

Tipo de documento: Tesis de maestría

Maestría en Derecho y Economía

Análisis de la Indemnización por despido incausado en Argentina: Fundamentos para la implementación de fórmulas matemáticas para su justa cuantificación.

Autoría: Panozzo, Octavio Roberto

Año de defensa de la tesis: 2019

¿Cómo citar este trabajo?

Panozzo, O. (2019) "Análisis de la Indemnización por despido incausado en Argentina: Fundamentos para la implementación de fórmulas matemáticas para su justa cuantificación". [Tesis de maestría. Universidad Torcuato Di Tella]. Repositorio Digital Universidad Torcuato Di Tella <https://repositorio.utdt.edu/handle/20.500.13098/12004>

El presente documento se encuentra alojado en el Repositorio Digital de la Universidad Torcuato Di Tella bajo una licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual 2.5 Argentina (CC BY-NC-SA 2.5 AR)

Dirección: <https://repositorio.utdt.edu>



ESCUELA DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO Y ECONOMÍA

**Análisis de la Indemnización por despido
incausado en Argentina: Fundamentos para
la implementación de fórmulas matemáticas
para su justa cuantificación.**

PANOZZO, OCTAVIO ROBERTO

LEGAJO: 13K1149

TUTOR: MATÍAS IRIGOYEN TESTA

Agradecimientos: a Dios mi creador y amigo, a mi hijo Vicente por ser fuente de amor e inspiración, a Mara mi compañera de vida quien compartió con paciencia inquebrantable el proceso de elaboración de esta Tesis, a mis padres por haber confiado e impulsado todo este esfuerzo, y a mi tutor, un gran y generoso guía, sin todos ellos, esta obra no habría sido posible.

ÍNDICE GENERAL:

CAPITULO I: INTRODUCCIÓN	54
CAPÍTULO II: EL DESPIDO EN LA ARGENTINA. ANÁLISIS JURÍDICO TRADICIONAL	76
II.1- La extinción del Contrato de Trabajo:.....	77
II.2- La Estabilidad en el Empleo:	88
II.3- Formas de Extinción del Contrato de Trabajo:	1040
II.4- La Indemnización por Antigüedad (art. 245 LCT):.....	1313
II.4.a- Antecedentes Históricos	1313
II.4.b- Principales Características.....	1515
II.4.c- Pasos para Calcular la Indemnización por Antigüedad	1818
II.4.d- El Tope Legal	2727
II.5- Colofón:.....	3535
CAPÍTULO III: LA REGULACIÓN DEL DESPIDO EN EL DERECHO COMPARADO.	3837
III.1- La Regulación del Despido en el Convenio N° 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)	3939
III.2- La Regulación del Despido en Europa.....	4040
III.2.a- Unión Europea: Derecho Comunitario.....	4040
III.2.b- Alemania:	4141
III.2.c- Dinamarca:	4342
III.2.d- España:.....	4444
III.2.e- Francia:.....	4646
III.2.f- Italia:	4848
III.2.g- Reino Unido:.....	5049
III.3- La Regulación del Despido en Países de América del Sur:	5252
III.3.a- Mercosur: Derecho Comunitario.....	5252
III.3.b- Bolivia:.....	5353
III.3.c- Brasil:	5453
III.3.d- Chile:.....	5555
III.3.e- Paraguay:.....	5757
III.3.f- Perú:.....	5857
III.3.g- Uruguay:	5959
III.4- La Regulación del Despido en Estados Unidos:	5959
III.5- Colofón	6160
CAPITULO IV: EL DESPIDO Y LA EFICIENCIA: ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO	6766

IV.I- Nociones preliminares:	67 <u>66</u>
IV.II- Conceptos Fundamentales:	69 <u>68</u>
IV.II.1- La eficiencia:	69 <u>68</u>
IV.II.2- Las Externalidades:	70 <u>70</u>
IV.II.3- Los Topes y Baremos:.....	72 <u>72</u>
IV.III- Sanciones por Incumplimiento y Teoría de los Juegos	75 <u>74</u>
IV.III-El daño resarcible:	81 <u>81</u>
IV.IV- Los costos del despido ¿Por qué es importante cuantificar bien el despido?	85 <u>85</u>
IV.V- Conclusiones Preliminares:.....	88 <u>88</u>
CAPÍTULO IV: FÓRMULA MATEMÁTICA PARA CUANTIFICAR EL DESPIDO	
INCAUSADO	91 <u>90</u>
IV.I- La utilización de fórmulas matemáticas para cuantificar daños en la Argentina:	92 <u>92</u>
IV.II- Nuestra Propuesta	101 <u>101</u>
IV.II.a- Reflexiones preliminares	101 <u>101</u>
IV.2.b- La fórmula elegida: Valor presente de una renta constante no perpetua	105 <u>105</u>
IV.III- Casos Prácticos:	112 <u>112</u>
IV.3. a- Desarrollo:.....	112 <u>112</u>
IV.3. b- Cuadro comparativo de los ejemplos desarrollados:	119 <u>119</u>
CAPITULO V: CONCLUSIONES FINALES	121 <u>121</u>
CAPITULO VI: BIBLIOGRAFÍA.....	126 <u>126</u>

CAPITULO I: INTRODUCCIÓN

En Argentina, el despido directo incausado es una modalidad de extinción del contrato de trabajo, la cual trae aparejada, a favor del empleado despedido, la procedencia de la indemnización por antigüedad, contemplada en el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo (en adelante LCT).

Esta indemnización, actualmente se encuentra tarifada, lo cual genera inconvenientes a la hora de reparar correctamente a las víctimas (trabajadores despedidos). Ello, debido a que el ordenamiento laboral prevé idéntica solución para la generalidad de los casos, sin tener en cuenta, particularidades o subjetividades de cada situación.

En este sentido, empleando el razonamiento jurídico tradicional y posteriormente, el análisis económico del derecho (en adelante AED), analizaremos detalladamente el sistema indemnizatorio vigente. También, estudiaremos comparativamente, cómo las legislaciones de otros países de América y Europa, regulan las consecuencias económicas del despido incausado.

Así, observaremos, que en virtud del uso del sistema tarifado, ocurren casos de subcompensación de la víctima, situación en la cual, no se ha podido dejar indemne al trabajador despedido, es decir que se lo ubique en una situación igual a la anterior al despido incausado o ilegítimo.

Pero también, pueden ocurrir casos de sobrecompensación, extremo en el cual el sistema paga daños por encima del valor de los efectivamente soportados por el trabajador.

Finalmente, no hay evidencia empírica ni razones para suponer que, en la ley de los grandes números, las subcompensaciones se neutralizarán con las sobrecompensaciones. Sin embargo, se podría inferir que los efectos del primero se impondrán sobre aquellos del segundo.

Todo ello, nos permitirá concluir que el sistema tarifado no logra, como regla general, reparar adecuadamente al trabajador desvinculado. Determinando en la mayoría de los casos indemnizaciones ineficientes.

Luego de ello, analizaremos la cuestión en torno a la aplicación por la jurisprudencia argentina de fórmulas matemáticas para cuantificar daños, y expondremos la necesidad de su inclusión a la hora de cuantificar despidos incausados de manera justa y eficiente.

Para finalizar, desarrollaremos y propondremos la utilización de una fórmula matemática destinada a cuantificar la indemnización sobreviniente por el distracto incausado y elaboraremos ejemplos prácticos para demostrar su utilidad.

CAPÍTULO II: EL DESPIDO EN LA ARGENTINA. ANÁLISIS JURÍDICO TRADICIONAL

II.1- La extinción del Contrato de Trabajo:

Siguiendo la doctrina de Jorge J. Llambías, en general, los derechos recorren un ciclo que puede resumirse en tres etapas: a) la del nacimiento o adquisición; b) la de su ejercicio, durante el cual pueden sufrir modificaciones, y c) la de su extinción.¹

La extinción es la destrucción de un derecho que deja de existir para su titular, sin que comience a existir correlativamente para otra persona. Se producirá siempre en conexión con un hecho, de carácter voluntario o no, dotado por su propia naturaleza o por disposición de la ley de la fuerza extintiva.

En el ámbito que nos reúne, en virtud del Principio de continuidad de la relación laboral, el contrato de trabajo tiene vocación de permanencia y duración por tiempo indeterminado,² aún así, se encuentra forzosamente destinado a finalizar en algún momento.

¹ LLAMBIAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil Parte General*, 8va Edición, Bs. As., Perrot, 1970, tomo II, p. 252 y sgtes.

² “El Principio de continuidad establece que cuando exista duda entre la continuación o no del contrato de trabajo, o respecto de su duración, se debe resolver a favor de la existencia de un contrato por tiempo indeterminado. Tiende al mantenimiento de la fuente de trabajo: el contrato tiene vocación de permanencia, lo que otorga cierta seguridad y tranquilidad al trabajador desde el punto de vista económico y psicológico, y se relaciona con el concepto de estabilidad, esto es, la expectativa de conservar su empleo mientras cumpla adecuadamente con las obligaciones contractuales a su cargo.” (Conf. GRISOLÍA, Julio A., *Programa desarrollado de la materia Laboral, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Buenos Aires, Ed. Estudio, Edición 2011, p. 39).

Conteste a ello, y conforme a la normativa vigente en Argentina, resulta lógico que se considere a la jubilación del trabajador como el modo normal de extinción del contrato de trabajo.³

Sin embargo, se reconoce en nuestro derecho un amplio poder de disposición de las partes sobre la suerte del contrato de trabajo, de manera de que pueden ponerle fin en cualquier momento por medio de actos jurídicos de carácter bilateral o unilateral, con invocación de causa o sin ella.

Empero, como la ley laboral procura la subsistencia del vínculo en beneficio del trabajador sin desconocer la disponibilidad que tiene el empleador, le restringe de hecho su ejercicio imponiéndole una indemnización, la que puede ser asimilada, salvando las distancias, a las cláusulas penales de los contratos civiles y comerciales.

II.2- La Estabilidad en el Empleo:

Constitución Nacional Argentina Artículo 14 bis. - “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: (...) protección contra el despido arbitrario (...)”

La estabilidad, es el derecho del trabajador a mantener la relación de trabajo por todo el tiempo convenido, sea a plazo determinado o indeterminado. En el plano teórico se han concebido distintas maneras de proteger al trabajador contra el despido arbitrario o sin justa causa.

³Art. 91 de LCT, “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...”.

La estabilidad en el empleo es una de ellas, que si bien puede darse con mayor o menor intensidad, garantiza al trabajador de una forma más o menos perfecta su derecho de permanecer en el empleo.

Existen diferentes sistemas para regular la estabilidad, en los llamados de "estabilidad propia", el empleador no dispone de facultades para resolver *per se* la relación de trabajo, debiendo someter la resolución contractual a un trámite en el cual debe quedar debidamente acreditada la justa causa que habilitaría el ejercicio de la facultad de denuncia del contrato.

En cambio, en los regímenes llamados de "estabilidad impropia", el empleador goza de una mayor libertad para disponer de los contratos de trabajo, hallándose limitado solamente por un sistema indemnizatorio mediante el cual se procura satisfacer los eventuales perjuicios sufridos por el trabajador con motivo del acto arbitrario o simplemente incausado.

En otras palabras, en la estabilidad impropia no se le garantiza al trabajador la perduración del vínculo jurídico, sino que se intenta disuadir el despido sin causa imponiéndole al empleador una sanción.

Siguiendo la postura doctrinaria de Julián De Diego,⁴ en la Argentina, el modelo elegido para regular el sistema legal de la estabilidad en el empleo privado, es el de "Estabilidad Impropia". El cual permite al empleador extinguir de manera unilateral e incausada el vínculo laboral, imponiéndole una indemnización tarifada como compensación por los daños y perjuicios ocasionados.

⁴ DE DIEGO, Julián A., *Tratado De Derecho De Trabajo, Tomo IV, El Despido Y Otras Formas De Extinción*, Buenos Aires, Ed. La Ley, Año 2012., p. 89.

De igual modo se ha expedido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, manifestando que la protección contra el despido arbitrario consagrada en la Constitución Nacional, únicamente está referida a la estabilidad impropia relativa.⁵

En resumen, para el empleador, el despido sin causa es un acto ilícito puesto que viola el deber de continuidad del contrato de trabajo de tiempo indeterminado (art. 90 LCT). Es así, que se encuentra sancionado con el pago de una indemnización originada en la ruptura intempestiva del vínculo, la cual se halla tarifada en el art. 245 de la LCT.

II.3- Formas de Extinción del Contrato de Trabajo:

Si bien se ha expresado que la modalidad normal de extinción del vínculo laboral es la jubilación del trabajador, existen en nuestro derecho pluralidad de posibilidades extintivas que merecen ser diferenciadas.

La doctrina ha efectuado distintas clasificaciones, entre ellas las dos principales, que tienen en cuenta el origen de la voluntad que motiva la extinción y las indemnizaciones que generan cada una.

En atención a la primera de ellas, el vínculo laboral puede extinguirse por voluntad concurrente de las partes, por causas ajenas a la voluntad de éstas, o por voluntad unilateral del empleador o del trabajador.

El contrato de trabajo se extingue por voluntad unilateral del empleador en los casos de despido directo, sea éste con o sin causa justificante. En cambio, por voluntad del trabajador en los casos de despido indirecto, abandono de trabajo y renuncia.

⁵ Los siguientes fallos de la Corte Sup. Ratificaron la estabilidad impropia del empleo privado: “De Luca, José E. c. Banco Francés del Río de la Plata” 25/2/1969, DT, 1969-159. “Figueroa, Oscar F. c. Loma Negra SA”, 4/9/1984, DT, 1984-B, 1809. “Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina c. Somisa”, 26/12/1991, TySS, 1992-303, entre otros.

Extinción del contrato sin justa causa justificante:

“Se llama así al despido del trabajador dispuesto por el empleador sin expresar causa, en cuyo caso se le otorga al primero el derecho a cobrar las indemnizaciones por preaviso y por antigüedad, esta última como un modo de reparar la extinción intempestiva y sin causa que lo justifique. Es también inmotivado el despido por una causa insuficiente, o cuando no se pueden acreditar las causas invocadas.”⁶

En los supuestos de extinción por causas ajenas a la voluntad de las partes debemos mencionar la muerte del trabajador, la incapacidad absoluta de este, su jubilación o su inhabilitación. También, por causas económicas que afectan al empleador, los casos de fuerza mayor, falta o disminución de trabajo, quiebra o concurso, y asimismo, la muerte del empleador.

El último supuesto es el de la voluntad concurrente de las partes, comprendiendo también, el vencimiento del plazo pactado, el cumplimiento del objeto o la finalización de la obra.

Habiendo sintetizado las diferentes modalidades de extinción del vínculo contractual laboral según la voluntad que lo motiva, debemos discernir los efectos indemnizatorios que produce cada una de las variantes.

Así las cosas, existen formas de distracto que no generan indemnización, donde el empleador paga solamente conceptos correspondientes a la liquidación final, que se deben en cualquiera de las formas de extinción. Entre estos supuestos podemos señalar: la renuncia del trabajador, voluntad concurrente de las partes, vencimiento del contrato a plazo fijo, despido con justa causa y jubilación ordinaria.

⁶ DE DIEGO, *op. cit.*, p. 98.

Asimismo, existen en nuestro régimen tres clases de indemnización: la reducida, la completa y la agravada, las cuales se tornarán efectivas de acuerdo a la modalidad de distracto acaecida.

La indemnización completa:⁷ *“Es la indemnización prevista por la LCT para la hipótesis en donde el empleador ha despedido al trabajador sin justa causa, y tiene como fin reparar en forma tarifada los daños y perjuicios originados en la desvinculación del contrato.”*⁸

Asimismo, la LCT contempla casos de indemnización reducida, por ejemplo ante la quiebra no imputable al empleador, o en el caso de la muerte o inhabilitación del trabajador, en los cuales la indemnización se reduce a un 50% del valor que le correspondería por indemnización completa.⁹

En cambio, dispone indemnizaciones agravadas para disuadir conductas no deseables socialmente, como por ejemplo el fraude a la ley o discriminación. Claro reflejo de esto son los incrementos indemnizatorios dispuestos ante despidos por causa de maternidad, matrimonio o trabajo no registrado. Necesario es mencionar que, estas indemnizaciones agravadas se adicionan a la que le correspondería al trabajador por aplicación del art. 245 y se calculan a partir de ella.

Es menester puntualizar que el presente trabajo se focaliza en el análisis de la indemnización completa o por antigüedad, la cual principalmente resulta del despido directo incausado, de exclusiva voluntad del empleador. Aunque corresponde adelantar,

⁷ También es llamada indemnización común o por antigüedad.

⁸ DE DIEGO, *op. cit.*, p. 101.

⁹ Sobre el particular puede consultarse los arts. 212, 2º párrafo, y 248 de la LCT.

que analógicamente la propuesta elaborada puede ser extensible a todos aquéllos supuestos donde sea operativa dicha indemnización.¹⁰

II.4- La Indemnización por Antigüedad (art. 245 LCT):

II.4.a- Antecedentes Históricos

En sus comienzos, las soluciones judiciales a conflictos por despidos provenían de la jurisprudencia de los tribunales civiles, para las cuestiones presentadas en el Código Civil con los contratos de locación de servicios y de locación de obra, y con el Código de Comercio en lo relativo a los comerciantes y sus contratados. Siendo en estos casos, competente la justicia de paz letrada para resolver las cuestiones de deberes y derechos, despidos, vacaciones y otros institutos, la mayoría de los cuales se enmarcaban en los daños y perjuicios del derecho común, en la creación originada en algunos acuerdos con los sindicatos y en usos y costumbres.

En el año 1934, fue promulgada la ley 11.729 que instauró por primera vez la indemnización tarifada, la cual establecía una indemnización de medio mes de salario tomando el promedio de los últimos cinco años o el periodo menor trabajado, por cada año de servicio o fracción mayor a tres meses. La cual, rápidamente contó con el respaldo de la doctrina y jurisprudencia, como una norma que buscaba reparar los daños provenientes del acto disvalioso del despido.

Dicha regulación rigió hasta 1974, año en que fue promulgada la Ley de Contrato de Trabajo, ley 20.744, que en su primera versión disponía una indemnización

¹⁰ Otros supuestos donde es operativa la indemnización por antigüedad son: despido indirecto, incapacidad absoluta del trabajador, vencida la excedencia cuando no se reincorpora a la trabajadora, despido por uso abusivo del *ius variandi* y el despido por transferencia del establecimiento.

conformada por un salario por año de antigüedad en base a la mejor retribución normal y habitual percibida, y con un tope de tres veces el salario mínimo vital y móvil vigente al momento del fenecimiento del vínculo, y con una base de dos salarios tomando la mejor remuneración sin tope. Abandonado de esta manera, el criterio esbozado en la ley 11.729 que establecía una suma fija como tope.

La Ley Nacional de Empleo 24.013, promulgada en el año 1991, sustituyó el salario mínimo vital y móvil como tope para el cálculo, por el promedio de las remuneraciones del convenio colectivo aplicable excluida la antigüedad, y toma como piso dos salarios sin tope, computando para ello la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida.

En 1998, la ley 25.013, reforma la LCT, instaurando un nuevo mecanismo que establecía que la indemnización por despido era igual a una doceava parte de la mejor remuneración mensual normal y habitual percibida durante el último año, o durante el menor tiempo trabajado, por cada mes de servicio o fracción mayor a diez días.

En el año 2004, se sanciona la ley 25.877 que alteró el texto del art. 245 de la LCT y sus modificatorias. Cabe mencionar, que esta reforma fue promovida por el Poder Ejecutivo por el Ministerio de Trabajo e introdujo numerosos cambios, tal cual la conocemos ahora:

LCT art. 245. Indemnización por antigüedad:

“En los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa, habiendo o no mediado preaviso, éste deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a UN (1) mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de TRES (3) meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor.

Dicha base no podrá exceder el equivalente de TRES (3) veces el importe mensual de la suma que resulte del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador, al momento del despido,

por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad. Al MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL le corresponderá fijar y publicar el promedio resultante, juntamente con las escalas salariales de cada Convenio Colectivo de Trabajo.

Para aquellos trabajadores excluidos del convenio colectivo de trabajo el tope establecido en el párrafo anterior será el del convenio aplicable al establecimiento donde preste servicios o al convenio más favorable, en el caso de que hubiera más de uno.

Para aquellos trabajadores remunerados a comisión o con remuneraciones variables, será de aplicación el convenio al que pertenezcan o aquel que se aplique en la empresa o establecimiento donde preste servicios, si éste fuere más favorable.

El importe de esta indemnización en ningún caso podrá ser inferior a UN (1) mes de sueldo calculado sobre la base del sistema establecido en el primer párrafo”.

II.4.b- Principales Características

Como se ha dicho, en nuestro país, el trabajador despedido sin causa tiene derecho a la indemnización por antigüedad en forma automática, y sin otro título que la simple extinción inmotivada del contrato de trabajo resuelta por el principal en forma unilateral. En otras palabras, existe responsabilidad objetiva del empleador ante el despido sin causa.

Dicha indemnización pretende desempeñar una doble función, *reparatoria*: de los daños y perjuicios ocasionados por el comportamiento antijurídico del empleador; y *disuasiva*: porque el costo económico de la indemnización pretende evitar los despidos directos.

Bajo la óptica de Julio A. Grisolia, la indemnización, en principio, comprende la totalidad de los perjuicios materiales y morales que, por el hecho de la denuncia, sufra el trabajador, quien no puede invocar ni acreditar daños mayores, ya que la tarifa es abarcativa de todos los daños y perjuicios ocasionados. Tampoco el empleador puede pretender pagar una suma menor, sosteniendo que los daños ocasionados son inferiores

a la indemnización legal.¹¹

Para que el daño moral cuente con una valoración especial, obviamente excepcional, debería existir un daño que va más allá de daño del hecho de la extinción incausada, como por ejemplo, un supuesto de discriminación.

La mayoría de los autores entienden que el daño moral contractual por despido es reparado mediante la tarifa del art. 245 de la LCT, y que sólo en casos excepcionales se permite una indemnización extra tarifa. Ernesto Martorell parafraseando a Fernando Brebbia, explica que frente a casos especiales:

“... el juez podía acordar al damnificado una indemnización superior a la que resultaba de la aplicación de la tarifa legal, para reparar el agravio moral.... De esta manera, si bien admitía que la tarifa legal comprendía el 'agravio moral', reconocía para 'casos de excepción' una indemnización extrarifada (sic), la que habitualmente cubriría las consecuencias de un delito o de un cuasidelito patronal que acompañaba al distracto calificándolo.”¹²

En el mismo sentido, Jorge Mosset Iturraspe señala que para esta clase de reclamo extra por daño moral: *“se requiere una invocación y una prueba a cargo del trabajador”* y que éste tipo de reclamo *“escapa a la responsabilidad meramente objetiva.”¹³*

Por otra parte, el cálculo de la indemnización por antigüedad combina un binomio fáctico compuesto por los ingresos de la persona y por el lapso durante el cual se desarrolló la relación laboral. Contiene un tope que puede afectar en forma diversa al beneficiario, generando a menudo importantes desajustes.

¹¹ GRISOLIA, Julio A., “¿Es alta la indemnización por despido en la Argentina?”, *Revista Laboral – Sociedad Argentina de Derecho Laboral*, IJ Editores, 10/11/2007, p. 05, IJ-XXXI-227.

¹² MARTORELL, Ernesto E., *Indemnización del daño moral por despido*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1994, pp. 143-144

¹³ MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Daño Moral en la Extinción del Contrato de Trabajo”, *Revista de Derecho Laboral*, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, T- 2000 -1, p. 185

Es por ello, que actualmente se aboga por lograr la proporcionalidad entre indemnización e ingreso del trabajador. La jurisprudencia se ha manifestado de la siguiente manera en este sentido: “*La garantía de la protección contra el despido arbitrario requiere cierta proporcionalidad entre el resarcimiento y el ingreso del trabajador despedido.*”¹⁴

En pocas palabras, a un trabajador despedido sin causa en Argentina, le corresponde, en principio, como indemnización por antigüedad una suma resultante de calcular un mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor a tres meses.

Es menester destacar que, esta baremización¹⁵ de la indemnización por despido, busca principalmente brindar seguridad jurídica a potenciales dañadores, mayor celeridad procesal, menor dispendio de recursos judiciales y menor varianza en la cuantificación de daños similares.¹⁶ Homogeneizando de esta manera, el sistema de reparación por despidos.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, el trabajador despedido sin causa también tiene derecho al goce del preaviso,¹⁷ o en su defecto, al pago de una

¹⁴ Véase Fallo: “Crevani, Roberto J. c. A.E. Goetze Arg. S.A.”, Trib. Trab. San Miguel BsAs, 31/5/1999, TySS, 1999-938. Disponible en la web oficial de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia del Trabajo de la Pcia. De Buenos Aires, en: amatraba.org.ar/notas/crevani-5.doc, (consultado 27/07/2019).

¹⁵ Siguiendo el Diccionario de la Real Academia Española, podemos definir al baremo como un “cuadro gradual establecido convencionalmente...para evaluar...los daños...También, ‘lista o repertorio de tarifas’”. Véase: Diccionario de la Real Academia Española, Disponible en la web oficial de la Real Academia Española en: <https://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=baremo>, (consultado el 30/07/2019).

¹⁶ ACCIARRI, Hugo A. e IRIGOYEN TESTA, Matías, “Utilización de Fórmulas Matemáticas y Baremos”, en Trigo Represas, Félix A. y Benavente, María I. (directores) y Fognini, Ariel I. (coordinador), *Reparación de Daños a la Persona. Rubros Indemnizatorios. Responsabilidades Especiales.*, Tomo III, Capítulo 7. Ed: La Ley-Thomson Reuters, Buenos Aires, julio de 2014, pps. 546 a 548.

¹⁷ Preaviso: “*Es una obligación y una garantía bilateral de las partes. Consiste en el deber de notificar la extinción del contrato de trabajo con la antelación dispuesta por la ley. Su finalidad es evitar los perjuicios que produce la ruptura intempestiva del vínculo.*”. Conf. GRISOLIA, Julio A., *Programa desarrollado...*, p. 207.

indemnización sustitutiva, más la integración del mes de despido.¹⁸ Ello, sumado a los demás rubros que eventualmente podrían incorporarse a la indemnización por antigüedad, como por ejemplo, el proporcional de sueldo anual complementario (en adelante SAC), proporcional de vacaciones y diferencias salariales.

Esta indemnización en principio es de un pago único, lo cual resulta preferible, debido a que los pagos en cuotas pueden alentar o crear incentivos en los desempleados a no buscar un nuevo puesto laboral.

Dicho en otros términos, el pago único tiene la ventaja de evitar que ante beneficios mayores por desempleo se generen desincentivos para reemplearse. En definitiva, el pago único jamás podría tener el efecto de dar a un trabajador el incentivo financiero para prolongar el período de desempleo.¹⁹

II.4.c- Pasos para Calcular la Indemnización por Antigüedad

1- Primer Paso: Base del Cálculo.

