persona que trabaja desarrolla su actividad confiando en una conducta cooperativa del empleador, que se encuentra asegurada por medio de su derecho a la *estabilidad*; pero las *expectativas* que esa relación genera en verdad se encuentran expuestas

---

<sup>509</sup> Sozzo, Gonzalo. *Riesgos del desarrollo y sistema de derecho de daños*. Revista de Derecho de Daños Tomo 2006-2. Eximentes de responsabilidad II. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2006). Cita RC D 1794/2012

abiertamente a la posibilidad unilateral y libre del despido *arbitrario*.

De este modo, el sistema favorece el desarrollo de expectativas en la *relación laboral* que el sistema regulatorio del *contrato de trabajo* no protege.

Esta combinación hace que, al momento del despido, la persona se encuentre en un estado agravado de *vulnerabilidad*, pues las expectativas generadas en la relación son de pronto negadas; y siendo que el despido extingue el contrato por el acto de su comunicación por el empleador a la persona que trabaja, esta última no tiene la posibilidad de ajustar su conducta y expectativas para lograr mantener la relación. Es decir, el Derecho del Trabajo niega a la persona que trabaja lo que el art. 1011 del Código Civil regula para los contratos de duración.

La Corte Suprema de Justicia de Canadá, en el caso *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*<sup>510</sup>, sostuvo que “*el punto en el que se rompe la relación laboral es el momento en que el empleado es más vulnerable y, por tanto, más necesitado de protección. En reconocimiento de esta necesidad, la ley debe fomentar conductas que minimicen el daño y los trastornos (tanto económicos como personales) que resulten del despido.*”

En el Derecho del Trabajo argentino actual, tal como se concibe el despido arbitrario como acto *ilícito* pero válido para extinguir inmediatamente a su comunicación el contrato de trabajo, la persona que sufre el despido arbitrario no solo pierde su ingreso económico, sino que se enfrenta súbitamente a la incertidumbre de la vida misma. De esta manera, el despido arbitrario coloca a la persona que trabaja en una posición de *vulnerabilidad social*.

La concepción de protección constitucional como indemnidad es incompatible con la idea de vulnerabilidad social. La protección contra el despido arbitrario, entonces, se entiende

---

<sup>510</sup> Corte Suprema de Justicia de Canadá, 22/05/97. *Wallace c. United Grain Growers Ltd.* [1997] 3 S.C.R. 701. Voto del Juez Iacobucci que formó la mayoría “*The point at which the employment relationship ruptures is the time when the employee is most vulnerable and hence, most in need of protection. In recognition of this need, the law ought to encourage conduct that minimizes the damage and dislocation (both economic and personal) that result from dismissal.*”

como negación a la conducta oportunista de la parte empresaria contraria a la relación cooperativa de trabajo de esa capacidad de colocar a la persona en estado de vulnerabilidad social. De este modo, es necesario abandonar la lógica *transaccional* del contrato de trabajo, para construir una protección contra los daños del despido arbitrario en clave relacional, pensada en función de una persona que, además de trabajar, se desenvuelve en la sociedad.

Aquí se presenta el concepto de los *riesgos psicosociales del trabajo*, dentro de los cuales, Julio Neffa -y su equipo de investigación- ubica al despido arbitrario en un listado de factores de riesgos bajo el rubro de la *inseguridad en la situación de trabajo y empleo*, afirmando que a esa situación de vulnerabilidad se llega “*cuando se es víctima del desempleo, el puesto de trabajo es de carácter precario, no está registrado ante los organismos de seguridad social; o si el porvenir es incierto debido a las crisis corriendo el riesgo de despido, de suspensiones o de la reducción del salario; cuando no perciben posibilidades de hacer carrera dentro de la empresa u organización o ven sus posibilidades de ascenso bloqueadas; cuando sienten inquietud o temor ante la introducción de nuevas tecnologías o formas de organizar el trabajo para cuyo uso no han sido formados y si el contenido y la nueva organización del trabajo los hacen tomar conciencia de que no podrán mantenerse en actividad en ese puesto hasta llegar la edad jubilatoria. Desde una perspectiva psicológica esta dimensión alude al control de estatus, en otros términos, al dominio sobre su destino, el presente y el futuro. Implica las necesidades de planificación y la posibilidad de manejar la incertidumbre. El manejo de la inseguridad y de la tolerancia a la incertidumbre resultan ser hoy un mayor desafío personal y laboral.*”<sup>511</sup>

Es necesario elevar la problemática del despido arbitrario al nivel constitucional y regular la protección contra sus consecuencias desde una teoría *relacional* del contrato de trabajo.

He mencionado *ut supra* que el trabajo dependiente se entiende como trabajo *libre*, en el sentido que si bien la especial relación de subordinación implica la pérdida de libertad por la persona que trabaja, ella es limitada material y temporalmente en relación al contrato; y

---

<sup>511</sup> Neffa, Julio. *Ob. Cit.*; pág. 126

presupone la libertad de renuncia y su consecuente liberación del contrato. Ello implica un espacio de libertad de la persona que trabaja respecto al poder de organización y dirección de la persona empleadora, al que queda sometido como consecuencia de su incorporación a la organización empresaria ajena. En este sentido, Juan Raso afirma que *“la lucha social de los trabajadores por lograr estabilidad en sus puestos de trabajo y la consiguiente resistencia al despido ha significado siempre la búsqueda de un espacio de libertad (libertad contra los riesgos impuestos por la propia inestabilidad de la relación laboral).”*<sup>512</sup>

José Luis Ugarte avanza en esa idea del control del poder dentro de la relación laboral afirmando que: *“desde la perspectiva de la relación de trabajo, entendida como una relación jurídica de intercambio, lo que se exige al derecho es la protección del trabajador. Se trata de fijar aquellas bases que determinarán la forma en que la regulación legal deberá moverse, al momento de construir un modelo de legislación laboral tutelarmente conveniente. Este es el modo tradicional de mirar el derecho del trabajo y explica la justificación mínima de esa intervención sobre la relación laboral en todas las tradiciones jurídicas relevantes.*

*Debido a que la relación de trabajo es una relación de poder, pues pone a los trabajadores en una situación de sujeción y dominación respecto de otro particular, la finalidad exigible al sistema jurídico es doble. Por una parte, este debe fijar un espacio de inmunidad para el respeto de la dignidad del trabajador, con los derechos fundamentales como límite. Por otra parte, el sistema debe permitir la construcción de un “contrapoder” que opere como factor de equilibrio en la relación entre esas partes, teniendo los derechos fundamentales como herramienta.”*<sup>513</sup>

Sin embargo, ese espacio de libertad, como resistencia a un poder contractual<sup>514</sup> a los

---

<sup>512</sup> Raso Delgue, Juan. *La estabilidad en el empleo*. En: AA.VV. Raso Delgue, Juan (Dir.) *Derecho del Trabajo*. Tomo II. Ed. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo (2012); pág. 242

<sup>513</sup> Ugarte Cataldo, José Luis. *Ob. Cit. Derechos fundamentales en el trabajo, poder...*; pág. 83.

<sup>514</sup> Conforme el efecto horizontal de los Derechos Fundamentales. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-18/03 solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*.

efectos de negarle su carácter absoluto, no debe ser un espacio vacío. Si así fuera, el reconocimiento de ese espacio de libertad sería una mera declaración, pues nada se regularía en cuanto al efectivo goce y protección de esa libertad que se reconoce. De tal forma, esa declaración de libertad, para asumir efectivamente el carácter de un derecho subjetivo de carácter protectorio, debe ser complementada con disposiciones expresas, positivas, que no solo la reconozcan, sino que otorguen las herramientas jurídicas apropiadas para garantizarla. En este sentido, afirma Marcos Córdoba que: “*la Constitución Nacional da seguridad, que es elemento de la libertad. Muy cierto resulta, para que efectivamente exista seguridad jurídica, que no basta la redacción "enfática y solemnemente proclamada en la Constitución Nacional sino que es necesario que todos y cada uno de los habitantes tengan el goce efectivo y cabal de sus derechos". Al decir de Alberdi la libertad además de escrita debe vivir palpitante en los usos y costumbres del país, sino es tan sólo una libertad muerta.*”<sup>515</sup>

El *principio protectorio* del art. 14 Bis de la Constitución Nacional implica un espacio de *libertad* de la persona que trabaja, de límite al poder de organización y dirección de la persona empleadora al cual se encuentra sometida.

Pero el respecto que dicho límite impone requiere de prestaciones efectivas que lo materialicen, es decir, no solo imponen a la persona empleadora una conducta de abstención respecto a los Derechos Fundamentales de la persona que trabaja sino que, además, ese espacio de libertad, para el pleno ejercicio de estos Derechos, requiere de prestaciones positivas de la parte empleadora, lo cual implica, entonces, restringir las propias facultades constitucionales de la empresa a favor de aquella libertad. En este escenario de conflicto a nivel constitucional se desarrolla la relación de trabajo y, como expuse anteriormente, esto hace del despido un conflicto *relacional* de nivel constitucional.

La idea de trabajo subordinado *libre* se asume como negación del trabajo forzoso, esclavo o de por vida, implicando de esta manera, la posibilidad de la persona que trabaja de retirarse de esa situación de subordinación. En este sentido, la idea de *contrato* fue útil a los

---

<sup>515</sup> Córdoba, Marcos. *Seguridad Jurídica. Los límites de la facultad de los jueces en la interpretación de la ley*. La Ley Suplemento Actualidad 02/03/2006, 1. Cita Online: AR/DOC/957/2006

efectos de explicar la pérdida de libertad que implica la subordinación, superando la subordinación por *status* que imponían los modelos de casta, esclavitud, servidumbre o vasallaje.

Sin embargo, la protección de los Derechos Fundamentales de la persona que trabaja implica una nueva idea de *libertad*, ahora hacia adentro de la dependencia laboral. Ya no solo se trata de poder libertarse de la subordinación por propia decisión (renuncia), sino también, de reservar un espacio de *libertad* dentro de la subordinación, dentro del cual el sujeto empleador debe abstenerse de ingresar, un espacio con un *perímetro protector* en palabras de Carlos Nino<sup>516</sup>.

En términos de regulación jurídica, mientras el art. 240 de la ley 20.744 se preocupa de regular la renuncia como acto libre de la persona que trabaja con efectos extintivos del contrato de trabajo, los arts. 84, 85 y 86 de la misma ley se preocupan en dejar muy en claro que la persona que trabaja debe obedecer las órdenes de la parte empleadora. Y en este sentido, como *contrato* que regula el *poder* dentro de esta relación laboral, frente a la potestad empresaria de organización y dirección, la ley 20.744 reconoce ciertos espacios de libertad protegidos de la persona que trabaja como restricción al poder de extinción del contrato (despido por causas de matrimonio y embarazo, despido por incapacidad, etc.), pero en materia de despido arbitrario, la ley 20.744 se limita al reconocimiento de una indemnización por antigüedad.

La *libertad* de la persona que trabaja en forma subordinada, como restricción del poder empresario, requiere esencialmente de dos circunstancias para que realmente exista: que la persona *subsista* en función del contrato de trabajo y que la persona *no perezca* en razón del contrato. La primera implica que la persona que trabaja (y eventualmente su núcleo familiar) obtenga del contrato los recursos económicos suficientes para satisfacer sus necesidades

---

<sup>516</sup> Nino, Carlos. *Ética y derechos humanos*. 2ª. Edición. Ed. Astrea. Buenos Aires (2017); pág. 31.

básicas con los bienes y servicios que obtiene en el mercado<sup>517</sup>, y ello aun con independencia de la efectiva contraprestación a su débito laboral, como lo señala Diego Tula cuando afirma que “la circunstancia de que el contrato de trabajo sea oneroso no implica que la relación sinalagmática se agote en una equivalencia aritmética trabajo prestado efectivo = salario o, en otros términos, que sólo sea salario el pago del trabajo efectivo.”<sup>518</sup> La segunda implica que la prestación laboral no cause un daño en la salud de la persona que trabaja<sup>519</sup>, es decir, la indemnidad psico-física de la persona que trabaja como deber de no-dañar del empleador, al que se refiere Miguel Angel Maza en su voto en la sentencia *Poy c. Automóviles San Jorge*<sup>520</sup>. Salud y subsistencia son requisitos esenciales para el goce de la libertad dentro de la relación de subordinación. Al primero de ellos se refiere la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *Aquino c. Cargo*<sup>521</sup>; y al segundo hace referencia la Corte en los casos *Pérez c. Disco*<sup>522</sup> y los que le siguieron, en especial *A.T.E c. Municipalidad de Salta*<sup>523</sup>.

