

Reproducido en [www.relats.org](http://www.relats.org)

## DE PARTIDA HACIA OTROS DERECHOS. CONCEPTO, ALCANCE Y ALGUNAS REFLEXIONES

Moisés Meik y Alejandra Grosso

Publicado en La Doctrina, 2018

La estabilización del trabajador en el empleo, como “derecho social”, se consagra como derecho *subjetivo*, tendiente a asegurar ese derecho invocable contra un deudor determinado- empleador- y su titularidad es un efecto atribuido por el derecho positivo al contrato de trabajo.

Como parte de la batería de derechos sociales, la tutela contra el despido arbitrario o injustificado, y del diseño de la estabilidad en el empleo, se concreta como “*derecho a garantías*” frente al poder del otro- el empresario- como *derecho de prestaciones, de ocupación efectiva, continua, duradera, permanente* y con expectativa de perdurabilidad.

El **derecho "al" trabajo** reconocido constitucionalmente sería un falso derecho, declarativo o programático, sino se reconociere como un derecho subjetivo del trabajador, a partir de que ya es titular de un puesto de trabajo. Se trata de un derecho, que exige ser completado con un funcionamiento operativo y práctico en el derecho infraconstitucional, condicionado, éste, por aquella expresión constitucional como directriz vinculante. Ese enunciado constitucional tiene una dimensión normativa indiscutible y ha de producir, además, efectos en el campo propio del derecho que lo desarrolle a través de su movilización, que le reconozca y desenvuelva su sentido protector inequívoco, como elección de

política legislativa, como tutela del sujeto trabajador frente al otro sujeto de la relación de trabajo..

El efecto de esa afirmación constitucional consiste en una orientación de la interpretación de las normas en un sentido favorable a la protección máxima del derecho social involucrado en beneficio de su titular, aunque, como se verá, el marco estrictamente constitucional no anticipa ni pronostica con precisión categórica la intensidad concreta de la tutela y sus garantías de efectividad, que es delegada a las disposiciones legales.

La vigencia efectiva del derecho constitucional al trabajo opera para los trabajadores que gocen de un puesto de trabajo concreto y significa el impedimento jurídico de ser privados del mismo sin motivo justificado y sin que exista, también, una reparación o compensación económica si la privación fue consumada de un modo incorrecto.

Tal construcción conduce a utilizar el derecho al empleo en apoyo de una interpretación y de una aplicación de las reglas del régimen de despido que tienden a reducir el riesgo de pérdida del empleo por el trabajador. Ese derecho al empleo, impone una obligación al empleador, que llega, en caso de incumplimiento, hasta la ineficacia del despido si no hay una causa real y seria que lo respalde.

Se trata de un derecho a no ser despedido inmotivadamente como consagración del derecho al trabajo o al empleo, concebido como un derecho constitucional que trasciende las simples relaciones contractuales y, por supuesto, opera sobre éstas especialmente.

El derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar pues supone también el derecho a un puesto de trabajo digno y, como tal, presenta un doble aspecto. Uno, es el aspecto individual que se concreta en el derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación y el otro- que es el que aquí más interesa para este abordaje- en el derecho a la continuidad y estabilidad en el empleo con calidad, esto es, a no ser despedidos si no existe justa causa.

Aparece así la estabilidad como un derecho del trabajador a conservar el puesto de trabajo, una suerte de *cuasi y magra propiedad*, que le ha de permitir obtener, con seguridad jurídica y en forma continuada, los recursos materiales o económicos para su subsistencia personal y familiar.

Derecho de propiedad del trabajador al trabajo, una vez que ha accedido a un empleo efectivo, **y que le posibilita ejercer, también otros derechos laborales o específicos y también otros fundamentales o inespecíficos. Siendo un derecho en sí mismo -no ser despedido injustificadamente- también opera como derecho que hace posible otros derechos fundamentales. Es un derecho para conseguir hacer realidad otros derechos.**

Esa protección significó un decisivo cambio en la estructura de la empresa del derecho individualista y un esencial medio de autodefensa del trabajador de sus otros derechos laborales materiales, individuales y colectivos, y los inespecíficos, que le corresponden, conforme a una concepción democrática, como parte de la "ciudadanía" de la persona del trabajador en la empresa.