Deben seguirse cuatro etapas para calcular la indemnización por antigüedad: En la primera, se calcula la base del cálculo, que será la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o el menor tiempo trabajado.

La mejor retribución mensual es la más alta devengada mensualmente, es normal cuando no tiene carácter excepcional o extraordinaria, y es habitual cuando se repite en el período de devengamiento, todos los meses o la mayoría de los meses dentro del período computado.

¹⁸ Integración mes de despido: “*Es la suma debida al trabajador correspondiente a los días faltantes del mes, comprendidos desde el despido hasta el último día del mes en que se produjera el despido*”. Conf. GRISOLIA, Julio A., *Manual de Derecho Laboral*, 7º Ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, p. .

¹⁹ ROOT, Lawrence S., *Brintain’s redundancy payments for displaced workers*, HEINONLINE, 110 Monthly Lab. Rev. 18 – 1987, p.19.

Algunos autores, entre ellos Hugo R. Carcavallo,²⁰ basados en el principio de equidad y justicia, sostienen que cuando las retribuciones ofrecen una variabilidad muy pronunciada, los salarios se deben promediar a fin de lograr la retribución mensual, normal y habitual determinada por la LCT.

Sin embargo, la Justicia Laboral en el Plenario “Brandi”²¹ estableció que para el cálculo de la indemnización por antigüedad no se deben promediar las remuneraciones mensuales, normales y habituales, sino que se debe tener en cuenta la mejor. El fallo destaca que cuando una retribución variable es desproporcionada con respecto a las demás computables, si bien es habitual, no es normal y, por ende no debería considerarse a los fines de tomar el valor mensual.

En cuanto a “la mejor remuneración”, la norma refiere a que la base sólo se centra en las prestaciones que revisten carácter remunerativo, como la contraprestación que recibe el trabajador en razón del contrato de trabajo, por haber puesto a disposición del empleador su fuerza de trabajo (art. 103 y ccs. LCT).²²

Esta norma ha influido notablemente a la jurisprudencia reciente, y puntualmente, sobre la nueva tendencia que propicia la jurisprudencia de la Corte Suprema.

²⁰ DE DIEGO, *op. cit.*, p. 103.

²¹ Véase fallo: “Brandi, Roberto Antonio c. Lotería Nacional S.E. “C. Nac. Trab., Plenario N° 298, 5/10/2010, DTR, 200-B, 2176; TySS, 2000-988. Disponible en la web oficial del Sistema Argentino de Información Jurídica, en: <http://www.saij.gob.ar/camara-nacional-apelaciones-trabajo-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-brandi-roberto-antonio-loteria-nacional-se-despido-fa00040005-2000-10-05/123456789-500-0400-0ots-eupmocsollaf>, (consultado el 27/07/2019).

²² LCT: De la Remuneración del trabajador. Capítulo I. Del sueldo o Salario en General. Art. 103: Concepto. “A los fines de esta ley, se entiende por remuneración la contraprestación que debe percibir el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo. Dicha remuneración no podrá ser inferior al salario mínimo vital. El empleador debe al trabajador la remuneración, aunque éste no preste servicios, por la mera circunstancia de haber puesto su fuerza de trabajo a disposición de aquél.”

Los fallos “Blockbuster”,²³ “Disco”²⁴ y “Polimat”,²⁵ asumen que el Convenio 95 de la OIT,²⁶ tratado internacional de rango superior a la misma LCT y a la vez subordinada a la Constitucional Nacional, considera que las prestaciones en dinero o mensurables en dinero son o integran la remuneración del trabajador, en este caso, en sus efectos laborales, a los fines de calcular el aguinaldo, las vacaciones, el preaviso y la indemnización por despido.

Por ejemplo, en el fallo “Disco” la Corte sostuvo:

“Corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 103 bis Inc. C de la LCT, relativo a los vales alimentarios, en cuanto niega a estos su naturaleza salarial, pues llamar a las cosas por su nombre, esto es, por el nombre que el ordenamiento constitucional les da, resulta, en el caso, un tributo a la justicia de la organización del trabajo subordinado, principio rector a cuya observancia no es ajena la empresa contemporánea.”

Mientras que en el fallo “Polimat” el máximo tribunal expresó:

“Resultan inconstitucionales los decretos de necesidad y urgencia 1273/02, 2641/02 y 905/03, en cuanto desconocen la naturaleza salarial de las prestaciones que establecen, toda vez que trastornan la finalidad reparatoria del régimen indemnizatorio, reglamentario del art. 14 bis CN que ordena que la ley protegerá al empleado contra el despido arbitrario, ya que conducen a que la indemnización termine desconociendo la concreta realidad a la que quiso atender, a causa de limitaciones a uno de los elementos de cálculo de aquella que, precisa e inequívocamente, constituye uno de los dos indicadores de esa realidad: el salario realmente percibido por el trabajador despedido.”

También debe destacarse el fallo “Blockbuster”, el cual resulta categórico y concluyente:

²³ “Giménez, Patricia Dolores c. Blockbuster Argentina S.A”, C. Nac. Trab, Sala X, 26/06/2009. AR/JUR/25670/2009.

²⁴ Véase fallo: “Pérez, Aníbal Raúl c. Disco S.A.”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1/09/2009, DT, 2009 (septiembre), 1011; Fallos: 332:2043, AR/JUR/29031/2009.

²⁵ Véase fallo: “González, Martín Nicolás c. Polimat S.A. y otro”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 19/05/2010, Fallos: 333:699, AR/JUR/17063/2010.

²⁶ Convenio 95 OIT – Art. 1º: “A los efectos del presente Convenio, el término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar.”

“Si bien la resolución 631/2007 del Ministerio de Trabajo que homologó el incremento acordado por la Federación Argentina de empleados de Comercio y Servicios, y por la Cámara Argentina de Comercio en el marco del CCT 130/75, señaló que el mismo no posee carácter remuneratorio, por aplicación del art. 1 del Convenio 95 de la OIT y del art. 103 LCT, corresponde reconocer naturaleza remuneratoria a dicho aumento, en cuanto constituye una ganancia que está estrechamente ligada con la prestación de servicios.”

Entonces, al hacer referencia a la remuneración se excluyen a todas las prestaciones no remuneratorias, como las asignaciones familiares o los beneficios sociales. En cambio, sí resultan incluidos los siguientes conceptos: el salario, sus adicionales, incentivos y premios; los sistemas de incentivación mensual bajo cualquier mecanismo, y las sumas abonadas en concepto de licencias pagas.

Numerosos criterios doctrinarios confrontan en referencia a la interpretación conjunta del art. 1º del Convenio 95 de la OIT y el art. 103 y ccs. de la LCT. Es nuestra postura, manifestar la adhesión al criterio de la Corte Suprema en cuanto a que toda prestación en dinero o medible en dinero debe integrar el concepto de remuneración.

Aunque, atendiendo a los fines de la indemnización por antigüedad, no encontramos justificación alguna para excluir de la base del cálculo de la misma, las asignaciones familiares y los beneficios sociales. Puesto que, si el objetivo principal de la norma es reparar plenamente al trabajador, o en otras palabras, dejarlo en la misma situación de que si el despido no hubiese ocurrido, deben necesariamente considerarse la totalidad de conceptos que este trabajador percibía, revistan los mismos carácter remuneratorio o no.

En este sentido, el daño resulta aún mayor cuando el trabajador percibía asignaciones familiares o beneficios sociales, puesto que si el mismo es sostén de familia o tiene a cargo hijos en edad escolar, el desempleo le ocasiona un menoscabo mayor que si no tuviera dichas cargas.

En cuanto a “la mejor remuneración mensual”, la prestación mensual ha generado en la jurisprudencia una primera determinación conceptual al excluir las prestaciones cuya periodicidad no fuera mensual.

La palabra mensual se refiere también a que la medida de la determinación del monto es lo devengado en los doce meses de cómputo (o al período menor trabajado), cualquiera sea la periodicidad del pago.

Sin embargo, en el plenario “*Tulosai*”²⁷ la Cámara Nacional del Trabajo decidió no computar la parte proporcional del sueldo anual complementario o aguinaldo, ni la bonificación por desempeño abonada al trabajador que no tenga periodicidad mensual, puesto que carecen de la característica del devengamiento, liquidación y exigibilidad mensual.

La doctrina que adhiere a este criterio jurisprudencial,²⁸ manifiesta su acogimiento basándose en los siguientes fundamentos: El cálculo de la indemnización prevista en el art. 245 LCT debe ejercitarse a partir de la mejor remuneración normal, mensual y habitual. Como el sueldo anual complementario es una prestación semestral, no integra aquel cálculo aunque su pago sea ciertamente normal y habitual.

Es decir, con relación al SAC destacan que si bien con el transcurso de cada minuto en que se mantiene vigente el vínculo laboral en un determinado semestre no se va “devengando” SAC, sino que aquello se va “generando” día a día, minuto a minuto el derecho del trabajador a percibir el SAC, en las fechas que la ley prevé para el devengamiento de cada cuota al final de cada ciclo semestral.

²⁷ Véase Fallo: “*Tulosai Alberto Pascual C/ Banco Central de la Republica Argentina S/ Ley 25.561*”, Cámara Nacional del Trabajo (en pleno), Plenario N° 322, 19/11/2009, Id SAIJ: FA09040369.

²⁸ ROMUALDI, Emilio E., “La indemnización por Antigüedad en el Despido Incausado, su base de cálculo”, *IJ Editores Argentina*, 15/12/2009, IJ-XXXVII-108, pp. 04/05.

Obviamente, el hecho de que se extinga el vínculo por cualquier causa antes de que concluya un determinado semestre, hace que el “devengamiento” del SAC proporcional al tiempo trabajado en ese período semestral, se produzca en el momento mismo de la extinción; pero ello es así ante la imposibilidad de que continúen devengándose remuneraciones hasta el último día del semestre, que es el legalmente previsto como aquel en el que normalmente se “devenga” el SAC.

En otras palabras afirman que el SAC no es una remuneración mensual, aunque se devengue progresivamente, distinguiendo la percepción del salario del momento en que se adquiere el derecho a percibirlo.

Así las cosas, la postura minoritaria expresada en dicha resolución judicial es contraria a la anteriormente resumida, puesto que considera que el SAC y las bonificaciones deben integrar la base del cálculo de la indemnización por antigüedad.

Expresa en ese sentido la Dra. Ferreirós en su voto:

“El SAC es una obligación a plazo y ella es debida desde su nacimiento a partir de que la misma es devengada. Por lo tanto, se devenga día a día, el derecho ya ha nacido, y por tanto debe incorporarse a la remuneración el SAC para su determinación. El salario mensual se integra por una suma que se percibe y por otra, su doceava parte, que se difiere en el tiempo para su percepción pero que se devenga mensualmente.”

Por su parte, Fernández Madrid en su voto agrega:

“A los fines del cálculo de la indemnización del art. 245 de la LCT, la mejor remuneración mensual, normal y habitual debe incluir la totalidad de los ingresos de carácter remuneratorio cualquiera sea su modalidad, a cuyo fin deben computarse además del básico de las remuneraciones variables o las que se originan como incentivos otorgados libremente por el empleador siempre que se perciban en forma habitual y normal, como así también el SAC, en razón de tratarse de un salario diferido...”

“La bonificación anual por eficiencia en su parte proporcional dada su naturaleza salarial que el trabajador adquiere como consecuencia de su prestación habitual, debe integrar asimismo la base del cálculo de la mejor remuneración a los fines de las indemnizaciones derivadas del despido...”

Adherimos al criterio minoritario explicitado *ut supra*, puesto que al hacer la norma alusión a la palabra “devengada”, nos indica que deben tenerse en cuenta todas las prestaciones que se han devengado dentro del período del cálculo.

De todas maneras, en miras de la reparación plena del empleado y atendiendo a lo establecido en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, en las Declaraciones Internacionales con incidencia en lo laboral del art. 75 inc. 22 de la CN, y a la regla *induvio pro operario*,²⁹ consideramos que una estricta discusión conceptual no puede resultar óbice de la justa y eficiente compensación del trabajador, que sería incluir el SAC y las bonificaciones analizadas, para lograr una compensación plena.

Por otra parte, la prestación debe ser “normal” por oposición a que toda prestación de naturaleza extraordinaria no se computa, tanto en lo que hace a su naturaleza como al monto.

*“En efecto, las prestaciones remunerativas son normales cuando se liquidan en forma regular como por ejemplo un premio o comisión por ventas, pero también son normales cuando por el monto, no estamos en presencia de un valor atípico o que resulte anormal. De modo que, por ejemplo, habrá que desechar del cómputo una comisión que fuere del doble de las que se cobran durante el período.”*³⁰

Por lo tanto, deben ser tenidas en cuenta para el cálculo indemnizatorio, la remuneración que periódica y regularmente perciba el trabajador, dejando de lado las de carácter excepcional.

Asimismo, en cuanto a la habitualidad, esta refiere al hecho de que debe ser de pago mensual o que se debe repetir en la mayoría de los meses en donde se calcula la base.

²⁹ “Es una directiva dirigida al juez o interprete para el caso de existir una duda razonable en la interpretación de una norma o en caso de resultar ambigua, si puede ser interpretada de varias formas y con distintos alcances, el juzgador obligatoriamente deberá inclinarse por la interpretación más favorable al trabajador”. Conf. GRISOLIA, Julio Armando, “Programa Desarrollado...” p.34.

³⁰ Véase fallo: “Villar, Stella Maris c. Orígenes AFJP S.A.”, C. Nac. Trab., Sala III, 30/04/2008, LL Online; AR/JUR/4223/2008.

La habitualidad, indica repetición por una cantidad tal de períodos que pueda considerársela como tal. En resumidas cuentas, deberíamos considerar habitual a toda prestación que se abone en forma regular o por lo menos en la mitad más uno de los meses del cómputo.³¹

Además, la norma indica que la mejor remuneración mensual, normal y habitual “devengada”. La expresión devengada alude a la generación del derecho a la remuneración por el transcurso del tiempo en disponibilidad, y hace referencia al tracto sucesivo de la prestación a cargo del trabajador concomitante con el derecho que se consolida con el devenir de la relación en la que el empleador se beneficia con la producción de bienes y/o servicios.

Finalmente, el artículo analizado hace la siguiente mención: la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada “durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si este fuera menor”. Es decir, el lapso del cómputo son los últimos doce meses que precedieron a la fecha efectiva del despido, o en su caso, del menor tiempo trabajado efectivamente por parte del dependiente.

Estos últimos elementos reseñados, destacamos, son de una gran importancia para la seguridad jurídica de las partes y para lograr la estabilidad de criterio y previsibilidad a la hora de cuantificar la indemnización, cualquiera haya sido el método utilizado para lograrla.

2- Segundo paso: El tope legal.

En el segundo paso para calcular la indemnización, se debe tener presente el tope legal establecido. El mismo establece que la base del cálculo para la indemnización tiene como tope tres veces el promedio de las remuneraciones previstas en el convenio

³¹ DE DIEGO, *op cit.* p.129.

colectivo aplicable en una jornada legal o convencional, sin computar el adicional por antigüedad. Si se trata de personal fuera de convenio, se extiende la aplicación del convenio de actividad que corresponde al establecimiento en donde desarrollan tareas, en el caso de que exista más de uno, se aplica el más favorable al trabajador.

El cálculo lo realiza periódicamente el Ministerio de Trabajo en oportunidad de celebrarse el convenio colectivo, o en su caso, en los momentos de pactarse nuevas escalas salariales, luego de lo cual se le concede vistas a las partes del promedio calculado dentro de las áreas técnicas de la repartición, y corregidos o ratificados se lo publica en el boletín oficial.

La aplicación de dicho tope ha generado a lo largo de los años diferentes discusiones en la doctrina y la jurisprudencia, por lo que será examinado detalladamente en el acápite siguiente.

3- Tercer paso: El monto y los períodos.

El tercer paso para calcular la indemnización, conlleva a calcular los períodos, puesto que la indemnización varía conforme a la antigüedad del trabajador, una vez obtenida la base y aplicado el tope si correspondiere, se multiplica el valor de la base por los años de servicios, computando la fracción mayor a tres meses como un año completo.

Cabe aclarar que la antigüedad se computa por el tiempo efectivo de trabajo y se excluye el tiempo en el cual la relación laboral está suspendida como en los contratos de prestación discontinua, o en el contrato de temporada.³²

4- Cuarto paso: el piso o base mínima.

³² Trabajo discontinuo: “*Tiempo a disposición del empleador. En caso de prestación discontinua de servicios, durante 6 meses al año, no corresponde computar como tiempo de trabajo aquel en que el trabajador no se encontraba a disposición del empleador*” (Sup. Corte Bs.As., 17/05/1994, TySS, 1994-1089)

El cuarto y último paso, establece que el monto calculado en la etapa precedente no podrá nunca ser inferior a un mes de la mejor remuneración normal y habitual devengada, pero sin aplicar el tope.

El tope mínimo no presenta mayores dificultades cuando el monto indemnizatorio correspondiente por el despido es de un valor superior o igual al mismo.

Diferente es el caso cuando el valor obtenido en el cálculo resulte menor al tope fijado, puesto que, con la aplicación del tope mínimo se sobrecompensaría al trabajador.

II.4.d- El Tope Legal

Luego de haber descripto los pasos para calcular la actual indemnización por antigüedad, resulta menester profundizar el análisis en torno al tope legal establecido para el cálculo de la base indemnizatoria. Ello, como consecuencia de que el mismo se ha convertido en un elemento distorsivo del cálculo, afectando de manera arbitraria el resultado de la cuenta.

Actualmente, el sistema tarifado de la LCT no indemniza de manera perfecta a los trabajadores despedidos, sumado a ello establece un tope indemnizatorio equivalente a tres veces el importe mensual de la suma que resulte del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador, al momento del despido, por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad.

El mismo tope indemnizatorio se impone a los trabajadores excluidos del convenio colectivo de trabajo, debiendo calcularse tal tope en virtud del convenio de aplicación al establecimiento, o el convenio más favorable, en el caso de que hubiera más de uno. Respecto de los trabajadores remunerados a comisión o mediante

remuneraciones variables, es aplicable el convenio al que pertenezcan o aquel que se aplique a la empresa donde preste servicios, si este fuera más favorable.

Esta situación, alienta a crear de un contexto de desigualdad infundada, puesto que para una misma situación de despido injustificado, se perjudica a aquellos trabajadores que cobran salarios altos, superiores a los de convenio, discriminándolos a la hora de percibir su indemnización.³³

Así las cosas, al crear el tope esta situación de desigualdad, nos encontramos ante una situación de violación del Principio de Igualdad, el cual es receptado por el art. 16 de la Constitución Nacional,³⁴ y también en el art. 17 de la LCT,³⁵ complementado por el art. 17 bis³⁶ y el art. 81³⁷ del mismo cuerpo legal.

El art. 17 de la LCT prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por diversas causales, entre las cuales se encuentra implícitamente incluida la discriminación en la remuneración. Por su parte, el art. 81 sostiene la igualdad de trato entre los trabajadores ante idénticas situaciones, considerando a la desigualdad como aquella que se basa en discriminaciones arbitrarias.

Por otro lado, dicha norma reconoce que puede haber distinciones siempre que éstas se sustenten en la mayor eficacia, o laboriosidad. Sin embargo, quien intente

³³ Véase voto de la Dra. Guthmann en: "Acosta, Marta Rita v. Marta Harff SRL", CNAT, Sala 4ª, 27/9/2002. MJ-JU-M-114464-AR

³⁴ Constitución de la Nación Argentina, Artículo 16.- *“La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”.*

³⁵ LCT, art.17: *“Prohibición de hacer discriminaciones. Por esta ley se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad.”*

³⁶ LCT, art.17 bis: *“Las desigualdades que creara esta ley a favor de una de las partes, sólo se entenderán como forma de compensar otras que de por sí se dan en la relación.”*

³⁷ LCT, art. 81: *“Igualdad de trato. El empleador debe dispensar a todos los trabajadores igual trato en identidad de situaciones. Se considerará que existe trato desigual cuando se produzcan discriminaciones arbitrarias fundadas en razones de sexo, religión o raza, pero no cuando el diferente tratamiento responda a principios de bien común, como el que se sustente en la mayor eficacia, laboriosidad o contracción a sus tareas por parte del trabajador.”*

hacer una excepción de dicho razonamiento, no sólo debe invocar que el diferente tratamiento responde a principios de bien común, sino que además debe acreditarlo.³⁸

El criterio de otorgar igual trato a los trabajadores en igualdad de situaciones y la posibilidad del empleador de premiar los méritos de un trabajador por encima de la remuneración establecida en el convenio colectivo fue sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “*Ratto, Sixto y otros c. Productos Stani SA*” (18/06/1966), luego incorporado, como fue mencionado *ut supra*, en el art. 81 de la LCT, y posteriormente en el caso “*Fernández, Estrella c. Sanatorio Guemes SA*” (23/08/1988).³⁹

En virtud de lo expuesto, la aplicación del tope al cálculo de la indemnización por despido incausado menoscaba el derecho a la no discriminación e igualdad de trato del trabajador, quien por haber aportado una mayor laboriosidad o eficacia, obtuvo una remuneración por encima de la establecida en el convenio colectivo de trabajo aplicable. En otras palabras, se discrimina al trabajador por tener una remuneración mayor que sus compañeros de trabajo. Es la implementación lisa y llana de un "clasismo" sin cabida entre nosotros.⁴⁰

En otras palabras, es socialmente deseable que se proteja a los trabajadores más productivos, los que más ganan, por ello no debería existir el tope. Si en una sociedad debemos decidir a qué trabajadores deberíamos dejar trabajando porque no hay más plazas, deberíamos elegir a los más productivos. Sin hesitación, con la existencia del tope la consecuencia es contraria a lo deseado.

³⁸ BALADO BEVILACQUA, Mercedes, “El principio de igualdad y el rol de la mujer en el ámbito laboral”, *Revista Argentina del Derecho Laboral y la Seguridad Social*, Num. 14 – Abril 2015, IJ Editores, pp. 01-02, J-LXXVIII-240.

³⁹ GRISOLIA, Julio Armando, “*Programa Desarrollado...*”, p. 41.

⁴⁰ VARELA, Lorena N, “El tope indemnizatorio no se ajusta a la finalidad de la indemnización por despido incausado”, ABELEDO PERROT N°: AP/DOC/4135/2012, p.08.

En ese marco de ideas, la interpretación de los tribunales de justicia con respecto al tope indemnizatorio se ve reflejada en el caso “Vizzoti”,⁴¹ donde la CSJN declaró la inconstitucionalidad del límite de la base salarial previsto en el art. 245 de la LCT. Entendiendo que a los efectos de efectuar el cálculo de la indemnización por antigüedad, cuando la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada es afectada por una reducción superior al 33%, atenta contra la pretensión reparadora de la norma y violenta el mandato constitucional.

En otras palabras, el fallo no desconoce la existencia de un tope, sino que implica que no se lo aplique cuando el mismo resulte confiscatorio, es decir limitándolo hasta un porcentaje que no atente contra los derechos patrimoniales del empleado. Estableciéndose de esta manera, como una herramienta que busca garantizar la proporcionalidad de la indemnización respecto de los parámetros de tiempo e ingresos, sin que interfiera ningún elemento impropio o arbitrario.

Para comprender el porqué del límite en un 33% a la confiscación, corresponde tener bajo consideración la aplicación de los criterios de confiscatoriedad en materia impositiva, puesto obedece al razonamiento seguido por la Corte Suprema de Justicia en numerosos fallos. Así, la cámara Nacional del Trabajo, sala 7ª tiene dicho:

*“... frente a la aplicabilidad del límite indemnizatorio previsto en el art. 245 LCT, resulta entonces de aplicación la doctrina del fallo "Vizzoti", por resultar verdaderamente ecuánime y resarcitorio, y tomar así el 67% de la mejor remuneración mensual, normal y habitual computable, por analogía con la jurisprudencia aplicada por el Alto Tribunal en materia impositiva para determinar si la presión fiscal es o no confiscatoria.”*⁴²

⁴¹ Véase fallo: “Vizzoti, Carlos Alberto c. A.M.S.A. S.A.”, CSJN, 14/07/2004, DT, 2004-B, 1211. Disponible en la web oficial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinks.JSP.html?idDocumento=5665251&cache=1526573492179>, (consultado el 27/07/2019).

⁴² Véase Fallo: "Otero, Gabriel Raúl v. Gillette Argentina SA" CNAT, Sala 7ª, 29/3/2006. Disponible en la web de la Biblioteca Digital Profesional de la Editorial SIL en: <http://sill.com.ar/soft/laboral/JURISPRU/tcL25323.htm>, (consultado el 28/07/2019).

Diferente y llamativo es el criterio seguido en el fallo “Migoya”, en el cual la CNAT, sala 5ª, consideró que no debe reprocharse la constitucionalidad del tope, puesto obedece a una cuestión de política legislativa. En cambio, estableció que ante una situación de menoscabo al trabajador por empleo del tope, debe provenir de una corrección judicial otorgarle un adicional equitativo que lo compense.⁴³

Siguiendo el criterio esbozado por Emilio E. Romualdi, cualquier límite fijado sea legal o jurisprudencialmente, *“siempre tiene carácter discrecional y tiene un cierto sesgo de una verdadera aporía.”*⁴⁴

Aquí, cabe mencionar a modo de ejemplo, el argumento del término “montón” elaborado por Ebúlides,⁴⁵ el cual preguntaba a sus discípulos lo siguiente: ¿Dos trigos de granos son un montón? Todos contestaban que no. Así, formulaba la pregunta cada vez que ingresaba un grano, al llegar a diez uno dijo que era un montón. Allí cabían dos preguntas, la primera es ¿Cómo es posible que diez granos constituyan un montón y nueve granos no? La segunda es, ¿Por qué para alguno era un montón y para otros no? Las mismas preguntas podrían formularse hoy para los límites cuánticos establecidos por el legislador y la jurisprudencia.

En definitiva, todo límite es una decisión discrecional que adopta el legislador o el juez con la finalidad que el haya considerado válida para establecerla. En este sentido se ha dicho:

⁴³ Véase Fallo: “Migoya, Raúl v. Amsa Asistencia Médica Social Argentina SA”, CNAT, Sala 5ª, 13/8/2001.” Disponible en la web oficial de la Asociación Argentina del Trabajo y la Seguridad Social en: <https://www.aadyss.org.ar/old/boletines/periodicos/Bol225.doc>, (consultado el 28/07/2019).

⁴⁴ ROMUALDI, Emilio, “La SCBA y la cuantificación del Daño en el Derecho del Trabajo”, *Revista del Derecho del Trabajo de la Provincia de Buenos Aires*, IJ Editores, Numero 6 – Julio 2015, p. 07, IJ-LXXX-204

⁴⁵ Máximo exponente de la escuela megárica que se desarrolló en Grecia en el Siglo IV A.C.