Y tratándose de la garantía de protección de un derecho fundamental (la subsistencia de la persona), la reglamentación normativa no puede ser indemnizatoria sino *preventiva* del daño. Entonces, para que esa garantía sea un correcto relleno del espacio de libertad impuesto por el art. 14 Bis de la Constitución Nacional, el efecto protectorio sobre la capacidad de consumo que regula el art. 245 de la ley 20.744 debe producirse *ex ante* del despido arbitrario,

---

<sup>517</sup> Art. 116 de la ley 20.744. *Salario mínimo vital, es la menor remuneración que debe percibir en efectivo el trabajador sin cargas de familia, en su jornada legal de trabajo, de modo que le asegure alimentación adecuada, vivienda digna, educación, vestuario, asistencia sanitaria, transporte y esparcimiento, vacaciones y previsión.*

<sup>518</sup> Tula, Diego. *Comentario al fallo 'Sequeira, Carmen Fabiana c. Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos s. Acción de amparo'*. Rubinzal Online. Cita: RC D 3165/2020

<sup>519</sup> Aquino, Claudio. *La salud y la seguridad como pilares del trabajo decente. Valores y principios de insoslayable tutela e indispensable protección*. Derecho del Trabajo 2019 (Noviembre), 251. Cita online: AR/DOC/3697/2019.

<sup>520</sup> CNAT Sala II, 21/05/07. *Poy, Cristian c. Automóviles San Jorge SA y otro*. La Ley 2007-E, 301 con nota de David Duarte. Cita Online: AR/JUR/1935/2007

<sup>521</sup> CSJN, 21/09/04. *Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A.* Fallos: 327:3753

<sup>522</sup> CSJN, 01/09/09. *Pérez, Aníbal c. Disco S.A.* Fallos: 332: 2043

<sup>523</sup> CSJN, 18/06/13. *Asociación de Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad*. Fallos: 336:672

pues la única forma de preservar la dignidad de la persona que trabaja en el marco de un sistema constitucional de protección contra el despido arbitrario es conjurar el efecto dañino y nocivo del despido, impidiendo que la decisión empresaria coloque inmediatamente a la persona que sufre el despido en un estado de vulnerabilidad social.

En definitiva, la libertad de la persona que trabaja en forma subordinada implica que la persona asume un *trabajo digno*. Solamente la prestación de trabajo en condiciones de dignidad permitirá a la persona que trabaja ejercer la libertad hacia adentro de la relación de subordinación que el principio protectorio le reconoce a nivel constitucional. Evidentemente el trabajo esclavo o forzoso no es trabajo digno ni libre, pero tampoco lo es el trabajo insalubre, insuficientemente remunerado, inseguro, etc.

Y, en lo que interesa en esta tesis, tampoco es un trabajo digno aquel en el cual el despido *arbitrario* tiene no solo el carácter de libre (a voluntad de la parte empleadora), sino que, además, tiene la fuerza nociva de colocar en forma inmediata a la persona que lo sufre ante la *incertidumbre* de su propia subsistencia económica, lo que implica un estado de *vulnerabilidad*.

De esta forma, la regulación jurídica de la protección contra los daños que ocasiona el despido *arbitrario* implica una doble dimensión, en lo contractual (*relacional*), y en lo social. Pero en ambas, en definitiva, se relacionan con la persona humana como individuo en una sociedad democrática. Y así, la *protección contra el despido arbitrario*, como espacio de libertad y dignidad de la persona que trabaja, es un mandato impuesto por el constituyente al legislador, por cual este último está obligado a completar aquel espacio de libertad con una regulación normativa protectoria de la dignidad. No es un espacio de libertad vacío, sino completo de acciones positivas protectorias de la dignidad de la persona que trabaja.

Y esa tarea de llenar el espacio de libertad que se reconoce a la persona que trabaja frente al despido arbitrario es encomendada al *principio de progresividad social*, como compromiso internacional del Estado de proveer de herramientas jurídicas a la protección de la persona que trabaja frente a la amenaza de la vulnerabilidad.

En este sentido, entiendo que el *principio de progresividad social* implica una directriz política sobre las fuentes de gobernanza de la relación laboral, hacia la creación de más y mejor protección social. Así, en la periferia de las fuentes que regulan la relación de trabajo, las *expectativas implícitas por los hechos* que reclaman amparo protectorio, requieren para su reconocimiento un juicio particular, en cada caso concreto, al que me referí en la segunda parte de esta tesis. Ahora bien, la reiteración de sentencias que reconozcan una determinada expectativa implícita por los hechos va generando una jurisprudencia que convoca a su reconocimiento en una regla jurídica positiva<sup>524</sup>. Se requiere que una norma jurídica regule la situación a través de una regla, buscando la certeza. De este modo, la *progresividad* implica una fuerza centrípeta, desde la periferia de los casos concretos reconocidos por la jurisprudencia a la mayor proximidad de las reglas. Y el Estado se encuentra comprometido en generar esa fuerza centrípeta, lo cual se cumple, en el Derecho del Trabajo, de dos formas no excluyentes: por la actividad legislativa del Poder Legislativo de la Nación, el cual está convocado constitucionalmente a *promover el bienestar general* (Preámbulo) y a *proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores* por medio del dictado de las leyes laborales y de seguridad social (art. 75 incs. 12 y 19 de la Constitución Nacional), y por los Convenios Colectivos de Trabajo, como resultado de la negociación colectiva entre los sujetos colectivos reconocidos por el Derecho del Trabajo, pero promovida por el Estado a través del Dialogo Social al que llama la Organización Internacional del Trabajo.

Esta fuerza centrípeta que representa el principio de progresividad social reduce el estado de incertidumbre y vulnerabilidad de la persona que trabaja en el marco de una sociedad democrática, pues permite que expectativas que se encuentran en el contrato psicológico de trabajo, pero que no han sido reconocidas por el acuerdo explícito de las partes

---

<sup>524</sup> En este sentido, es interesante observar como el Derecho del Trabajo argentino se comporta, frecuentemente, como un sistema de *common law*. Por ejemplo, no se puede abordar el sistema de riesgos del trabajo sin el cúmulo de jurisprudencia que marca la interpretación de los textos legales. De la misma forma, en la materia que trato en esta tesis, por ejemplo, el art. 245 de la ley 20.744 se encuentra implícitamente reformado por el fallo *Vizzoti*, que si bien es una decisión de la CSJN para un caso concreto, expande su capacidad regulatoria por la reiteración no coercitiva por otros tribunales.

o por una regla de Derecho, logren protección por medio del sistema judicial, para lo cual deben ofrecerse sistemas procesales acordes al tratamiento de estas; y luego, permite que esas expectativas implícitas por los hechos logren reconocimiento a través de una regla de Derecho, generalizándose su ámbito de protección.

Es en este sentido que entiendo el *Derecho al trabajo*, como la expresión particular para el Derecho del Trabajo del principio de progresividad social. La sociedad democrática está compelida a generar aquella fuerza centrípeta a la que me estoy refiriendo, generando más y mejor derecho protectorio. Cada persona en la sociedad, y la sociedad en su conjunto, tiene Derecho a reclamar por parte del Estado la implementación de una política proclive a la generación de Derecho protectorio. Es el Derecho *al* trabajo. Derecho, en principio, y según lo que se desprenda de la interpretación de la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en *Campos del Lago*, que no sería judicializable en ese ámbito, pero del cual el Estado argentino debe dar cuenta en los organismos internacionales.

Estos dos sujetos colectivos, el Poder Legislativo y los sindicatos, están llamados a identificar rápidamente las expectativas implícitas aún no reconocidas en una norma jurídica y que pertenezcan al ámbito de libertad generado en la resistencia al poder empleador.

Y siendo que esas expectativas implícitas se relacionan tanto con derechos específicos laborales como con derechos inespecíficos, los sindicatos deben afrontar el desafío de representar esos intereses que, aun cuando no respondan a la lógica laboral, hacen a la dignidad de la persona y son susceptible de vulneración en la situación de dependencia. Si los sindicatos no asumen esa representación, entonces aquella fuerza centrípeta debe buscar un agente alternativo que la canalice. Por ello, por ejemplo, se observa, lamentablemente, una insuficiencia del sector sindical de representar intereses que hacen a la igualdad de género, por lo que ese reclamo es llevado adelante por el colectivo *feminista* desde sectores no-sindicales, ello a pesar de la necesaria integración de la representación sindical en la negociación colectiva con personas del género femenino.

Sin embargo, esas fuerzas alternativas de representación de intereses o expectativas

implícitas no tienen desarrollado un método de conflicto y negociación como el Derecho del Trabajo a través de la huelga y la negociación colectiva. Por ello, a los efectos de lograr canalizar esa representación no asumida por el sindicato, sería conveniente a través del Dialogo Social permitir utilizar los mecanismos laborales a aquellos otros sujetos colectivos que aún no lo poseen. Una negociación colectiva que permita la participación de colectivos no-sindicales. Vuelvo sobre la idea de la garantía de capacidad de consumo y, respecto a ella, el sindicato usualmente presenta sus reclamos salariales con el argumento de la insuficiencia de la capacidad de consumo del salario. Y en ese sentido, el sindicato se presenta entonces más como un colectivo de consumidores que defienden sus derechos a esa capacidad de consumo que como un colectivo de trabajadores/as que entienden que su trabajo vale más que el salario que perciben. Si el sindicato pretende recuperar capacidad de consumo a través del aumento salarial que reclaman a través de la huelga, ¿qué sentido tiene acordar un 30% de aumento salarial si el bien o servicio que produce la empresa, y que luego la persona que trabaja consume, aumenta su precio un 30%? ¿No sería mejor, en ese sentido, que entre la cámara empresaria, el sindicato y la asociación de consumidores se pacte un aumento del 15% del sueldo y el no-aumento de los precios de los productos o servicios por el plazo de un año, todo bajo el amparo Estatal? No se trata de un control estatal de oportunidad que impida el normal desarrollo de la negociación colectiva en el sentido del Convenio OIT n° 98, sino de potenciar el Dialogo Social sumando voces a la negociación colectiva.

El desafío para los sindicatos es múltiple, pues mientras el *management* a través del *taylorismo emocional* concede sin luchar condiciones de trabajo en busca de una mayor predisposición de la persona que trabaja a prestar su débito laboral aún más allá de sus obligaciones legales, transformando la fábrica industrial como lugar de sufrimiento y resistencia en la empresa moderna de lugar de pertenencia, de deseo, y de *after office*, la negociación colectiva se reduce a la lógica de la transacción tiempo de trabajo por salario, pero que en definitiva se traduce en un convenio colectivo que es sobrepasado por el contrato psicológico, que determina otras pautas de conducta, siendo entonces relegado aquel convenio colectivo a la función de un reglamento al cual atenerse cuando se quiere mostrar disconformidad; y, por otro lado, las expectativas no laborales son reivindicadas por colectivos que escapan a la lógica sindical de agrupación por el colectivo que trabaja y así, los

intereses, por ejemplo, del colectivo LGBTI+ se expresa en forma independiente del sindicato y, entonces, la persona comprendida en ese colectivo encuentra representación en aquel colectivo especial, perdiendo entonces el sindicato la capacidad de representar esos intereses al interior de la relación laboral.

### **b / La protección de la democracia. La libertad hacia afuera de la relación laboral.**

La estructura social actual ya no responde al paradigma industrial de la segunda revolución industrial. Esta tesis no pretende una definición sobre la sociedad actual, concepto este que se debate ampliamente, sin saber si en esta modernidad líquida a la que refiere Zygmunt Bauman vivimos en una sociedad de control, del consumo, del riesgo, de la información, de la biotecnología<sup>525</sup> o del rendimiento<sup>526</sup>.

Sin embargo, en lo que hace a esta tesis, la sociedad actual en la cual se debe interpretar la regulación jurídica de la protección contra el despido arbitrario del art. 14 Bis de la Constitución Nacional de la República Argentina es una sociedad democrática, como expresión política de un sistema social que reclama la participación de todas las personas en el desarrollo de esa sociedad.

La sociedad democrática del Siglo XXI requiere de personas que puedan asumir sus decisiones personales y sociales con capacidad de decidir en libertad. Esa libertad implica la concreción efectiva del respeto a los Derechos Fundamentales de las personas, dentro de los cuales se incluyen, solo como ejemplo, la libertad de informarse, de educarse, de acceder al cuidado de su salud, etc. Y el despido arbitrario, como ponderación constitucional, debe ubicarse en ese contexto democrático, por lo cual el mandato del art. 14 Bis de la Constitución Nacional debe entenderse como una protección a la libertad de la persona en su capacidad de

---

<sup>525</sup> Harari, Yuval. *21 lecciones para el siglo XXI*. Debate. Buenos Aires (2018).