Es así que como derecho del trabajador, **la estabilidad significa e impone una restricción del poder de disposición del empleador sobre la suerte del contrato.**

## **SISTEMAS DE PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO**

En los distintos ordenamientos nacionales se observan básicamente tres sistemas -con numerosos matices intermedios- en torno a la intensidad de la tutela del trabajador frente al despido ilegítimo.

Se correlaciona el derecho a la estabilidad del trabajador en el empleo o puesto de trabajo con cada uno de ellos. Cabe agregar, que frecuentemente en los diversos ordenamientos se percibe que coexisten sistemas mixtos y/o diversos grados de intensidad.

Los sistemas que se presentan en el derecho comparado pueden sintetizarse en los siguientes:

- El sistema de "validez extintiva irreversible" del acto de despido pese a su ilicitud o desajuste con la causalidad y formas sustanciales requeridas por el propio ordenamiento. Es el seguido por la legislación argentina
- El sistema de "ineficacia", que desconoce validez extintiva al despido ilegítimo o injustificado, y que pone en cuestión la legalidad

misma del acto empresarial segregatorio, sistema en el que se inscribe el ordenamiento español.

- El sistema de "propuesta del despido".

## **SISTEMA DE VALIDEZ EXTINTIVA**

El primero de esos modelos podría ser considerado de ilicitud del despido injustificado con plena validez extintiva del acto, ya que sólo da lugar a la percepción por el trabajador de una indemnización pero que no le permite recuperar la titularidad del vínculo contractual. El despido es ilícito pero de eficacia extintiva. El acto injustificado es válido siendo ilícito; obliga a reparar sólo económicamente las consecuencias emergentes de su incumplimiento.

La indemnización, tasada o no, presupone la antijuridicidad del acto.

No se puede afirmar que existe libertad para despedir pagando la indemnización como no se puede decir que existe libertad para atropellar un peatón pagando la indemnización. Afirmar esto presupone ignorar el concepto mismo de antijuridicidad civil. El despido sin justa causa es, por definición, el despido sin causa de justificación. Sólo requiere causa de justificación lo que es ab initio ilícito.

La legislación laboral, por razones de política social, se ha apartado, en ese sistema, del PRINCIPIO GENERAL QUE ESTABLECE QUE LOS ACTOS PROHIBIDOS POR LAS LEYES SON DE NINGUN VALOR, SI LA LEY NO DESIGNA OTRO EFECTO PARA EL CASO DE CONTRAVENCION.

En este esquema normativo los poderes empresarios de dirección, organización o disciplinarios, resultan exorbitantes al régimen común de los contratos, se alejan del esquema obligacional para manifestarse como poderes jurígenos, como la posibilidad de crear normas obligatorias para el dependiente sin necesidad de la concurrencia de la voluntad de éste.

Entre estos poderes exorbitantes concedidos al empleador se encuentra la facultad de disolver el vínculo contractual sin invocación de causa.

En tal sentido, un modelo como el descrito se distancia de los contratos de derecho civil de la disolución del vínculo regulados en la generalidad de los ordenamientos privados nacionales en que, como es sabido, pendiente el plazo de ejecución, se habilita tanto la acción de cumplimiento de contrato como la del resarcimiento de daños y perjuicios.

Inclusive, otra variante más desprotectora aún, impone que la monetización del despido se concrete en un sistema de capitalización en lugar de las indemnizaciones por despido, lo que opera como una suerte de salario diferido.

En fin, algunos ordenamientos contemplan una solución que incluye una acumulación de ambas reparaciones financieras, en ciertos despidos de mayor arbitrariedad. El despido adquiere fecha cierta con el acto originario, aún desprovisto de licitud. Obviamente no da lugar a salarios posteriores al distracto ni de tramitación.

Una versión más desprotectora aún es la que considera que el despido ad nutum es "lícito" y absolutamente "libre" como derecho o potestad empresarial y, a lo sumo, reconoce una compensación económica al trabajador.- Es el objetivo empresarial más reaccionario posible.

En este sistema, congruentemente, ya no será posible al empleador proceder unilateralmente a subsanar los defectos formales del despido una vez que se ha comunicado el distracto. La retractación del despido por el empresario y la reanudación sólo es posible con consenso del trabajador despedido.

