

SOBRE LA FUERZA MAYOR O DE FALTA O DISMINUCION DE TRABAJO NO IMPUTABLE AL EMPLEADOR

Por Ricardo Arturo Foglia

A.) CONSIDERACIONES PRELIMINARES:

La crisis, salvo excepciones, resienten, las más diversas actividades de las organizaciones empresariales como los sistemas de cobros, de pagos y de ventas, acceso a crédito o a la refinanciación menguando el capital de giro o de respaldo disponible, canales de venta, distribución y de proveedores, paralización de los planes de expansión e inversión reducción de la productividad, la parálisis o suspensión de líneas productivas o de establecimientos, dificultad o imposibilidad de cumplimiento de los contratos, nivel y la calidad de empleo, entre otras consecuencias.

La profundidad de la crisis, su duración y la iniciativa de sus integrantes serán los elementos determinantes de la subsistencia o no de las empresas afectadas y, en el primer caso, de la velocidad de la recuperación.

Montoya Melgar¹ señala que *“Las crisis económica de nuestro tiempo poseen una dimensión particularmente grave, que afecta de modo alarmante y desde hace años, no solo al constante incremento del número de desempleados, sino a la progresiva reducción de la mano de obra empleada”*.

En este comentario analizaremos las condiciones, requisitos y consecuencias jurídicas de la falta o disminución de trabajo o de fuerza mayor en el Derecho del Trabajo.

B.) ANTECEDENTES EN LA REPUBLICA ARGENTINA:

1.) Antecedentes anteriores a la LCT

¹ Alfredo Montoya Melgar en “Derecho del trabajo y crisis económica”, pag. 1, Ed. Temis, año 1990.

(i) El Código de Comercio, en su redacción original, nada disponía sobre el particular. Sin embargo alguna jurisprudencia, citada por Malagarriga² que había establecido que *“La disposición que concede al dependiente despedido el mes de sueldo no es aplicable si cesa por quiebra”*.

(ii) la ley 11.729 del año 1934 modifica, el artículo 157 del Código de Comercio, e incorpora tres aspectos relacionados: a) la indemnización sustitutiva del preaviso no procedía cuando la cesación del negocio tenía su causa en supuestos de fuerza mayor³, b) *“La suspensión de tareas por más de tres meses, en el período de un año, ordenada por el principal, se considerará como despido”*⁴ y c) que *“En caso de falencia del principal, el empleado tiene derecho a la indemnización por despido, según antigüedad en el servicio”*⁵.

(iv) El decreto 33.302/45 en el artículo 60 extendió a 90 días el plazo de suspensión para el caso de *“...fuerza mayor debidamente comprobada”* e introdujo expresamente y por primera vez en el sistema legislativo argentino, la *“...disminución o falta de trabajo fehacientemente justificada...”*, como requisito para la reducción del monto de la indemnización por despido, debiendo comenzar los mismos *“...por el personal menos antiguo”*.

² Carlos C. Malagarriga en *“Tratado elemental de derecho comercial”*, T. IV, página 14, N° 5, Ed. Tea, año 1963.

³ El inciso 1) expresaba textualmente *“El contrato de empleo no podrá ser disuelto por voluntad de una de las partes sin previo aviso o, en su defecto, indemnización, además de la que corresponderá al empleado por su antigüedad en el servicio cuando se disuelva por voluntad del principal. Esta regla se aplicará también en los casos de cesación o liquidación del negocio que no sean determinados exclusivamente por fuerza mayor”*.