<sup>526</sup> Han, Byung-Chul. *La sociedad del cansancio*. 2ª. Ed. Editorial Herder. Barcelona (2017).

autodecisión de su proyecto de vida individual y colectivo. En este sentido, Antonio Baylos se refiere al despido como “*un acto de fuerza -un acto violento que rompe el ligamen social de la persona que trabaja y la coloca en una situación de disminución de derechos. Al ser el trabajo la base de los derechos básicos que permiten hablar de un ciudadano libre e igual en derechos, el trabajo es la base de la ciudadanía y la pérdida del mismo implica una degradación de la condición ciudadana de quien lo sufre, una alteración de ese status en una democracia madura que le coloca en una situación de subalternidad política y social.*”<sup>527</sup>

En este escenario, la protección del art. 14 Bis de la Constitución Nacional en relación al despido *arbitrario* debe garantizar que *el proyecto de vida* de la persona que trabaja en forma dependiente, en lo que hace a las expectativas que ese status genera, no quede a merced del daño arbitrario del despido.

En lo estrictamente económico, en lo que hace al objeto de esta tesis vinculado al art. 245 de la ley 20.744, debe garantizarse la indemnidad de la expectativa de capacidad de consumo de bienes y servicios, lo cual representa, como afirma Rolando Gialdino<sup>528</sup>, un ingreso suficiente *necessarium personae*, que sea capaz de otorgar satisfacción a los intereses que hacen a una vida digna de la persona que trabaja y su grupo familiar<sup>529</sup>. Pero, en la medida en que el despido arbitrario implica la posibilidad de colocar súbitamente a la persona que trabaja en un estado de vulnerabilidad, de *inseguridad social* como lo refiere Robert Castel<sup>530</sup>, en el cual es incapaz de proyecta su vida y de decidir libremente en una sociedad democrática, entonces ese despido arbitrario, en su concepción amplia, implica un poder privado que obstaculiza la construcción de una sociedad democrática. Desde este punto de vista, la *razonabilidad* de la ponderación de los Derechos Constitucionales implicados en la relación laboral reclama la *protección* de la persona que trabaja más allá de la garantía de

---

<sup>527</sup> Baylos, Antonio. *El despido individual y la garantía judicial del derecho al trabajo*. Derecho y Sociedad 37. Ed. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima (2011); pág. 41.

<sup>528</sup> Gialdino, Rolando. *El salario mínimo como garantía del derecho humano a vivir en dignidad*. La Ley 2016-A, 1174. Cita Online: AR/DOC/529/2016

<sup>529</sup> CSJN, 20/05/60. *Prattico, Carmelo c. Basso y Cía*. Fallos: 246:345

<sup>530</sup> Castel, Robert. *Ob. Cit.*

indemnidad de su capacidad de consumo de bienes y servicios.

No tengo dudas que esta es una fundamentación *política* de mi tesis, es decir, no limitada a un argumento jurídico sino a un proyecto de sociedad. A lo largo del desarrollo de mis argumentos he tratado de sacar el fenómeno del despido arbitrario de la lógica *contractual transaccional* para, ubicándolo en una situación *relacional*, colocarlo como conflicto constitucional en una sociedad democrática. Desde esta visión, entonces, es que se explica el ámbito de libertad que genera la resistencia al despido arbitrario, el cual debe completarse con garantías sustantivas y procesales que protejan la vulnerabilidad de la persona.

Desde este punto de vista, el despido *arbitrario* ya no solo implica una regulación del poder hacia adentro del contrato, sino que implica una regulación de un poder en el marco de una *sociedad democrática*. Es un poder hacia afuera del contrato, pues su ejercicio ya no afecta a las partes contractuales sino a la sociedad en su conjunto. La libertad de la persona implica también la posibilidad de *autodecidir* sobre su vida, concepto este distinto a la libertad que se pone en juego al asumir la relación de subordinación. Esta último implica aceptar, por un período de tiempo limitado, la voluntad de otra persona sobre la propia; la libertad de autodecisión, en cambio, implica conservar la posibilidad de tomar decisiones sobre la propia persona en una sociedad democrática.

En la forma en que el despido *arbitrario* está concebido en la actualidad por la doctrina iuslaboralista, la *subordinación* se transforma en *dominación*, en los términos de Ian Shapiro<sup>531</sup>, pues el poder de organización y dirección empresarios se proyectan y se ejercen sobre la libertad de la persona, afectando su acceso a los recursos básicos de su subsistencia y condicionando su existencia misma en una sociedad democrática.

Y si la sociedad, políticamente organizada, concede a algunos individuos la posibilidad de beneficiarse con el ejercicio del comercio y la industria (art. 14 de la

---

<sup>531</sup> Shapiro, Ian. *Sobre la no-dominación*. Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 35 Universidad de Alicante. Ed. Marcial Pons. Alicante (2012); págs. 589-628

Constitución Nacional), aun limitando su responsabilidad personal patrimonial (Ley General de Sociedades), porque se entiende que eso es beneficioso en la construcción social, no por ello la sociedad debe permitir que el poder que se crea en la empresa sea utilizado para colocar a otros individuos de la sociedad en situación de vulnerabilidad. Si ello sucede, entonces unas personas son capaces de restringir la libertad de otras personas en el marco de la sociedad, con lo cual la convivencia democrática se lesiona seriamente.

No puede esperarse que una persona se desenvuelva libremente tomando las decisiones en forma democrática que mejor estime para el conjunto de la sociedad, cuando se encuentra a merced de la decisión de otra persona que, privilegiando otros intereses, la coloca en un estado de vulnerabilidad social. El desarrollo de la teoría *relacional* de protección contra el despido arbitrario se construye desde esta visión política, con base en la sociedad democrática, utilizando como herramienta jurídica la teoría *relacional* del contrato de trabajo.

*La finalidad central del Derecho del Trabajo  
es la interdicción de la arbitrariedad  
del poder empresarial en las relaciones laborales.*

*Fin necesario para asegurar  
un espacio de libertad exento de dominación.*

José Luis Ugarte Cataldo<sup>532</sup>.

### ***Quinta parte /***

#### **Conclusiones.**

La relación de trabajo subordinado es un conflicto constitucional de distribución de poder entre los sujetos que en ella intervienen, en el marco de una sociedad capitalista y democrática en el Siglo XXI. Y cuando me refiero a los *sujetos*, dado el nivel de ese conflicto, ellos no se limitan a la empresa y la persona que trabaja (en sus respectivas expresiones individuales), sino que comprende a los sujetos colectivos del Derecho del Trabajo y al propio Estado. Y en esa tensión constitucional se debe ponderar los Derechos de las partes, obteniendo la regulación de aquella relación.

Dado, entonces, que el objeto de regulación es la *relación* de trabajo, el recurso al *contrato* de trabajo como técnica de gobernanza de la situación no es una decisión neutra, pues este instrumento jurídico se basa en una Teoría General, que impone sus consecuencias a la relación.

He postulado en la hipótesis de investigación que el contrato de trabajo responde a la

---

<sup>532</sup> Ugarte Cataldo, José Luis. *Derecho del trabajo: invención, teoría y crítica*. Legal Publishing. Thomson Reuters. Santiago de Chile (2014); pág. 79.

categoría de *relacional*, introduciendo la Teoría General relacional del contrato en la segunda parte de esta tesis. Con esas herramientas, entonces, he demostrado en la cuarta parte que el concepto de contrato *relacional* de trabajo ofrece una Teoría General que, en tanto desplaza al consentimiento como elemento central propio de la Teoría General *transaccional*, tiene una visión de la relación como cooperación permanente entre las partes en base a la buena fe. Por lo tanto, superando la idea doctrinaria predominante de la obligación de mantenimiento del contrato por un plazo determinado incierto que da sustento a la idea de la ilicitud del despido, la Teoría General *relacional* permite sostener que el mantenimiento en el tiempo de la relación de trabajo -entendida como una relación cooperativa- es una expectativa mutua de las partes, pero referida a distintos intereses.

El despido *arbitrario*, entonces, como yo lo propongo, es un conflicto constitucional de ponderación de los Derechos Fundamentales de ambas partes, causado por el comportamiento oportunista de la parte empresaria, inesperado en una relación cooperativa que pretende mantenerse en el tiempo. En ese conflicto constitucional es necesario regular la asunción de los daños que la arbitrariedad genera. Y en ese sentido, la respuesta del constituyente es el mandato protectorio del art. 14 Bis de la Constitución Nacional.

Graciela Brunet, cita a Norberto Bobbio en cuanto afirma que “*el problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy tanto el de justificarlos como el de protegerlos. Es un problema no filosófico, sino político*” (Bobbio 1991 62).”<sup>533</sup> En relación al despido arbitrario, la posición constitucional de cada parte es clara (y repetida hasta el hartazgo en cada defensa de la licitud o ilicitud del despido); cada una de esas posiciones está justificada, ahora la tarea es cumplir el mandato protectorio.

En esa ponderación constitucional, donde ninguno de los Derechos involucrados puede ser totalmente negado o derrotado, el derecho de propiedad de la empresa debe ceder

---

<sup>533</sup> Brunet, Graciela. *Libertad e igualdad en la Modernidad: el concepto de derechos humanos*. En: AA.VV. *Justicia, democracia y derechos humanos. Un enfoque filosófico*. Ediciones UNL. Santa Fe (2020); pág. 119. Citando a: Bobbio, Norberto. *El tiempo de los derechos*. Ed. Sistema. Madrid (1991). Traducción de Rafael de Asís Roig.

en función de la protección *social* de la persona que trabaja. En esta *razonabilidad* (art. 28 de la Constitución Nacional) debe ser interpretada la regla del art. 14 Bis de la Constitución Nacional, por la cual, si el sistema legal argentino otorga una *protección* contra el despido arbitrario, esa no es una *indemnización de daños* sino una *indemnidad de expectativas*.

Sin embargo, muy por el contrario, la doctrina argentina sostiene la justificación de la indemnización contra el despido arbitrario regulada en el art. 245 de la ley 20.744 recurriendo a la ficción de la *estabilidad relativa impropia*, justificación técnica basada en el incumplimiento de una obligación contractual pero que, en definitiva, no logra cumplir en forma suficiente el mandato constitucional protectorio. Existe aquí un problema de base, dado por abrazar la Teoría General contractual transaccional (clásica o neoclásica), que reduce el conflicto constitucional a un problema de reglas jurídicas, y por ello la lucha entre la licitud e ilicitud del despido. La protección contra el despido arbitrario escapa al mero incumplimiento contractual pues, ubicándose como conflicto constitucional, es parte de la protección social de la persona, como forma de garantizar el ejercicio en libertad de los derechos en el seno de una sociedad democrática. Si el Derecho del Trabajo no ha avanzado en este campo protectorio, ello se debe a que la *relación* es gobernada por la Teoría General de un *contrato transaccional* y, de tal forma, esta teoría se construye sobre la idea de exigir el cumplimiento de lo *acordado en el contrato*, pero no de lo *confiado en la relación*. Las expectativas que cada parte tiene en el momento de negociar el acuerdo deben ser expresadas y aceptadas, para formar parte del consentimiento. Si embargo, el contrato *relacional* de trabajo quita al consentimiento de la gobernanza del acuerdo, para colocarla en la relación. Y esa relación de cooperación tiene la capacidad jurídica de crear expectativas implícitas, por el *Derecho* y por los *hechos*, que merecen luego protección contra el despido arbitrario.

En el nivel constitucional en el cual ubico al despido arbitrario, la regla del art. 245 de la ley 20.744 (y estatutos similares) es la expresión de esta ponderación legislativa entre los Derechos Constitucionales que se reconocen a la organización empresaria, principalmente derivados del derecho de propiedad, y los Derechos Constitucionales de la persona que trabaja (específicos e inespecíficos laborales).

En la teoría *relacional* del contrato de trabajo, el despido *arbitrario* implica una conducta oportunista del sujeto empleador contraria al desarrollo cooperativo de la relación, que ocasiona un *daño* por el quiebre injustificado de las *expectativas* legítimas que la persona que trabaja tiene en los beneficios que obtenía en esa relación. Ese poder jurídicamente reconocido a nivel constitucional implica, en su mayor extensión, la posibilidad de colocar a la persona que trabaja en forma inmediata en un estado de vulnerabilidad social. Por ello, limitando ese poder por ser intolerable en una sociedad democrática, el mandato protectorio del art. 14 Bis de la Constitución Nacional ordena al Poder Legislativo disponer un sistema que garantice la indemnidad de la persona que trabaja frente a esos daños.