“La discreción y la discrecionalidad se identifican así con la posibilidad de elegir, pero no de cualquier manera, sino buscando, dentro de la ley, la solución mejor, más adecuada, más responsable. En el ámbito de los poderes públicos esta capacidad se convierte en esencial para garantizar la efectiva realización del derecho.” ⁴⁶

Se puede discutir el porcentaje tomado como referencia, pero en cualquier caso la solución tendrá esta característica.

En resumidas cuentas, el criterio de confiscatoriedad heredado de la jurisprudencia en materia impositiva, resulta de dudosa aplicación a supuestos de fenecimiento de vínculos laborales incausados.

Ello, porque atribuyéndose la Corte funciones reservadas al Poder Legislativo, creó pretorianamente un nuevo tope, el cual además de las observaciones constitucionales efectuadas, tampoco logra reparar íntegramente al trabajador en la totalidad de los casos, debido a que fija un criterio discrecional, estático y objetivo para la generalidad, lo cual no produciría resultados eficientes, ya que el nivel de subjetividad de las controversias laborales es muy elevado.

Sumado a ello, debemos recordar que la función de la indemnización por antigüedad no sólo es reparadora, sino que es también disuasoria. Por lo que difícilmente si no se puede reparar plenamente al trabajador, se logre disuadir correctamente a los empleadores.

En estos términos, debe mencionarse una corriente jurisprudencial que realiza una nueva mirada con respecto al tope indemnizatorio. La cual, si bien declara la inconstitucionalidad del mismo, lo hace apartándose del criterio de la CSJN esbozado en el caso “Vizotti”.

⁴⁶ OTERO PARGA, Milagros, “Discrecionalidad versus arbitrariedad. El derecho de los ciudadanos a obtener la tutela efectiva de los jueces y Tribunales de Justicia”, SJA 9/6/2004, p. 1125, - JA 2004-II-1124.

Así, en el año 2004, el Juzgado del Trabajo N° 78 de Capital Federal, con voto del Dr. Brignole dijo:

"Estimo que la aplicación del precitado tope afecta el derecho de propiedad del trabajador -por un lado- y la debida protección contra el despido arbitrario -por el otro- (arts. 17 y 14 bis CN.) por lo cual declararé su inconstitucionalidad en el caso concreto y sin el límite que surge del caso 'Vizzoti', ya que no comparto el criterio del alto tribunal, en cuanto se permitiría afectar -como quita- un 33% de su remuneración.

Si el principio de indemnidad o sea dejar el patrimonio indemne plasmado en el art. 1109 CCiv. como guía debe ser respetado en el caso, en función de los módulos de la remuneración y de la antigüedad, la aplicación de un determinado porcentaje de afectación, elegido por el juzgador, afecta la división de los poderes en tanto el Poder Judicial se erigiría en legislador y además -en ese porcentaje, 33% delineado en 'Vizzoti'- continuaría la vulneración al precitado derecho de propiedad esencial en nuestro sistema jurídico, debido al citado cercenamiento porcentual. En mi opinión, si la norma es inconstitucional en el caso, no corresponde aplicar tope alguno."⁴⁷

Como se ve, esta sentencia entiende que, declarado inconstitucional el tope, y no pudiendo el juez ponerse a "legislar" un nuevo tope, corresponde no aplicar tope alguno, ni siquiera el establecido por la Corte Suprema.⁴⁸

Resulta evidente que la combinación que surge de la indemnización tarifada con el tope indemnizatorio acentúa una distorsión muy marcada, que transfiere un subsidio muy importante de parte del sector de los empleados hacia el sector de los responsables.

Lo cual, siguiendo la opinión de Horacio Schick:

"... constituye un abuso en la tarificación, quizás más irritante que la tarificación general, pues luego de efectuar el cálculo de la indemnización sobre la base de cálculos aritméticos preestablecidos, que acotan de por sí la indemnización, se le incorpora, una nueva limitación que desnaturaliza el carácter reparador del

⁴⁷ Véase voto del Dr. Brignole, en fallo: "Harriague Castex, Eduardo v. Deheza S.A. s/despido", Juzgado del Trabajo N° 78 de Capital Federal, 23/11/04. Disponible en la web oficial del Colegio de Ciencias Economicas de Salta en: http://www.cpcesla.org.ar/doc/boletin/195/jurisprudencia_1376.doc, (consultado el 28/07/2019).

⁴⁸ LEZCANO CAMERIERE, Julián R, "Evolución jurisprudencial y estado actual del tope del art. 245 LCT", RDLSS 2005-13-1009, (ABELED0 PERROT N°: 0003/400810), p. 04.

resarcimiento tarifado.” 49

Contribuyendo con todo lo expuesto, debemos reseñar que en el proyecto legislativo de sanción del Código del Trabajo (2015), se proponía eliminar el tope legal establecido para calcular la indemnización por antigüedad. Ello, en miras de modificar la redacción actual del art. 245 de la LCT, el cual estaba redactado de la siguiente manera:

"Art. 245. - Indemnización por antigüedad o despido. En el caso de despido dispuesto por el empleador sin justa causa, habiendo o no mediado preaviso, éste deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a un (1) mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres (3) meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor.

El importe de esta indemnización en ningún caso podrá ser inferior a dos (2) meses de sueldo calculado sobre la base del sistema establecido en el primer párrafo.

Los rubros remuneratorios que se abonen con periodicidad distinta a la mensual serán incluidos en la base dispuesta en el párrafo primero en la proporción de su devengamiento mensual".

Numerosos son los fundamentos expuestos por el legislador en miras de obtener la sanción de la mencionada reforma. Entre los más sobresalientes podemos mencionar:

- a- Que actualmente la aplicación del tope indemnizatorio en la gran mayoría de los casos resulta confiscatoria, violentando el derecho a la propiedad establecido en el art. 17 de la Constitución Nacional.
- b- Que la aplicación de dicho tope es contraria a los derechos consagrados en el art. 14 bis de nuestra Carta Magna, en tanto las indemnizaciones por despido sin justa causa se ven menguadas en gran parte, perdiendo así su sentido reparatorio y consecuentemente la protección contra el despido arbitrario se

⁴⁹ SCHICK, Horacio, “Las indemnizaciones tarifadas de la LRT no reparan adecuadamente los daños Laborales”, IJ Editores – Argentina, 15/10/2009, p. 07, IJ – XXXVI-427.

torna incompleta e insuficiente, en palmaria contradicción con el precepto constitucional.

- c- Que los diferentes tribunales del Poder Judicial, han declarado la inconstitucionalidad del tope indemnizatorio establecido en el art. 245, LCT, especialmente a partir de la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "Vizzoti, Carlos A. c/ AMSA S.A."
- d- Finalmente, que la eliminación del tope indemnizatorio en nada menoscaba el sistema tarifado previsto por la ley. 20.744 –(LCT) debido a que las indemnizaciones continuarán determinándose por las dos circunstancias básicas del contrato de trabajo, es decir antigüedad y remuneración.

Numerosos son los fundamentos expuestos, desde el análisis jurídico tradicional, en contra de la existencia de los topes establecidos para la cuantificación de la indemnización, no sólo por su reproche constitucional, sino más bien desde una mirada efficientista de la regulación, bregando por el cumplimiento efectivo de los fines de la norma: reparar plenamente al trabajador y disuadir nuevos despidos por encima del nivel deseable socialmente.

II.5- Colofón:

En virtud de lo hasta aquí expuesto podemos afirmar que, el sistema de indemnización por antigüedad tarifado o baremizado propone un criterio indemnizatorio con cierto grado de arbitrariedad, el cual imparte la misma solución para personas con diferente edad, diferente nivel de capacitación, diferente antigüedad, diferente esperanza de vida y sobre todo diferente probabilidad de conseguir un nuevo empleo.

Por ello, sin lugar a dudas, queda de manifiesto que el legislador obvió variables complementarias que necesariamente deben ser consideradas para arribar cálculos más exactos (y por lo tanto, tendientes a la justicia y eficiencia).

Sumado a ello, este sistema cuenta con serios inconvenientes interpretativos a la hora de estimar la base del cálculo de la reparación, y en los tiempos que corren, una cuestión de exégesis conceptual no puede en ningún caso resultar óbice de la reparación plena del trabajador.

Asimismo, el tope a la base del cálculo resulta indeseable socialmente, además de inconstitucional. Así las cosas, no correspondería jurisprudencialmente realizar un análisis de qué porcentaje del tope es de aplicación confiscatoria y de qué porcentaje no lo es, puesto que su utilización discrecional resulta inconstitucional *per se* y no debería aplicarse en absoluto.⁵⁰

A la hora de cuantificar el despido es necesario tener en cuenta los incentivos que se crean de acuerdo a la asignación de recursos que se efectúe. Por ello, de continuarse con este sistema de cuantificación basado en criterios arbitrarios y topes distorsivos, no se hace más que alentar comportamientos oportunistas de la patronal, quien en caso de someterse a un litigio donde el tope sea operativo, se vería beneficiada con hasta el 33% de la indemnización por antigüedad correspondiente al trabajador que despidió. En otras palabras, el despido le costaría hasta un 33% más barato que si el tope no existiese.

A pesar de las observaciones efectuadas, no desconocemos que este sistema tarifado o baremizado busca otorgar homogeneidad al sistema de reparación, brindar

⁵⁰ Este es el criterio seguido actualmente por el Juzgado N° 78 de Trabajo de la Capital Federal y por la sala 6ª de la CNAT, lo cual se ha reseñado anteriormente.

seguridad jurídica a los potenciales dañadores y colaborar en la celeridad de los procedimientos. Sin embargo, las eventuales ventajas de esas consecuencias son superadas por sus desventajas relacionadas con la falta de una indemnización plena, que torna indeseable este sistema.

Lo cierto es que, aunque existan estas buenas intenciones, lejos están las mismas en brindar colaboración en miras de lograr la reparación plena de los daños soportados por el trabajador que fue despedido incausadamente.

Por todo ello, consideramos oportuna una revisión del sistema de reparación por despido incausado, a través de la implementación de un procedimiento eficiente que contenga variables adecuadas y que conlleven a la obtención de una reparación justa, adecuada en cada caso en particular y que genere incentivos eficientes entre los involucrados. Un sistema indemnizatorio que logre reparar plenamente el efecto dañoso ocasionado por el distracto, lográndose estos objetivos.

CAPÍTULO III: LA REGULACIÓN DEL DESPIDO EN EL DERECHO COMPARADO

Los sistemas de protección del empleo e indemnización para despidos incausados varían conforme al país en que nos encontremos, motivo que nos obliga a realizar un estudio comparativo de los mismos.

En primer lugar, debemos mencionar que existen condicionamientos internacionales para la protección contra el despido, emanados de entes supranacionales como la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), la Unión Europea y el Mercosur.

Estos ordenamientos buscan generar pautas mínimas de protección, y además, pretenden crear condiciones de competencia en el ámbito del comercio internacional. De allí, que su importancia puede ser vislumbrada desde diferentes ópticas.

En el presente acápite, expondremos acerca de la regulación del despido en países de Europa, América del Norte y del Sur. Por ello, a modo de muestra representativa, se han elegido países con variados modelos de protección, a fin de observar la gama de posibilidades a la hora de regular las consecuencias económicas del despido.

Sobre el particular, el criterio de selección de las legislaciones estudiadas se relaciona, en el caso de las pertenecientes a los países de América del Sur, por la cercanía geográfica (países limítrofes) y el nivel de intercambio comercial y de recursos humanos existente entre estos países.

Asimismo, las legislaciones europeas fueron elegidas, atendiendo a la razón de que las mismas (salvo Dinamarca) en general, siempre han sido y siguen siendo fuente

material de nuestro Derecho de consulta permanente. Ahora bien, el modelo danés es estudiado debido a su singular característica resultante de la intervención de los sindicatos en el proceso de cuantificación de la indemnización por despido.

Finalmente, el sistema de EE.UU. es analizado por la razón particular de ser modelo del *Common Law*, sistema de Derecho que siempre es valioso cotejar con nuestro sistema Civil Continental (*Civil Law*), de origen románico-germánico. Sumado a ello, las relaciones internacionales existentes con nuestro país ameritan la comparación y además, por establecer un régimen, que adelantándonos en el análisis, se encuentra en las antípodas de nuestra legislación laboral.

III.1- La Regulación del Despido en el Convenio N° 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

La regulación del despido en la mayoría de los países está condicionada por el *Convenio N° 158 OIT de 1982 “Sobre terminación de la relación de trabajo”*. El mismo, establece como regla general, que el despido debe estar justificado, ya sea por una causa relacionada con la capacidad o conducta del trabajador, o necesidades de la empresa. Al mismo tiempo, dicho convenio, establece causales que bajo ningún supuesto pueden justificar un distracto. Entre ellas, encontramos: discriminación, maternidad, represalias, afiliación sindical, etc.

En lo que refiere al procedimiento, se exige un preaviso razonable, que podrá excluirse en casos de faltas graves.

Asimismo, para despidos por causas económicas, tecnológicas o estructurales que alcancen una cierta dimensión, dicho convenio prevé un procedimiento específico,

con la participación de los representantes de los trabajadores y de la autoridad laboral local.

En relación a la temática que nos convoca, para el caso de que los despidos se consideren ilegítimos, se permite al legislador o en su caso al juez, optar por la readmisión o por el establecimiento de una indemnización “apropiada”.

Así, el convenio en cuestión dispone:

“De conformidad con la legislación y la práctica nacionales, todo trabajador cuya relación de trabajo se haya dado por terminada tendrá derecho: a una indemnización por fin de servicios o a otras prestaciones análogas, cuya cuantía se fijará en función, entre otras cosas, del tiempo de servicios y del monto del salario, pagaderas directamente por el empleador o por un fondo constituido mediante cotizaciones de los empleadores...”⁵¹

Ahora bien, estamos en condiciones de afirmar que los preceptos vertidos por este convenio internacional, son aplicados en Argentina, a pesar de que dicho País no ha ratificado el mismo. En otras palabras, la legislación argentina cumplimenta los estándares internacionales de la OIT sobre la regulación del despido.

III.2- La Regulación del Despido en Europa

III.2.a- Unión Europea: Derecho Comunitario

En la Unión Europea, la normativa comunitaria no establece con carácter general una limitación a la causa de los despidos, aunque si existen prohibiciones específicas, las cuales siguen la línea de los preceptos vertidos por el Convenio N° 158 de OIT.

Así, las Directivas 2000/43/CE, 2000/78/CE y 2006/54/CE, prohíben actos de discriminación en el empleo, incluyendo los despidos discriminatorios por razón de

⁵¹ Convenio OIT N° 158, Sección E, *Indemnización por fin de Servicios y Otras Medidas de Protección de los Ingresos*, art. 12.

sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, u orientación sexual y los que se lleven a cabo como represalias por el ejercicio de derechos de paternidad y adopción o por la defensa jurídica del principio de igualdad de trato. También, a través de la Directiva 92/85/CEE, se prohíbe el despido de la trabajadora embarazada y en permiso de maternidad.

Por otro lado, la Directiva 2001/23/CE, sobre traspasos de empresas, establece que el hecho del traspaso en sí mismo no puede justificar el despido, el que puede producirse, sin embargo, por causales económicas o empresariales.

En igual sentido, la Directiva 2002/14/CE, sin nombrar efectivamente la protección frente al despido, establece que los representantes de los trabajadores deben gozar de la protección y garantías suficientes para el ejercicio de su actividad.

Para el supuesto de despidos colectivos, la Directiva 98/59/CE, determina un procedimiento de información y consulta a los representantes de los trabajadores y de comunicación a la autoridad laboral local, cuando los despidos por causas no inherentes a la persona del trabajador superan determinados umbrales en relación con la dimensión del establecimiento.

Para finalizar, la Directiva 1999/70/CE prevé el establecimiento de medidas que limiten la utilización abusiva de la contratación temporal (restricción de los motivos de la contratación temporal, límites máximos de duración y determinación del número máximo de renovaciones posibles).

III.2.b- Alemania:

En este ordenamiento, el empleador deberá, como regla general, justificar el despido. Asimismo, debemos mencionar que los trabajadores con menos de 6 meses y

los que presten servicios en empresas de hasta 10 trabajadores quedan excluidos de este régimen.

Los tribunales interpretan con rigor la exigencia de causa, puesto que en el 80% de los procesos judiciales, se falla a favor del trabajador, quien impugna el 27% de los casos de despido.⁵²

En todos los casos, se controla la proporcionalidad de la medida extintiva haciendo una ponderación de los intereses de ambas partes; no existen reglas fijas para hacerlo, lo cual genera cierta incertidumbre.

En el ordenamiento alemán no se prevén indemnizaciones para despidos procedentes. En cuanto a los efectos del despido ilegítimo, teóricamente se aplica como regla general la readmisión del trabajador (sólo 9% de los casos termina en readmisión).

En la práctica, las partes suelen llegar a un acuerdo antes de la finalización del proceso, con objeto de evitar la incertidumbre y las consecuencias negativas del alargamiento del conflicto.

Las indemnizaciones no están tasadas para estos acuerdos pero las cantidades oscilan entre el 30% de un mes de salario y un mes entero por año de servicio, resultando la media en 0,5 meses de salario por año de servicio.⁵³

En todo caso, el juez puede sustituir la readmisión por una indemnización económica que puede llegar hasta los 12 meses de salario.

⁵² GRUND, C., “Severance payments for dismissed employers in Germany”, *European Journal of Law and Economics*, vol 22, nº 1, 2006.

⁵³ ALVAREZ DEL CUBILLO, ANTONIO, “Informe Sobre la Regulación del Despido en Europa”, *Temas laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar social*, año 2009, nº 99, ed. Consej. Andaluz de Relaciones Laborales, p. 278

III.2.c- Dinamarca:

En Dinamarca no existe una norma de rango legal que regule con carácter general la protección por despido, aunque sí existen leyes que prohíben determinadas formas de despido, como el discriminatorio en razón de sexo o el que vulnera el derecho de afiliación sindical.

Para la mayoría de los trabajadores, la protección viene dada por los convenios colectivos, así pues algunos trabajadores quedan excluidos de la protección, si bien hay que tener en cuenta que las tasas de cobertura de negociación colectiva son superiores al 80%, debido a las altas tasas de afiliación sindical y empresarial y a la extensión a través de contratos individuales que se remiten al convenio.

En los diferentes convenios, se exige que el despido esté justificado en una causa razonable, vinculada al trabajador o a las necesidades de la empresa.

En cuanto a los efectos del despido, no se prevén con carácter general indemnizaciones para los despidos precedentes. En todo caso, el sistema de protección por desempleo y las políticas activas de empleo contribuyen a evitar que el despido provoque disfunciones sociales importantes.

Cuando un trabajador considera que el despido es arbitrario, no reclama antes los tribunales ordinarios, sino ante un tribunal especial creado por el Acuerdo Básico⁵⁴, denominado Tribunal de Despidos, formado por miembros nombrados por los interlocutores sociales y Magistrados del Tribunal Supremo. No obstante, un trabajador no afiliado puede recurrir a los tribunales ordinarios.

⁵⁴ Acuerdo entre la Central Sindical LO y la patronal DA, rige para la mayor parte de los trabajadores.

Dicho procedimiento opera como un proceso de negociación entre sujetos colectivos que puede terminar en un arbitraje en los casos más extremos, habitualmente la solución llega al cabo de un par de semanas o meses.

El tribunal puede decidir anular el despido, reintegrando al trabajador a su puesto o establecer una compensación si existen dificultades de convivencia entre las partes.⁵⁵

El sistema de protección por desempleo y las políticas activas hacen que el trabajador no quede en una situación muy desventajosa y por lo general, no precise de ulteriores compensaciones. En caso de que se decida la reincorporación del trabajador (lo que es menos habitual que la indemnización), la obligación no puede ejecutarse en sus propios términos, aunque existen sanciones severas por incumplimiento de los acuerdos colectivos.

La indemnización derivada de la extinción del contrato por un despido ilegítimo tiene un límite máximo, previsto en el Acuerdo Básico, de 52 semanas de salario. Para determinar la cuantía el Tribunal de Despidos toma en consideración los daños, el comportamiento de las partes y la antigüedad del trabajador.

III.2.d- España:

El ordenamiento español está regido por el Real Decreto Legislativo N° 2/2015, llamado “Estatuto de los Trabajadores”. Que, en coincidencia con las demás regulaciones europeas, como regla, exige la existencia de una causal suficiente para dar por finalizado un contrato de trabajo.

⁵⁵ VAN PEIJPE, T., “Employment Protection under Strain: Sweden, Denmark, the Netherlands”, *Bulletin of Comparative Labour Relations*, n° 33, 1998.

Además, el ordenamiento español realiza la siguiente clasificación de despidos: colectivos, objetivos, disciplinarios e improcedentes. Asignándole a cada uno de ellos consecuencias económicas diferentes.

El despido colectivo (art. 51) se encuentra fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un período de noventa días, la extinción afecte al menos a diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores, a el diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores o al treinta por ciento de trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos.

Para estos supuestos, la indemnización será, la que se fije en los casos de acuerdo entre las partes (empresario y sindicato), la cual deberá ser cómo mínimo correspondiente a veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, con un máximo de doce mensualidades

Así, el despido objetivo (art. 52/53) es aquel que ocurre por la existencia de alguna de las siguientes causales: ineptitud descubierta u ocurrida después de la contratación del empleado, por la no adaptación del trabajador a nuevas disposiciones técnicas dentro de la empresa, cuando haya inasistencias, aún justificadas, por el 20% del tiempo laboral e 2 meses consecutivos, o 25% en 4 meses continuos, o si se origina por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción dentro de la empresa y se dé en un número menor a un despido colectivo.

La indemnización correspondiente para esta clase de distracto surge de calcular veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades.

Por otro lado, el despido disciplinario (art. 54) se da cuando es el empleado quien incumple gravemente los deberes que le corresponden, y al igual que en el caso argentino, no tiene derecho a percibir indemnización alguna.

Ahora bien, el despido improcedente (art. 56) es aquel que ocurre cuando el incumplimiento laboral por parte del trabajador no está acreditado o cuando no se cumplen los requisitos formales para el mismo.

En este caso, el trabajador tiene derecho a ser readmitido en la empresa o a recibir una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades.

En caso de que el empresario opte por la readmisión del trabajador despedido, le deberá abonar a este los salarios caídos desde que fue despedido. Vale aclarar que, para el caso de que el trabajador despedido fuere un delegado sindical, será este quien tendrá la facultad de optar entre la readmisión al puesto o la indemnización por despido improcedente.

III.2.e- Francia:

En el derecho francés, la regulación de los contratos indefinidos exige para configurar el despido una causal objetiva, verificable y vinculada a la esfera profesional. En cambio, cuando se trata de un motivo basado en la persona del trabajador, la causa debe ser real y seria.

Por otra parte, existen una serie de causas prohibidas que vician el despido y que se vinculan a la vulneración de derechos fundamentales (discriminación, represalias por huelga o ejercicio de la acción judicial, vulneración de la libertad religiosa y de

expresión, etc.) o a la situación de personas especialmente protegidas (trabajadoras embarazadas o suspensión del contrato por accidente de trabajo).

En cuanto al procedimiento, se exige la convocatoria del trabajador afectado a una entrevista, en la que se le da audiencia y a la que puede ir asistido de un representante o equivalente; posteriormente debe notificarse el despido indicando los motivos alegados. El defecto en la enunciación de los motivos es equivalente a la ausencia de causa; por otra parte, el incumplimiento de las pautas del procedimiento apareja una indemnización adicional.

Además de estas reglas, se exige un preaviso, cuya duración depende de la antigüedad del trabajador, si lleva más de dos años en la empresa será de dos meses, si es de entre seis meses y dos años le corresponde un mes y para antigüedad menor a un mes, será la que señalen los convenios colectivos o la costumbre. La obligación de preaviso sólo desaparece en el caso de falta grave, es decir, con la existencia de una causa que hace imposible el mantenimiento, incluso temporal, de la relación de trabajo.

En cuanto a los efectos indemnizatorios, existe una indemnización general para cualquier despido, por causas personales o económicas, salvo caso de falta grave, a la que tienen derecho todos los trabajadores a partir de un año de antigüedad.

Estas cantidades se determinan reglamentariamente y son de 1/5 de mes o 1/10 (dependiendo si el despido es económico o por causa real o seria) por año de servicio, con un incremento adicional por encima de los 10 años de antigüedad. Si el despido es fundado pero se lleva a cabo con infracción de los requisitos de procedimiento, se añadirá una indemnización de un máximo de un mes de salario.

Si el despido carece de causa suficiente el juez podrá imponer la readmisión, pero en la práctica, como en el ordenamiento inglés, esta posibilidad no se aplica debido a que no es aceptada por ninguna de las partes.⁵⁶

Entonces, se emplea una compensación económica mínima correspondiente al salario de los últimos 6 meses, que podría ser mayor para reparar íntegramente el perjuicio causado y no excluye indemnizaciones adicionales por las condiciones vejatorias que se hubieren impuesto al trabajador.

Para ambos casos, si la empresa tiene menos de diez empleados o el trabajador una antigüedad menor a dos años, la indemnización tasada se sustituye por una compensación de los perjuicios causados.

III.2.f- Italia:

En el ordenamiento Italiano, toda extinción, procedente o improcedente, así como las extinciones de los contratos temporales generan indemnización denominada “*trattamento di fine rapporto*”, el cual tiene carácter de retribución diferida y la finalidad de afrontar el riesgo de la pérdida de empleo.

Su cuantía es resultante de dividir por 13,5 la retribución de cada año, tomando en consideración la inflación. Esta indemnización, se sumaría a las eventuales compensaciones derivadas de la eventual calificación del despido como ilegítimo.

Para que el despido sea legítimo tiene que tener un motivo justificado, vinculado a determinados incumplimientos de especial gravedad que impiden el mantenimiento del vínculo.

⁵⁶ FAVENNEC-HÉRY, F., *Droit du Travail*, 2ª Ed., LGDJ, Paris, 2009, p. 537.

El procedimiento de despido requiere la comunicación por escrito, indicando la causa, caso contrario, el despido será ineficaz. También se exige un preaviso, que dependerá del convenio colectivo aplicable, la costumbre o la equidad. El incumplimiento del preaviso lleva consigo el pago de una indemnización.

En cuanto a las consecuencias del despido ilegítimo existen dos formas de tutela (real y obligatoria) que dependen de la dimensión de la empresa. La tutela real se aplica a todas las empresas de más de 60 trabajadores y a las de menor tamaño que empleen a más de 15 personas en la misma unidad productiva. La tutela obligatoria, en cambio, se corresponde con las empresas que no alcancen esos umbrales de plantilla, siempre que el despido no resulte discriminatorio.

En la tutela obligatoria, el empleador puede elegir entre la readmisión o el pago de una indemnización que oscilará entre los 2,5 y los 6 meses de salario en función del número de trabajadores, la dimensión económica de la empresa, la antigüedad y el comportamiento de las partes. Además, a esta cantidad debemos añadir el *“trattamento di fine rapporto”*.