Este sistema - de eficacia extintiva definitiva- sólo hasta la reparación financiera pero no desactiva la ilegalidad de la extinción en sí misma.

El trabajador sólo puede demandar el cobro de esa reparación si no le ha sido abonada o lo fue insuficientemente pero no puede pretender la declaración judicial de la ineficacia extintiva del despido.

Tan lábil es la tutela que es muy sutil la diferencia con el despido absolutamente "libre". La diferencia reside básicamente en el carácter ilícito del despido injustificado, por lo cual, cabe considerar correctamente como "indemnización" a la consecuencia económica

del mismo. La indemnización tiene una naturaleza sancionatoria por la ilicitud del acto.

En sentido más propio y fundamental la validez no se refiere al mismo acto sino a su contenido, es decir, las normas puestas por el mismo. En cambio, la ilicitud se sostiene propiamente del acto y no de las normas. El despido arbitrario, como negocio, en ese esquema, resultaría definitivamente eficaz, como creador de normas válidas pero ilícitas. Sin embargo, el acto unilateral es considerado apto, idóneo, para generar la norma derogatoria de la que originó -como producto de un acto bilateral- una relación individual de trabajo.

Como una rémora del anacrónico derecho liberal del siglo XIX ciertos ordenamientos nacionales admiten, aún en la actualidad, que el empresario puede -si quiere y cuando quiere- despedir arbitrariamente, sólo indemnizando al trabajador por esa extrema decisión ilícita inmotivada.

Se potencia un poder de despido exorbitando ese poder, al extremo que la decisión unilateral incausada, de segregación definitiva, no sólo es constitutiva e inmediatamente operativa sino que se torna eficaz e irrevisable ulteriormente por el órgano jurisdiccional. El juez está inhabilitado, en principio, para declarar la ineficacia extintiva del despido, desnudo éste de justificación causal.

La labilidad de este tipo de tutela es así manifiesta ya que, a pesar de la ilicitud de la decisión empresarial, sólo se prevé el pago del "precio del despido" -que, incluso, suele ser módico en la mayoría de los ordenamientos nacionales que desarrollan este sistema- y, por ende, no es eficazmente disuasivo de esa conducta descomunal del empresario.

**EL DESPIDO EN ESTE CONTEXTO RESULTA PARADIJAL: ES ILICITO PERO VALIDO (en cuanto sella definitivamente la extinción contractual.)**

Un modelo de ordenamiento como el precedentemente reseñado, es un sistema que trasunta “ una dosis de violencia sobre la persona del trabajador ”, quien, por ello, tiene internalizado desde el inicio de su relación y a lo largo de su desarrollo o devenir, la implícita amenaza del despido, que opera, además, como un condicionante perverso de "disciplinamiento" social inadmisibles. Esa amenaza de despido opera, también, contra el principio de

irrenunciabilidad de derechos adquiridos del trabajador durante el desarrollo de la relación laboral. La inestabilidad en el empleo condiciona la inestabilidad en las condiciones de trabajo.

Se trata de un poder empresario sobre la suerte del contrato que es consiguientemente un poder sobre la persona del trabajador.

Por esa razón, el trabajador se ve empujado, con frecuencia a someterse, durante el desarrollo de la relación laboral, a exigencias empresariales, solapadas, para que resigne derechos adquiridos durante el curso de la relación laboral o a inhibirse de plantear oportunamente las reivindicaciones de mejores derechos o reclamos por incumplimiento, todo por el temor al despido, que puede transformarse -como represalia perversa- en la reacción empresarial si persiste la resistencia o conducta reivindicativa del trabajador.

En el modelo de despido definitivamente extintivo, que se vienen analizando, ese acto extremo, pese a su perversidad es sólo indemnizado, ya que la extinción contractual es irreversible.

Está claro que el sistema que se viene describiendo críticamente valida ese tipo de despido- represalia en cuanto no se revierte su carácter extintivo, perfeccionado desde la adopción del acto expulsivo.

En rigor, resulta más apropiado designarlo como un sistema de "inestabilidad" relativa y no de "estabilidad " relativa.

Ese tipo de criticable modelo normativo reduce el derecho a la estabilidad en el empleo a una pura monetización, que degrada el derecho a la estabilidad razonablemente estructurada.