Y así, si por parte de la persona que trabaja esa expectativa se encuentra referida, entre otros intereses personales y económicos (art. 4 de la ley 20.744), al mantenimiento de la capacidad de consumo de bienes y servicios que posibilita el salario, entonces el art. 245 de la ley 20.744 es su *garantía de indemnidad*. De esta forma, el efecto extintivo del despido arbitrario sobre el contrato de trabajo se encuentran condicionados a su inocuidad sobre esa capacidad de consumo, lo cual implica necesariamente la carga del pago de una suma de dinero como requisito del efecto extintivo del despido, que *garantizará* a la persona que trabaja y es arbitrariamente despedida a permanecer en su capacidad de consumo por un tiempo posterior al distracto; plazo este que será mayor en cuanto mayor sea la expectativa de permanencia en el contrato dado por el normal desarrollo de la relación laboral.

Confirmando, entonces, la hipótesis planteada, desde una visión *relacional* del contrato de trabajo, el art. 245 de la ley 20.744 protege la expectativa de mantenimiento de la capacidad de consumo de la persona que trabaja generada por el devengamiento salarial y, de esa manera, esa norma regula una *garantía de indemnidad* temporal de esa capacidad aun luego de la pérdida de la capacidad de devengamiento salarial por la extinción del contrato. Para que ello suceda, el efectivo pago de la garantía es condición de operación de la extinción del contrato de trabajo.

Sin embargo, y más allá de la hipótesis de investigación que delimita el marco teórico de esta tesis, la noción de *arbitrariedad* como *daño* permite ampliar y extender la protección

laboral más allá del art. 245 de la ley 20.744, dado que la protección constitucional no expresa un límite en las expectativas que se amparan. Esta protección debe ser tan amplia como lo reclamen las expectativas legítimas y razonables contenidas en el contrato psicológico (por los *hechos*) y en la legislación (por el *Derecho*).

De tal modo, en el ejercicio de la ponderación de los Derechos involucrados en la tensión constitucional se generarán las pautas de gobernanza de la relación en función a las distintas expectativas de la persona que trabaja, considerándola desde una visión *humanista* en un contexto social democrático.

En ese proceso de creación de protección laboral es de cardinal importancia la jurisprudencia de los Tribunales, pues generando una reiteración de reconocimientos de expectativas implícitas *por los hechos*, conforme el proceso expuesto en la segunda parte y con las garantías procesales de segundo grado a las que me referí en la cuarta parte, ese criterio jurisprudencial consolidado reclama su reconocimiento como regla jurídica estable por los demás sujetos a través del *Derecho* (Convenios de OIT, leyes, decretos, convenios colectivos de trabajo, etc.). Este ámbito de protección es un reconocimiento *social* de las expectativas que la persona que trabaja tiene en la relación cooperativa que mantiene con la parte empleadora.

La fuerza centrípeta del principio de *progresividad social* convoca a todos los operadores del Derecho a generar más y mejor protección social del sujeto vulnerable.

Así, por un requisito metodológico, limité el análisis de esta tesis a la indemnidad de la capacidad de consumo de bienes y servicios de la persona que trabaja regulada en el art. 245 de la ley 20.744, pero las herramientas teóricas que expuse en relación a la Teoría General relacional del Derecho del Trabajo (ya no limitada al contrato) son útiles para potenciar el principio protectorio, generando legislación laboral específica que permita superar el conflicto de la importación de soluciones dados por sistemas no laborales.

Destaco especialmente, con especial énfasis, que el sistema que se propone en esta

tesis solo implica un cambio en la interpretación doctrina (y jurisprudencial) de los textos jurídicos actualmente vigentes. Comentando el sistema jurídico laboral español, afirma Antonio Baylos que “*la ley restringe la libertad del empresario para despedir sobre dos grandes líneas de acción: la limitación de la arbitrariedad empresarial y la reparación del daño por la pérdida del empleo.*”<sup>534</sup> En la interpretación doctrinal predominante del sistema argentino actual, ambas -arbitrariedad empresarial y reparación del daño-, son entendidas en el sentido menos protectorio, desnaturalizando la garantía del mandato constitucional.

Espero que los argumentos expuestos en esta tesis sean suficientes a los efectos de disparar una discusión académica sobre un cambio en el *status quo* de la interpretación del despido arbitrario, hacia una mayor protección *social* de la persona que trabaja, en el marco de una sociedad democrática.

---

<sup>534</sup> Baylos, Antonio. *El despido individual...* Ob. Cit.; pág. 39.

## BIBLIOGRAFÍA /



### A /

Abramovich, Víctor y Courtis, Christian.

- Los derechos sociales como derechos exigibles. 2ª Ed. Trotta. Madrid (2004).
- Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. En: AA.VV. La protección judicial de los derechos sociales. Courtis, Christian y Ávila Santamaría, Ramiro (Edit.); Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República de Ecuador. Quito (2009); págs. 3 y sigs.

Ackerman, Mario.

- Sobre el contrato de trabajo por tiempo indeterminado. Revista de Derecho Laboral Tomo: 2005-2. Contratación laboral. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2005). Cita: RC D 2260/2012
- ¿Cuál es la denominación correcta de lo que llamamos "Ley de Contrato de Trabajo"? Revista de Derecho Laboral Actualidad. Tomo: 2019-2. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2019). Cita: RC D 518/2019
- Injuria laboral y justa causa. Revista de Derecho Laboral Actualidad. Tomo 2019-1. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2019). Cita: RC D 1302/2018

- El despido. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2019).

- Tecnología, trabajo y ocio: tres (posibles) buenos amigos para empezar a poner los caballos delante del carro. Revista de Derecho Laboral. Tomo: 2020-1. La relación de dependencia y las nuevas formas de trabajar y contratar. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2020); pág. 11. Cita: RC D 2221/2020

- ¿Indemnización por antigüedad o por despido? Revista de Derecho Laboral Actualidad 2019-2. Número especial. Cita: RC D 1164/2019.

- Validez constitucional de la tarifa con tope en la indemnización por despido arbitrario de cara a la doctrina actual de la corte suprema de justicia. Revista de Derecho Laboral. Tomo: 2000-1. Extinción del contrato de trabajo - I. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2000). Cita: RC D 2107/2012.

- El despido sin justa causa y el abuso del derecho. Revista de Derecho Laboral. Tomo: 2016-1. El Código Civil y Comercial de la Nación y el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social II. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2016); Cita: RC D 1568/2017

Acosta, María Victoria. Un nuevo e interesante aporte de la jurisprudencia en materia de estabilidad. Derecho del Trabajo 2015 (mayo), 993. Cita Online: AR/DOC/852/2015.

Albano, Carlos y Capo, Claudia. La rescisión unilateral en los contratos de larga duración y el solidarismo contractual. ADLA 2017-6,89. Cita Online: AR/DOC/897/2017.

Alejandro, Sergio. Emergencia ocupacional y suspensión de los despidos. eIDial DC20E3.

Alfie, Ana Clara. El despido discriminatorio y el nuevo debate en torno de la reinstalación del trabajador y la procedencia de la conversión indemnizatoria. La Ley 2011-B, 265. Cita Online: AR/DOC/725/2011

Alpa, Guido. La buena fe integrativa. En: AA.VV. Tratado de la buena fe. Tomo doctrina extranjera. Ed. La Ley. Buenos Aires (2004); pág. 180.

Alonso Olea, Manuel y Tortuero Plaza, José Luis. Instituciones de seguridad social. 11a. Ed. Civitas. Madrid (1988).

Aquino, Claudio. La salud y la seguridad como pilares del trabajo decente. Valores y principios de insoslayable tutela e indispensable protección. Derecho del Trabajo 2019 (Noviembre), 251. Cita online: AR/DOC/3697/2019.

Arce, Pablo y Ledesma Iturbide, Diego. Derecho a la estabilidad y principio de causalidad en el despido en el contexto de un Estado constitucional de Derecho y antropocéntrico. Revista de Derecho Laboral. Tomo: 2018-2. Contratación laboral y despido- II. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2018). Cita: RC D 1390/2018

Arese, César.

- La readmisión laboral en el PIDESC, el Convenio 158 de la OIT y el Protocolo de San Salvador a través del fallo de la CSJN "Álvarez". Revista de Derecho Laboral. Tomo: 2011-1. Extinción del contrato de trabajo-III. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2011). Cita: RC D 446/2013.
- Sobre confrontación de derechos fundamentales. Derecho del Trabajo 2017 (diciembre), 2425. Cita Online: AR/DOC/2614/2017
- ¿Es necesario ratificar el Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo? Revista de Derecho Laboral. Tomo: 2018-1 Contratación laboral y despido-I. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2018). Cita: RC D 1205/2018.
- Comentario a los arts. 64 y 65 de la ley 20.744. En: Maza, Miguel Angel (Dir.). Régimen de contrato de trabajo comentado. Tomo I. Ed. La Ley. Buenos Aires (2012); pág. 773.

Arias Gibert, Enrique. La protección contra el despido arbitrario en el modelo constitucional argentino. Revista de Derecho Laboral. Tomo: 2014-1. El Derecho del Trabajo en la Constitución Nacional – I. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2014). Cita: RC D 806/2016.

**B /**

Banchs, Irineo. Normas de interpretación, aplicación y presunciones en la ley de contrato de trabajo. Derecho del Trabajo 1975-107

Barbón Lacambra, José. La causa del contrato. Comparación entre el Código Civil de Vélez y el Código Civil y Comercial. RCCyC 2017,243. Cita online: AR/DOC/2669/2016.

Barnett, Randy. Conflicting Visions: A Critique of Ian Macneil's Relational Theory of Contract. 78 Virginia Law Review (1992); pág. 1175.

Barretto Ghione, Hugo. Derecho al trabajo y poder directivo del empleador: un replanteamiento. En: XXII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Libro de ponencias. Ed. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo (2011); pág. 112/3.

Baylos, Antonio. El despido individual y la garantía judicial del derecho al trabajo. Derecho y Sociedad 37. Ed. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima (2011); pág. 41.

Baylos, Antonio y Pérez Rey, Joaquín. El despido o la violencia del poder privado. Ed. Trotta. Madrid (2009).

Bauman, Zygmunt.

- Modernidad líquida. 3ª. Ed. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires (2004).
- Trabajo, consumismo y nuevos pobres. Ed. Gedisa. Barcelona (2000).

Bazán, Víctor. Hacia la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano. La Ley 2015-A, 863. Cita Online: AR/DOC/13/2015.

Beale, Hugh; Bishop, William y Furmston, Michael. Contract. Cases & materials. Ed. Butterworth & Co. Londres (1990).

Belley Jean-Guy.

- Une typologie sociojuridique du contrat. En: Sociologie du travail. 38<sup>e</sup> année n°4, Octobre-décembre 1996. Contrats et pratiques contractuelles. Approches pluridisciplinaires. págs. 465-486
- Contract relationnel. En: Popovici y Smith (Dir.) McGill Companion to law.

Berizonce, Roberto. Paradigma protectorio y principios de la prueba en los procesos sobre derechos "sensibles". Revista de Derecho Procesal. Tomo 2016-2. La prueba en el Código Civil y Comercial de la Nación. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2016). Cita: RC D 1250/2017

Betemps, Enrique. Apuntes laborales sobre compliance. La Ley 06/03/2020, 1. Cita Online: AR/DOC/313/2020.

Bird, Robert.

- An Employment Contract Instinct with an Obligation: Good Faith Costs and Contexts. 28 Pace Law Review (2008); pág. 409.
- Employment as a relational contract. U. Pa. Journal of Labor and Employment Law. Vol. 8:1; págs. 149 y sigs.

Bird, Robert; Dimatteo, Larry y Colquitt, Jason. Justice, Employment, and the Psychological Contract. Oregon Law Review Vol. 90, págs. 449 y sigs.

Bishop, William; Beale, Hugh y Furmston, Michael. Contract. Cases & materials. Ed. Butterworth & Co. Londres (1990).

Bisogno, Pablo. La libertad de contratación del consumidor y su derecho a discontinuar relaciones de consumo de ejecución continuada y plazo indeterminado. RDCO 288, 21/02/2018, 124. Cita Online: AP/DOC/32/2018.

Borda, Alejandro. Contratos en general. Capítulo I. Nociones generales. En: AA.VV. (Borda, Alejandro -Dir.-). Derecho civil y comercial. Contratos. 2ª. Ed. Thomson Reuters. Buenos Aires (2018).

Brain, Daniel. La reparación por daños ante la disolución injustificada del contrato de trabajo. Revista de Derecho Laboral. Tomo: 2011-1. Extinción del contrato de trabajo – III. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2011). Cita: RC D 542/2013.