La tutela real implica “teóricamente” la readmisión al puesto de trabajo y el pago de una indemnización equivalente a los daños causados, y que como mínimo será de 5 meses de salario. No obstante, el trabajadores puede optar por abandonar la empresa cobrando una indemnización equivalente a 15 salarios.

“Tal como hemos visto en el caso de Francia y el Reino Unido, en realidad, los trabajadores no optan nunca por la readmisión, de manera que la tutela real consiste verdaderamente en un incremento de la indemnización correspondiente a la tutela obligatoria.”⁵⁷

⁵⁷ GAROFALO, M.G., “La nuova disciplina dei licenziamenti individuali: prime osservazioni”, *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, I, 1990.

III.2.g- Reino Unido:

El Reino Unido cuenta con una legislación sobre el despido poco restrictiva en términos comparativos con el sistema argentino. Si bien, se reconoce un alto grado de libertad al empleador, también se enfoca en eliminar la arbitrariedad en el ejercicio de esta libertad.

La idea central de esta regulación es que los trabajadores tienen derecho a no ser ilegítimamente despedidos por su empleador. Debe mencionarse, que los trabajadores con menos de un año de antigüedad están excluidos de este sistema de protección.

En relación a la causa, los empleadores deberán invocar y probar el motivo que fundamenta el despido, caso contrario, éste resultaría automáticamente ilícito.

La ley califica los siguientes motivos como ilícitos en todos los casos: embarazo o parto, ejercicio de derechos de conciliación, transmisión de la empresa en sí misma, pertenencia a un sindicato, defensa de un derecho legal.

Por otro lado, establece como potencialmente legítimos los siguientes: capacidad y cualificaciones, enfermedad, conducta del trabajador, acatamiento de normas legales, jubilación o despido por causas empresariales. Esta lista no es taxativa, puesto que incluye una cláusula de apertura: “*some other substantial reason.*”⁵⁸

En estos motivos potencialmente legítimos, el juez debe apreciar la validez de las razones tomando en consideración las circunstancias de cada caso en particular.

La jurisprudencia británica pone el énfasis en la valoración de la conducta del empresario, determinando si actuó como un “empresario razonable”, por lo que se

⁵⁸ ALVAREZ DEL CUBILLO, *op. cit.*, p. 267.

otorga valor a sus creencias, más que a la realidad objetiva. Esta es la evidencia de que el objetivo del legislador británico es simplemente limitar la arbitrariedad del empresario.

Este ordenamiento también dispone exigencias procedimentales, que en caso de ser incumplidas también califican cómo ilegítimo al despido.

Así, es necesario que la extinción asuma la forma escrita, señalando los motivos justificantes, preavisando a partir de los dos años de antigüedad, variando en uno o dos semanas dependiendo de los años de servicio.

En lo atinente a las consecuencias económicas del despido legítimo, para el supuesto de causas económicas, esta indemnización recibe el nombre de “*redundancy payments*” y excluye a los trabajadores con antigüedad inferior a dos años. Su cuantía se calcula multiplicando los años de servicio por un número de semanas que depende de la edad que tenía el trabajador en cada uno de estos años (menos de 22: 0,5 semanas, entre 22 y 41: 1 semana – a partir de 41: 1,5 semanas).

En cuanto a las consecuencias del despido ilícito existen tres alternativas: la reintegración del trabajador a su puesto, la nueva contratación o la compensación económica.

La compensación económica se compone de una parte básica que opera en todo caso, sin demostración de daños y de otros elementos que depende de las circunstancias del caso.

La compensación básica es la misma que para los *redundancy payments*, con un máximo de 20 años y £ 9.900. A ello debe sumarse una *compensatory award*, que depende de la demostración de perjuicios concretos: pérdida inmediata de ingresos,

pérdida futura de ingresos, pérdida de beneficios adicionales (*fringe benefits*), gastos de búsqueda de empleo, derechos de pensión o perjuicios en el régimen de protección por desempleo. Cabe mencionar, que la indemnización puede reducirse o aumentar hasta en un 25% en función del comportamiento de las partes en el procedimiento.

Así, esta indemnización depende en gran medida de los perjuicios causados y del comportamiento razonable de las partes y no tanto de la antigüedad del trabajador en el puesto.

Los estudios empíricos reflejan un alto grado de cumplimiento y eficacia de la normativa, por lo que la protección real puede resultar superior a la de aquellos países con regulaciones aparentemente más restrictivas, pero sistemáticamente incumplidas.⁵⁹

III.3- La Regulación del Despido en Países de América del Sur:

III.3.a- Mercosur: Derecho Comunitario

En el ámbito de América del Sur, existe una cuenta pendiente en relación a la regulación del despido y sus efectos para sus Estados miembros.

Dentro de la normativa de carácter comunitaria podemos mencionar a La “Declaración Sociolaboral del Mercosur”⁶⁰ del año 2015, la que poco dice acerca de la protección contra el despido.

⁵⁹ HONEYBALL, S., *Honeyball & Bowers - Textbook on Employment Law*, Oxford University Press, 10ª Edición, 2008, p. 198.

⁶⁰ Mercosur, Declaración Socio Cultural, Río de Janeiro, 10/12/1998, disponible en la web oficial de la Secretaria de Trabajo de la Nación Argentina en: http://www.trabajo.gov.ar/downloads/conaeti/declaracion_sociolaboral.pdf (documento digital pp. 01-09)

La referida declaración, establece en líneas generales, que: *“todo trabajador gozará de la protección que le garantice la regulación de los Estados parte, y compromete a estos a garantizar el goce efectivo de la misma.”*

También instituye, dentro del acápite de los derechos colectivos, que los Estados parte deben garantizar la protección del trabajador ante el despido por causa de su afiliación o participación sindical.

Por lo tanto, esta regulación deja en manos de los países miembros la protección del trabajador y sus derechos, y no establece una regulación específica o estándares mínimos de garantía, salvo ante despidos por causa de participación sindical.

III.3.b- Bolivia:

En Bolivia, las relaciones laborales se rigen por la Ley General del Trabajo del año 1939 (última actualización 2011), la cual en su art. 13 establece las consecuencias económicas del despido incausado.

La indemnización correspondiente al despido incausado, es a la suma equivalente a un mes de sueldo por cada año de trabajo continuo; y si los servicios no alcanzaren a un año, en forma proporcional a los meses trabajados. Asimismo, El cálculo se hará tomando en cuenta el término medio de los sueldos o salarios de los tres últimos meses (art. 19).

Es importante destacar que, si el empleado u obrero tuviera más de 8 años de servicio percibirá la indicada indemnización aunque se retire voluntariamente.

III.3.c- Brasil:

Las normas del Derecho del trabajo en Brasil están regidas por la Consolidación de Leyes del Trabajo, (*CLT- Consolidação das Leis do Trabalho*), la que recientemente fue significativamente modificada por la reforma laborista de 2017.

Para configurar un despido se exige, en principio, la existencia de una falta grave del trabajador o fuerza mayor. Además, que el empleador notifique a la cartera laboral y pague los fondos rescisorios en tiempo y forma.

En caso de comprobarse la inexistencia de la causal exigida, el empleador debe reincorporar al trabajador y pagarle los salarios caídos. Salvo, que las circunstancias hagan imposible la reintegración del trabajador, supuesto en el que deberá abonarse la indemnización correspondiente.

El preaviso, salvo pacto en contrario, la parte que, sin justa razón, quiera rescindir el contrato deberá avisar a la otra de su resolución con la antelación mínima de: ocho días, si el pago se efectúa por semana o tiempo inferior; y de treinta días a los que perciban por quincena o mes, o que tengan más de 12 (doce) meses de servicio en la empresa.

La indemnización debida por la rescisión de contrato por plazo indeterminado es de 1 (un) mes de remuneración por año de servicio efectivo, o por año y fracción igual o superior a 6 (seis) meses, lapso durante el cual rige el período de prueba.

Si el salario se paga por día, el cálculo de la indemnización tendrá por base 25 (veinticinco) días. Si se paga por hora, la indemnización se calculará en la base de 200 (doscientas) horas al mes.

Para los empleados que trabajen a comisión o que tengan derecho a porcentajes, la indemnización es calculada por la media de las comisiones o porcentajes percibidos en los últimos 12 (doce) meses de servicio.

Para los empleados que trabajen por tarea o servicio hecho, la indemnización será calculada en la base media del tiempo habitualmente gastado por el interesado para la realización de su servicio, calculándose el valor de lo que se haría durante 30 (treinta) días.

III.3.d- Chile:

La Regulación del despido en el derecho chileno se encuentra regulada en el Código Laboral chileno, específicamente en el Libro I *“Del contrato individual de trabajo y de la capacitación laboral”*, Título V: *“De la terminación del contrato de trabajo y estabilidad en el empleo”*.

Según el ordenamiento laboral chileno, el contrato de trabajo termina sin derecho a indemnización alguna cuando el empleador le ponga término invocando una o más de las siguientes causales atribuibles a la conducta del trabajador: falta de probidad del trabajador en el desempeño de sus funciones; conductas de acoso sexual; vías de hecho ejercidas por el trabajador en contra del empleador o de cualquier trabajador que se desempeñe en la misma empresa; injurias proferidas por el trabajador al empleador; conducta inmoral del trabajador que afecte a la empresa donde se desempeña, y conductas de acoso laboral.

Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, el empleador podrá poner término al contrato de trabajo invocando como causal las necesidades de la empresa, tales como las derivadas de la racionalización o modernización de la misma, bajas en la

productividad, cambios en las condiciones del mercado o de la economía, que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores. Claro está, que se le otorga el derecho al trabajador despedido a impugnar la causal invocada.

En estos supuestos, el Código del Trabajo establece que si el contrato de trabajo hubiere estado vigente un año o más y el empleador le pusiere término por alguna de estas causales, deberá pagar al trabajador la indemnización por años de servicio que hubieren pactado contractualmente y de no existir tal pacto la equivalente a 30 días de la última remuneración mensual devengada por cada año de servicio y fracción superior a seis meses, prestados continuamente al empleador, indemnización que se encuentra limitada a 330 días de remuneración, es decir, a 11 años.

Ahora bien, de acuerdo con lo establecido en el art. 8° transitorio del Código del Trabajo, si el trabajador despedido ha sido contratado con anterioridad al 1° de diciembre de 1990 y con posterioridad al 13 de agosto de 1981, el empleador estará obligado a pagar la indemnización equivalente a 150 días de remuneración, esto es, a cinco años, y el exceso sobre los 150 días de remuneración, que por indemnización pudiere corresponderle, en mensualidades sucesivas, equivalente a treinta días de indemnización cada una, debidamente reajustadas de conformidad al artículo 173 del Código del trabajo. Para estos efectos, en el respectivo finiquito debe dejarse constancia del monto total que deberá pagarse con tal modalidad y el no pago de cualquiera de las mensualidades hará exigible en forma anticipada la totalidad de las restantes.

Así las cosas, para el supuesto del trabajador cuyo contrato termine por aplicación de una o más de las causales enumeradas, y que considere que dicha aplicación es injustificada, indebida o improcedente, o que no se haya invocado ninguna

causal legal, podrá recurrir al juzgado competente, con el fin de solicitar su impugnación.

En caso de que dicha solicitud prospere, el juez ordenará el pago de la indemnización por años de servicio que le correspondiere, aumentada esta última de acuerdo a las siguientes reglas:

- En un treinta por ciento, si se hubiere dado término por aplicación improcedente de las causales que no dan lugar a indemnización alguna,
- En un cincuenta por ciento, si se hubiere dado término por aplicación injustificada de las causales atribuibles a la conducta del trabajador o no se hubiere invocado ninguna causa legal para dicho término; y
- En un ochenta por ciento o cien por ciento, si se hubiere dado término por aplicación indebida de las causales atribuibles a la conducta del trabajador. La ley determina en que supuestos rigen estos diferentes porcentajes.

III.3.e- Paraguay:

En la República del Paraguay, el despido se encuentra regulado por el “Código del Trabajo”, Ley N° 213 del año 1993.

Más precisamente, la indemnización prevista para el despido sin causa se encuentra establecida en el art. 91, el cual dispone que el empleador deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a quince salarios diarios por cada año de servicio o fracción de seis meses.

Esta indemnización se calcula tomando como base el promedio de los salarios devengados por el trabajador, durante los últimos seis meses que tenga de vigencia el contrato o fracción de tiempo menor, si no se hubiese ajustado dicho término.

III.3.f- Perú:

En Perú, el despido se encuentra regulado por la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Dec. Supremo N° 003-97-TR.

El régimen de protección contra el despido arbitrario se aplica a los trabajadores del sector privado que trabajen más de cuatro horas diarias para un mismo empleador. Para poner fin a la relación laboral es indispensable la existencia de una causa comprobada, que necesariamente debe estar basada en la capacidad o conducta del trabajador. Estas causas, están taxativamente detalladas en el ordenamiento peruano.

Asimismo, se consideran nulos los despidos que aludan a causas como la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales; ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad; presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, la discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma y el embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al parto.

La ley exige un preaviso mínimo de seis días, dentro de los cuales el empleado puede ejercer su derecho de defensa impugnando el despido. Luego, se requiere la forma escrita con clara e invariable expresión de causa y fecha exacta de desafectación.

El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización.

Si el despido es arbitrario, ya sea por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización, como única reparación por el daño sufrido.

En cambio, si el despido resulta nulo, el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida.

La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones.

III.3.g- Uruguay:

A diferencia de los demás países de la región, en Uruguay no existe un código o ley laboral que unifique la regulación de la materia, sino que las instituciones del derecho laboral se encuentran reguladas en leyes dispersas.

Una de ellas, es la Ley N° 10.489 de “Horarios Comerciales”, la cual regula la extensión de las jornadas de trabajo. Sin embargo, en su art. 4 dispone la consecuencia económica del despido incausado.

El régimen uruguayo establece como indemnización por despido, a la suma equivalente al importe de la remuneración total correspondiente a un mes de trabajo por cada año o fracción de actividad, con límite de tres mensualidades si tuvieren derecho a jubilación y de seis mensualidades como máximo en caso contrario.

Posteriormente establece que, estos beneficios no alcanzan a los obreros y empleados que sean despedidos por notoria mala conducta.

III.4- La Regulación del Despido en Estados Unidos:

En EE.UU, por regla general no existen limitaciones al despido, o dicho en otras palabras, las empresas no se encuentren obligadas a alegar causa alguna para proceder al

despido ni a indemnizar a los trabajadores despedidos, a menos que se haya pactado contractualmente esta circunstancia.

Es menester señalar que estos supuestos, donde se pactan beneficios o indemnizaciones para la extinción de los contratos laborales, por lo general se dan en los altos cargos gerenciales, y son denominados “*Golden parachute*” o paracaídas de oro.

No obstante lo señalado anteriormente, encontramos ciertas excepciones, donde la normativa obliga a que el despido esté sujeto a requisitos y formalidades.

Una de ellas, es el supuesto de despidos masivos, el cual se encuentra regulado por la WARN “*Worker Adjustment and Retraining Notification*” (Ley de Notificación de Ajustes y del Reentrenamiento del Trabajador).

La cual, exige a los empleadores con 100 empleados o más que proporcionen un aviso por escrito con al menos 60 días de anticipación a un cierre de planta y despido que afecte a 50 empleados o más en una sola unidad productiva. Vale aclarar, que la ley no contempla la sustitución del preaviso por indemnización alguna, aunque en la práctica hay empleadores que lo hacen.

En segundo lugar, además de la WARN, ante despidos discriminatorios, existe la OWBPA “*Older Workers Benefit Protection Act*” (Ley para la Protección de los Beneficios de Trabajadores de más edad). La cual añade protecciones adicionales para los trabajadores de más edad en el caso de extinciones contractuales individuales o de colectivos de trabajadores.

En resumen, le legislación de este país no prevé consecuencias económicas para a extinción del contrato de trabajo, salvo que se haya pactado contractualmente entre el trabajador y el empleador.

III.5- Colofón

Como pudimos observar (véase más abajo, cuadro comparativo), todos los países estudiados (salvo EEUU), cuentan con un sistema de protección contra despidos incausados o ilegítimos. Si bien en todos ellos, rige el sistema tarifado o baremizado, sus variables y normas de procedimiento varían a lo largo de los diferentes países estudiados.

En el ámbito de América del Sur, todas las regulaciones estudiadas (Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay), coinciden en establecer una cuantía para despidos ilegítimos. Las mismas, adoptan el sistema tarifado, tomando como base del cálculo el salario y la antigüedad del trabajador, difiriendo en los períodos de antigüedad a computar.

Si bien, a primera vista, coinciden con el sistema adoptado por la legislación argentina, varían en ciertos pormenores, por ejemplo, el tope del cálculo. Puesto que, mientras que en nuestro país el tope se regula en la base del cálculo, los demás lo hacen en la extensión o monto de la indemnización en su totalidad.

En cuanto a la base del cálculo, todas las regulaciones establecen un mes de salario por año de servicio, a excepción de Paraguay, donde se calcula ponderando quince salarios diarios por año de servicio.

También, existe la posibilidad que períodos menores de antigüedad se computen como año entero, en Argentina luego de superado los tres meses, mientras que en Paraguay y Brasil los seis. En cambio, en Bolivia el cálculo para períodos menores a un año puede ser prorrateado en conforme a los meses transcurridos.

Como se ha dicho, en América del Norte, más precisamente en Estados Unidos, no se prevén indemnizaciones para ningún tipo de despidos, razón por la cual podemos afirmar que se encuentra en una posición antagónica a nuestra legislación, la cual, como se ha dicho, protege constitucionalmente al trabajador del despido arbitrario.

Si bien pueden pactarse individualmente una cláusula penal por extinción del vínculo laboral, no existe un parámetro para fijarlo, quedando sujeto a la libre disposición de las partes, a diferencia de nuestro país donde las partes pueden pactar pero siempre por encima de los estándares de orden público fijados por la legislación laboral, también llamados “mínimos inderogables”.

Distinto es el caso de Europa, ya que existen países en los cuales se establece una indemnización para todos los casos de despido (legítimos e ilegítimos). En este segmento podemos mencionar la regulación de España, Italia, Francia y Reino Unido.

La legislación Argentina difiere de la europea en cuanto no tiene previsto como regla general y previo a la indemnización, la opción de reincorporar al trabajador, es decir, retrotraer el despido. La única excepción ocurre ante el despido por causa de ejercicio de derechos sindicales, donde la ley argentina prevé la reincorporación del trabajador en virtud de la llamada “tutela sindical” (art. 48 y 52 Ley 23.551).

Así las cosas, en Europa la reincorporación es muy poco utilizada, prefiriendo las partes optar por el pago indemnizatorio.

En cuanto a la indemnización, en el sistema argentino no se considera el nivel de daño soportado por el trabajador, ya que el pago por antigüedad sólo tiene en cuenta los años de servicio y el salario devengado del trabajador.

En cambio, en los ordenamientos europeos analizados, el modo de cálculo es mucho más flexible que en el caso argentino, lo que facilita tomar en consideración algunas circunstancias, como el comportamiento de las partes, el grado de insuficiencia de la causa, el cumplimiento de los trámites procedimentales o la dimensión de la empresa. Esto produce una mayor incertidumbre tanto para el trabajador como para el empresario, pero que se ve limitada para este último a través del establecimiento de topes máximos.

En algunos países es preciso contar con un tiempo determinado de servicios en la empresa para acceder a la protección del despido (p. ej. Francia dos años), mientras que en Argentina, una vez superado el período de prueba ya se vuelve operativa la indemnización ante un despido incausado.

Condicionar el derecho a la indemnización por despido a una duración del contrato laboral, , puede generar incentivos a contar con personal exclusivamente hasta ese plazo, , es decir, evitando con esta interrupción del contrato que la indemnización sea procedente.

Otra particularidad que puede observarse, es que en algunas regulaciones europeas se prevé la procedencia de la indemnización por despido, relacionada al tamaño de la plantilla de la empresa, lo cual si bien puede significar un alivio a pequeñas empresas, también podría generar incentivos a no contratar personal a partir

de un determinado número de trabajadores, lo cual distorsionaría el equilibrio óptimo de los niveles de contratación y generación de empleos.

En relación a los topes indemnizatorios, en la regulación nacional solamente existe un tope en la base de cálculo de la indemnización, no así en el monto de la misma. También existe una indemnización mínima de un mes de sueldo operativa en todos los casos (art. 245 LCT). Mientras tanto, en algunas regulaciones europeas se limita el monto máximo de la indemnización (p. ej. Alemania 12 meses, España 24 meses, Dinamarca 52 semanas).

Por lo expuesto, podemos afirmar que en virtud del carácter protectorio del Derecho Laboral argentino, este cuenta con la particularidad de poseer una mayor intensidad en miras de resguardar los derechos de los trabajadores. Lo cual, si bien resulta apropiado a fin de evitar despidos arbitrarios, puede traer consecuencias poco deseables como el aumento de los costos esperados de contratación y con ello, el poco dinamismo del mercado de trabajo. También podría generar una mayor inversión en el proceso de selección del trabajador más adecuado para el cargo ofrecido y en el proceso de capacitación del mismo, una vez que haya obtenido el cargo superado el período de prueba de tres meses.

Las regulaciones europeas, si bien tienen otros matices en la cuantificación del daño provocado por el despido, el mismo en la mayoría de los casos se encuentra limitado con un tope máximo, lo cual brinda un marco certeza y previsibilidad en relación a la extensión del monto. Aunque, como ya lo hemos expresado y ahondaremos más a continuación, la existencia de topes entorpecen la reparación plena del trabajador, generando incentivos ineficientes para los agentes del mercado laboral.

Así las cosas, habiendo señalado en el capítulo anterior, y concordando con la hipótesis principal de esta obra, sostenemos que los sistemas tarifados no logran, como regla general, reparar de manera eficiente a la víctima del despido.

En otros términos, no logran internalizar de manera adecuada la externalidad negativa producida por el evento dañoso (despido), razón por la cual se realizan asignaciones ineficientes de recursos valiosos, lo cual ocasiona distorsiones no deseables socialmente que influyen sobre el nivel de actividad de los dañadores, y por ello, es necesario contar con un procedimiento que logre solucionar esta cuestión.

Este procedimiento, deberá funcionar como una herramienta eficiente de cuantificación, que logre superar los errores del sistema tarifado, reparando plenamente al trabajador, e introduciendo incentivos adecuados al mercado de trabajo, para que de esta manera, no ocurran despidos en un número distinto de los deseables socialmente.

Tabla 1. Cuadro comparativo

	PAÍS	CONSECUENCIA ECONÓMICA Despido incausado
CONTINENTE EUROPEO	ALEMANIA	Acuerdos: entre el 30% de un mes de salario y un mes entero por año de servicio. Judicial: hasta 12 meses de salario.
	DINAMARCA	Acuerdo básico sindical: Max. 52 semanas de salario.
	ESPAÑA	33 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. Máx.: 24 mensualidades.
	FRANCIA	Min. 2 años de antigüedad y empresa de más de 10 trabajadores. Salario últimos 6 meses, pudiendo aumentar depende el daño.
	ITALIA	<u>Tutela Real</u> : (de más de de 60 trabajadores y/o de más de 15 en la misma unidad productiva). <i>Indem</i> 15 salarios. <u>Tutela obligatoria</u> : <i>indem</i> entre los 2,5 y los 6 meses de salario, más “ <i>trattamento di fine</i>

		<i>rapporto</i> ".
	REINO UNIDO	" <i>redundancy payments</i> " (máx. de 20 años y £ 9.900) más " <i>compensatory award</i> " (pérdida de ingresos futuros y daños) Puede aumentar hasta 25% por el comportamiento de las partes.
AMÉRICA DEL SUR	ARGENTINA	Indemnización por antigüedad: 1 mes de salario por año de servicio o fracción mayor a 3 meses. Tope: la remuneración considerada para la base del cálculo no puede superar el valor de tres veces el salario promedio de convenio.
	BRASIL	Indemnización por antigüedad: 1 mes de sueldo por año de servicio efectivo, o por año y fracción igual o superior a 6 meses.
	BOLIVIA	Indemnización por antigüedad: 1 mes de sueldo por cada año de trabajo continuo; y si los servicios fueren mayor a 1 año, será en forma proporcional a los meses trabajados
	CHILE	Indemnización por antigüedad: 1 salario por año de servicio, máx. 11 años Aumenta: 30% 50% 80 a 100%
	PARAGUAY	15 salarios diarios por año de servicio o fracción de 6 meses.
	PERÚ	Indemnización por antigüedad: 1,5 salario por antigüedad. Máx.12 salarios.
	URUGUAY	Indemnización por antigüedad: 1 mes de sueldo por cada año o fracción de actividad. Límite: 6 mensualidades, salvo jubilación 3 mensualidades.
AMÉRICA DEL NORTE	ESTADOS UNIDOS	No se prevén indemnizaciones.

Fuente: elaboración propia.

CAPITULO IV: EL DESPIDO Y LA EFICIENCIA: ANÁLISIS ECONÓMICO

DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO

IV.I- Nociones preliminares:

En su concepción tradicional, la teoría económica se ocupó de las reglas aplicables a procesos de distribución y producción de bienes y servicios escasos en mercados explícitos. Situación que comenzó a modificarse a finales de la década de 1950, tiempo en el que su uso se extendió hacia la evaluación de las decisiones que no tenían por objeto producir esos bienes y servicios.

Ello impactaría en las ciencias sociales en general, en el sentido de que tanto los principios, como el método de la economía se extenderían a cualquier tipo de conducta humana. De ese modo, la economía comenzaría a emplearse en ámbitos antes reservados a otras disciplinas sociales, entre ellas, el derecho.⁶¹

A partir de este empleo multidisciplinario del enfoque económico, la economía puede ser vista, como un método general de estudio de las ciencias sociales. Ello, como resultado de que su elemento distintivo es su particular enfoque sobre la conducta humana.⁶²

La doctrina especializada expone al respecto:

“La economía constituye un enfoque de la conducta humana, basado en la idea de que las personas responden a los precios, tanto monetarios como no monetarios, de una manera determinada. El hecho de que las decisiones tengan costos de oportunidad y precios, hace que puedan ser examinadas desde el particular enfoque económico; y toda vez que frente a la elección humana quedan

⁶¹ MERCURO Nicholas and MEDEMA Steven, “Economics and the Law, From Posner to Post-Modernism”, Princeton, NJ: Princeton University Press, 1997, pp. 55-57.

⁶²BECKER GARY S., “The Economic Approach to Human Behavior”, Chicago, IL: The University of Chicago Press, 1976, p. 9.