La degrada porque reduce la problemática del despido al costo de expulsión autoritaria de la fuerza de trabajo y prescinde de la debida consideración a la dignidad del trabajador, asimilando al trabajador a un insumo descartable caprichosamente, sin otro límite para el empresario que pagar un precio por ese arbitrio y a quien se habilita, en los hechos, a consumir esa actuación desbordada, porque siendo ilícita resulta finalmente eficazmente extintiva, como si fuese parte de la libertad de empresa o de su derecho de propiedad, aunque ello esté reñido con el concepto de un derecho al trabajo constitucionalmente diseñado en un avanzado Estado

Social y Democrático de Derecho propio de una sociedad capitalista madura.

La ilicitud significa que ese despido, así descalificado, afecta un derecho, en el sentido amplio de atacar una posición jurídicamente favorable de otro- el trabajador-.

De modo que para aquel modelo de "ilicitud" y "validez"- a la vez- del despido "ilícito", de lo que se trata es de una intensidad menor de la reacción jurídica o tutela respecto de la consecuencia de esa decisión, que se trasunta en una sanción financiera, pero no impide el carácter extintivo irreversible del acto originario, que surte sus efectos desde su concreción.

López J, uno de los juristas más prestigiosos del derecho social argentino y latinoamericano -recientemente fallecido -si bien expresaba su preferencia o apoyo a una reacción de mayor intensidad, como la nulidad del despido y la readmisión del trabajador -citando a Ferri, - consideraba que la "estabilidad" también abarcaba el despido ilícito con consecuencia indemnizatoria exclusivamente. ("ilicitud" y "validez" extintiva)

Este tipo de "estabilidad" relativa o en sentido impropio -para esa postura- es un supuesto de falta de legitimación para despedir arbitrariamente, significando una intensidad menor que la estabilidad real -o en sentido propio- en que el derecho a la estabilidad del trabajador es un supuesto de falta de poder de disposición del empresario .

Coincidiendo con Ferri, en la obra por él citada, López J. agregaba: "En el derecho privado no es difícil encontrar casos en que el acto normativo (o negocio jurídico) es ilícito y no obstante resulta válido; es decir, casos en que el poder sobrepasa en sus manifestaciones los límites de la licitud.

El derecho no niega la validez del negocio jurídico que viole un derecho cualquiera sino que se limita a imponer el deber de resarcir el daño.

Se suele mencionar al derecho de EEUU como la expresión más clara de otro sistema, el de la libertad de despido. Sin embargo, correspondería matizar esa referencia para evitar incurrir en un lugar común no exento de error.



Se considera que los empresarios -en ese país- gozan de libre y absoluto arbitrio para poner fin a los contratos con los trabajadores sin hallarse sujetos ni a la existencia de causas previas ni a la observancia de procedimientos.

Ese lugar "común" sirvió interesadamente para promover al sistema de "despido libre", por especulación, en otros estados nacionales, sin rigor científico. Sin embargo, estudios más serios y recientes han demostrado con mayor certeza en qué consiste ese modelo americano y hasta dónde juega en él realmente la libertad de decisión del empresario.

Así, el régimen jurídico laboral es distinto para los trabajadores regidos por convenio colectivo- "trabajadores sindicados"- y para los que no están sindicados o at will, regidos éstos por el Employment Law y el despido de los trabajadores sindicados por el Labor Law con acceso a procedimientos extrajudiciales de reclamaciones y soluciones arbitrales de conflicto.

Los trabajadores norteamericanos no sindicados están en principio sujetos a lo que se denomina trabajo a voluntad de las partes, pudiendo el empresario extinguir la relación con o sin causa. Pero ya no es absoluto ese poder empresarial. Aparece multiplicidad de excepciones, en el curso del tiempo, derivadas de las normas antidiscriminatorias como de los convenios colectivos, de las normas federales o estatales o de la jurisprudencia, que se aplica en forma distinta en los diversos Estados de ese país.

Aparecen excepciones basadas en responsabilidad extracontractual del empresario, sustentadas en la teoría de la ruptura del acuerdo implícito o excepciones basadas en teorías sobre violación de normas o principios públicos.

Los trabajadores sindicados -en ese país- quedan al margen de la libertad de despido y se exige motivación causal para su despido, previstas en el Convenio colectivo. Se prevén procedimientos extrajudiciales y/o judiciales de reclamo.