Brodie, Douglas. How relational is the employment contract? Industrial Law Journal 2011; pág. 232.

Bronstein, Arturo. La utilización de los convenios de la OIT por los tribunales nacionales. Revista de Derecho Laboral. Tomo 2010-2. Normas internacionales y Derecho interno. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2010). Cita: RC D 149/2013.

Brown, Martin; Falk, Armin y Fehr, Ernst. Competition and relational contracts: the role of unemployment as a disciplinary device. IZA Discussion Papers, No. 3345, Institute for the Study of Labor (IZA), Bonn (2008).

Brunet, Graciela. Libertad e igualdad en la Modernidad: el concepto de derechos humanos. En: AA.VV. Justicia, democracia y derechos humanos. Un enfoque filosófico. Ediciones UNL. Santa Fe (2020); pág. 119. Citando a: Bobbio, Norberto. El tiempo de los derechos. Ed. Sistema. Madrid (1991). Traducción de Rafael de Asís Roig.

## C /

Cabanellas, Guillermo. Contrato de Trabajo. Parte General. Vol. III. Edit. Bibliográfica Omega. Buenos Aires (1964).

Calandrino, Alberto y Kloster, Ana María. ¿Es inconstitucional el despido? Comentario al fallo “L.E.M. c/ Qualytel de Latinoamérica S.A. s/ despido”. eDial DC1CE5.

Calvo Costa, Carlos.

- Daño resarcible. Su concepción a la luz del Código Civil y Comercial. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros 2015-IV, 81. Cita Online: AR/DOC/555/2015
- El significado y las especies de daño resarcible. Revista de Derecho de Daños Tomo 2012-3. Proyecto de Código Civil y Comercial. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2012). Cita RC D 1176/2014
- La constitucionalización del derecho de daños y el principio de la reparación plena. JA 2016-II

Campbell, David. Relational Contract and the Nature of Private Ordering: A Comment on Vincent-Jones. Indiana Journal of Global Legal Studies Vol. 14 (2007): Iss. 2, Article 5.

Capo, Claudia y Albano, Carlos. La rescisión unilateral en los contratos de larga duración y el solidarismo contractual. ADLA 2017-6,89. Cita Online: AR/DOC/897/2017.

Caputo, Leandro. Los contratos sin plazo de duración y la Ley de Defensa del Consumidor. JA 2002-III-1184.

Carballo Mena, César.

- Estabilidad en el empleo. Especial referencia al régimen jurídico venezolano. Revista de Derecho del Trabajo. Ed. Fundación Universitas. Barquisimeto (2014); págs. 63 y sigs.
- Los derechos fundamentales del trabajador como categoría jurídica. En: Sanguinetti Raymond, Wilfredo y Carballo Mena, César. Derechos fundamentales del trabajador y libertad de empresa. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas (2014), pág. 22

Carbonell, Miguel. Eficacia de la constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas. En: AA.VV. La protección judicial de los derechos sociales. Courtis, Christian y Ávila Santamaría, Ramiro (Edit.); Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República de Ecuador. Quito (2009); pág. 67.

Casalderrey, Liliana. Extinción del contrato de trabajo. Aplicación del Convenio OIT 158 en la legislación argentina. RDLSS 2012, 21. Cita Online: AR/DOC/9525/2012.

Cassagne, Juan Carlos. Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos. Tendencias actuales sobre el “ius variandi”. La Ley 2018-B. Cita on line: AR/DOC/731/2018.

Castel, Robert. La inseguridad social ¿Qué es estar protegido? Ed. Manantial. Buenos Aires (2015).

Cevasco, Luis y Corvalán, Juan. ¿Desempleo tecnológico? El impacto de la inteligencia artificial y la robótica en el trabajo. La Ley 2018-C. Cita Online: AR/DOC/1329/2018.

Collins, Hugh.

- Implied terms: the foundation in good faith and fair dealing. London School of Economics and Political Science. *Current Legal Problems*, 67 (1); págs. 297-331.
- Is a relational contract a legal concept? En: Degeling, Simone, Edelman, James and Goudkamp, James, (eds.) *Contract in Commercial Law*. Thomson Reuters, Toronto, Canada. LSE Research Online.
- The law of contract. Ed. Butterworths, Londres (1993)

Colquitt, Jason; Bird, Robert y Dimatteo, Larry. Justice, Employment, and the Psychological Contract. *Oregon Law Review* Vol. 90, págs. 449 y sigs.

Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 158) y a la Recomendación (núm. 166) sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra (1995).

Conway, Neil y Guest, David. Communicating the psychological contract: an employer perspective. *Human Resource Management Journal*, Vol 12 No 2, 2002, págs. 22-38

Coppoletta, Sebastián.

- Cobro ejecutivo de créditos de naturaleza laboral. Salarios adeudados y reconocidos. Despidos. En: Alonso, Daniel (Dir.); *Ejecución en materia comercial y empresarial*. Tomo I. Ed. La Ley. Buenos Aires (2011); pags. 419 y sigs.
- Comentario a los arts. 37 a 44 de la ley 20.744. En: Maza, Miguel (Dir.) *Régimen de contrato de trabajo comentado*. Tomo I. Ed. La Ley. Buenos Aires (2012); págs. 602 y sigs.
- Conflicto y ponderación de derechos fundamentales en las relaciones de trabajo. Análisis desde la Opinión Consultiva N° 22/2016 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista de Derecho Laboral Actualidad*. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe. Cita: RC D 885/2017
- Indemnización por ejercicio abusivo del derecho a rescindir sin causa un contrato sin plazo. *La Ley Litoral* 2002, 303. Cita online: AR/DOC/22051/2001

- Religión y Derecho del Trabajo. Revista de Derecho Laboral Actualidad. Año 2015 - N° 2. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2015); págs. 199 y sigs.

Coppoletta, Sebastián y García, Carolina. Remedios ante el despido discriminatorio: ¿reinstalación o indemnización? La Ley 2013-C, 134.

Coppoletta, Sebastián y Ugarte Cataldo, José Luis. Discriminación laboral, ponderación y "jus cogens". Revista de Derecho Laboral Tomo: 2014-1. El Derecho del Trabajo en la Constitución Nacional - I. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2015).

Córdoba, Marcos. Seguridad Jurídica. Los límites de la facultad de los jueces en la interpretación de la ley. La Ley Suplemento Actualidad 02/03/2006, 1. Cita Online: AR/DOC/957/2006

Corti, Esteban. Resulta constitucional el derecho del empleador a despedir a un trabajador sin justa causa y sin deber de indemnizar que establece el art. 92 bis. Ley de Contrato de Trabajo. RDLSS 2012-12. Cita Online: AP/DOC/176/2012

Corvalán, Juan y Cevasco, Luis. ¿Desempleo tecnológico? El impacto de la inteligencia artificial y la robótica en el trabajo. La Ley 2018-C. Cita Online: AR/DOC/1329/2018.

Courtis, Christian.

- La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. En: AA.VV. Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Ed. Del Puerto. Buenos Aires (2006).
- La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Biblioteca jurídica virtual del Instituto de investigaciones jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)

Courtis, Christian y Abramovich, Víctor

- Los derechos sociales como derechos exigibles. 2ª Ed. Trotta. Madrid (2004).

- Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. En: AA.VV. La protección judicial de los derechos sociales. Courtis, Christian y Ávila Santamaría, Ramiro (Edit.); Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República de Ecuador. Quito (2009); págs. 3 y sigs.

Croce, Matías. Algunas reflexiones en derredor de la estabilidad como derecho desde una mirada axiológica y breve ensayo sobre la posibilidad de implementar la estabilidad propia en el empleo privado a partir del derecho internacional de los derechos humanos en clave laboral. Revista de Derecho Público. Tomo: 2012-2 Empleo público - II. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2012). Cita: RC D 15/2015

## **D /**

Danzi, Jorge y García, Nadia. Prestación por desempleo. RDLSS 2014-10-976. Cita Abeledo Perrot nº AP/DOC/768/2014

De Diego, Julián. “Smart contracts” o contratos inteligentes. La influencia de Uber a través de aplicaciones informáticas. La Ley 2018-E. Cita Online AR/DOC/1651/2018

Deakin, Simon y Morris, Gillian. Labour Law. 5a. Ed. Hart Publishing. Oxford (2009).

Deakin, Simon. The many futures of the contract of employment. ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge. Working paper nº 91. Cambridge (2000).

Depetris, Eduardo. El daño al proyecto de vida del trabajador en los fallos de la Corte. DJ 28/09/2011, 1. Cita Online: AR/DOC/1720/2011

Deveali, Mario. Contrato de trabajo y relación de trabajo. Derecho del Trabajo 1942,1. Cita Online: AR/DOC/444/2010.

Di Chiazza, Iván. ¿Negociación previa a la rescisión unilateral en los contratos de duración? El Dial.com Publicado el 04/08/2016. Cita on-line: eIDial DC216E

Dimatteo, Larry; Bird, Robert y Colquitt, Jason. Justice, Employment, and the Psychological Contract. Oregon Law Review Vol. 90, págs. 449 y sigs.

Dobarro, Viviana.

- Diversidad sexual y discriminación en el ámbito laboral. La Ley 2009-F, 968. Cita Online: AR/DOC/3392/2009.
- Las medidas de acción positiva y la ley 25.674. La participación proporcional de las mujeres en la actividad sindical y en las comisiones negociadoras de los convenios colectivos de trabajo. Doctrina Laboral y Previsional n° 216, Ed. Errepar; pág. 734.

Dobson, Juan. Contratos de cumplimiento estricto: el acto abstracto en los contratos (art. 283 CCyCN). La promesa autónoma (art. 734 CCyCN). RCCyC 2016 (diciembre), 16/12/2016, 153. Cita Online: AR/DOC/3427/2016.

Dorfman, Rosalee. The regulation of fairness and duty of good faith in english contract law: a relational contract theory assessment. Leeds Journal of Law & Criminology. Vol. 1 No. 1.; pág. 96.

Duarte, David.

- Deber de indemnidad del empleador. La Ley 2007-E,301. Cita Online: AR/DOC/2391/2007.
- Derecho de daños laborales. Derecho del Trabajo 2010 (septiembre), 2304. Cita Online: AR/DOC/5250/2010.
- La protección contra el despido arbitrario y la estabilidad en el empleo. Revista Derecho del Trabajo. Año III, N° 8. Ediciones Infojus. Buenos Aires (2014); pág. 28.
- Visión nacional y provincial del empleo público. La Ley Online: AR/DOC/2923/2008.

Dubra, Diana. Presupuestos para la inclusión del daño moral como rubro indemnizatorio en caso de despidos injustificados. Derecho del Trabajo 2013 (septiembre), 2256. Cita Online: AR/DOC/3046/2013

Ducros Novelli, Daniela. El despido sin causa siempre tiene alguna causa. Un nuevo sistema de despido. RDLSS 2013-13. Cita Online: AR/DOC/5034/2013.

## **E /**

Eisenberg, Melvin. Why There Is No Law of Relational Contracts. 94 Nw. U. L. Rev. 805 (1999)

Elías, Jorge.

- Hiposuficiencia reclamacional: un nuevo desafío para el derecho del trabajo. Derecho del Trabajo 2011 (diciembre), 3196. Cita Online: AR/DOC/5722/2011.
- La crisis del sistema de protección contra el despido arbitrario. Revista de Derecho Laboral. Tomo: 2011-1. Extinción del contrato de trabajo – III. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2011); págs. 11 y sigs. Cita: RC D 430/2013.
- Revisión del concepto de protección contra el despido arbitrario. Revista de Derecho Laboral Tomo: 2014-1. El Derecho del Trabajo en la Constitución Nacional- I. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2014). Cita: RC D 808/2016

Ensinck, Juan. Ley de contrato de trabajo. Ed. Zavalía. Buenos Aires (1974); pág. 755.

Ermida Uriarte, Oscar. Etica y Derecho del Trabajo. Ius et veritas n° 30. Ed. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima (2005); pág. 231

## **F /**

Falk, Armin; Brown, Martin y Fehr, Ernst. Competition and relational contracts: the role of unemployment as a disciplinary device. IZA Discussion Papers, No. 3345, Institute for the Study of Labor (IZA), Bonn (2008).

Fehr, Ernst; Brown, Martin y Falk, Armin. Competition and relational contracts: the role of unemployment as a disciplinary device. IZA Discussion Papers, No. 3345, Institute for the Study of Labor (IZA), Bonn (2008).

Feinman, Jay. The reception of Ian Macneil's work on contract in the USA. En: Campbell, David (Ed.) The relational theory of contract: selected works of Ian Macneil. Sweet & Maxwell. Londres (2001); pág. 59.