*habilidades algunas alternativas, existe un precio en cualquier contexto de decisión.”*⁶³

*“En el caso del derecho, la idea es muy intuitiva: las leyes, sentencias y demás reglas legales que componen el sistema jurídico contienen incentivos, y la hipótesis de que el hombre actúa con la finalidad de maximizar su bienestar permite una predicción de las respuestas de las personas a los cambios en las leyes, así como una explicación y evaluación de la eficiencia del sistema legal.”*⁶⁴

Así las cosas, adherimos al pensamiento de Eduardo Stordeur (h), para quien el AED consiste, en el empleo de teoría económica, fundamentalmente teoría de precios, a los fines de explicar el sistema legal, predecir sus consecuencias, o bien, recomendar cambios con la finalidad de obtener resultados eficientes u otros fines considerados importantes. Ergo, el AED, antes que un desarrollo interdisciplinario, constituye centralmente teoría de precios aplicada al sistema legal.⁶⁵

En virtud de lo hasta aquí expuesto, habiendo realizado un breve prólogo de cómo instituciones de derecho pueden ser analizadas desde la óptica del razonamiento económico gracias a la aplicación del AED, corresponde extendernos en el estudio de la regulación del despido incausado, a través del criterio expuesto anteriormente.

Más precisamente debemos describir cómo su modo de cuantificación tarifado y sus topes, crean incentivos que desembocan en decisiones individuales, tanto del trabajador como del empleador, las que traen aparejadas consecuencias que impactan directamente en el mercado de trabajo.

Todo este análisis, resultará la razón por la cual deviene en conducente la propuesta elaborada en esta obra, la que se utilizará para cuantificar los daños derivados

⁶³ ROJAS Ricardo M.; SCHENONE Osvaldo ; STORDEUR Eduardo (h). *Nociones de análisis económico del derecho privado*, Guatemala, Ed. Mayaprin, año 2012, p.4.

⁶⁴ FONTAINE ERNESTO R. Y SCHENONE OSVALDO H., “Nuestra Economía de Cada Día”, México: Ed. Alfaomega, año 2000, pp. 18-19.

⁶⁵ STORDEUR, Eduardo (h), *Análisis Económico del Derecho. Una Introducción*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, Argentina, pp.1-2

del despido, de manera tal de que sea internalizada correctamente de la externalidad negativa producida por el evento dañoso.

IV.II- Conceptos Fundamentales:

IV.II.1- La eficiencia:

En numerosos párrafos de esta obra utilizamos el concepto de eficiencia, sobretodo, al manifestar que el sistema tarifado actual no cuantifica de manera eficiente a la víctima del despido. Razón por la cual, resulta determinante hacer alusión acerca a lo que nos estamos refiriendo.

Podemos definir la eficiencia de la siguiente manera:

“La eficiencia constituye un test de deseabilidad conforme a la mirada económica de la conducta humana. Un equilibrio que satisface las condiciones de eficiencia, es deseable desde el punto de vista del bienestar, en tanto éstas están en la mejor situación posible dadas las restricciones del caso.

Al mismo tiempo permite al analista distinguir equilibrios que no son deseables desde el punto de vista de la utilidad o el bienestar de las personas implicadas. El derecho, desde este enfoque, puede ser visto como un mecanismo para alterar los incentivos a los fines de alcanzar equilibrios más deseables o eficientes.”⁶⁶

Al utilizar el término “eficiencia” en esta obra, hacemos referencia a la concepción utilizada por el criterio de la compensación potencial o de Kaldor-Hicks (en honor a sus creadores).

Según este criterio, una mejora (o cambio eficiente) ocurre cuando al suceder una variación, alguien mejora su situación encontrándose en condiciones suficientes de compensar a quienes se perjudican por el cambio y mantener todavía su calidad de beneficiado o ganador. Es decir, que aún realizando la compensación referida, se encontrarían en una posición mejor que la inicial.

⁶⁶ STORDEUR, *op. cit.* pp.33-35

Debe destacarse que esta compensación es hipotética, puesto que no es necesario que se efectúe en la práctica.

En pocas palabras, una situación es eficiente para esta concepción, cuando nos encontramos en un escenario en el cual no existe margen para que ocurra una mejora (o cambio eficiente) según Kaldor-Hicks.

En el ámbito que nos ocupa, supongamos una situación de desvinculación laboral por despido directo incausado. Ésta podría ser considerada eficiente, según Kaldor-Hicks, cuando el empleador experimenta una mejora variando la situación, es decir, despidiendo al trabajador (debido a que el ingreso marginal que este le produce es superior al costo marginal de tenerlo en la plantilla), pero encontrándose éste en condiciones de compensar perfectamente al trabajador, y aún así estar en una situación mejor que la inicial.⁶⁷

Cuando en el ejemplo anteriormente reseñado ya no exista margen de mejora, nos encontraremos en una situación de eficiencia, conforme a los criterios expuestos anteriormente.

IV.II.2- Las Externalidades:

La principal hipótesis de esta obra es que la indemnización tarifada o baremizada no logra internalizar de manera correcta la externalidad negativa que produce el despido incausado.

⁶⁷ Como es sabido eficiencia según Kaldor-Hicks, se conoce también como eficiencia Pareto potencial. Así, si efectivamente, el trabajador es compensado de manera perfecta, tal como se propone en este trabajo, entonces, obtendríamos una solución eficiente según Pareto, dado que el que gana queda en una mejor situación (el empleador), sin que nadie quede en una peor situación (dado que el trabajador, queda compensado de manera plena, luego de su despido). Para profundizar el concepto de eficiencia según Pareto, puede consultarse: STORDEUR, Eduardo (h), *Análisis Económico del Derecho. Una Introducción.*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, pp. 29-30; KALDOR, Nicholas, "Welfare Propositions and Interpersonal Comparisons of Utility", *Economic Journal*, Vol. 49, 1939; HICKS, John R., "The Valuation of Social Income", *Economica*, 7, 1940, ps.105- 124.

Ello, a consecuencia de diferentes factores, como por ejemplo, el método empleado para cuantificar y las variables escogidas. Decantando ello, en una combinación que nos aleja de una cuantificación adecuada a cada caso en concreto, razón por la cual se torna indispensable realizar una propuesta superadora.

Cuando hablamos de externalidad hacemos alusión a la situación que ocurre cuando las partes trasladan costos o beneficios en forma gratuita a otras personas que no forman parte de la transacción que se efectúe.

Hablamos de costos o beneficios, porque las externalidades pueden ser negativas o positivas conforme se den cualquiera de estos casos.

El problema radica porque en el contexto de una externalidad no se estiman de manera correcta los costos relativos de los factores, lo cual lleva a que se tomen decisiones ineficientes, basadas en incentivos inadecuados.

En el supuesto de una externalidad negativa, el productor del evento dañoso no absorbe o compensa la totalidad del efecto negativo, trasladando parte de los costos a terceras personas.

Obviamente en un contexto donde cada individuo busca maximizar su utilidad, este dañador antepone su bienestar sobre el de los demás, lo cual es indeseable desde el punto de vista social, si su consecuencia es que se generen externalidades negativas.

Debe destacarse que, como regla general quien no internaliza de manera total la externalidad negativa generada, provoca una distorsión del equilibrio del mercado (por ejemplo, podría ocasionar un exceso su actividad, por encima de los niveles óptimos y los precios sus productos o servicios ofrecidos, podrían no reflejar la escasez relativa de

los bienes).⁶⁸

En el ámbito que nos ocupa, si un empleador no internaliza adecuadamente todo el daño producido por el despido cada vez que efectúa alguno, contará con incentivos a seguir realizando despidos más allá de lo deseable socialmente, trasladando parte de los costos a las víctimas.

En consecuencia con lo expuesto, se acrecienta el fundamento de que debe existir un mecanismo que genere los incentivos adecuados a mantener los niveles de actividad óptimos. Ello, a partir de haber internalizando correctamente toda la externalidad producida por el despido.

IV.II.3- Los Topes y Baremos:

Como se ha dicho, la indemnización por antigüedad contemplada en el art. 245 de la LCT conforma una modalidad tarifada o baremizada, que se encuentra limitada en su máximo y en su mínimo por un tope a la base de su cálculo.

En la primer parte de la obra, nos referimos a las críticas tradicionales al sistema tarifado y al tope, sobre todo a la creación de la situación de desigualdad entre los trabajadores a quienes el tope le es operativo con aquellos que no son alcanzados por el mismo.

También, manifestamos que la tarifación y los topes, que observamos en todas las legislaciones estudiadas, presentan la ventaja de homogeneizar el sistema, otorgar

⁶⁸ Estas ideas fueron explicadas por vez primera por Arthur C. Pigou en 1920 (primera edición de su conocida obra titulada *The Economics of Welfare*). Véase PIGOU Arthur C., *The Economics of Welfare*, 4ed., Ed. Macmillan & Co., Londres, 1932. Este razonamiento se explica con mayor profundidad, en las siguientes páginas de este trabajo.

previsibilidad de gastos y seguridad jurídica a potenciales dañadores. Lo cual, sin duda alguna, no puede obstaculizar el correcto pago de daños.

Ahora bien, enfocándonos al AED, al existir esta tarifación y topes pueden ocurrir casos en donde las víctimas sean sub o sobrecompensadas.

Bajo el primer supuesto, al no lograr la indemnización dejar indemne al trabajador, el empleador no paga en su totalidad la extensión del daño, razón por la cual recibe una transferencia de riqueza incausada a su persona por parte de la víctima.

Dicho en otros términos, las víctimas subsidiarían a los victimarios en sus actividades, al soportar partes de los costos.

Bajo este supuesto, los potenciales dañadores tendrán incentivos a invertir en prevención de los eventos dañosos hasta tanto el costo marginal de prevención sea igual al costo esperado del daño, menos la quita que efectúa el tope o el baremo. Ergo, los eventos no son prevenidos correctamente, razón por la cual pueden esperarse que ocurran más allá de lo socialmente deseable.

Toda esta doctrina fue elaborada por el economista Arthur Pigou, quien explicó que si las acciones de los sujetos no se internalizan en los precios de los productos ofrecidos, no se reflejará su escasez relativa.⁶⁹

En este punto, vale aclarar que en el caso de que por la utilización del baremo o tarifa exista una sobrecompensación a la víctima, puede desencadenar a que se invierta en prevención más allá de lo socialmente deseable, aumentando los costos marginales y con ello una disminución ineficiente de los niveles de actividad.

⁶⁹ Para más información véase: PIGOU Arthur C., *op. cit.*

Asimismo, la cuestión en torno a los topes y los sistemas baremizados, también pueden crear escenarios de subsidios intra-clases. Ello, tanto entre el sector tanto de las víctimas como la de los victimarios.

Ello, porque bajo este supuesto, los victimarios subsidiados elevarían su actividad más allá del nivel óptimo, por invertir en menores unidades de cuidado, mientras que los no subsidiados no contarían con esta ventaja, y en mediano plazo podrían ser desplazados del mercado.⁷⁰

En virtud de lo expuesto, la aplicación de topes y baremos generan una situación ineficiente, entre otros, atento a los subsidios intra y extraclases que producen, los cuales crean incentivos inadecuados, desembocando en prevenciones por dejado del nivel óptimo.

Finalmente, siendo reiterativos, atento a la existencia de externalidades negativas, como se indicó *ut supra*, los precios de los productos o servicios ofrecidos en el mercado por esos empleadores, no reflejarán la escasez relativa de los bienes, el mercado estará distorsionado, ocurriendo despidos en un número distinto de lo socialmente deseable.⁷¹

⁷⁰ ACCIARRI, Hugo A. e IRIGOYEN TESTA, *op. cit.*, p. 549. Sin embargo, la doctrina especializada recomienda la aplicación de baremos para otros supuestos, por ejemplo, para los casos de daños extrapatrimoniales, de imposible cuantificación.

⁷¹ Alguien podría argumentar que el llamado Teorema de Coase, brindaría alguna solución a esta problemática. Sin embargo, para que sea relevante este Teorema para nuestro análisis, resultaría menester asumir que estamos ante un mundo sin costos de transacción y precisamente, en el mundo laboral, como regla, esta situación no ocurre. Incluso, seguramente no sería razonable admitir que los trabajadores o potenciales empleados poseen libertad real al expresar su voluntad, libre de cualquier restricción, en especial cuando estamos ante mercados laborales donde existen tasas de desempleo significativas; así, al no poder negociar de manera libre, tampoco les sería fácilmente aplicable este Teorema. Sobre el Teorema de Coase, véase Coase, Ronald H., "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, vol. 3, 1, 1960, pp. 1-44.

IV.III- Sanciones por Incumplimiento y Teoría de los Juegos⁷²

Los contratos son herramientas que permiten a las partes realizar una asignación de bienes y servicios escasos en usos más valiosos. También hacen posible la división del trabajo, lo cual conlleva un incremento en la productividad, y por ende una mayor satisfacción de necesidades en la sociedad.

Razón por la cual, sin un sistema que sancione el incumplimiento de los contratos laborales, los empleadores pueden verse influenciados por incentivos oportunistas. Bajo este supuesto, las partes no podrían hacer ofertas verosímiles y con ello, ante la falta de confianza, la cantidad de intercambios provechosos mermaría por debajo del óptimo.

En resumen, las sanciones impuestas ante incumplimientos del contrato de trabajo generan confianza y permiten que más y mejores transacciones se lleven a cabo en un nivel óptimo.

Nuestra Ley de Contrato de Trabajo expresamente define al contrato laboral en su art. 21, expresando:

“Hay contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, 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 periodo de tiempo determina o indeterminado, mediante el pago de una remuneración. Sus cláusulas, en cuanto a la forma y condiciones de la prestación, quedan sometidas a las disposiciones de orden público, los estatutos, las convenciones colectivas o los laudos con fuerza de tales y los usos y costumbres.”

⁷² Teoría de los juegos es “un modo frecuente de ilustrar equilibrios en la vida social, además una herramienta útil para ilustrar interacciones donde el bienestar de las personas dependen no sólo de sus decisiones aisladas, como sucede en el caso del equilibrio de mercado competitivo, sino además de las decisiones estratégicas que tomen las demás personas”. La obra fundadora de la teoría de los juegos data de 1944 (NEUMANN, John von y MORGENSTERN, Oskar, *Theory of Games and Economic Behavior*, Princeton University Press, New Heaven, 1944). Definición disponible en: Stordeur E. op. cit. p. 115. Para más información recomendamos dicha obra.

Cuando un empleador incumple la continuidad del contrato de trabajo por plazo indeterminado, o no respeta el plazo convenido para un contrato a plazo fijo, despidiendo en ambos supuestos sin causa al trabajador; o cuando no cumple con otros derechos del trabajador generándole un agravio y éste se coloca en situación de despido indirecto, opera automáticamente la indemnización fijada en el art. 245 de la LCT, la cual como hemos adelantado podría asimilarse análogamente a una cláusula penal de los contratos civiles y comerciales.

Esta realidad genera en el trabajador la confianza de que ante el supuesto del no cumplimiento por parte del empleador del contrato de trabajo será indemnizado. Diferente es el caso de que si es el trabajador quien incumple el plazo contractual renunciando, puesto que no debe ninguna indemnización a su empleador, quien invirtió en él tiempo y dinero para capacitarlo.

Además, debemos tener en consideración que la relación laboral se basa en un contrato, en el cual una de las partes cumple inmediata y continuamente el contrato, que es el trabajador quien pone su fuerza de trabajo a disposición del empleador. En cambio, la obligación principal del empleador, que es el pago del salario, se halla diferida en el tiempo, y allí radica la necesidad de instaurar un sistema que brinde confianza a la relación contractual.

Ahora bien, ejemplifiquemos lo expuesto en este acápite utilizando la Teoría de los Juegos:⁷³

⁷³ COOTER, Robert, ULEN, Thomas S., *Derecho y Economía*, 2da Edición en Español, FCE, México, 2008, pp. 237-243.

En primer lugar, debemos expresar que la teoría de los juegos sume que las personas toman decisiones o eligen estrategias que maximizan sus pagos.

Enfocándonos al ejemplo en particular: en él participan dos personas, el empleador y el trabajador.

EL TRABAJADOR: debe decidir si invierte o no en poner su fuerza de trabajo (horas hombre) a favor del empleador por un valor de \$100.

EL EMPLEADOR: tiene dos estrategias:

A- **Cumplir el contrato de trabajo**, pagándole un salario de \$200 al trabajador, con lo cual este tendría un resultado de ganancia de \$100 y el empleador también obtendría una ganancia de \$100 (puesto que el resultado del proceso productivo es de \$300. Así:

Trabajador: (-\$100 trabajo) + \$200 (Salario)= \$100

Empleador: (\$300 proceso productivo) – (\$200 Salario)= \$100

Debe destacarse que, cooperar cumplimentando el contrato de trabajo significa observar las condiciones legales y estatutarias dentro de las cuales se debe desenvolver la relación laboral, por ejemplo, el salario de convenio con la categoría profesional adecuada, jornada de trabajo, vacaciones, condiciones de higiene y seguridad, entre otras.

B- La otra opción es **no cumplir con el contrato**, no pagándole el salario correspondiente y quedarse con los \$300 obtenidos del proceso productivo (jugada que maximiza su bienestar).

Ahora bien, si el trabajador elige no invertir los pagos son nulos para ambos jugadores. En cambio, si invierte como ya lo expusimos la jugada que maximiza el bienestar del empleador es defeccionar el contrato.

Debe señalarse que cualquier estrategia que escoja el empleador, en caso de que el trabajador decida poner su fuerza de trabajo a su disposición, él mejoraría su ganancia esperada.

Así las cosas, una vez que el empleador elija el comportamiento oportunista, la mejor jugada para el trabajador es no realizar la inversión. De este modo, el equilibrio del juego lleva a un resultado ineficiente, ya que ambos no recibirían ningún pago, en vez de \$100, lo cual hubiese resultado preferible en términos de eficiencia.

Juego sin un sistema de indemnizaciones ante incumplimiento contractual (sin derecho laboral):

		EMPLEADOR	
		COOPERA	DEFECCIONA
TRABAJADOR	INVIERTE	100; 100	-100; 300
	NO INVIERTE	0; 0	0; 0

Distintas son las soluciones para este problema de confianza. En primer lugar, las partes podrían haber internalizado los principios morales, o que el costo de incumplir sea muy elevado en términos desprestigio de la reputación para el empleador.

Lo cierto, es que resulta preferible someter esta situación al sistema de indemnizaciones que nos ofrece el derecho del trabajo, el cual nos brinda una solución basada en incentivos que promueven la cooperación.

Supongamos que una ley laboral establece una sanción o indemnización igual al daño sufrido por el trabajador, es decir, obliga a la parte que incumple a dejar a la otra en la misma situación de que si el contrato de trabajo se haya cumplido correctamente, es decir paga los daños reparando plenamente a la otra parte.

Bajo un supuesto con existencia de Derecho Laboral e indemnizaciones, en caso de que el trabajador elija invertir su fuerza de trabajo, también el empleador tiene dos opciones.

A- Cumplir con el contrato de trabajo, donde los pagos son iguales al ejemplo anterior (\$100 para cada uno).

B- La otra opción que tiene el empleador es no cumplir con el contrato, no pagándole el salario correspondiente y quedarse con los \$300 obtenidos del proceso productivo. A lo cual habría que restarle una indemnización igual al daño provocado. Por ejemplo, imaginemos en nuestro ejemplo, que se lo deberá indemnizar con los salarios impagos (\$ 200), más otras consecuencias lesivas inmediatas o mediatas previsibles que eventualmente correspondan (\$ 100), por ejemplo, porque el trabajador no contó con su salario en tiempo y forma; es decir, \$300 en total.

Empleador: (\$300 Proceso productivo) – (\$300 Indemnización)= 0

Juego con un sistema de indemnizaciones laborales:

		EMPLEADOR	
		COOPERA	DEFEECIONA
TRABAJADOR	INVIERTE	100; 100	100; 0
	NO INVIERTE	0; 0	0; 0

El cambio en los pagos radica en que el sistema legal le impone al empleador una sanción por incumplir igual al menoscabo que el trabajador sufrió con el incumplimiento del convenio.

En este escenario, la estrategia dominante para el empleador es cooperar, así la mejor para el trabajador es invertir y el equilibrio de Nash del juego es aquél que maximiza los pagos para ambos trabajadores.

Cualesquiera que sean las condiciones de cooperación el derecho introduce incentivos para que cumplir los convenios sea la estrategia más eficiente, y de este modo incentiva la confianza y contratación, permitiendo mayor cantidad de intercambios provechosos para las partes y su continuidad.⁷⁴

Sin lugar a dudas, que la indemnización esperada por defecionar el contrato sea equivalente a daño acaecido resulta una herramienta valiosa para introducir los incentivos correctos e internalizar los daños de manera adecuada.

En pocas palabras, con este sistema indemnizatorio, una vez que el trabajador decida entrar en la relación laboral, le es indiferente si el empleador cumple o no con el contrato, puesto que de todas maneras permanecerá indemne.

⁷⁴ STORDEUR, op cit. p. 274.

Resumiendo, el derecho y su sistema de indemnizaciones y pago de daños, tiene por fin tornar más onerosa para las partes la conducta oportunista, como así también, generar las condiciones que permitan ampliar el ámbito de utilización de los contratos. De allí, radica la importancia de su inclusión al ámbito del derecho laboral.

IV.III-El daño resarcible:

Cuando una parte contratante incumple su prestación, produce una transferencia de riqueza hacia su persona, que según ciertas condiciones, como regla sería ineficiente. Para evitar estas transferencias ineficientes, los contratos establecen sanciones que encaminan los incentivos de las partes, los cuales se ven reflejados en las decisiones por ellas tomadas.

La eficiencia requiere, como regla, que las acciones de las personas no impongan costos ni beneficios a terceras personas ajenas a tales acciones, y el derecho constituye un poderoso instrumento tendiente a eliminar estos efectos externos, llamados por la literatura, respectivamente, externalidades negativas o externalidades positivas.

Sin embargo, Eduardo Estordeur (h), explica:

“Una idea muy extendida en economía de los contratos es que en muchos casos puede ser eficiente y deseable que se incumpla un contrato dependiendo de los costos y los beneficios... Puesto que, en términos de eficiencia, sólo aquellos contratos que llevan a una mejor asignación de recursos, deben ser cumplidos en especie y no aquellos que llevan a empleos ineficientes.”⁷⁵

Claramente, la afirmación anterior, no implica que el incumplimiento eficiente no surta algunos efectos negativos contra incumplidor, siempre y cuando ellos no sean los suficientemente elevados como para incentivarlo a cumplir.

⁷⁵ STORDEUR, op.cit. p. 287

En otras palabras, la eficiencia nos sugiere la conveniencia de establecer indemnizaciones a cargo del empleador por incumplimiento contractual, de modo tal que sólo se cumplan aquellos contratos cuyo costo de cumplimiento no sea mayor que la externalidad negativa que provoca su incumplimiento. Para lograr este propósito, la sanción o indemnización debe ser igual al efecto externo derivado del incumplimiento.

Cuando, por el contrario, la externalidad negativa generada por el incumplimiento es menor que el costo del cumplimiento con el que acarrea el empleador, ambas partes pueden mejorar su situación si la ley obliga al empleador a pagar daños que compensen “perfectamente” a la otra parte, dado que el trabajador quedará indiferente (despedido y compensado de forma plena) y el empleador, aún incumpliendo e indemnizando, quedará en una mejor situación, que si hubiese tenido que mantener esa relación laboral (de esta forma, el incumplimiento más la indemnización perfecta sería eficiente).

Como habíamos adelantado, salvando las distancias, podemos asimilar por analogía a la indemnización por despido incausado, a una cláusula penal impuesta legalmente al contrato de trabajo. Estas cláusulas que sancionan el incumplimiento contractual, son llamadas *liquidated damages* en el Derecho Común (*Common Law*).

Debemos remarcar que la eficiencia de la sanción por incumplimiento requiere que los tribunales sean capaces de encontrar de modo adecuado el pago “perfecto” de daños y en algunos casos la información relevante puede no estar disponible para los jueces o es muy costosa.

Lo cierto es que atendiendo a que la indemnización por despido se encuentra ligada a una cláusula tarifada fijada legalmente, difícilmente el legislador contó al idearla con información suficiente para fijar en cada caso una compensación perfecta,

ni tampoco como regla, según la ley de los grandes números, que repare de manera exacta los daños causados por el distracto laboral en cada caso en particular (o en general, para todos los despidos realizados en un momento dado).

Circunscribiéndonos puntualmente al ámbito del daño, este constituye una externalidad que disminuye el bienestar de las víctimas que son subcompensadas. El nivel del mismo puede considerarse como la diferencia entre el nivel de utilidad que la persona subcompensada tenía antes y el nivel de utilidad que la persona tiene después del evento dañoso.

Por ello, tratándose en el caso que nos ocupa de daños derivados de un incumplimiento contractual, es conveniente circunscribirnos al ámbito de daños “en expectativa”, los cuales imponen indemnizar a la víctima de modo tal que deje a ésta en igual posición que si el contrato hubiese sido efectivamente cumplido. En este caso, la sanción eficiente consiste en obligar a la parte que incumple a que internalice completamente el costo derivado del incumplimiento.⁷⁶

Para que un sistema de compensación por daños resulte eficiente, requiere de una compensación “perfecta o plena”, es decir, de una compensación que reponga a la víctima al nivel de utilidad que tenía antes de haber sufrido el daño.

En ese sentido, resulta categórico lo dispuesto por el art. 1740 Código Civil y Comercial unificado, el cual textualmente expone:

“Reparación plena. La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie...” (art. 1740 C. C y C. LEY N° 27.077 B.O. 19/12/201)

⁷⁶ STORDEUR, *op. cit.* pp. 288-289.

Siguiendo la doctrina de Atilio A. Alterini,⁷⁷ resulta preferible hablar de reparación plena en vez de integral, puesto que ésta última es un objetivo inalcanzable, ya que resulta imposible borrar todo el daño (o muy costoso en términos económicos), es decir todas las consecuencias inmediatas, mediatas y causales del hecho generador.

La reparación plena, en cambio, admite que puedan quedar algunas externalidades negativas sin indemnizar, para evitar que ciertas actividades deban soportar, por ejemplo, consecuencias imprevisibles (verbigracia, consecuencias causales, según el art. 1727 del Código Civil y Comercial de la Nación), por cualquier persona que ha actuado con la diligencia debida (así se evita encarecer innecesariamente ciertas actividades cuyo titular no ha incurrido en culpa o dolo).

Esta regla no sólo constituye un requerimiento de justicia muy intuitivo, sino, además, también de eficiencia: sólo si el victimario debe indemnizar a la víctima por un monto igual al daño jurídico (lesión a un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico que genera consecuencias inmediatas y mediatas previsibles, según el art. 1726 del Código Civil y Comercial de la Nación), tiene incentivos adecuados para adoptar un nivel eficiente de cuidado en términos a la prevención de esos acontecimientos dañosos, en el *sub examine*, por ejemplo, el despido incausado.

Puesto que, si la compensación resulta menor a los daños jurídicos producidos (consecuencias inmediatas y mediatas previsibles), los agentes de riesgo tienen incentivos para invertir muy poco en prevención o extender su nivel de actividad más allá de la cantidad eficiente, además de generarse barreras de entrada y expulsión de los

⁷⁷ ALTERINI, Atilio Aníbal, “Soluciones del Proyecto de Código en Materia de Responsabilidad Civil”, LA LEY 30/07/2012 – 1, LA LEY 2012-D, 1154, AR/DOC/3802/2012, p. 03.

buenos empresarios.⁷⁸ En este supuesto, los victimarios enfrentan incentivos que llevan a equilibrios ineficientes, puesto que pueden exteriorizar parcialmente el costo de los daños a las víctimas potenciales, que terminan subvencionando su actividad, al soportar costos previsibles que nunca son compensados.