En definitiva, el despido libre ha sido reducido a los trabajadores norteamericanos que en los contratos por tiempo indefinido no se encuentran protegidos por las excepciones, que son numerosas y cada vez más ensanchadas por los órganos judiciales

## SISTEMA DE INEFICACIA

El segundo de los sistemas que mencionamos, lo hallamos en la cultura jurídica predominante en Europa, en la que se inscribe el ordenamiento español.

En este sistema las formas de extinción de las relaciones de trabajo - especialmente el despido están sujetas a causalidad y al control jurisdiccional de ese acto, lo que constituye el núcleo central de los ordenamientos que adscriben a un modelo de Estado Social de Derecho.

En esta línea se incluye el sistema de terminación del contrato regulado en el Convenio 158 de la OIT. (1982).

Ese núcleo central fue precisamente la clave de la difundida polémica flexibilidad- rigidez de las condiciones de trabajo, a partir de la década de los 80, hasta tal punto que, para ciertas posturas desreguladoras, flexibilizar el marco de las relaciones laborales equivale lisa y llanamente a ampliar el poder del empresario para decidir la extinción de los contratos de trabajo.

Por ello, resultaría más adecuado considerar a esas posturas de "restauradoras" en lugar de flexibilizadoras. Axiológicamente son regresivas.

La estabilidad en el empleo- como derecho del trabajador- se vincula pues, en primer lugar, con la **causalidad del despido** .

El "poder de despido" empresarial encuentra en ello su primera valla limitadora.

La legitimación del despido se sustenta en la causalidad y en la exteriorización de la motivación del despido, en su visibilidad exigida.

Se trata de un segundo modelo, que se lo distingue como de ineficacia del despido arbitrario o ilegítimo.

Empero, con relación a la intensidad o energía de la tutela, la reacción jurídica final frente al despido inadmisibles, como es sabido, se desvanece porque la readmisión efectiva y/o forzosa no ha sido

inequívocamente recogida en la Constitución Española - CE- y las consecuencias de la ilegalidad del despido queda delegada a la normativa infraconstitucional.

No obstante lo señalado precedentemente, se perfila una clara diferencia con aquellos sistemas antes descritos, de despido libre indemnizado, inadmisibles en el ordenamiento español, siendo tal diferencia, en principio, cualitativa, lo que -como punto de partida- se insiste, debe ponerse de resalto. Para entender esto es que metodológicamente se describió el anterior sistema. La diferencia es sustancial, aún con la variante de menor intensidad tuitiva prevista en el ordenamiento español, que está configurada por el despido calificado de improcedente y, con mayor razón, esa diferencia se verifica con el despido "radicalmente nulo".

El sentido o significado esencial de este modelo de estabilidad es la **declaración jurisdiccional de ineficacia extintiva de la decisión unilateral de despido ilegítimo o arbitrario** y, como consecuencia, la *subsistencia del vínculo contractual laboral*, con todos sus efectos, incluido el pago de salarios por mora del acreedor.-

Por considerarse materia de derecho necesario absoluto, en el derecho español, estaría vedado a la autonomía colectiva mudar supuestos previstos en la norma heterónoma como causales de improcedencia (estabilidad obligatoria) al ámbito de la nulidad (estabilidad real). Ello significa que los convenios colectivos pueden alterar el régimen de la opción entre readmisión e indemnización en situaciones en las que la opción por la readmisión es técnicamente posible.

La estabilidad así potenciada por cualquiera de esas dos fuentes, ley o negociación colectiva, consistirá en el derecho a conservar el puesto de trabajo o el empleo en beneficio del trabajador durante toda su vida laboral no pudiendo ser declarado cesante sino por algunas de las causas taxativamente determinadas.

En tanto que la estabilidad real consiste en asegurar mediante un efectivo sistema de garantías la permanencia del trabajador en el empleo frente al despido ilegítimo, la denominada estabilidad "obligatoria" solamente prevé un sistema de cautelas o impedimentos relativos, procurando la permanencia sin imponerla definitivamente.

La estabilidad es un derecho a conservar el puesto, en tanto que la permanencia del trabajador es una expectativa o posibilidad de esa conservación del puesto o empleo.