Fernández Gianotti, Enrique. Aspectos del derecho constitucional de estabilidad laboral. La Ley 1988-D, 801. Cita Online: AR/DOC/2019/2001

Ferrajoli, Luigi.

- Derechos y garantías. La ley del más débil. 8a. ed. Edit. Trotta. Madrid (2016).
- Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales. Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 29. Universidad de Alicante. Ed. Marcial Pons. Alicante (2006); pág.25

Ferreirós, Estela Milagros.

- El empleo y su proyección merced a una estabilidad aceptada a nivel de los derechos humanos. Rechazo del tipo y jurídico de la arbitrariedad como forma de ilegitimidad. RDLSS 2012-2, 93. Cita Online: AP/DOC/1516/2013.
- Consideraciones particulares sobre la reparación en el derecho. Doctrina Laboral. Julio 2014. Ed. Errepar. Buenos Aires (2014).

Foglia, Ricardo. La asignación no remuneratoria y la obligación de comunicar previamente despidos sin justa causa. La Ley 23/11/2018, 1. Cita Online: AR/DOC/2557/2018

Fretes Vilndel Espeche, Leandro. El derecho de daños en el ámbito laboral. La Ley online: AP/DOC/4796/2012.

Freytes, Alejandro. Resistematización contractual en el Código Civil y Comercial de la Nación. RCCyC 2016 (noviembre), 17/11/2016, 153 - La Ley 16/02/2017. Cita Online: AR/DOC/3187/2016.

Furmston, Michael; Beale, Hugh y Bishop, William. Contract. Cases & materials. Ed. Butterworth & Co. Londres (1990).

## **G /**

Gabet, Emiliano. Daño moral e indemnización por despido. Derecho del Trabajo 2014 (agosto), 2129. Cita Online: AR/DOC/2381/2014

Gabrielli, Enrico. Contratos de larga duración. La Ley 2017-E, 995. Cita Online: AR/DOC/2531/2017.

Galgano, Franceso. Libertad contractual y justicia del contrato. La Ley 2008-B, 977. Cita Online: AR/DOC/772/2008

Gamonal, Sergio. Evolución del daño moral por término del contrato de trabajo en el derecho chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIX. Valparaíso (2012); pág. 163.

García Vior, Andrea. Arbitrariedad y Discriminación en el despido. elDial DC9B6.

García, Carolina y Coppoletta, Sebastián. Remedios ante el despido discriminatorio: ¿reinstalación o indemnización? La Ley 2013-C, 134.

García, Héctor.

- Autonomía individual y estabilidad en el contrato de trabajo a plazo fijo. Revista de Derecho Laboral 2005-2. Contratación laboral. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2005). Cita: RC D 2266/2012
- El trabajo mediante plataformas digitales y el problema de su calificación jurídica: ¿autónomo, dependiente o ambos a la vez? La Ley 2020-A, 1100. Cita Online: AR/DOC/304/2020.

García, Nadia y Danzi, Jorge. Prestación por desempleo. RDLSS 2014-10-976. Cita Abeledo Perrot nº AP/DOC/768/2014

Garrido Cordobera, Lidia.

- La perspectiva constitucional de los contratos. La Ley 2018-A, 1045. Cita Online: AR/DOC/198/2018.
- Nuevas perspectivas de la teoría general del contrato. La Ley 2013-F, 1011. Cita Online: AR/DOC/3321/2013

Gherzi, Carlos. Contratos civiles y comerciales. Tomo 1. Ed. Astrea. 2a. Ed. Buenos Aires (1992); pág. 254.

Gherzi, Carlos; Lovece, Graciela y Weingarten, Celia. Tratado de Derecho Civil y Comercial. Contratos. Parte general I. Ed. Nova Tesis. Rosario (2019).

Gialdino, Rolando.

- Derecho Internacional de los Derechos Humanos: principios, fuentes, interpretación y obligaciones. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires (2013).
- El salario mínimo como garantía del derecho humano a vivir en dignidad. La Ley 2016-A, 1174. Cita Online: AR/DOC/529/2016
- Reparaciones en materia de violación del Derecho Humano al Trabajo: Restitución, indemnización, compensación y garantías de no repetición. La Ley 2018-F,1. Cita Online: AR/DOC/2359/2018.

Goetz, Charles y Scott, Robert. Principles of Relational Contracts. 67 Virginia Law Review 1089.

Goldin, Adrián.

- Flexibilidad laboral y protección del trabajador; el modelo danés de "flexicuridad" y la Argentina. Derecho del Trabajo 2010 (septiembre), 2287. Cita Online: AR/DOC/5829/2010.
- La libertad sindical y las iniciativas voluntarias; el caso de Jerzees de Honduras. Derecho del Trabajo 2014 (marzo), 537. Cita Online: AR/DOC/266/2014

González Rossi, Alejandro y Khedayán, Eugenia. Los cambios en el enfoque de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con respecto a la carga probatoria en los casos de discriminación laboral. *Derecho del Trabajo* 2018 (agosto), 1828. Cita Online: AR/DOC/1533/2018

González Rossi, Alejandro. El despido discriminatorio y la introducción de una concepción de las consecuencias del despido sin expresión de causa en el Derecho Argentino. *Derecho del Trabajo* 2014 (enero), 55. Cita Online: AR/DOC/4521/2013.

Gregorini Clusellas, Eduardo.

- Contrato de agencia. La ruptura intempestiva y su indemnización. *DCCyE* 2010 (septiembre), 01/09/2010, 227. Cita Online: AR/DOC/6291/2010.
- Distribución comercial: La indemnización resarcitoria por su ruptura intempestiva. *La Ley Litoral* 2002, 01/01/2002, 983. Cita Online: AR/DOC/21252/2001.
- La ruptura intempestiva en la distribución comercial. Su situación antes y después del Código Civil y Comercial. *La Ley* 2018-C. Cita Online: AR/DOC/1255/2018.
- Revisión judicial de contratos de colaboración empresaria, la ruptura intempestiva y el resarcimiento. *La Ley* 2010-B, 739. Cita Online: AR/DOC/2109/2010.
- Ruptura contractual incausada de un negocio de larga duración y legitimación en la conexidad. *La Ley* 2014-D, 589. Fallo comentado: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C. 23/03/14. *Lupin S.R.L. c. Club Atlético Boca Juniors*. Cita Online: AR/DOC/2716/2014

Guadagnoli, Romina. Las desigualdades de género como obstáculo del Trabajo Decente. [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar) Id SAIJ: DACF130390

Gudel, Paul. Relational Contract Theory and the Concept of Exchange. *46 Buffalo Law Review* 763 (1998). <https://digitalcommons.law.buffalo.edu/buffalolawreview/vol46/iss3/4>

Guest, David y Conway, Neil. Communicating the psychological contract: an employer perspective. *Human Resource Management Journal*, Vol 12 No 2, 2002, págs. 22-38.

Guest, David. The Psychology of the Employment Relationship: An Analysis Based on the Psychological Contract. *Applied Psychology: An International Review*, 53(4), págs. 541–555.

Guibourg, Ricardo.

- Flexibilizaciones, motivos y circunstancias. *La Ley* 2019-F. Cita online: AR/DOC/3396/2019.
- Vulnerabilidad discriminatoria. *Derecho del Trabajo* 2015 (marzo), 487. Cita Online: AR/DOC/4762/2014.

## **H /**

Han, Byung-Chul. *La sociedad del cansancio*. 2ª. Ed. Editorial Herder. Barcelona (2017).

Harari, Yuval. *21 lecciones para el siglo XXI*. Debate. Buenos Aires (2018).

Herrera, Enrique. *Extinción de la relación de trabajo*. Ed. Astrea. Buenos Aires (1986).

Highton de Nolasco, Elena. Título preliminar del código civil y comercial. Principios generales del derecho argentino. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Tomo: 2015. Numero extraordinario. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2015).

Hitters, Juan Carlos. Los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales en la jurisprudencia de la Corte IDH y la reinterpretación del artículo 26 de la CADH. *La Ley* 04/03/2020, 1. Cita Online: AR/DOC/3945/2019

## **I /**

Ibáñez, Carlos. Extinción unilateral del contrato. *RCCyC* 2016 (septiembre), 19/09/2016, 3. Cita Online: AR/DOC/2555/2016.

Ibarlucía, Emilio. Sobre el contenido esencial de los derechos constitucionales. *La Ley* 2016-F, 834. Cita Online: AR/DOC/2720/2016

Irureta Uriarte, Pedro. Vigencia del principio de la buena fe en el derecho del trabajo chileno. Revista Ius et Praxis, Año 17, N° 2 2011, pág. 156.

## **J /**

Jalil, Julián y Piccioni, Pietro. La recepción en el Código Civil y Comercial de la doctrina del daño injusto del derecho italiano. Del daño injustamente causado al daño injustamente sufrido. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros 2019-X, 3. Cita Online: AR/DOC/1741/2019

Jiménez, Ana María. Alcance de las obligaciones de los Estados frente a los derechos económicos, sociales y culturales. En: AA.VV. Diversidad y derechos fundamentales. Revista de la Cátedra de Investigación Científica del Centro de Investigación en Política Criminal de la Universidad Externado de Colombia. Ed. Universidad Externado. Bogotá (2005); pág. 44.

## **K /**

Kahn-Freund, Otto. A note on status and contract in British labour law. The Modern Law Review Vol. 30. Edit. 1967, págs. 635 y sigs. Trabajo y derecho. Ed. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Publicaciones. Madrid (1987).

Kemelmajer, Aída. La buena fe en la ejecución de los contratos. En: Revista de Derecho Privado y Comunitario n° 18. Responsabilidad contractual II. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (1998); pág. 222.

Keselman, Sofía. A propósito del despido sin causa y las consecuencias que de él se derivan. Derecho del Trabajo 2011 (octubre), 2575. Cita Online: AR/DOC/7309/2010.

Khedayán, Eugenia y González Rossi, Alejandro. Los cambios en el enfoque de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con respecto a la carga probatoria en los casos de discriminación laboral. Derecho del Trabajo 2018 (Agosto), 1828. Cita Online: AR/DOC/1533/2018

King, Brayden y Smith, Gordon. Contracts as Organizations. *Arizona Law Review*, Vol. 51, No. 1, 2009.

Kiss, György. Transition of a Contract of Employment: from the *Locatio Conductio* to the Relational Contract. *New Zealand Journal of Employment Relations*, 43(3): 75-90.

Kloster, Ana María y Calandrino, Alberto. ¿Es inconstitucional el despido? Comentario al fallo “L.E.M. c/ Qualytel de Latinoamérica S.A. s/ despido”. *eDial DC1CE5*.

Kronman, Anthony. Contract law and distributive justice. 89 *Yale Law Journal*; pág. 472.

Krotoschin, Ernesto.

- Tratado práctico de Derecho del Trabajo. Vol. I. Ed. Depalma. Buenos Aires (1955).
- Valoración jurídico-social de la Ley de Contrato de Trabajo. La Ley 1975-B, 1013. Cita Online: AR/DOC/396/2010

## **L /**

Laithier, Yves-Marie. À propos de la réception du contrat relationnel en droit français. (2006) *Recueil Dalloz*, n 15, *Chronique*, 1003.

Lalanne, Julio. Derechos individuales y colectivos del trabajador. En: Grosman, Lucas, Rivera (h.), Julio, Legarre, Santiago y Elias, José (Dir.) *Tratado de los derechos constitucionales*. Tomo III. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires (2014); págs. 4-120.

Las Heras, Horacio. Nota al pie de página n° 1 en Estabilidad. En: Ackerman, Mario. *El Despido*. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2019); pág. 18.

Ledesma Iturbide, Diego.

- El despido discriminatorio como supuesto de abuso del poder de despedir sin justa causa. La Ley Online Cita: RC D 3852/2012.

- Los trabajadores y el riesgo empresario. Derecho del Trabajo 2013 (abril), 834. Cita Online: AR/DOC/82/2013.

Ledesma Iturbide, Diego y Arce, Pablo. Derecho a la estabilidad y principio de causalidad en el despido en el contexto de un Estado constitucional de Derecho y antropocéntrico. Revista de Derecho Laboral. Tomo: 2018-2. Contratación laboral y despido- II. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2018). Cita: RC D 1390/2018

Livellara, Carlos.

- Contenido de la relación individual de trabajo. En: Vázquez Vialard, Antonio (Dir). Tratado de Derecho del Trabajo. Tomo 3. Cap. XI. Edit. Astrea. Buenos Aires (1982); pág. 592.
- Despido sin causa en situaciones especialmente protegidas. Revista de Derecho Laboral 2000-2. Extinción del contrato de trabajo II. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2000). Cita: RC D 2125/2012

Lon, Fuller y Perdue Jr., William. The Reliance Interest in Contract Damages 1. 46 Yale Law Journal (1936) 52-96.