Caso contrario, si las indemnizaciones son mayores que el valor del daño indemnizable, los individuos tienen incentivos para destinar demasiados recursos en mantener trabajadores cuya utilidad es inferior al costo, generando mayores precios e incrementándose el costo social.

Por lo expuesto, sólo una condena adecuada, ajustada al monto necesario para alcanzar la función de reparación y disuasión, mediante una indemnización, deseable socialmente, conduce al punto de equilibrio óptimo del mercado, internalizándose los costos sociales en la producción de bienes.⁷⁹

IV.IV- Los costos del despido ¿Por qué es importante cuantificar bien el despido?

Un sencillo equilibrio puede ser utilizado como el punto de partida del análisis: En ausencia de indemnización por despido y considerando los rendimientos marginales decrecientes, un empresario habrá contratado un trabajador extra siempre que los costos que implique contratarlo sean inferiores o iguales a la productividad del trabajo agregada por ese empleado. Desde otra perspectiva, el empresario despedirá siempre que sus resultados esperados sin el trabajador sean mejores que con él.⁸⁰

⁷⁸ STORDEUR, *op. cit.*, pp. 249 -250.

⁷⁹ IRIGOYEN TESTA, Matías, “El Tope Apropiado de los Daños Punitivos”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, La Ley*, Buenos Aires, I.S.S.N. 1666-4590, Año XII - N° 11 – Noviembre de 2010, p. 02

⁸⁰ FREYENS, B. Y OSLINGTON, P., “Dismissal Costs and Their Impact on Employment: Evidence from Australian Small and Medium Enterprises”, *Economic Record*, vol. 83, 260, 2007, p. 2.

Lo cierto, es que a este artificial y extremadamente simplificado esquema, deben introducirse los costos de despido para analizar el efecto que tendrán sobre la decisión empresarial.

Desde una perspectiva estrictamente económica la fijación de un precio, por la terminación del contrato de trabajo, puede entenderse como una asignación del derecho a acabar con la relación laboral. Desde este punto de vista, si el empresario puede libremente prescindir de cualquier trabajador, será él quien tenga asignado este derecho.

Los costos de despido determinados por la estructura de indemnizaciones y por la legislación sobre estabilidad laboral, constituyen una suerte de gravamen que las empresas deben de pagar cuando despiden a un trabajador. Esta carga tiene potenciales efectos sobre el nivel de empleo, ya que mayores costos esperados de despedir al trabajador encarecen el factor trabajo y reducen la contratación, al menos bajo modalidades formales de empleo.

También, la existencia de estos costos reduce la variabilidad del empleo ante shocks que modifican el nivel óptimo de ocupación de mano de obra. Debido a que al obstaculizarse los cambios en el número de trabajadores que la empresa puede tener a lo largo del tiempo, una forma en que éstas adecuan su stock de empleo a sus necesidades de producción es a través del ajuste por horas trabajadas. Así, en escenarios con altos costos de despido, el empleo suele ajustarse a través del número de horas-hombre, y no tanto a través del número de trabajadores.⁸¹

Otro efecto de dichos costos es que puede desincentivar la contratación de obreros de menor calificación, ya que el empleador opta por contratar como

⁸¹ SAAVEDRA, Jaime y MARUYAMA Eduardo, *Estabilidad Laboral e Indemnización: efectos de los costos de despido sobre el funcionamiento del mercado laboral Peruano*, Lima, Ed. Grade, 2000, p. 20.

trabajadores permanentes a aquéllos de mayor productividad y que pueden ser menos sustituibles en períodos bajos del ciclo económico.⁸²

Asimismo, la presencia de altos costos de despido eventualmente podría reducir la velocidad del cambio tecnológico. En primer lugar, debido a que dificultan la reasignación del factor trabajo en nuevos sectores, ya que hacen más costosa la reducción de mano de obra en industrias con mercados en declive.

También dichos costos reducen en cierta medida los incentivos de los empresarios a llevar a cabo un cambio tecnológico ya que no pueden reemplazar su mano de obra por una capacitada para utilizar la nueva tecnología, y finalmente, reducen los incentivos de los empresarios a explorar nuevos mercados e industrias que impliquen un elevado riesgo comercial, debido a que el despido de los trabajadores resultaría muy costoso si el proyecto no resultase exitoso.⁸³

En la medida que los costos de despido sean percibidos como un impuesto a la operación de una empresa, se está reduciendo el valor de la empresa y por ende, desincentivando la inversión en capital y tecnología. Estos limitantes al cambio tecnológico podrían provocar, en el mediano o largo plazo, una reducción de la competitividad del país.⁸⁴

Desde otra perspectiva, una correcta asignación en los costos de despido tiene un efecto positivo sobre el proceso de creación y de destrucción de puestos de trabajo, ya que aumenta la rotación del empleo y se reduce la duración media de los empleos en una economía.

⁸² JOLL, C., Mc KENNA, C., Mc NABB, R. And SHOREY, J., *Developments in Labor Market Analysis*, Allen and Unwin, London, 1983.

⁸³ SCHELLHAASS, H., "The Economics of Employment Protection: A Comment to Daniel S. Hamermesh", en BUECHTEMANN, Christoph F., *Employment Security and Labor Market Behavior*, Ithaca Nueva York, ILR Press, 1993.

⁸⁴ BUECHTEMANN, Christoph F. "Introduction: Employment Security and Labor Markets". En: Buechtemann, *Employment Security and Labor Market Behavior*, Ithaca Nueva York, ILR Press, 1993.

Bajo este supuesto, las empresas despedirán al personal cuya productividad marginal es menor a su salario y lo suficientemente baja como para que valiese la pena incurrir en el costo de despido. Por otro lado, al corregirse el precio relativo de la mano de obra, logra el equilibrio óptimo en el proceso de creación de empleos.

Además, no debemos dejar de señalar las externalidades positivas que pueden generarse ante la existencia de una correcta cuantificación de los costos de despido, ya que al trabajador le brinda una situación de seguridad que puede traducirse en una planificación de vida e inversiones futuras, además de la posibilidad del acceso al crédito, lo cual contribuye a la movilidad social ascendente de los asalariados, al aumentar el bienestar de personas adversas al riesgo y a su mayor consumo de bienes y servicios, conforme con el equilibrio óptimo del mercado.

Recordemos, que para el trabajador, su empleo constituye en la inmensa mayoría de los casos su medio principal de vida, bienestar y consumo y, en muchos casos, también el medio principal de acceso al bienestar de algunas personas a su cargo.

Por otra parte, el empleo mismo y el estatus social a él asociado, constituyen elementos de suma importancia para la configuración de la identidad personal del trabajador y su autoestima.

IV.V- Conclusiones Preliminares:

Como colofón del presente acápite, debemos enfatizar la necesidad e importancia de contar con un sistema de cuantificación exacta, no solo por razones de justicia, sino por cuestiones de eficiencia. El cual, brinde un manejo adecuado de las situaciones de extinción del vínculo laboral, asignando recursos correctamente, disminuyendo los costos de transacción y por consiguiente las externalidades negativas.

De esta manera, se generarían una menor cantidad de distorsiones en el mercado, logrando maximizar el bienestar general.

Al mismo tiempo, es necesario generar incentivos a que se tenga en plantilla un número de obreros eficiente, considerando la relación oferta/demanda del mercado formal de trabajo, la productividad marginal de cada uno de ellos y los costos esperados que se deriven de la finalización del vínculo laboral.

Tal como se desprende de las enseñanzas del AED (cuestiones de eficiencia, externalidades, conductas oportunistas, etc.), el sistema baremizado, como regla, no logra reparar exactamente al trabajador, lo que acarrea problemas no solo de injusticia, sino que también de ineficiencia.

Ante un supuesto de subscompensación, hace que el trabajador cargue con parte de estos costos subsidiando al victimario, el precio de su actividad (de los bienes o servicios que introduzca en el mercado) no reflejará la escasez de los bienes por lo tanto aumentará su actividad más allá de lo deseable desde el punto de vista social. Además, específicamente sobre desvinculaciones laborales sin causa, estas estarán por encima del nivel óptimo del mercado del trabajo.

Caso contrario, cuando las víctimas sean sobrecompensadas, se introducirán distorsiones en sentido contrario a las anteriores, que no necesariamente compensarán a las primeras (puesto que, por ejemplo, los efectos pueden diferir entre los diferentes empleadores del mercado).

Así en esta investigación proponemos diseñar un sistema de cuantificación del despido que sea justo, exactamente la indemnización que se derive de los daños causados al trabajador, cuantía que es indispensable para el equilibrio natural del

mercado de las actividades que están en juego, conforme con la manda constitucional que prescribe que *“las autoridades de proveerán ... la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados...”* (art. 42 de la Constitución Nacional).

CAPÍTULO IV: FÓRMULA MATEMÁTICA PARA CUANTIFICAR EL DESPIDO INCAUSADO

Habiendo analizado diferentes modelos de reparación por despido incausado aplicados en América del Sur, Europa y EEUU; y concluido en que ninguna de las regulaciones estudiadas, incluso la argentina, cumple con el propósito de indemnizar plenamente al trabajador, o dicho de otra manera, internalizar correctamente la externalidad negativa ocasionada por el despido, resulta necesario proponer una modalidad de reparación alternativa.

Tal como hemos adelantado, la propuesta de este trabajo se basa en alcanzar un mecanismo o procedimiento, por medio del cual combinando diferentes factores de la relación laboral, logremos cuantificar de manera exacta las consecuencias dañosas derivadas del despido. Como ya se ha dicho, el logro de esta exactitud, además de ser justa, implica generar incentivos eficientes para los agentes del mercado laboral.

En esta sección se propondrá la utilización de una fórmula matemática para lograr dicho cometido. Sobre el particular, recordemos, hoy en día diversas fórmulas vienen siendo empleadas en el mundo del derecho para realizar cuantificaciones de otros rubros que se reclaman judicialmente. Ello, como resultado del empleo del análisis económico del derecho (AED) como una rama interdisciplinaria útil para contribuir en estas cuestiones, en que es necesario efectuar cálculos complejos con variables interrelacionadas.

Como ha quedado en evidencia, actualmente los costos de despido incausado están mal cuantificados, lo cual ocasiona (además de soluciones injustas) que no se internalice correctamente la externalidad negativa producida por el despido, generando

asignaciones ineficientes de recursos socialmente valiosos y elevados costos de transacción, afectando negativamente al mercado de trabajo.

Es por ello, que mediante la utilización de la fórmula que será ofrecida en este capítulo, se brindarán soluciones justas y eficientes para cada caso en particular, lo que ocasiona una correcta asignación de recursos, provenientes del fenecimiento incausado del vínculo laboral.

IV.I- La utilización de fórmulas matemáticas para cuantificar daños en la Argentina:

La discusión en torno a la utilización de fórmulas matemáticas para cuantificar daños no es nueva, y en consecuencia, disímiles criterios jurisprudenciales existen a lo largo de nuestro país entorno a la cuestión.

Adelantándonos en el análisis, podemos destacar que si bien hay tribunales que en sus criterios se mantienen reticentes ante la incorporación de esta modalidad de cuantificación, son numerosos los fueros que vienen utilizando dichas fórmulas, haciendo camino hacia una correcta cuantificación de los daños.

Entre los tribunales que mantenían una postura esquivada a la aplicación de fórmulas podemos mencionar, en primer lugar, a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que en su doctrina sentada desde antaño y ratificada en el precedente "Arostegui"⁸⁵ entendía que el resarcimiento pleno del daño fundado en el derecho civil

⁸⁵ Véase fallo: "Arostegui, Pablo M. c/Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y Otro", Corte Suprema de Justicia de la Nación, 08/04/2008, IJ Editores IJ-XXVI-312

que padece un damnificado no se debe calcular con fórmulas matemáticas, sino con pautas de prudencia judicial.

Distintos supremos tribunales de provincia han matizado esta interpretación sobre fórmulas. Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de Mendoza ha señalado que *"no es arbitraria la sentencia que fija el daño corporal sobre bases matemáticas, se participe o no de tal criterio, si el razonamiento es fundado y el resultado al que se arriba resulta razonable."*⁸⁶

Asimismo, debemos mencionar a la Corte Suprema de Justicia de Tucumán, la cual ha estimado inadecuado recurrir a criterios puramente matemáticos para ponderar indemnizaciones de daños, pues debe acudirse al prudente arbitrio judicial y decidirse de modo casuístico.⁸⁷ En igual sentido, el más alto tribunal de la Provincia de la Pampa en el caso "Escudero"⁸⁸, expresó que los magistrados no tienen la necesidad de sujetarse a estrictas fórmulas matemáticas.⁸⁹

Es menester señalar que también existe una postura mixta o intermedia, tal es el caso del Tribunal Supremo de Santiago del Estero, en *"Ledesma de Hoyos, Analía c. Giménez, Francisco R."* (1997), sobre todo el voto del Dr. Kozameh, quien considera acertado combinar *"las fórmulas que objetivizan los cálculos contemplando factores correctores a dicha fórmula en atención al caso, que queden librados al prudente arbitrio del magistrado."*⁹⁰

⁸⁶ Véase: voto de la Dra. Kemelmajer De Carlucci, en autos: "Gálvez, Samuel Y. c. Sancor Cooperativa de Seguros Limitada", Corte Suprema de Mendoza, (14/05/2002). Lexis N° 30011705. 2

⁸⁷ Véase: Sentencia N°: 566 Corte Sup. Just. Tucumán (19/09/1994). Fallos disponibles en la Web oficial del Poder Judicial de Tucumán: <http://www.justucuman.gov.ar/>, (consultado el 29/07/2019).

⁸⁸ Véase fallo: "Escudero, Rita c. Inst. de Seg. Soc. de la Pcia. de La Pampa", Sup. Trib. de Justicia de La Pampa, sala B (4/10/2005). Disponible en la web oficial del Poder Judicial de la Provincia de la Pampa en: <http://www.jusonline.gov.ar/jurisprudencia/textos.asp?id=609&fallo=false&op=3&Texto=>, (consultado el 28/07/2019).

⁸⁹ ACCIARRI e IRIGOYEN TESTA, *op. cit.*, p.14.

⁹⁰ Véase fallo: "Ledesma de Hoyos, Analía c. Giménez, Francisco R." Sup. Trib. Just. Santiago del Estero, sala Civ. y Com. (03/12/1997) Jurisprudencia Argentina, 1998-III-216.

Dentro de este acápite, ya en el plano internacional, debemos mencionar a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en algunos casos consideró correcto el uso de estas fórmulas, al afirmar que:

“Para determinar la indemnización en estos casos el cálculo debe determinar la cantidad que, colocada a interés a una tasa normal, produciría mensualmente la suma de los ingresos que pudiesen haber recibido (sus herederos) de la víctima durante la vida de esta, estimando esta como vida probable en dicho país, y al término de ella quedaría extinguida; es decir, que la renta mensual sería parcialmente, intereses y el resto disminución del capital. En otras palabras, el valor presente de una renta de sus ingresos mensuales durante el resto de la vida probable, naturalmente es inferior a la suma simple de sus ingresos.”⁹¹

En contrario sensu, en otros casos la misma CIDH, se ha apartado de las fórmulas matemáticas para reconocer indemnizaciones mayores a las que se hubieran arribado utilizando las mismas.⁹²

Por otro lado, existen tribunales y jurisdicciones que adoptan la aplicación de fórmulas matemáticas para cuantificar daños.

En la Ciudad de Buenos Aires, por ejemplo, si bien no mayoritariamente, se comenzó utilizándose la denominada fórmula “Vuoto”;⁹³ específicamente, su primera aplicación más conocida data de 1978, por parte de la Cámara Nacional del Trabajo (sala 3). Así, en casos de indemnizaciones por incapacidades o muerte por accidentes, el monto indemnizatorio por daños surge de la operación matemática de los siguientes factores: edad, porcentaje de incapacidad, remuneración que por todo concepto hubiere percibido durante el año anterior al hecho y que devengando un interés puro, se

⁹¹ Véase fallo: “Neira Alegría y otros Vs. Perú”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C No. 13, Serie C No. 20, Serie C No. 29, Sentencia del 19-9-1996. Disponible en la web oficial de la CIDH en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_20_esp.pdf (consultado el 28/07/2019).

⁹² Véase Fallo: “Caso de la Masacre de Rochela Vs. Colombia”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C No. 163 Serie C No. 175, Sentencia del 11-05-2007. Disponible en la web oficial de la CIDH en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_163_esp.pdf, (consultado el 28/07/2019).

⁹³ Véase Fallo: Vuoto, Dalmero S. y otro c. AEG Telefunken Argentina S.A.I.C”, C. Nac. Trab., sala 3ª, 16/6/1978, TySS de octubre de 1978. El Derecho, t. 81, p. 312.

amortice en el período que abarca desde el siniestro hasta la obtención de la jubilación ordinaria.

Asimismo, en la Provincia de Buenos Aires, la Suprema Corte Provincial (en adelante, también, SCBA) en el precedente “Domínguez”⁹⁴ al referirse al empleo de fórmulas financieras para cuantificar indemnizaciones estableció:

“Su empleo es útil para no fugarse –ni por demasía ni por escasez- del área de la realidad y para brindar, cuanto menos, un piso de marcha apisonado por la razonabilidad y objetividad que pueden extraerse de esos cálculos y sobre el cual caminar con todo el haz de pautas restantes hasta la búsqueda...”

El mismo Tribunal, había establecido, dentro del ámbito del Derecho del Trabajo en el precedente “Aguirre”⁹⁵, una fórmula que consistía en multiplicar el porcentual del salario conforme la incapacidad determinada por el perito médico, por la cantidad de salarios que le restaban por percibir al trabajador para obtener su jubilación.⁹⁶

También la SCBA en el en el precedente “Nicola”⁹⁷ estableció que para calcular el monto de un resarcimiento, no sólo deben mencionarse los parámetros que han sido tenidos en cuenta, sino que es preciso analizarlos e interrelacionarlos, para poder arribar a un resultado más justo.

En idéntica línea interpretativa, el Superior Tribunal de Justicia de Córdoba, consideró que para cuantificar una indemnización no se puede depender del

⁹⁴ Véase Fallo: “Domínguez, Alejandro y otra c. Sanatorio Modelo de Quilmes S.A. y otros”, SCBA (abril 2004), Ac. 83961.

⁹⁵ Véase Fallo: “Aguirre, José, c. Gurevich S.A. s/Accidente de Trabajo”, SCBA, 02/11/1982. En: ROMUALDI, Emilio, “La SCBA y la cuantificación del Daño en el Derecho del Trabajo”, *Revista del Derecho del Trabajo de la Provincia de Buenos Aires*, IJ Editores, Numero 6 – Julio 2015, p. 07, IJ-LXXX-204.

⁹⁶ ROMUALDI, *op. cit.*, p. 6.

⁹⁷ Véase: voto del Dr. Negri (con adhesión del Dr. De Lázari) en “Nicola, Daniel Victorio c. Nicola, Aldo Andrés. Accidente”, SCBA, JAyS, 1994 II, 255.

subjetivismo del juzgador ni tampoco de una mera enunciación de pautas genéricas. Sino que por el contrario, debe ser resultado de la aplicación de bases objetivas.⁹⁸

En dicho precedente se estableció un sistema de cuantificación similar a Vuoto, otorgándole a los acreedores *“Un capital que, colocado a un interés puro del 6% (propio de una moneda teóricamente estable), les proporcione una renta anual equivalente a la que dejaron de percibir por la muerte del causante.”*

También, debe destacarse el fallo de la sala n° 3 de la CNAT, autora de la sentencia “Vuoto”, quien tuvo la oportunidad de expedirse nuevamente sobre la cuestión en Méndez c. Mylba⁹⁹, donde para resolver el monto de la indemnización, empleó lo que se dio a conocer como la fórmula “Vuoto II”.

Esta última fórmula no difiere en gran medida de la utilizada en “Vuoto”, variando la elección de los valores de las variables, puesto que utiliza la edad promedio de vida (75 años) en lugar del de la edad de jubilación (65 años), como así también varía la tasa de interés utilizada, puesto que en Vuoto II emplea una tasa del 4% anual. Finalmente, incluye una fórmula auxiliar o subfórmula para realizar el cálculo específico de la ganancia afectada para cada período que se ingresará como la primera de las variables de la denominada fórmula "Vuoto".

En otras jurisdicciones, la utilización de fórmulas también es frecuente y explícita, tal es el caso de Chubut¹⁰⁰ y de Neuquén¹⁰¹, donde se utiliza el método empleado en la fórmula “Vuoto”.

⁹⁸ Véase: voto del Dr. Cafferata Nores en “Marshall, Daniel A. s/Homicidio Culposo – Daños y Perjuicios”, Trib. Sup. Just. Córdoba, sala Penal, (22/03/1984), Jurisprudencia Argentina, 1985-I-214.

⁹⁹ Véase Fallo: “Méndez Alejandro D. v. Mylba S.A. y otro” C. Nac. Del Trabajo, Sala 3° (28/04/2008), RDLSS 2008-11-953, Lexis N° 70044346.

¹⁰⁰ Véase Fallo: “Benavidez, Beatriz M. c. Relamendez, Carina Beatriz y otros s/Daños y Perjuicios”, Cámara de Apelaciones sector Noreste Trelew, 24/04/2003. En: ROMUALDI Emilio, op. Cit. p. 07

¹⁰¹ Véase Fallo: “C.H.H. y otra c. Consejo Provincial de Educación y otros s/Daños y Perjuicios”, Cam. Apel. Todos los fueros Zapala, 04/05/2004. En: ROMUALDI Emilio, op. Cit. p. 07

Siguiendo la línea esbozada por esta corriente jurisprudencial, el empleo de fórmulas es preferible a la simple expresión retórica. Debido a que resoluciones basadas en esta podrían ser tachadas de arbitrarias, puesto que en caso de utilizar solamente la retórica, sería complejo expresar objetivamente la interrelación entre cada una de las variables empleadas, y cuál es la operación empleada para arribarse al importe resultante. De esta forma, se impediría la correcta revisión del cálculo y, consecuentemente, de su legalidad.¹⁰²

Además, la doctrina calificada al respecto explica: *“las expresiones matemáticas para estos cálculos aumentan la seguridad jurídica y posibilitan que las partes tengan mayor información sobre sus derechos y logren más ágilmente acuerdos voluntarios, sin necesidad de acudir a un juez, para su determinación... Asimismo, el lenguaje simbólico aporta claridad a la argumentación jurídica, posibilitando un mejor derecho de defensa (art. 18 de la Constitución Nacional).”*¹⁰³

Ahora bien, esta discusión acerca de la utilización de fórmulas para cuantificar daños, ha quedado finiquitada desde la sanción del Código Civil y Comercial. Desde su entrada en vigencia, existe un mandato legal en torno a la aplicación de las mismas para calcular indemnizaciones por incapacidades o por muerte.

Así, el art. 1746 del C. C. y C. dispone:

“Indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica. En caso de lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial, la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al

¹⁰² IRIGOYEN TESTA, ob. cit.: "Cuantificación de los daños punitivos: una propuesta aplicada al caso argentino", p. 37.

¹⁰³ IRIGOYEN TESTA, Matías, "Cálculo de la Compensación Económica por divorcio o cese de convivencia", Número Especial de Derecho y Economía, Jurisprudencia Argentina, Abeledo Perrot, 2016, SJA 2016/08/10, 41; JA 2016-III (Abeledo Perrot no AP/DOC/518/2016), p. 02.

término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades ...”¹⁰⁴

En otros términos, el Código Civil y Comercial requiere la aplicación de una fórmula que permita determinar el valor presente de una renta constante no perpetua, o un valor presente que invertido a una determinada tasa de interés, sea equivalente a un importe constante, durante un plazo determinado.

Este mandato legal se vincula estrechamente con el principio de reparación plena consagrado en el art. 1740 del C. C. y C., puesto que impone al sistema de cuantificación, dejar indiferente a la víctima, como si el evento dañoso jamás hubiere ocurrido.

Así las cosas, entre las jurisdicciones que han incorporado la cuantificación de indemnizaciones por incapacidades y muerte, a partir de la obligatoriedad de la misma, podemos destacar a la provincia de Corrientes.

En primer lugar, en el precedente “Fernandez”¹⁰⁵ se cuantificó el daño patrimonial en un litigio por daños derivados de un accidente de tránsito mediante la utilización fórmulas matemáticas, más concretamente la llamada fórmula “Vuoto II”.

En cuanto a la obligatoriedad en la aplicación de fórmulas, el fallo en cuestión establece:

“El Código Civil y Comercial prevé de forma específica un procedimiento para el cálculo al establecer que “debe” fijarse la indemnización por incapacidad mediante una fórmula matemática...

...Por ende, considero que el juez no puede prescindir de la aplicación de la fórmula matemática, sin incurrir en arbitrariedad por prescindir conscientemente de un mandato legal. Ello claro está, sin perjuicio de que si eventualmente por esa vía se llegue a un resultado absurdo o desproporcionado (aún usando las variables adecuadas) podrá ser corregido en base a pautas de prudencia judicial, asumiendo la carga de fundar esa decisión en forma razonable, carga que impone la Constitución Nacional y hoy también el art. 3 del CC y C.”

¹⁰⁴ Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, Ley n° 26.994, B.O. 08, Oct. 2014.

¹⁰⁵ Véase fallo: “Fernández José Luis c/ Canteros José Francisco y/o El tigre SATICAF y/o Empresa El Tigre y/o Titular interno dominio ESY n° 375 n° 110 línea 103 y/o qrr s/ Daños y Perjuicios”, Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Corrientes, sala n° II, (23/06/2016).

Es menester destacar que el método de cuantificación utilizado por el *a-quo* para calcular la indemnización por la incapacidad sufrida, fue confirmado por la sala n° 2 de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Corrientes, quien haciendo referencia a dicha fórmula expresó:

“En esa ecuación, lo que se quiere conocer es la suma que a valores de hoy representa el capital que, mientras se va consumiendo, le permitiría obtener una renta equivalente a lo que hubiera percibido la víctima durante el resto de su vida si hubiese mantenido su capacidad previa al hecho dañoso.

Lo que se calcula, entonces, es la diferencia entre los ingresos que la víctima tendrá según el grado de incapacidad sufrido y los ingresos que pueden estimar que la víctima habría tenido si el daño no se hubiese producido.”(voto de la Dra. María José Nicolini)

“En lo que refiere al procedimiento utilizado para el cálculo de la indemnización por parte de la Sra. Juez -a quo- considero que la misma ha aplicado las pautas fijadas por el código actual sin que se hubiese agraviado de ello el apelante, por lo que el modo por el cual arriba a dicha suma no merece objeciones.” (voto de la Dra. Luz Gabriela Masferrer)¹⁰⁶

Ergo, no merece objeciones cuantificar daños devenidos de incapacidades o muertes mediante el empleo de fórmulas matemáticas, puesto que ello obedece a un mandato legal.