Lo esencial y sustantivo de la estabilidad es que se trata de un sistema de *garantías* que apuntala la permanencia en el empleo, concreta y realmente como derecho "al" trabajo de quien es ya sujeto de una relación laboral efectiva.

Cuando el empresario no ha cumplido con las cargas impuestas por la ley, la rescisión adoptada no resulta finalmente apta para producir los efectos jurídicos queridos por el autor de la decisión al pronunciarlo ya que es considerada inválida, ineficaz.

El ordenamiento no reconoce un poder de despedir inmotivadamente y consecuentemente le impone cargas al ejercicio de ese poder de despido, como la observancia de causas y formas sustanciales, que limitan y condicionan a las partes.

La ventaja para el trabajador de ese sistema tiene que ver con aspectos estructurales o cualitativos.

El derecho a la "**estabilidad real**" -que suele caracterizarse como estabilidad en sentido propio- es la posición jurídica favorable que obtiene el trabajador cuando *se le niega al empresario el poder efectivo de despedir arbitrariamente*.

Se establece una mayor intensidad de la resistencia legal al despido arbitrario.

El trabajador recurre contra esa decisión del empleador y acciona ante el Juez para obtener la declaración de su revisión extintiva y para exigir que se reconozca **la ineficacia del despido** , considerando al accionado incurso en incumplimiento del contrato. Esta última caracterización es esencial.

La ineficacia del despido puede obedecer a razones de fondo - causal- o por elusión de las formas sustanciales exigidas. En este último supuesto, ello será consecuencia de haber cumplido el trabajador el deber de alegar en la demanda que impulsa el proceso de despido, además del cuestionamiento causal del despido, cualquier otro vicio formal o procedimental previo o en ocasión del despido, imputable al empleador y previstos como requisitos sustanciales por la propia legislación.

Es además meritoria la referida construcción legal de la configuración del despido jurídicamente ineficaz por incumplimiento de los requisitos exigidos, porque la presencia de tales recaudos ha de ser probada por el empleador, frente a la acción de revisión de despido del trabajador.

Consecuentemente el alcance de la sentencia que admite o recoge, conforme al principio de congruencia, la demanda de revisión del despido, consiste en declarar que esa relación no se ha extinguido, procediendo a la **calificación de improcedencia o nulidad**, en su caso.

Y como efecto de la sentencia de improcedencia o nulidad del despido el empleador, condenado por no haber ocupado al trabajador -debido a su decisión de despido ineficaz-, resulta en mora y, por ello, debe pagar los montos equivalentes a los salarios que se hubieran devengado normalmente de no haberse operado el impedimento; esto, por exclusiva responsabilidad del deudor del deber de ocupación incumplido.

El modelo de despido improcedente del derecho español se ubica, en principio, en el marco descrito pero con la particularidad que se habilita, también (lo que puede ponderarse como una importante defección del mismo) a que, después de la sentencia que declara la ilegalidad del cese, el empresario puede imponer "su" opción extintiva.

Esa decisión es ulterior a la sentencia adversa al empresario y establecida, en general, exclusivamente a favor del mismo, quien puede producir un nuevo acto de poder dispositivo resolutorio, que pone fin a la relación, con consecuencia meramente resarcitoria.

Con lo cual, esta variante termina aproximándose -o se reduce la brecha- a aquel tipo de sistema ya descrito, de ciertos ordenamientos nacionales de "ilicitud y validez extintiva del despido injustificado"-

.

Esta "defección" de la intensidad tutelar del ordenamiento español, que reconoce la opción a favor del empleador entre readmisión o indemnización, abarca la mayoría de los supuestos de despido ilícito, lo que indirectamente restablece y extiende el poder de despido del empresario. El sistema de "propuesta" de despido.

## SISTEMA DE PROPUESTA DE DESPIDO

Un tercer sistema, observable en el derecho comparado, es el conocido como de "propuesta de despido".

En este supuesto, el empleador somete su "pretensión" de despido a la consideración de un tercero, que puede ser un órgano administrativo o judicial, o de un tercero, ante el cual, debe acreditar y justificar adecuadamente la relación causal que legitime su voluntad unilateral de producir la rescisión.