López de Zavalía, Fernando. Teoría de los contratos. Tomo I. Parte General. Ed. Zavalia. 3a Ed. Buenos Aires (1991).

López, Justo. Despido arbitrario y estabilidad. LT XXI-289.

Lorenzetti, Ricardo.

- Tratado de los Contratos. Tomo I. Ed. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe (2003).
- Esquema de una teoría sistémica del contrato. La Ley 1999-E, 1168. Cita Online: AR/DOC/5815/2001

Lovece, Graciela. El principio de la autonomía de la voluntad. Sus límites en la sociedad actual. La Ley 2007-F, 753. Cita Online: AR/DOC/2945/2007.

Lovece, Graciela; Weingarten, Celia y Ghersi, Carlos. Tratado de Derecho Civil y Comercial. Contratos. Parte general I. Ed. Nova Tesis. Rosario (2019).

## M/

Macaulay, Stewart.

- The real and the paper deal: empirical pictures of relationships, complexity and the urge for transparent simple rules. En: AA.VV. Implicit dimensions of contract. Campbell, David; Collins, Hugh y Wightman, John. Ed. Hart Publishing. Oxford (2003).
- Non-contractual Relations in Business: A Preliminary Study (1963) 28 American Sociological Review 55

Machado, José Daniel y Ojeda, Raúl. Las indemnizaciones debidas como consecuencia de la extinción de la relación de trabajo. En: Ackerman, Mario (Dir). Tratado de Derecho del Trabajo. Tomo IV. 1a. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2005); pág. 240.

Machado, José Daniel.

- El proceso de estructura monitoria y los créditos laborales. Revista de Derecho Laboral. Procedimiento laboral I. 2007-1. Ed. Rubinzal- Culzoni. Santa Fe (2007); pág. 115.
- Estabilidad y derecho “al” trabajo, a la luz de los instrumentos internacionales. Revista de Derecho Laboral 2010-2. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2010); pág. 265.
- La doctrina de la carga probatoria dinámica y su aplicación al proceso laboral. Revista de Derecho Laboral. Tomo: 2007-2. Procedimiento Laboral - II. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2007). Cita RC D 2415/2012

Macneil, Ian.

- Relational Contract Theory: Challenges and Queries (2000) 94 Northwestern University Law Review 877
- The Many Futures of Contracts (1974) 47 Southern California Law Review 691.

- Relational contracts: What we do and we do not know (1985) Wisconsin Law Review 483.
- Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical and relational contract law. 72 Northwestern University Law Review (1977); pág. 864
- The new social contract. An inquiry into modern contractual relations. Ed. Yale University. New Haven (1980).

Mangarelli, Cristina.

- Cobertura Universal de los sistemas de Protección social y de Seguridad Social y su relación con el empleo. Derecho del Trabajo 2009 (junio), 635. Cita Online: AR/DOC/2700/2008.
- Daños en el Derecho del Trabajo. Ed. La Ley Uruguay. Montevideo (2017).
- Relaciones entre el derecho del trabajo y el derecho civil. Derecho del Trabajo 1999-B, 2053. Cita Online: AR/DOC/19578/2001

Martín Yáñez, María Teresa. Las normas mínimas de seguridad social. Ratificación del Convenio 102 OIT. La Ley 2017-A, 1180. Cita Online: AR/DOC/510/2017.

Martínez Vivot, Julio. Elementos del derecho del trabajo y de la seguridad social. 4ª ed. Ed. Astrea. Buenos Aires (1994).

Massa, Héctor. La revisión del contrato ante el desequilibrio sobrevenido de las prestaciones: la cláusula rebus sic stantibus. APC 2013-7, 01/07/2013, 825. Cita Online: AP/DOC/1448/2013.

Maza, Miguel Ángel. Algunas reflexiones en torno a la protección contra el despido arbitrario, sobre los recargos y más recargos establecidos por las leyes laborales y sobre la extensión del preaviso debido al trabajador despedido sin justa causa. Revista de Derecho Laboral. Tomo: 2011-2. Extinción del contrato de trabajo – IV. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2011). Cita: RC D 560/2013.

Maza, Miguel Ángel y Podestá, José María. Consideraciones en torno al plazo del contrato de trabajo. Derecho del Trabajo 1983-B, 1097. Cita Online: AR/DOC/1345/2005.

Meda, Dominique. ¿Qué sabemos sobre el trabajo? Revista de Trabajo. Año 3, Número 4. Enero - Noviembre 2007. Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la República Argentina. Buenos Aires (2007).

Mejía Rivera, Joaquín. Las obligaciones internacionales en materia de derechos económicos, sociales y culturales a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Revista Internacional de Derechos Humanos nº 3. Ed. Centro Latinoamericano de Derechos Humanos. Mendoza (2013) [www.revistaidh.org](http://www.revistaidh.org); págs. 95/6

Molina Higuera, Angélica Aproximaciones sobre el derecho al trabajo desde la perspectiva de los derechos humanos. [www.scielo.org.co/pdf/esju/v9nspe/v9s1a8.pdf](http://www.scielo.org.co/pdf/esju/v9nspe/v9s1a8.pdf)

Molina Sandoval, Carlos. Daño resarcible. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros 2019-V, 22. Cita Online: AR/DOC/216/2019

Monsalvo, Manuel. El derecho del trabajo y el derecho de la seguridad social. Sus vasos comunicantes. Derecho del Trabajo 2017 (octubre), 2065. Cita Online: AR/DOC/2240/2017.

Montoya Melgar, Alfredo. Derecho del trabajo. 23a Ed. Editorial Tecnos. Madrid (2002).

Morando, Juan Martín. Introducción al estudio de los procesos urgentes en relación con el Derecho del Trabajo. Revista de Derecho Laboral. Procedimiento laboral II. 2007-2. Ed. Rubinzal- Culzoni. Santa Fe (2007); pág. 167.

Morresi, Jorge. Incumplimiento al derecho de la seguridad social. Consecuencias en el contrato de trabajo. Derecho del Trabajo 2010 (junio), 1552. Cita Online: AR/DOC/2786/2010.

Morris, Gillian y Deakin, Simon. Labour Law. 5a. Ed. Hart Publishing. Oxford (2009).

Mosset Iturraspe, Jorge. Contratos. Edit. Ediar. Buenos Aires (1988).

Mosset Iturraspe, Jorge y Piedecabras, Miguel. La revisión del contrato. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2008).

## **N /**

Neffa, Julio. Los riesgos psicosociales en el trabajo: contribución a su estudio. Centro de Estudios e Investigaciones Laborales - CEIL-CONICET. Buenos Aires (2015).

Nicolau, Noemí.

- Fundamentos del derecho contractual. Tomo I. Teoría general del contrato. Ed. La Ley. Buenos Aires (2009).
- La frustración del fin. Un modo de realizar la cooperación debida en el contrato. La Ley 1993-A, 882. Cita Online: AR/DOC/10398/2001
- La revisión y renegociación del contrato como instrumentos útiles para su adecuación a las circunstancias sobrevenidas. Jurisprudencia Argentina. La Ley. Cita Online: 0003/009167
- Nicolau, Noemí. El principio de confianza en el derecho civil actual. Jurisprudencia Argentina. Cita Online: 0003/008282

Nino, Carlos. Ética y derechos humanos. 2ª. Edición. Ed. Astrea. Buenos Aires (2017).

## **O /**

Ojeda, Raúl y Machado, José Daniel. Las indemnizaciones debidas como consecuencia de la extinción de la relación de trabajo. En: Ackerman, Mario (Dir). Tratado de Derecho del Trabajo. Tomo IV. 1a. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2005); pág. 240.

Onaindia, José Miguel. Protección constitucional contra el despido arbitrario. En: AA.VV. El despido arbitrario y sus consecuencias indemnizatorias. García Vior, Andrea (Coord.). Colección temas de derecho laboral nº 8. Ed. Errepar. Buenos Aires (2010).

Organización Internacional del Trabajo. Las reglas del juego. Una introducción a la actividad normativa de la Organización Internacional del Trabajo. 4a. Ed. (2019).

Orsini, Juan. El derecho al trabajo como límite constitucional al despido injusto. Derecho Social. Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales n° 42. U.N.L.P. La Plata (2012); págs. 364 y sigs. La Ley Cita Online: AR/DOC/5307/2012.

Ott, Claus y Schäfer, Hans-Bernd. Manual de análisis económico del derecho civil. Ed. Tecnos. Madrid (1991).

## **P /**

Pasten, Gloria. Evolución e involución del art. 245 de la ley de contrato de trabajo. <https://studylib.es/doc/7191981/evoluci%C3%B3n-e-involuci%C3%B3n-del-art.245-de-la-ley-de>

Pastor, Santos. Sistema jurídico y economía. Ed. Tecnos. Madrid (1989).

Perdue Jr., William y Lon, Fuller. The Reliance Interest in Contract Damages: 1. 46 Yale Law Journal (1936) 52-96.

Pérez Amoros, Francisco. Derecho del Trabajo y medio ambiente: unas notas introductorias. Gaceta Laboral [online]. 2010, vol.16, n.1, págs. 93-128.

Pérez Rey, Joaquín y Baylos, Antonio. El despido o la violencia del poder privado. Ed. Trotta. Madrid (2009).

Peyrano, Jorge y Vitantonio, Nicolás. De nuevo sobre las denominadas “medidas autosatisfactivas” (Con especial aplicación al Derecho del Trabajo). Revista de Derecho Laboral. Procedimiento laboral II. 2007-2. Ed. Rubinzal- Culzoni. Santa Fe (2007); págs, 11 y sigs.

Piccioni, Pietro y Jalil, Julián. La recepción en el Código Civil y Comercial de la doctrina del daño injusto del derecho italiano. Del daño injustamente causado al daño injustamente sufrido. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros 2019-X, 3. Cita Online: AR/DOC/1741/2019.

Piedecabras, Miguel y Mosset Iturraspe, Jorge. La revisión del contrato. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2008).

Pinto, Silvia. El Derecho a la estabilidad en el empleo. En: AA.VV. Ackerman, Mario (Dir). Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho del trabajo y la seguridad social. Ed. La Ley. Buenos Aires (2002); págs. 123 y sigs.

Piña, María del Carmen.

- Derechos Humanos, trabajo decente y derecho del trabajo. Revista de Derecho Laboral. 2009-1. Discriminación y violencia laboral II. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2009); pág. 9.
- La condición laboral y el principio protectorio. Análisis de su vigencia y crisis en el Derecho Laboral Argentino. Lerner Editora. Córdoba (2007).
- Principios del Derecho Procesal del Trabajo. Una revisión acorde con los tiempos. Revista de Derecho Laboral. Procedimiento laboral III. 2008-1. Ed. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe (2008); pág. 19.

Pirola, Miguel Ángel. Derechos y deberes de las partes del Contrato de Trabajo. Ed. La Ley. Buenos Aires (2013).

Pistone, Mateo. Derecho a la estabilidad de los trabajadores dependientes. Ed. Ediar. Buenos Aires (1965).

Pita, Enrique y Pita, Juan Martín. Resolución y rescisión de los contratos de distribución tipificados en el Código Civil y Comercial (agencia, concesión y franquicia). RCCyC 2016 (febrero), 05/02/2016, 160. Cita Online: AR/DOC/23/2016.

Pizarro, Ramón. El concepto normativo de daño en el Código Civil y Comercial. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros 2020-IX, 3. Cita Online: AR/DOC/2378/2020.

Pizarro, Ramón y Vallespinos, Carlos. Manual de responsabilidad civil. Tomo I. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2019).

Podestá, José María y Maza, Miguel Ángel. Consideraciones en torno al plazo del contrato de trabajo. Derecho del Trabajo 1983-B, 1097. Cita Online: AR/DOC/1345/2005.

Porto Macedo Jr., Ronaldo. Contratos relacionales y defensa del consumidor. Ed. La Ley. Buenos Aires (2006).

Pozzo, Juan. Manual práctico de Derecho del Trabajo. Ed. Ediar. Buenos Aires (1961).

Prieto Molinero, Ramiro. La cuestión de la antijuridicidad en la responsabilidad civil. La Ley 28/09/2016, 1. Cita Online: AR/DOC/2876/2016.

## **Q /**

Quaglia, Marcelo. La empresa posmoderna ante el derecho. La Ley 2009-B, 878. AR/DOC/1090/2009.