También en la misma jurisdicción, podemos destacar el precedente “Sánchez”¹⁰⁷, proveniente de la justicia del trabajo. En el cual ante un litigio por accidentes de trabajo, se estableció que al no haberse reparado plenamente al trabajador en la etapa pre judicial, se torna necesario declarar la inconstitucionalidad del art. 39 de la Ley de Riesgos del Trabajo (en adelante, LRT), y utilizar la fórmula “Méndez o Vouto II” para cuantificar los daños derivados del accidente suscitado.

¹⁰⁶ Véase fallo: “Fernández José Luis c/ Canteros José Francisco y/o El tigre SATICAF y/o Empresa El Tigre y/o Titular interno dominio ESY n° 375 n° 110 línea 103 y/o qrr s/ Daños y Perjuicios”, Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Corrientes, sala n° II, (23/06/2016). Disponible en la web oficial del Poder Judicial de Corrientes en: <http://www.juscorrientes.gov.ar/wp-content/uploads/jurisprudencia/aplicacion-nuevo-codigo-cc/pdf/2015/2015-S182-Civil6.pdf>, (consultado el 29/07/2019).

¹⁰⁷ Véase Fallo: Sánchez, Hilario Augusto c/ Laurino Raúl Eduardo s/ Ind. por Acc. de Trab.”, Juzgado Laboral N° 2 de Corrientes, 14/02/2018. Disponible en la web oficial del Poder Judicial de Corrientes en: <http://www.juscorrientes.gov.ar/wp-content/uploads/jurisprudencia/fallos-novedosos/pdf/2018/2018-S-13-laboral-NOVEDOSO.pdf>, (consultado el 29/07/2019).

Así,

“el cálculo se realizará con la fórmula “Méndez”, porque ésta considera consecuencias patrimoniales que se producen por la merma de la aptitud del trabajador para realizar para sí actividades con contenido económico, por encontrarse impedido total o parcialmente de realizarlas en adelante y que desde ahora deberán ser pagadas a terceros o realizadas con esa disminución exigiendo un esfuerzo mayor (el actor solicitó la aplicación de la legislación civil).”

En resumidas cuentas, con los precedentes anteriormente citados se deja de manifiesto, en primer lugar, la obligatoriedad en la utilización de las fórmulas para cuantificar indemnizaciones por incapacidades y muertes; y además, vemos que su aplicación puede extenderse desde el ámbito del derecho civil al del derecho laboral.

Ahora bien, aún habiendo superado la discusión en relación a la aplicación de fórmulas a partir del mandato legal existente, debemos destacar la opinión de la doctrina al respecto; puesto que nos brinda una orientación intelectual sobre la conveniencia de la utilización de las mismas.

Sobre el particular opinan Acciarri e Irigoyen Testa,

“Parece posible afirmar que el empleo de fórmulas no importa una restricción a la legítima discrecionalidad judicial, sino a la arbitrariedad. Una fórmula no encorseta el razonamiento, sino que simplemente lo expresa con una claridad que es reconocidamente superior (cuando entran en juego magnitudes y relaciones de alguna complejidad interna) a otras posibilidades de expresión.¹⁰⁸

A mayor abundamiento, el simbolismo (fórmulas) es holgadamente superior al uso del lenguaje natural (retórico) para obtener cálculos complejos con variables interrelacionadas. En estos casos, las fórmulas aportan claridad a la argumentación jurídica, si bien no restringen la discrecionalidad de los magistrados, limitan la eventual arbitrariedad de sus sentencias.”¹⁰⁹

En resumen, no podemos negar la importancia y la necesidad de tomar en consideración a la hora de cuantificar los despidos incausados a las fórmulas

¹⁰⁸ ACCIARRI e IRIGOYEN TESTA, *op. cit.*, pp. 33-34.

¹⁰⁹ IRIGOYEN TESTA, “Cuantificación de los daños punitivos: una propuesta aplicada al caso argentino”, en Castillo Cadena, Fernando y Reyes Buitrago, Juan S. (editores académicos), *Relaciones Contemporáneas entre derecho y economía*, Coedición Grupo Editorial Ibañez y Universidad Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 2012, p.35.

matemáticas. Ergo, merece un estudio pormenorizado, el cual abogue por una correcta y sana regulación del fenecimiento de los vínculos contractuales de naturaleza laboral.

IV.II- Nuestra Propuesta

IV.II.a- Reflexiones preliminares

Como ha quedado demostrado, la jurisprudencia argentina en cierta medida ha adherido su postura a favor de la utilización de fórmulas matemáticas financieras o matemáticas rígidas o semirrígidas para la cuantificación de daños. Actitud que, como venimos afirmando, podría ser replicada ante los casos de fenecimiento incausado de vínculos laborales, donde también se provocan daños cuantificables.

Resulta menester destacar que desde la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, y con ello, del mandato legal para cuantificar indemnizaciones por incapacidades y muertes mediante el empleo de fórmulas matemáticas, para así poder reparar plenamente al damnificado, ha quedado sin actualidad la discusión acerca de la conveniencia acerca de la aplicación o no de dichas fórmulas.

Si bien, el ámbito de aplicación de dicha obligatoriedad es en principio el fuero civil y comercial, ya fue replicada su utilización en el fuero laboral. Sobre todo, en casos de accidentes de trabajo, donde los magistrados declarando la inconstitucionalidad del procedimiento para cuantificar las indemnizaciones contempladas en la LRT, reparan a la víctima aplicando los preceptos de cuantificación del derecho común.

Ello, considerando que mediante la reparación de la LRT en numerosos casos no se logra indemnizar plenamente a la víctima, dejándolo en una situación de desigualdad ante la ley, violentando los principios del art. 16 de la C.N. Puesto que la reparación plena procedería si la víctima no fuese un trabajador.

En otras palabras, la fundamentación de la declaración de inconstitucionalidad del art. 39 LRT, obedece a que si la atribución de responsabilidad civil puede ser invocada por cualquier persona que sufra un menoscabo patrimonial, no debe serle impedida al trabajador, siempre que acredite los extremos de procedencia, pues ello establece una distinción frente a iguales en igualdad de circunstancias, violentando al mismo tiempo el derecho de propiedad y de libre acceso a la justicia (arts. 17, 18 y 19 de la CN), así como los distintos tratados con rango constitucional a partir de su incorporación en el inc. 22 del art. 75 de la CN.

En última instancia es necesario destacar que, siguiendo los lineamientos del precedente “Gorosito”¹¹⁰, no es posible sostener en abstracto que la referida norma conlleve necesariamente a la concesión de reparaciones subvaloradas con menoscabo de derechos de raigambre constitucional y supra-constitucional, circunstancia que debe ser probada en cada caso por quien lo alega.

En relación a la cuestión aquí ventilada la jurisprudencia entiende;

“...la circunstancia de mediar un vínculo contractual entre el responsable y la víctima del daño no constituye un elemento que habilite la consagración de una desigualdad de tal naturaleza y reparación frente a otra víctima o un tercero productor del daño.”¹¹¹

En idéntica dirección, se ha expedido la Corte Suprema de Justicia de la Nación al remarcar:

“La igualdad de tratamiento ante la ley establecida en el art. 16 de la Constitución Nacional no admite que se distinga negativamente a quienes ven lesionada su capacidad laborativa (sic) por un infortunio, privándoles de aquello que se concede a los restantes habitantes en circunstancias similares, ello en razón de la ausencia de toda relación lógica y normativa entre la condición de trabajador

¹¹⁰ Véase fallo: “Gorosito, Juan R. c/Riva S.A. s/Daños y Perjuicios”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 01/02/2002, IJ Editores IJ-XIII-464

¹¹¹ Véase fallo: “Ruidíaz, Ramon Daniel c/ Distribuidora DICO SA y/u Otros y/o s/ Ind.”, Juzgado Laboral N° 2 de Corrientes, 13/11/2.017. Disponible en la web oficial del Poder Judicial de la Provincia de Corrientes en: <http://www.juscorrientes.gov.ar/wp-content/uploads/jurisprudencia/fallos-camara-laboral/pdf/2018/Microsoft-Word-S-151-laboral-EXP-94383.doc.pdf>, (consultado el 28/07/2019).

*y la denegación de acceso a la justicia para solicitar la aplicación del régimen general previsto en el Cód. Civil”.*¹¹²

Ergo, aplicando los mismos fundamentos que en los casos de infortunios laborales, ante el supuesto de un distracto incausado donde mediante la aplicación de la cuantificación contemplada en el art. 245 de la LCT se acredite fehacientemente que no se ha logrado reparar plenamente al trabajador, podría reprocharse la constitucionalidad de dicho acápite legal y así, aplicar análogamente los preceptos de reparación del derecho común que anteriormente detallamos.

Ahora bien, circunscribiéndonos al ámbito laboral, clarifiquemos que el despido es una manera de extinción anticipada del contrato de trabajo, que como se ha señalado, en principio su existencia se prolonga hasta la jubilación del trabajador.

Por ello, la indemnización tarifada del actual sistema funcionaría como una especie de cláusula penal, que se torna operativa una vez ocurrido el distracto sin causa.

Así lo ha explicado Mario Akerman:

*“La norma del art. 245 es propiamente una cláusula penal en tanto se integra a los contenidos del contrato individual de trabajo. Esto significa que, si las partes no pactan válidamente otra cosa, se integra a los contenidos del contrato una fijación previa o liquidación de los daños y perjuicios calculados en abstracto, que pueden dentro de ciertos límites contemplar una función de carácter punitivo. En los términos del art. 652 del CC “La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación se sujeta a una pena o una multa en caso de retardar o no ejecutar la obligación.”*¹¹³

Resulta necesario recordar que actualmente el sistema elegido para cuantificar el despido incausado no logra cumplimentar con los fines para los cuales fue concebido.

En este sentido, señala el jurista Juan Carlos Fernández Madrid:

¹¹² Véase Fallo: “Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A.”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 21/09/2004, DT 2004, pág. 1288 y ss.

¹¹³ AKERMAN MARIO E., *Indemnizaciones Tarifadas y Reparación Integral. Posibilidad de su Concurrencia y Acumulación*. Legislación del Trabajo, Ediciones Contabilidad Moderna, Buenos Aires, Tomo XXVI, p. 485.

“La indemnización por despido en la generalidad de los casos no cumple con las finalidades básicas que se han atribuido a este resarcimiento forfatorio (sic) porque ni resarce los daños derivados del incumplimiento del contrato, ni cubre al trabajador del riesgo de desempleo, ni compensa la pérdida de la antigüedad y los beneficios a ella conexos.”¹¹⁴

Si bien se han mencionado en los capítulos anteriores diferentes observaciones y falencias del sistema tarifado actual, sobre todo por la ineficiencia en la elección de las variables y en la asignación de recursos, además de la arbitrariedad del sistema, debe mencionarse además que dicho sistema cuantifica mirando hacia el pasado.

Con ello queremos decir que el sistema de cuantificación actual considera como variable fundamental a la parte cumplida del contrato, es decir, la antigüedad del trabajador, cuando en realidad debería tener en foco el futuro, es decir, la trunca vida del contrato hacia delante, puesto debe reparar las pérdidas sufridas por los salarios que no percibirá el trabajador despedido.

Ello, no significa que la antigüedad no deba ser tomada en cuenta, como parámetro más de las circunstancias de los hechos juzgados, sino que no consideramos que sea una variable (y menos fundamental) en la cual debe fundarse el cálculo, puesto que resulta ineficiente cuantificar un daño sin proyectar sus consecuencias hacia el futuro.

Por ello, resulta hacer extensivo el razonamiento aplicado a los casos de daños por accidentes laborales y en materia civil, donde se cuantifica un daño futuro (que en general, se entiende como lucro cesante), por ejemplo, a través del valor presente de los ingresos futuros perdidos por la víctima, lo cuales fueron producidos por el evento dañoso acaecido; que, en este caso, por aplicación analógica, sería el despido incausado.

¹¹⁴ FERNÁNDEZ MADRID, *op. cit.* p. 2081

Así,

“El lucro cesante... comprende la diferencia entre los ingresos que pueda calcularse que la víctima tendrá a partir del daño sufrido y los ingresos que pueda estimarse que la víctima habría tenido si el daño no se hubiera producido. Esta parte del daño es la que pretende medir la fórmula Vuoto...”¹¹⁵

En resumen, con la fórmula elegida buscamos cuantificar el valor presente del daño futuro que sufrió el trabajador por motivo del distracto. Sólo de esta manera lograríamos alcanzar los objetivos de la indemnización por despido incausado, a saber: repararíamos plenamente al trabajador y disuadiríamos nuevos despidos más allá de lo socialmente deseable.

Debe destacarse que si bien la ley laboral presume que todos los contratos en principio son celebrados bajo la modalidad de tiempo indeterminado, no por ello debemos cuantificar el valor presente del salario bruto del trabajador hasta la edad de jubilación, puesto que si así lo hiciéramos desembocaríamos en un sistema de estabilidad propia del contrato de trabajo, el cual no se condice con la fórmula elegida por el legislador.

Ergo, resulta necesario integrar la fórmula de diferentes variables, como por ejemplo edad del trabajador, los años que faltan hasta jubilarse, la probabilidad de no conseguir un nuevo empleo de iguales características, la chance de ingresos por un nuevo empleo y el salario del mismo. Las cuales nos permitan arribar a un resultado eficiente y conforme a las reglas de la estabilidad impropia del empleo privado.

IV.2.b- La fórmula elegida: Valor presente de una renta constante no perpetua

En coincidencia con los fallos y legislación citados anteriormente, donde se pone de manifiesto la admisión de la utilización de fórmulas para cuantificar indemnizaciones por daños, en nuestra propuesta utilizaremos algunas de las variables (y sus

¹¹⁵ Véase Fallo: “Méndez Alejandro D. v. Mylba S.A. y otro” C. Nac. Del Trabajo, Sala 3° (28/04/2008), RDLSS 2008-11-953, Lexis N° 70044346.

interrelaciones) de la ya conocida fórmula “Méndez o Vuoto II”, en particular, para calcular el valor presente de montos futuros y no perpetuos (diferiendo de esas fórmulas, por supuesto, algunas de las variables elegidas).

$$C = A * [(1+i)^n - 1] / [i (1+i)^n]$$

Donde:

C: es el capital a determinar (indemnización por despido).

A: es la ganancia afectada que dejó de percibir la víctima (base del cálculo), surge de calcular: (Lucro cesante por despido - Chance de ingresos de empleo temporal) x (1- Probabilidad de nuevo empleo).

I: es la tasa de interés a devengarse durante el período de extracción considerado.

N: es la cantidad de períodos en que se realice el cálculo.

Con la misma se pretende encontrar un capital tal que, invertido a una tasa de interés pura constante, permita extraer, en períodos regulares, un monto igual a las ganancias de las cuales la víctima se ve privado. El capital así determinado se agotará transcurrido el número de períodos que se estime como relevante.¹¹⁶

Construcción de la Fórmula: Las variables elegidas

Base del cálculo: $A = (LCD - CIET) \times (1 - PNE)$.

Actualmente, para calcular la indemnización por despido se toma como base del cálculo a la mejor remuneración normal, habitual, mensual devengada por el trabajador en el último año de servicio.

En virtud de ello, en miras de alcanzar la reparación plena del empleado y haciéndonos eco de las críticas efectuadas al actual sistema, consideramos conveniente

¹¹⁶ Véase Fallo: “Houriet Raúl N. Y otra c. Minutiello Juan y otro”, C. Civ. y Com. Bahía Blanca, Sala 1º (Exp. 96335/1996) – R (03/09/1996). Fallo disponible en la Biblioteca online del Colegio de Abogados de Bahía Blanca: <http://www.cabb.org.ar/biblioteca/>, (consultado el 28/07/2019).

que la base del cálculo debe estar integrada por el total de rubros remuneratorios que devengados por el trabajador por motivo del contrato de trabajo, al momento del distracto.

Como primer paso debemos promediar todos los ingresos del trabajador en 12 períodos (correspondiente a los meses del año), teniendo en cuenta que el trabajador no sólo goza de su salario, sino que también del SAC. Para ello, al igual que en la indemnización tarifada, debemos utilizar la mejor remuneración, normal y habitual devengada por el empleado en los últimos doce meses.

$$\text{LCD} = (\text{Ingresos devengados} \times 13) / 12$$

Debe hacerse la salvedad de los casos en los que el trabajador presente una antigüedad menor a tres meses, no tiene derecho a cobro de indemnización por antigüedad, ello conforme a las reglas que regulan el instituto del período de prueba (Arts. 92 y 92 bis LCT).

Lo cual, consideramos que debe mantenerse, puesto que obedece a un criterio de otorgar incentivos a que las empresas contraten y cuenten con un breve período de tiempo de entrenamiento y de verificar la cualidad del trabajador. Superado el mismo, el contrato deviene por tiempo indeterminado y son operativas las disposiciones indemnizatorias por finalización del vínculo.

Paso seguido, debe destacarse que el trabajador despedido puede contar con la chance de obtener ingresos por un empleo temporal, con sueldo inferior al anterior, hasta que pueda efectivamente lograr obtener un trabajo con similar salario. Por ejemplo, un abogado que fue despedido de un estudio, mientras busca un puesto laboral de iguales características, podría officiar de procurador o secretario de otro *buffet* de abogados.

Razón por la cual, debemos restarle al lucro cesante por el despido (LCD) esta chance de ingresos por un empleo temporal (CIET).

Luego, en miras de lograr una cuantificación lo más exacta posible, debemos multiplicar el resultado obtenido en esta primer etapa del cálculo (LCD - CIET) con la probabilidad objetiva de no conseguir un nuevo empleo de igual categoría e ingresos que el puesto original del cual fue despedido (1-PNE).

Esta probabilidad objetiva debe ser ponderada conforme con las características de un trabajador medio, que posea las cualidades específicas del trabajador indemnizado (edad, sexo, experiencia y especialidad de la persona despedida) y la tasa de empleo en su sector laboral. Sin embargo, otras características personales del trabajador, como ser eficaz en su trabajo, puntualidad, capacidad de trabajo en equipo, honestidad o lealtad laboral, etc. no debería tenerse en consideración.

Actualmente en nuestro país ningún organismo del Estado calcula la probabilidad de obtener un nuevo puesto de trabajo de una persona en paro, razón por la cual el procedimiento para su cálculo, hasta tanto dicha variable se encuentre medida, debe ser realizado por *presunción hominis* (teniendo en consideración distintos indicios enumerado en el párrafo anterior).

De todas maneras, existen variables que pueden colaborar en la orientación para poder alcanzar a presumir dicha cifra, por medio de indicios probados, como por ejemplo: cifra de desempleo según edad, sexo, zona geográfica en la que reside, pobreza, cifra de empresarios que planean aumentar su plantel de trabajadores, entre otras. Todas estas cifras las provee actualmente el INDEC y el Ministerio de Trabajo de la Nación a través de su área de estadísticas, razón por la cual una vez implementado el sistema que se propone no sería de mucha dificultad comenzar a medir esta variable.

Es dable de aclarar que, cuanto mayor sea el porcentaje de conseguir un nuevo empleo, menor será el tiempo en el paro y el esfuerzo que deberá hacer el trabajador para conseguir un nuevo puesto, y por ende, también será menor la extensión del daño que le ocasione el distracto.

En cambio, cuando las probabilidades objetivas del trabajador de salir del paro sean bajas (por circunstancias objetivas, no imputables al empleado, que no deberían tenerse en consideración), significa que permanecerá por más tiempo sin encontrar un nuevo puesto (más allá de que no le sean imputables dichas circunstancias), lo cual se relaciona positivamente con la cuantía del daño sufrido.¹¹⁷

Simplificando, arribaremos a la base de cálculo realizando la siguiente operación:

(LCD – CIET) x (1-Probabilidad de nuevo empleo)

- Períodos:

Continuando la comparación con el actual sistema, recordemos que desafortunadamente el mismo tiene en cuenta para el cálculo los años de antigüedad del trabajador, es decir la parte del contrato que ya se ha cumplido/concluido.

Diferenciándonos de dicha posición consideramos conveniente calcular como períodos la cantidad de meses que el trabajador se encuentra sin conseguir un empleo de

¹¹⁷ En este punto del análisis, resulta conducente explicar que, si bien existen fórmulas utilizadas en numerosos fallos (véase Méndez o Vuoto II), que proponen un mecanismo auxiliar de ponderación de crecimiento de ingresos, entendiendo que los ingresos de una persona crecen hasta los sesenta años, y luego tienden a estabilizarse (ingreso actual x 60/ edad –tope 60 años-), no consideramos propicia su incorporación al presente cálculo. Ello, en razón de que existen diferencias sustanciales entre ambos cálculos, por ejemplo, con nuestra fórmula se indemniza hasta que la persona vuelva a generar similares ingresos y no hasta su expectativa de vida. Por las mismas razones, tampoco consideramos adecuado acudir a otras fórmulas, como ser, la llamada fórmula Acciarri. Para profundizar sobre esta fórmula, puede consultarse: ACCIARRI, Hugo A., *Elementos de Análisis Económico del Derecho de Daños*, Ed. Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2015. Sobre la temática, también puede verse ACCIARRI, Hugo e IRIGOYEN TESTA Matías, “Utilización de Fórmulas Matemáticas y Baremos” en: TRIGO REPRESAS Félix A. y BENAVENTE María A. (directores), *Reparación de Daños a las Personas, Rubros indemnizatorios, Responsabilidades especiales*, t. 3, Buenos Aires, Ed. La Ley, año 2014, p. 534.

similares características del cual fue desvinculado, pudiendo o no, coincidir estos períodos con los que restan para la jubilación del trabajador, la que oficiará como límite temporal para el cálculo. Sólo así, podríamos calcular correctamente el valor actual de las pérdidas sufridas por el trabajador despedido.

Esta variable debe ser mensualizada para obtener un cálculo exacto. Atento a que los salarios son mensuales, estos períodos a computar también deben ser mensuales (al igual que la tasa de interés) para que el resultado final (valor presente del daño por despido) no esté subvalorado, circunstancia que ocurriría si se trabaja con períodos anuales.

Si bien esta variable puede resultar de difícil obtención, podemos llegar a la misma a través de la *presunción hominis*, acudiendo al empleo de estadísticas accesibles correspondientes al mercado de trabajo, más precisamente en la región y/o en la actividad en la cual se produjo la desvinculación (teniéndose en consideración también la edad, sexo, experiencia y especialidad del empleado desvinculado).

- La edad límite de producción de ingresos:

Como ha quedado de manifiesto, se eligió la edad de jubilación del trabajador para determinar esta variable. Recordemos, la edad límite de producción de ingresos para un trabajador de sexo masculino es de 65 años y para una trabajadora de sexo femenino 60, existiendo diferentes actividades donde esta edad podría variar.

Debemos destacar que en caso de que suceda una modificación legislativa de la edad jubilatoria, dicha variación debe trasladarse automáticamente a la fórmula utilizada.

- La tasa de interés:

Siguiendo las enseñanzas de la doctrina especializada en torno a la cuestión, la tasa que se emplee en la fórmula importa un descuento, y su aplicación da por resultado un monto menor con relación a la suma simple y directa de los ingresos que se estimen para todos los periodos considerados. En consecuencia, cuanto mayor sea la tasa que se use, menor será lo que vaya a recibir la víctima. La idea de una tasa pura, sin incidencia de la inflación, no asume que la inflación no va a existir, sino que será posible obtener una renta de esa magnitud por sobre la inflación que corra.¹¹⁸

En otros términos, expone Irigoyen Testa:

“La tasa de descuento para cada período, decimalizada (variable i), es una tasa pura que representa la rentabilidad por cada período (por ejemplo, anual o mensual) que el cónyuge reclamante podría obtener por sobre la inflación. Es decir, no se trata de una tasa nominal (que incluye la inflación) sino de una tasa por encima de la inflación. Por ejemplo, si existe una tasa pura del 4% y una inflación del 26%, entonces, estamos ante una tasa nominal del 30%.”¹¹⁹

Utilizaremos una tasa pura del 4% anual, la cual fue estimada por la propia CSJN, para depósitos en divisas, en el precedente "Massa".¹²⁰ Recordemos, que la misma tasa de interés es utilizada en el fallo "Méndez," donde se utilizó la fórmula "Vuoto II".

Así las cosas, es recomendable calcular la tasa pura mensual de descuento (equivalente a esa tasa anual) utilizando la siguiente fórmula adicional:

$$i \text{ mensual} = \left(\sqrt[12]{i \text{ anual} + 1} \right) - 1$$

$$i \text{ mensual} = 0,3274\%$$

¹¹⁸ ACCIARRI e IRIGOYEN TESTA, *op. cit.*, p. 27.

¹¹⁹ IRIGOYEN TESTA, Matías, "Fórmulas para la Compensación Económica por divorcio o cese de convivencia", *Revista Código Civil y Comercial*, La Ley, Thomson Reuters, Año 1, número 6, diciembre 2015, p. 302.

¹²⁰ Véase fallo: Massa, Juan A. c/Poder Ejecutivo Nacional s/Amparo, Corte Suprema de la Nación Argentina, 27/12/2006, IJ Editores IJ-XI-91.

IV.III- Casos Prácticos:

Habiendo detallado la fórmula y variables elegidas, utilizaremos las mismas para desarrollar un par de casos prácticos y compararlos con el sistema de cuantificación vigente.

IV.3. a- Desarrollo:

- Caso N° 1: Primero, ejemplifiquemos con el supuesto de un trabajador despedido con ingresos totales mensuales devengados de \$25.000 -LCD-, chance del 60% de obtener un ingreso mensual de \$20.000 -CIET- y la probabilidad de conseguir un nuevo empleo de iguales características que el original de 73% -PNE-. El período sin empleo de iguales características estimado es de 12 meses y su antigüedad es de 2 años en el puesto.

Primer paso: Inicialmente debemos arribar a la base salarial del cálculo:

$$A = (\text{LCD} - \text{CIET}) \times (1 - \text{PNE})$$

$$A = 25.000 - (\$20.000 \times 0,6) \times (1 - 0,73)$$

$$A = (25.000 - 12.000) \times 0,27$$

$$A = 3.510$$

Segundo Paso: Siguiendo con el ejemplo, el número de períodos en razón del cual deberá ponderarse la operación es de 12 meses.

Períodos: N= 12

Tercer Paso: Utilizaremos la tasa de interés del 4%, la que deberemos mensualizar

$$i \text{ mensual} = (\sqrt[12]{i \text{ anual} + 1}) - 1$$

$$i = 0,3274\%$$

Cuarto Paso: Desarrollamos la fórmula

$$C = A \times [(1+i)^n - 1] / i (1+i)^n$$

$$C = 3.510 \times [(1,3274)^{12} - 1] / 0,3274 (1,3274)^{12}$$

$$C = 10.362,61$$

La indemnización para el trabajador despedido asciende a la suma de **\$10.362,61**. En contraste con el actual sistema, podemos afirmar que aplicando el

mismo la indemnización sería, en principio, cercana a los \$ 50.000,00 (Ingresos * antigüedad), es decir muy superior al obtenido con la fórmula que se propone.