La configuración del despido dependerá del acto de la autorización respectiva, previa evaluación de las causas y circunstancias, garantizándose equilibradamente el derecho de defensa del o los trabajadores involucrados en esa pretensión segregatoria. El órgano neutral admitirá o rechazará esa pretensión empresarial. Este sistema o modelo niega, en principio, al empleador el poder de imponer un acto constitutivo, directo, operativo y de carácter recepticio.

En este tipo de ordenamiento, sólo en virtud de una concepción muy amplia, puede asimilarse a la configuración de la figura del despido, ya que, en rigor, sólo se trata de una mera facultad de iniciativa del empresario, una pretensión cuya fuente de origen es el empleador pero que no se perfecciona sin la obtención de esa autorización del órgano neutral superior o de un tercero, en su caso.

Fue el sistema que adoptaron -en España- con posterioridad a la LCT, muchas Reglamentaciones de trabajo, fuera de los límites previstos por aquella ley y que quedó derogado, salvo para algunos supuestos excepcionales, sin haber tenido una prolongada vigencia, en 1956.

Con matices diversos, también fue parcialmente implantado en el sistema alemán.

El ordenamiento referido reconoce la manifestación de una voluntad extintiva empresarial pero sin otorgarle el valor terminal por sí sola del contrato de trabajo.

Si el despido ordinario no está socialmente justificado, el ordenamiento alemán prevé su nulidad, como será también nulo igualmente el que sea contrario a las directivas del consejo de empresa. Si el consejo de empresa se opone al despido, el

trabajador puede solicitar la prosecución provisional de su relación de trabajo durante el juicio de anulación del despido.

El empleador, en la expresión ortodoxa de este modelo, aunque quiera no puede extinguir el contrato, no puede despedir, pues su sola voluntad no es suficiente por sí misma para verificar el despido.

La voluntad empresarial tan sólo puede- en este sistema- elevar una propuesta de extinción a una instancia distinta; por ejemplo, un consejo, u otra instancia superior a él, a la cual el ordenamiento confía la supervisión y el control de la voluntad del empresario y será ella, en definitiva, la que decidirá la autorización de la extinción o no del contrato de trabajo.

Se considera, en general, que este tipo de control previo autorizativo -que rigió en España, en un período anterior a la democracia- no produjo en la práctica, los resultados que torne aconsejable volver al mismo, considerándose de mayor garantía el actual, consistente en el control judicial ulterior del acto de despido.

En el sistema de propuesta del despido, el acto de receso empresarial que eluda el trámite ante ese tercero, carecerá inicial y perpetuamente de todo carácter negocial y constitutivo. Por ello, el empleador deberá, antes, recurrir al órgano competente, el cual, si encuentra acreditado los extremos invocados por el empleador, concretará un pronunciamiento habilitante (o autorizante) del receso del trabajador.

Recién, entonces, se ha de producir los efectos desvinculatorios.

El efecto de la desestimación por el órgano, ante el cual se ha planteado la pretensión de receso del trabajador por el empresario, ha de ser la plena continuidad de la permanencia del asalariado en el cargo que ocupaba y en las tareas que venía desempeñando, sin perjuicio del derecho a los salarios o remuneraciones sucesivas, como efecto de la continuidad del vínculo.

Una implementación generalizada de ese sistema - de propuesta de despido- no resultaría eficaz desde un punto de vista práctico. Implicaría, en la actualidad una sobrecarga de la actividad jurisdiccional, muy superior a la que exige el control judicial posterior al despido. Esa sobrecarga no podría ser atendida debidamente por la infraestructura judicial normal. De todos modos, cabría un debate más detenido, sobre ese sistema de propuesta del

despido partiendo de la actual configuración democrática de la jurisdicción española y la ventaja- o desventaja- que tiene un sistema que, en lugar de un control frente al hecho consumado del despido, ubique a ese control judicial como previo o autorizativo del mismo, siendo este tercero - un órgano jurisdiccional el que constata la inviabilidad de la prosecución de la relación laboral. En los ordenamientos que regularon esta alternativa, la instancia superior a la que se somete la propuesta o iniciativa de despido puede ser: 1) judicial, 2) administrativa, 3) profesional (Consejo de Empresa.)

## PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO DISCRIMINATORIO

El despido nulo por discriminación inadmisibles o violación de derechos fundamentales, como sistema de protección, es más enérgico aún porque significa que la voluntad del empleador de despedir con violación de esos derechos especialmente tutelados no podrá jamás conseguir su pretensión o finalidad como poder jurídico normativo de disolver la relación individual de trabajo.

La verdadera clave de esa férrea valla está en la visualización del **trabajador como persona o ciudadano a quien se le priva del empleo**, fuente de recursos materiales y de un derecho fundamental o es discriminado negativamente, con perjuicio material y lesivo de su dignidad humana, en sí misma. Se trata de una intensa manifestación legislativa de democratización del poder en las relaciones de trabajo porque se privilegia la razón de ser de derechos trascendentes para la persona del trabajador.

La ley trata de proteger mediante esta estabilidad más enérgica, que incluye la nulidad del despido, esos dos tipos de intereses rigurosamente entrelazados pero también distintos; cerrando toda posibilidad de brindar a la empresa optar luego por la extinción indemnizada.

Se aplica la ley contra la discriminación y la vulneración de derechos fundamentales, conforme a las cartas internacionales de derechos humanos y sociales y al texto constitucional vigente, amparando a un trabajador objeto de discriminación y en estado de manifiesta necesidad. Se trata de brindar una respuesta de mayor intensidad cuando se deben juzgar responsabilidades contractuales, contemporáneas, por actos ilícitos, cuya trascendencia social e



individual supera a las consecuencias contractuales laborales, ya que alcanza otras que se consideran extraordinarias.

Es aquí donde se plantea la necesaria noción de integración de las formas de responsabilidad, esto es, en los despidos, donde se dieran pluridimensionadas formas de daño por ilicitudes de distintas naturaleza.

El despido, como violación del deber contractual de dar ocupación definitiva, se ve agravado por gravísimas conductas dañosas ilícitas, en las que se tipifica afectación de derechos fundamentales.

Para el caso, es el juez que interviene en el tratamiento del despido -como violación del derecho contractual de mantener vigente la relación a mérito del principio de estabilidad- el que debe declarar la existencia del acto discriminatorio y de las consecuencias más enérgicas del mismo.

Si el trabajador ha invocado en su demanda que es víctima de un despido discriminatorio o lesivo de cualquier derecho fundamental, debe aportar para ello, al menos, indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor del alegato discriminatorio. En tal caso, incumbe al empresario la prueba de la existencia de un motivo razonable del despido. (caso Balaguer c/ Pepsico Sala VI C.N.A.T.)

La decisión empresarial debe basarse en la existencia de los hechos motivadores de suficiente entidad como incumplimiento pleno del trabajador para tornarse válida y la extrema medida ha de ser ajena a todo móvil discriminatorio o atentatorio de un derecho fundamental.

## **CONCLUSIÓN:**

La estabilidad como garantía de perdurabilidad de la propiedad del empleo sólo debiera ceder frente a graves motivos causales justificados.

Obviamente, se trata de un debate arduo, que exige un enfoque interdisciplinario y, además, que el mismo, se reinstale culturalmente en un amplio espacio de interés social, como escenario e instrumento de participación social.

EN TAL SENTIDO, LA PROPUESTA CONCRETA QUE SE FORMULA ES DE UN CAMBIO LEGISLATIVO, Y A TAL FIN SE PARTE DE LA CONVICCIÓN DE QUE NO EXISTE DEFENSA ADECUADA CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO SI NO SE PRECISA QUE EL ACTO ANTIJURÍDICO EMPRESARIAL NO HA DE ADMITIR OTRA CONSECUENCIA QUE SU INEFICACIA Y QUE, ADEMÁS, PRECISAMENTE POR ESTO ULTIMO, SE DEBERÍA TRASUNTAR EN LA **REINSTALACIÓN DEL TRABAJADOR EN EL CARGO, COMO UNA OPCIÓN RECONOCIDA, TAMBIÉN EN EL DESPIDO IMPROCEDENTE SOLO A FAVOR DEL TRABAJADOR.**

Mientras este tipo de protección frente al despido arbitrario no exista, estamos discriminando a los *trabajadores argentinos respecto de sus empleadores* por el temor cierto y fundado de no poder exigir se efectivicen sus derechos ante el temor del despido, precisamente en un país en crisis...