Queirolo, Graciela. Indemnizaciones, enfermedades y antigüedad entre los empleados de comercio: alcances y límites de la ley n° 11.729 (argentina, 1934-1945). Estudios Sociales 50 [enero-junio 2016]. Ed. Universidad Nacional del Litoral. Santa Fe (2016); pág. 145.

## **R /**

Raffaghelli, Luis. Otra mirada sobre el fallo "Vizzoti". Actualización de un tema irresuelto: el despido y el derecho a la estabilidad. El derrotero de la doctrina judicial: de "Vizzoti" a "Álvarez". Revista de Derecho Laboral 2011-1. Extinción del contrato de trabajo – III. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2011). Cita: RC D 727/2013

Rainolter, Milton. Esquema histórico del desarrollo de la norma laboral en Argentina. En: Vázquez Vialard (Dir). Tratado de Derecho del Trabajo. Tomo 3. Edit Astrea. Buenos Aires (1982); págs. 25 a 49.

Ramírez Gronda, Juan.

- Naturaleza de la indemnización. En: Deveali, Mario (Dir.). Tratado de Derecho del Trabajo. Tomo I. Ed. La Ley. Buenos Aires (1964); pág. 575.
- El contrato de trabajo. Cap. VII. Terminación del contrato. En: Deveali, Mario (Dir.). Tratado de Derecho del Trabajo. Tomo I. Ed. La Ley. Buenos Aires (1964); pág. 633.

Raso Delgue, Juan. La estabilidad en el empleo. En: AA.VV. Raso Delgue, Juan (Dir.) Derecho del Trabajo. Tomo II. Ed. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo (2012); pág. 242

Remaggi, Luis. El valor de la clientela y la conclusión de los contratos de agencia y distribución. SJA 2016/04/06-6. Abeledo Perrot n°: AP/DOC/232/2016.

Rodríguez Mancini, Jorge.

- El trabajo en el futuro. Derecho del Trabajo 2016 (noviembre), 2635. La Ley Online: AR/DOC/2616/2016.
- Estabilidad impropia o relativa según la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Desde "De Luca" a "Madorrán" pasando por "Figuerola" y "UOM". Cuatro integraciones y un solo concepto. Derecho del Trabajo 2009 (agosto), 829. Cita Online: AR/DOC/2387/2009

Rogozińska-Pawelczyk, Anna. Impact and effects of relational and transactional psychological contract. Slovak Scientific Journal Management: Science and Education, 1, págs. 41-44.

Romagnoli, Humberto. Prólogo en: Baylos, Antonio y Pérez Rey, Joaquín. El despido o la violencia del poder privado. Ed. Trotta. Madrid (2009); pág. 11.

Rousseau, Denise. Psychological and implied contracts in organizations. Employee Responsibilities and Rights Journal, Vol. 2, No. 2, 1989. Ed. Springer; pág. 124 y 131.

Rovelli, Patricia. Indemnización por despido: naturaleza y alcances. Derecho Laboral y Seguridad Social. Enero 2018. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires (2018); pág. 112.

Ruay Sáez, Francisco. Derecho Procesal del Trabajo. Aportes para su estudio desde el debate entre garantistas y publicistas. Actualidad Jurídica n° 316. Editorial Gaceta Jurídica. Lima (2020); pág. 170.

## S /

Salpeter, Pablo. Despido incausado, ilícito contractual y derecho del empleador. Revista de Derecho Laboral Actualidad. Tomo: 2018-1. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2018). Cita: RC D 1724/2017.

Salvioli, Fabián. El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. XXXVIII Session d'enseignement. Institut international des droits de l' homme. Estrasburgo, Francia, Julio 2007.

Sánchez Herrero, Andrés.

- La no renovación de los contratos de duración determinada. La Ley 2018-C. Cita Online: AR/DOC/3105/2017.
- La rescisión ilícita de los contratos de duración indeterminada y la indemnización del lucro cesante. RDCO 289, 23/04/2018, 329. Cita Online: AP/DOC/182/2018.
- La rescisión unilateral de los contratos de duración y el deber de renegociar. La Ley 19/03/2018, pág. 1. Cita Online: AR/DOC/461/2018

Sanguinetti Raymond, Wilfredo. Derechos fundamentales del trabajador y libertad de empresa: el juicio de ponderación. En: Carballo Mena, César y Sanguinetti Raymond, Wilfredo. Derechos fundamentales del trabajador y libertad de empresa. Ed. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas (2014); págs. 57/58.

Santarelli, Fulvio.

- La influencia de los paradigmas metodológicos en el derecho privado. Causa y principios contractuales. La Ley 2005-A, 1304. Cita Online: AR/DOC/2894/2004.

- La regulación del mercado a través del contrato. Una propuesta para la protección del empresario débil. La Ley 2007-C, 1044. Cita Online: AR/DOC/1783/2007

Santiago, Horacio. Extinción del contrato. Revocación y rescisión. En: AA.VV. Contratos. Teoría general. Stiglitz, Rubén (Dir.). Ed. Depalma. Buenos Aires (1990); pág. 553.

Sardegna, Paula. El vaciamiento conceptual del principio laboral de buena fe. En: AA.VV. Tratado de la buena fe. Tomo doctrina nacional. Córdoba, Marcos (Dir.). Ed. La Ley. Buenos Aires (2004); pág. 1115.

Schäfer, Hans-Bernd y Ott, Claus. Manual de análisis económico del derecho civil. Ed. Tecnos. Madrid (1991).

Schiel, Eduardo. Acerca del despido sin invocación de causa. Doctrina Laboral y Previsional n° 407. Julio 2019. Ed. Errepar. Buenos Aires (2019).

Scott, Robert y Goetz, Charles. Principles of Relational Contracts. 67 Virginia Law Review 1089.

Scott, Elizabeth y Scott, Robert. Marriage as Relational Contract. 84 Virginia Law Review. 1225 (1998).

Seco, Ricardo. Estabilidad de los trabajadores privados. "De Luca" visto desde "Álvarez vs. Cencosud". Revista de Derecho Laboral. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2012). Cita: RC D 3939/2012

Serebrinsky, Diego. La indemnización al concesionario en la extinción culpable de los contratos de concesión comercial. RDCO 283, 17/04/2017, 421. Cita Online: AP/DOC/136/2017.

Serrano Alou, Sebastián. El trabajador y el derecho a la reparación de los daños de la desvinculación. La Ley 2009-E, 402.

Serrano Redonnet, Diego. El "contrato de larga duración" en el nuevo Código Civil y Comercial. El Dial 11/08/2015. Cita online: elDial DC1F7D

Shapiro, Ian. Sobre la no-dominación. Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 35 Universidad de Alicante. Ed. Marcial Pons. Alicante (2012); págs. 589-628

Sinzheimer, Hugo. Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo. Ed. IELSS. Madrid (1984).

Smith, Gordon y King, Brayden. Contracts as Organizations. Arizona Law Review, Vol. 51, No. 1, 2009.

Snyder, Franklin. The Pernicious Effect of Employment Relationships on the Law of Contracts. 10 Texas Wesleyan Law Review 33 (2003).

Sobrino, Waldo.

- ¿Existe el contrato de consumo? RCCyC 2019, pág. 143. Cita Online: AR/DOC/1922/2019.
- ¿"Contratos de consumo" o "vínculos de consumo"? La Ley 16/07/2019, 1. Cita Online: AR/DOC/1743/2019.

Solá, Juan Vicente. Constitución y economía. 1a. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires (2004).

Sozzo, Gonzalo.

- Los nuevos modelos constitucionales alternativos al desarrollo en América del Sur (buen vivir y desarrollo perdurable en la arena del derecho). Revista de Derecho Ambiental 40. Ed. La Ley. Buenos Aires (2014); pág. 77. Cita Online: AR/DOC/5780/2014.
- Riesgos del desarrollo y sistema de derecho de daños. Revista de Derecho de Daños Tomo 2006-2. Eximentes de responsabilidad II. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2006). Cita RC D 1794/2012

Stiglitz, Rubén. Un nuevo orden contractual en el Código Civil y Comercial de la Nación. La Ley 2014-E, 1332. Cita Online: AR/DOC/3668/2014

Styne, Johan. Contract law: fulfilling the reasonable expectations of honest men. 113 The Law Quarterly Review 1997; págs 433 y sigs.

## T /

Taylor, Frederick. *Scientific Management*. Ed. Harper & Row. Nueva York (1947).

Teklé, Tzehainesh. *Labour law and worker protection in the south: an evolving tension between models and reality*. En: AA. VV (Teklé, Tzehainesh -Dir.-) *Labour law and worker protection in developing countries*. Hart Publishing. Oxford (2010).

Tortuero Plaza, José Luis y Alonso Olea, Manuel. *Instituciones de seguridad social*. 11a. Ed. Civitas. Madrid (1988).

Toselli, Carlos. Ponencia Oficial en XXXIV Jornadas de Derecho Laboral de la Asociación de Abogados Laboralistas de la República Argentina. *Estabilidad laboral – Nulidad del despido – El despido como acto ilegítimo – Legislación comparada – Estabilidad del activista sindical*.

Tosto, Gabriel. *Principios y reglas en el contrato de trabajo y en el derecho colectivo del trabajo*. Ed. Nuevo enfoque jurídico. Córdoba (2007).

Tula, Diego.

- Comentario al fallo 'Sequeira, Carmen Fabiana c. Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos s. Acción de amparo'. Rubinzal Online. Cita: RC D 3165/2020.
- Daños y perjuicios por la falta de acceso del trabajador al subsidio por desempleo. ¿Un cambio en la doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires? *La Ley Buenos Aires* 2011 (agosto), 712. Cita Online: AR/DOC/7775/2010

## U /

Ugarte Cataldo, José Luis.

- *Derecho del trabajo: invención, teoría y crítica*. Legal Publishing. Thomson Reuters. Santiago de Chile (2014).

- Derechos fundamentales en el trabajo, poder y nuevas tecnologías. IUS Revista del instituto de ciencias jurídicas de Puebla. Vol. 14, Núm. 45. Puebla (2020)
- Derechos fundamentales en el contrato de trabajo. Thomson Reuters. Santiago de Chile (2013).

Ugarte Cataldo, José Luis y Coppoletta, Sebastián. Discriminación laboral, ponderación y "jus cogens". Revista de Derecho Laboral Tomo: 2014-1. El Derecho del Trabajo en la Constitución Nacional - I. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2015).

## V /

Vallespinos, Carlos y Pizarro, Ramón. Manual de responsabilidad civil. Tomo I. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2019).

Vázquez Vialard, Antonio. Derecho del trabajo y de la seguridad social. 4a. Ed. Tomo 2. Edit. Astrea. Buenos Aires (1989).

Vergara, Leandro. Nuevo orden contractual en el Código Civil y Comercial. La Ley 2015-A, 507. Cita Online: AR/DOC/4608/2014.

Villanueva, Julia. Los plazos de duración y de preaviso en los contratos de distribución comercial. RCCyC 2016 (febrero), 05/02/2016, 174. DJ 08/06/2016, 1. Cita Online: AR/DOC/24/2016.

Vincent-Jones, Peter. The reception of Ian Macneil's work on contract in the UK. En: Campbell, David (Ed.) The relational theory of contract: selected works of Ian Macneil. Sweet & Maxwell. Londres (2001); pág. 67.

Vitantonio, Nicolás y Peyrano, Jorge. De nuevo sobre las denominadas "medidas autosatisfactivas" (Con especial aplicación al Derecho del Trabajo). Revista de Derecho Laboral. Procedimiento laboral II. 2007-2. Ed. Rubinzal- Culzoni. Santa Fe (2007); pág. 11.

## **W /**

Weingarten, Celia. El principio de confianza en el Código Civil y Comercial. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2020).

Weingarten, Celia, Ghersi, Carlos y Lovece, Graciela. Tratado de Derecho Civil y Comercial. Contratos. Parte general I. Ed. Nova Tesis. Rosario (2019).

Williamson, Oliver.

- The mechanisms of governance. Oxford University Press. Oxford (1996).
- Transaction-cost economics: the governance of contractual relations. The Journal of law and economics. Vol. 22, n° 2 (October 1979). Ed. University of Chicago Press; pág. 233.

## **Y /**

Yasin, Omar. Sobre la inconstitucionalidad de la prohibición de despidos y de cuándo existe emergencia ocupacional. Derecho del Trabajo 2016 (junio), 1203 Cita Online: AR/DOC/1622/2016.

## **Z /**

Zolynski; Janusz. Derecho privado o derecho público: análisis en el contexto del derecho laboral colectivo y de la naturaleza del contrato laboral. Derecho Laboral y Seguridad Social. Enero 2018. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires (2018); pág. 132.