- Caso N° 2: Ahora, supongamos que el trabajador despedido las mismas variables del primer ejemplo, salvo que la probabilidad objetiva de conseguir un nuevo empleo de iguales características que el original de 10%.

Primer paso: Inicialmente debemos arribar a la base salarial del cálculo:

A = (LCD - CIET) x (1-Probabilidad de nuevo empleo)

A = 25.000 - (\$20.000 x 0,6) x (1-0,10)

A = (25.000 - 12.000) x 0,90

A = 11.700

Segundo Paso: Siguiendo con el ejemplo, el número de períodos en razón del cual deberá ponderarse la operación es de 12 meses.

Períodos: N= 12

Tercer Paso: Utilizaremos la tasa de interés del 4%, la que deberemos mensualizar

$i \text{ mensual} = (\sqrt[12]{i \text{ anual} + 1}) - 1$

$i = 0,3274\%$

Cuarto Paso: Desarrollamos la fórmula

$C = A \times [(1+i)^n - 1] / i (1+i)^n$

$C = 11.700 \times [(1,3274)^{12} - 1] / 0,3274 (1,3274)^{12}$

$C = 34.541,87$

En este supuesto vemos que *ceteris paribus* cuando la probabilidad de empleabilidad (misma categoría de empleo) disminuye, la indemnización por despido aumenta considerablemente y viceversa.

Contrastando con el sistema tarifado (Ingresos * antigüedad) observamos que utilizando el mismo la indemnización se mantendría en \$ 50.000,00, es decir que se conserva estática a pesar de que el damnificado contaba con una probabilidad de empleo distinta al supuesto anterior. Sumado a ello, el monto obtenido resulta superior al obtenido con la fórmula que se propone.

- Caso N° 3: En este ejemplo, analizamos el supuesto en que el trabajador con las mismas variables del primer ejemplo, cuente con período probable sin conseguir un puesto igual de 60 meses.

Primer paso: Inicialmente debemos arribar a la base salarial del cálculo:

$$A = (\text{LCD} - \text{CIET}) \times (1 - \text{Probabilidad de nuevo empleo})$$

$$A = 25.000 - (\$20.000 \times 0,6) \times (1 - 0,73)$$

$$A = (25.000 - 12.000) \times 0,27$$

$$A = 3.510$$

Segundo Paso: Siguiendo con el ejemplo, el número de períodos en razón del cual deberá ponderarse la operación es de 24 meses.

Períodos: N= 60

Tercer Paso: Utilizaremos la tasa de interés del 4%, la que deberemos mensualizar

$$i \text{ mensual} = (\sqrt[12]{i \text{ anual} + 1}) - 1$$

$$i = 0,3274\%$$

Cuarto Paso: Desarrollamos la fórmula

$$C = A \times [(1+i)^n - 1] / i (1+i)^n$$

$$C = 3.510 \times [(1,3274)^{60} - 1] / 0,3274 (1,3274)^{60}$$

$$C = 10.720,83$$

Aquí vemos que *ceteris paribus* cuando el período probable sin conseguir un empleo de iguales características aumenta, la indemnización por despido también lo hace.

Ello a consecuencia de haber sufrido un período más prolongado sin conseguir un puesto similar. Contrariamente cuando este período disminuye, también lo hace la indemnización.

Contrastando este ejemplo con el sistema tarifado (Ingresos * antigüedad) observamos que utilizando el mismo la indemnización se mantendría en \$ 50.000,00; es decir que no sufre alteraciones a pesar de que el damnificado contaba con un período sin conseguir un empleo igual al que fue desvinculado, superior al supuesto anterior. Sumado a ello, nuevamente el monto obtenido resulta muy superior al obtenido con la fórmula que se propone.

- Caso N° 4: Analizamos el supuesto en que el trabajador cuente con las mismas variables del primer ejemplo, salvo los ingresos totales mensuales devengados -LCD-, los cuales ascienden a \$15.000.

Primer paso: Inicialmente debemos arribar a la base salarial del cálculo:

$$A = (\text{LCD} - \text{CIET}) \times (1 - \text{Probabilidad de nuevo empleo})$$

$$A = 15.000 - (\$20.000 \times 0,6) \times (1 - 0,73)$$

$$A = (15.000 - 12.000) \times 0,27$$

$$A = 810$$

Segundo Paso: Siguiendo con el ejemplo, el número de períodos en razón del cual deberá ponderarse la operación es de 12 meses.

Períodos: N= 12

Tercer Paso: Utilizaremos la tasa de interés del 4%, la que deberemos mensualizar

$$i \text{ mensual} = (\sqrt[12]{i \text{ anual} + 1}) - 1$$

$$i = 0,3274\%$$

Cuarto Paso: Desarrollamos la fórmula

$$C = A \times [(1+i)^n - 1] / i (1+i)^n$$

$$C = 810 \times [(1,3274)^{12} - 1] / 0,3274 (1,3274)^{12}$$

$$C = 2.391,363$$

Aquí vemos que *ceteris paribus* cuando los ingresos del trabajador disminuyen la indemnización por despido disminuye considerablemente, ello obedece a una cuestión lógica de que menor será el daño cuanto menores sean los ingresos. Contrariamente cuando el ingreso aumenta, también lo hace la indemnización.

Si contrastamos este ejemplo con el actual sistema tarifado podemos afirmar que con el mismo el trabajador percibiría la suma de \$30.000, es decir que el nivel de ingresos si es una variable fundamental del sistema. Nuevamente la indemnización resulta superior a la calculada con la fórmula propuesta.

- Caso N° 5: Ahora, analizaremos el supuesto de un trabajador con idénticas variables del Caso N°1, pero con una antigüedad en el puesto de 6 meses.

Primer paso: Inicialmente debemos arribar a la base salarial del cálculo:

$$A = (\text{LCD} - \text{CIET}) \times (1 - \text{Probabilidad de nuevo empleo})$$

$$A = 25.000 - (\$20.000 \times 0,6) \times (1 - 0,73)$$

$$A = (25.000 - 12.000) \times 0,27$$

$$A = 3.510$$

Segundo Paso: Siguiendo con el ejemplo, el número de períodos en razón del cual deberá ponderarse la operación es de 12 meses.

Períodos: N= 12

Tercer Paso: Utilizaremos la tasa de interés del 4%, la que deberemos mensualizar

$$i \text{ mensual} = (\sqrt[12]{i \text{ anual} + 1}) - 1$$

$$i = 0,3274\%$$

Cuarto Paso: Desarrollamos la fórmula

$$C = A \times [(1+i)^n - 1] / i (1+i)^n$$

$$C = 3.510 \times [(1,3274)^{12} - 1] / 0,3274 (1,3274)^{12}$$

$$C = 10.362,61$$

En este supuesto, vemos que cuando *ceteris paribus* la antigüedad del trabajador disminuye, la indemnización obtenida a través de la aplicación de la fórmula propuesta no sufre alteraciones.

Aquí se denota que en nuestra propuesta no se toma como variable relevante la antigüedad del trabajador, puesto que la misma corresponde a la parte cumplida del contrato de trabajo.

También, vemos la diferencia con el sistema tarifado, puesto que en este caso el monto obtenido ascendería a \$25.000, es decir, que está directamente relacionada con la antigüedad en el puesto que tenía el trabajador desvinculado. Nuevamente el monto obtenido es superior al logrado con nuestra propuesta.

- Caso N° 6: En este supuesto calcularemos la indemnización para un trabajador despedido con iguales variables al caso N°1, salvo que cuenta con un CIET de 30% de \$15.000.

Primer paso: Inicialmente debemos arribar a la base salarial del cálculo:

$$A = (\text{LCD} - \text{CIET}) \times (1 - \text{Probabilidad de nuevo empleo})$$

$$A = 25.000 - (\$15.000 \times 0,3) \times (1 - 0,73)$$

$$A = (25.000 - 4.500) \times 0,27$$

$$A = 5.535,00$$

Segundo Paso: Siguiendo con el ejemplo, el número de períodos en razón del cual deberá ponderarse la operación es de 12 meses.

Períodos: N= 12

Tercer Paso: Utilizaremos la tasa de interés del 4%, la que deberemos mensualizar

$$i \text{ mensual} = (\sqrt[12]{i \text{ anual} + 1}) - 1$$

$$i = 0,3274\%$$

Cuarto Paso: Desarrollamos la fórmula

$$C = A \times [(1+i)^n - 1] / i (1+i)^n$$

$$C = 5.535 \times [(1,3274)^{12} - 1] / 0,3274 (1,3274)^{12}$$

$$C = 16.340,42$$

En este supuesto, vemos que cuando *ceteris paribus* la chance de ingresos por un nuevo empleo temporal del trabajador disminuye, la indemnización obtenida a través de la aplicación de la fórmula aumenta. Es decir que la CIET esta inversamente relacionada con el monto de la indemnización.

Ello, a consecuencia de que cuanto menor sea la chance del trabajador de obtener un nuevo ingreso, aunque sea temporal o de inferior categoría del que poseía, mayor será el daño soportado por este, razón por la cual la cuantía para dejarlo indemne deviene en un monto superior.

En contraste con el actual sistema, seguimos observando que el mismo se mantiene estático cuantificando con una cifra superior a la aquí obtenida.

- Caso N° 7: Ahora, analizaremos el supuesto de un trabajador con idénticas variables del Caso N°1, salvo que cuenta con una PNE de 15% y una CIET de 10% de \$15.000.

Primer paso: Inicialmente debemos arribar a la base salarial del cálculo:

$$A = (\text{LCD} - \text{CIET}) \times (1 - \text{Probabilidad de nuevo empleo})$$

$$A = 25.000 - (\$15.000 \times 0,1) \times (1 - 0,10)$$

$$A = (25.000 - 1.500) \times 0,90$$

$$A = 21.150$$

Segundo Paso: Siguiendo con el ejemplo, el número de períodos en razón del cual deberá ponderarse la operación es de 12 meses.

Períodos: N= 12

Tercer Paso: Utilizaremos la tasa de interés del 4%, la que deberemos mensualizar
 $i \text{ mensual} = (\sqrt[12]{i \text{ anual} + 1}) - 1$
 $i = 0,3274\%$

Cuarto Paso: Desarrollamos la fórmula

$$C = A \times [(1+i)^n - 1] / i (1+i)^n$$
$$C = 21.150 \times [(1,3274)^{12} - 1] / 0,3274 (1,3274)^{12}$$
$$C = 62.441,08$$

En este caso, el monto obtenido supera a lo que el trabajador obtendría con el uso del sistema tarifado.

Ello, porque dicho método no tiene en cuenta la PNE ni la CIET, las cuales influyen en el nivel del daño soportado (relación inversamente proporcional). Ergo, en este supuesto, con el uso de la tarifa, se subcompensaría al trabajador.

En resumidas cuentas, *ceteris paribus*, cuando la PNE y la CIET disminuyen, aumenta la indemnización y viceversa.

- Caso N° 8: Ahora calculemos la indemnización con las variables del primer ejemplo, salvo que éste trabajador contaba con una CIET de 15% de \$10.000, una PNE del 5% y un período de desempleo de 60 meses.

Primer paso: Inicialmente debemos arribar a la base salarial del cálculo:

$$A = (\text{LCD} - \text{CIET}) \times (1 - \text{Probabilidad de nuevo empleo})$$

$$A = 25.000 - (\$10.000 \times 0,15) \times (1 - 0,05)$$

$$A = (25.000 - 1.500) \times 0,95$$

$$A = 22.325$$

Segundo Paso: Siguiendo con el ejemplo, el número de períodos en razón del cual deberá ponderarse la operación es de 24 meses.

Períodos: N= 60

Tercer Paso: Utilizaremos la tasa de interés del 4%, la que deberemos mensualizar
 $i \text{ mensual} = (\sqrt[12]{i \text{ anual} + 1}) - 1$
 $i = 0,3274\%$

Cuarto Paso: Desarrollamos la fórmula

$$C = A \times [(1+i)^n - 1] / i (1+i)^n$$

$$C = 22.325 \times [(1,3274)^{60} - 1] / 0,3274 (1,3274)^{60}$$

$$C = 68.188,75$$

En este supuesto, en concordancia con lo expuesto en los casos anteriores, vemos que ante una merma en la PNE y en la CIET y un aumento en el período de desempleo, se ve reflejado directamente en un incremento del monto indemnizatorio.

Razón por la cual, podemos afirmar que entre las dos primeras variables (PNE-CIET) existe una relación inversamente proporcional con la indemnización, mientras que el período de desempleo guarda una relación directamente proporcional con el monto obtenido.

Comparado con el sistema tarifado, nuevamente observamos que si utilizaríamos dicho mecanismo para cuantificar éste despido, se subcompensaría al trabajador, razón por la que no se internalizaría correctamente la externalidad negativa producida.

IV.3. b- Cuadro comparativo de los ejemplos desarrollados:

Caso N°	LCD	Antig.	PNE	CIET	Períodos sin igual empleo	Art. 245 LCT	Fórmula Propuesta
1	\$25.000	2 años	73%	12.000 (60%\$20.000)	12 meses	\$50.000	\$10.362,61
2	\$25.000	2 años	10%	12.000	12 meses	\$50.000	\$ 34.541,87
3	\$25.000	2 años	73%	12.000	60 meses	\$50.000	\$10.720,83
4	\$15.000	2 años	73%	12.000	12 meses	\$30.000	\$ 2.321,63
5	\$25.000	6 meses	73%	12.000	12 meses	\$25.000	\$ 10.362
6	\$25.000	2 años	73%	4.500 (30%\$15.000)	12 meses	\$50.000	\$16.340,42

7	\$25.000	2 años	10%	1.500 (10% 15.000)	12 meses	\$50.000	\$ 62.441,08
8	\$25.000	2 años	5%	1.500 (10% 15.000)	60 meses	\$50.000	\$ 68.188,75

CAPITULO V: CONCLUSIONES FINALES

Hemos demostrado la importancia de otorgar credibilidad a las promesas contractuales mediante la utilización de sanciones por incumplimiento, ya que las mismas influyen a nivel de los incentivos de las partes contratantes, evitando comportamientos oportunistas.

También, debe destacarse que estas sanciones por incumplimiento deben lograr reparar plenamente a la parte afectada, dejándola indiferente ante el incumplimiento acaecido. El mejor camino para lograr esta reparación lo encontramos en el pago de daños a la expectativa, que deja a la víctima en la misma situación de la que se hubiese encontrado si nunca se hubiese incumplido.

Desde nuestro punto de vista, el sistema tarifado para calcular la indemnización por antigüedad resulta inadecuado para asignar eficazmente los recursos provenientes del fenecimiento incausado de contratos de trabajo. Causando, de esta manera, que en numerosas oportunidades no se logre compensar correctamente al trabajador por los daños ocasionados, como así también, pueden ocurrir supuestos en donde los mismos sean sobrecompensados. Todo ello, generando grandes distorsiones en el mercado de trabajo.

Dichas distorsiones pueden acarrear dos consecuencias poco deseables, la primera, es que ante despidos con los costos por encima del nivel de equilibrio, se produciría una merma en la actividad por debajo del nivel óptimo y con ello, una menor demanda de mano de obra, además de las consecuencias macroeconómicas que trae aparejada dicha situación, las cuales han sido reseñadas.

Asimismo, ante despidos infracomensurados, se alentaría a una situación de oportunismo por parte de los empleadores, quienes valiéndose de menores costos de despido a causa de una incorrecta cuantificación, invertirían menores unidades de cuidado que las eficientes, aumentando el nivel de actividad más allá de lo socialmente deseable.

Al generarse externalidades negativas en un mercado dado, su equilibrio queda distorsionado, dado que los precios de los productos o servicios ofrecidos por esos empleadores, no reflejarían la escasez relativa de los bienes. Consecuentemente, al no internalizarse, por ejemplo, todo el evento dañoso, los despidos pueden producirse más allá de lo socialmente deseable.

Es por ello, que la solución que consideramos adecuada es una reforma legislativa que derogue el sistema tarifado y su tope distorsivo; asimismo, que la misma establezca un mecanismo compuesto por todas las variables necesarias, las cuales interrelacionadas, con base a una teoría adecuada, brinden a cada caso una solución eficiente (además de justa), contribuyendo así al interés general.

Así, la indemnización por despido incausado podría lograr reparar plenamente al trabajador y disuadir al empresario a cometer nuevos despidos, no deseables socialmente. Para ello, la cuantía indemnizatoria debe ser calculada exactamente: que su monto no sea ni menor ni mayor al daño ocasionado por el despido. Para lograr este fin es necesario contar con una fórmula que nos permita arribar al resultado preciso.

Si bien es cierto que en numerosas jurisdicciones todavía no fue incorporada la aplicación de fórmulas matemáticas para cuantificar montos resarcitorios, ya existen en nuestro país suficientes precedentes y avales para presumir que puede su uso ser

extendido a los casos de fenecimiento del vínculo laboral, en particular, desde que el art. 1746 del Código Civil y Comercial de la Nación (vigente desde 2015), parece proponer la utilización de fórmulas para el cálculo de indemnizaciones que requieran operaciones complejas (en particular, explícitamente indica para el caso de “indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica”).

Debemos destacar que la fórmula propuesta se basa, luego de los cambios necesarios para nuestro análisis, en la empleada por la mayoría de los fallos *leading case* de la materia (Vuoto, Marshall, Aguirre, Vuoto II, etc.), es decir se centra en el cálculo del valor presente de una renta constante no perpetua.¹²¹

Además, que los razonamiento teóricos generales para su aplicación (valor presente de una renta constante no perpetua), luego de los cambios específicos propuestos *ut supra*, se ajustan adecuadamente para el cálculo de la indemnización por despido estudiado en esta obra.

Con los ejemplos desarrollados dejamos en claro el contraste con la tarifación actual de la indemnización por despido. Vimos que a medida que se modificaba alguna variable mientras el sistema actual cuantificaba siempre de la misma manera, con la utilización de la fórmula propuesta, el resultado varía.

Conforme a ello, a partir de los resultados obtenidos en los ejemplos prácticos vemos que la cuantía del daño se correlaciona negativamente con la probabilidad de conseguir nuevo empleo, con la chance de conseguir un ingreso temporal y positivamente con el lucro cesante del despido y con el período de desempleo soportado.

¹²¹ Sobre el particular, véase nota a pie de página 117 del presente documento.

Entonces, habiendo contrastado con algunos ejemplos el sistema tarifado actual con la fórmula que proponemos a partir de este trabajo, observamos que las variables que fueron escogidas influyeron ampliamente en el resultado de los cálculos efectuados.

Es decir, a diferencia del sistema actual que sus variables se mantienen estáticas y por ende el resultado también, con el sistema propuesto se observa cómo resultan determinantes cada una de las variables en cada caso en particular.

Además, observamos que utilizando una unidad de medida mensual, tanto el salario y la antigüedad pueden expresarse de una manera más exacta que en términos anuales, lo cual conlleva alcanzar resultados más justos y eficientes.

Con el empleo de esta fórmula vemos que necesariamente deben considerarse la incorporación de las variables propuestas, puesto que las mismas proporcionan una mayor objetividad al cálculo y brindan una solución específica para cada caso en particular.

Con el sistema que proponemos:

La indemnización por despido incausado debería ser mayor (y viceversa)

cuando *ceteris paribus*:

- los ingresos aumentan,
- la probabilidad de conseguir nuevo empleo disminuye, o
- la chance de ingresos por un empleo temporal disminuye
- cuando el tiempo en el paro sin conseguir un mismo puesto laboral aumenta.

En razón de lo expuesto, consideramos que el procedimiento de cuantificación aquí propuesto necesariamente debe integrar el debate jurídico acerca del modelo de reparación de los distractos incausados utilizado.

Ello, no sólo como un mecanismo para cuantificar eficientemente los daños acaecidos, sino también, como una herramienta de justicia que permita a las partes finiquitar sus controversias de una manera adecuada, atendiendo a las realidades de cada relación laboral y a las necesidades de los tiempos que corren.

Con independencia de que la fórmula propuesta eventualmente pueda mejorarse en el futuro, a partir de otras investigaciones sobre la temática, con comenzar a debatir la cuantía del despido laboral en Argentina en estos términos, a partir de fórmulas matemáticas, entonces, consideramos que uno de los objetivos de este trabajo, se ha cumplido, que es procurar aportar al debate y análisis científico de cuestiones relevantes para nuestra sociedad.

CAPITULO VI: BIBLIOGRAFÍA

- ACCIARRI, Hugo A., *Elementos de Análisis Económico del Derecho de Daños*, Ed. Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2015.
- ACCIARRI Hugo A. e IRIGOYEN TESTA Matías, “Fórmulas Utilizadas Por La Jurisprudencia Argentina Para Cuantificar Indemnizaciones Por Incapacidades Y Muertes”, *Revista De Responsabilidad Civil y Seguros, La Ley*, Año XIII – N° 3 – Marzo de 2011, pp. 3-27; RCyS 2011-III.
- ALVAREZ DEL CUBILLO, ANTONIO, “Informe Sobre la Regulación del Despido en Europa”, *Temas laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar social*, año 2009, n° 99, ed. Consej. Andaluz de Relaciones Laborales.
- BALADO BEVILACQUA, Mercedes, “El principio de igualdad y el rol de la mujer en el ámbito laboral”, *Revista Argentina del Derecho Laboral y la Seguridad Social*, Num. 14 – abril 2015, IJ Editores, J-LXXVIII-240.
- BECKER Gary S., *The Economic Approach to Human Behavior*, The University of Chicago Press, Chicago, 1976.
- BUECHTEMANN, Christoph F. “Introduction: Employment Security and Labor Markets”. En: Buechtemann, *Employment Security and Labor Market Behavior*, Ithaca Nueva York, ILR Press, 1993.
- COASE, Ronad H., “The Problem of Social Cost”, *Journal of Law and Economics*, vol. 3, 1, 1960.
- COOTER, Robert, ULEN, Thomas S., *Derecho y Economía*, 2da Edición en español, FCE, México, 2008,

- DE DIEGO, Julián A., *Tratado De Derecho De Trabajo, Tomo IV, El Despido Y Otras Formas De Extinción*, Buenos Aires, Ed. La Ley, Año 2012.
- FONTAINE Ernesto R. y SCHENONE Osvaldo H., “Nuestra Economía de Cada Día”, México: Ed. Alfaomega, año 2000.
- FREYENS, Benoit y OSLINGTON, Paul, “Dismissal Costs and Their Impact on Employment: Evidence from Australian Small and Medium Enterprises”, *Economic Record*, vol. 83, 260, 2007.
- GRISOLIA, Julio A., *Manual de Derecho Laboral*, 7º Ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011.
- GRISOLIA, Julio A., “¿Es alta la indemnización por despido en la Argentina?”, *Revista Laboral – Sociedad Argentina de Derecho Laboral*, IJ Editores, 10/11/2007, IJ-XXXI-227.
- GRISOLIA, Julio Armando, *Programa Desarrollado de la Materia Laboral (Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)*, Buenos Aires, Editorial Estudio, Edición 2011, pp. 41.
- HERRERA, Enrique, *Práctica Metodológica de la Investigación Jurídica*, Buenos Aires, Astrea, 2002.
- HICKS, John R., "The Valuation of Social Income", *Economica*, 7, 1940, ps.105- 124.
- IRIGOYEN TESTA, Matías, “El Tope Apropiado de los Daños Punitivos”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, *La Ley*, Buenos Aires, I.S.S.N. 1666-4590, Año XII - Nº 11 – noviembre de 2010.

- IRIGOYEN TESTA, Matías, “Cuantificación de los daños punitivos: una propuesta aplicada al caso argentino”, en Castillo Cadena, Fernando y Reyes Buitrago, Juan S. (editores académicos), *Relaciones Contemporáneas entre derecho y economía*, Coedición Grupo Editorial Ibañez y Universidad Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 2012.
- IRIGOYEN TESTA, Matías, “Fórmulas para la Compensación Económica por divorcio o cese de convivencia”, *Revista Código Civil y Comercial*, La Ley, Thomson Reuters, Año 1, número 6, diciembre 2015.
- KALDOR, Nicholas, "Welfare Propositions and Interpersonal Comparisons of Utility", *Economic Journal*, Vol. 49, 1939.
- JOLL, C., Mc KENNA, C., Mc NABB, R. And SHOREY, J., *Developments in Labor Market Analysis*, Allen and Unwin, London, 1983.
- LEZCANO CAMERIERE, Julián R, “Evolución jurisprudencial y estado actual del tope del art. 245 LCT”, RDLSS 2005-13-1009, (ABELED0 PERROT N°: 0003/400810).
- LLAMBIAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil Parte General*, 8va Edición, Bs. As., Perrot, 1970, tomo II.
- MARTORELL, Ernesto E., *Indemnización del daño moral por despido*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1994.
- MERCURO Nicholas and MEDEMA Steven, *Economics and the Law, From Posner to Post-Modernism*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 1997.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Daño Moral en la Extinción del Contrato de Trabajo”, *Revista de Derecho Laboral*, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, T-2000 -1.

- OTERO PARGA, Milagros, “*Discrecionalidad versus arbitrariedad. El derecho de los ciudadanos a obtener la tutela efectiva de los jueces y Tribunales de Justicia*”, SJA 9/6/2004, - JA 2004-II-1124.
- POSNER, Richard A., *Economic Analysis of Law*, Little, 1st ed., Brown and Company: Boston, Toronto, Londres, 1992 (tr. en castellano por Eduardo L. Suarez, *El Análisis Económico del Derecho*, 1ª ed., 1ª reimpresión, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 184-193).
- ROJAS, Ricardo M., SCHENONE, Osvaldo y STORDEUR, Eduardo (h), “*Nociones de Análisis Económico del Derecho Privado*”, Guatemala, Mayaprin, 2012.
- ROMUALDI, Emilio, “La SCBA y la cuantificación del Daño en el Derecho del Trabajo”, *Revista del Derecho del Trabajo de la Provincia de Buenos Aires*, IJ Editores, Numero 6 – Julio 2015, IJ-LXXX-204.
- ROOT, Lawrence S., *Britain’s redundancy payments for displaced workers*, HEINONLINE, 110 Monthly Lab. Rev. 18 – 1987, p.19.
- SAAVEDRA, Jaime y MARUYAMA Eduardo, *Estabilidad Laboral e Indemnización: efectos de los costos de despido sobre el funcionamiento del mercado laboral Peruano*, Lima, Ed. Grade, 2000, p. 20.
- SCHICK, Horacio, “Las indemnizaciones tarifadas dela LRT no reparan adecuadamente los daños Laborales”, IJ Editores – Argentina, 15/10/2009, IJ – XXXVI-427.
- STORDEUR, Eduardo (h), *Análisis Económico del Derecho. Una Introducción.*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011.

- VARELA, Lorena N, “El tope indemnizatorio no se ajusta a la finalidad de la indemnización por despido incausado”, ABELEDO PERROT N°: AP/DOC/4135/2012.