⁴ Calificada doctrina consideró que la referida suspensión de hasta tres meses en un año era para los casos especiales de falta de trabajo o disminución de tareas

⁵ Cabe recordar que en ese entonces la ley 11.729 originalmente establecía una indemnización por despido de *“la mitad de su retribución mensual por cada año de servicio o fracción mayor de tres meses, tomándose como base de retribución el promedio de los últimos cinco años o de todo el tiempo de servicio cuando es inferior a aquel plazo. Para fijar el promedio se computarán como formando parte de los sueldos y salarios las comisiones u otra remuneración y todo pago hecho en especie, en provisión de alimentos o en uso de habitación. En ningún caso esta indemnización será inferior a un mes de sueldo ni mayor de quinientos pesos por cada año de servicio”*. El Decreto 33302/45) dispuso la duplicación de las indemnizaciones por despido sin justa causa, excepto en los casos de cesantía por falta o disminución de trabajo, condicionado estos últimos a que el empleador comenzara con los despidos por el personal menos antiguo (art. 67). Dicha duplicación fue establecida por un período de dos años desde la vigencia del Decreto. Con posterioridad, la Ley 13.077 derogó el plazo de vigencia de la duplicación, que, de esta manera, se convirtió en permanente.

(v) En marzo de 1955 la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo dictó el fallo plenario -aplicable solo a la Capital Federal- nro. 24 “*Menéndez*”⁶ equiparando la fuerza mayor al concepto definido por el artículo 514 del Código Civil.

(vi) El 23 de marzo de 1955 el mismo tribunal emite el fallo plenario “*Hennese*”⁷ referido a la falta o disminución de trabajo, que estableció que “*La falta o disminución de trabajo, como causal de excepción de pago duplicado de la indemnización de la ley 11.729 establecida en el decreto 33.302/45 (ley 12.921), debe producirse por causas ajenas a la voluntad del empleador, quien deberá probar fehacientemente esa circunstancia*”.

La jurisprudencia de esa época en general, y en particular la de la provincia de Buenos Aires, fue restrictiva en la aplicación e interpretación de los supuestos de procedencia de la fuerza mayor y/o de la falta o disminución de trabajo.

2.) La LCT del año 1974

La Ley de Contrato de Trabajo nro. 20.744 sancionada en el año 1974⁸ contempló la fuerza mayor y la causa o disminución de trabajo no imputable al empleador como causales que justificaban la suspensión temporal del trabajador o el despido del mismo con el pago de una indemnización reducida.

(i) El artículo 236 expresaba, con respecto a la suspensión que “*Se considera que tiene justa causa la suspensión que se deba a falta o disminución de trabajo no imputable al empleador, a razones disciplinarias o a fuerza mayor debidamente comprobada. A los efectos previstos por esta norma, no se considerará disminución o falta de trabajo no imputable al empleador aquella que obedeciera a riesgo propio de la empresa*”.

(ii) Por su parte el artículo 268 referido a la extinción del contrato de trabajo señalaba “*En los casos en que el despido fuese dispuesto por causa de fuerza mayor o falta o disminución de trabajo no imputable al empleador*

⁶ CNAT en pleno 8/3/55 “*Menéndez Manuel y otros c/ Peirano SRL*”.

⁷ CNAT en pleno 23/3/55 “*Hennese Samuel y otros c/ Laudrak y Cía. SRL*”.

⁸ B.O. 27/9/74.

fehacientemente justificada, el trabajador tendrá derecho a percibir una indemnización equivalente a la mitad de la prevista en el art. 266 de esta ley. A los efectos previstos por esta norma, no se considerará falta o disminución de trabajo no imputable al empleador aquella que obedeciera a riesgo propio de la empresa. En este caso, el despido deberá comenzar por el personal menos antiguo y, entre el que hubiese ingresado en un mismo semestre, por el de menos carga de familia, aunque con ello se alterase lo primero”.

(iii) El artículo 276 contempló el procedimiento de crisis que permitía la realización de despidos colectivos en “...*situaciones o circunstancias objetivas de receso que afecten considerablemente su desenvolvimiento...*”, que afectara “...*a una pluralidad de trabajadores...*”.

3.) La reforma del año 1976.

La ley 21.297 (t.o. 1976 dto. 390/76) reformó diversos aspectos de la ley 20.744.

(i) Derogó el artículo 276 que establecía el procedimiento de crisis y al cual nos hemos referido precedentemente.

(ii) En cuanto a la suspensión o despido por falta o disminución de trabajo o fuerza mayor se eliminó el párrafo que establecía “*A los efectos previstos por esta norma, no se considerará disminución o falta de trabajo no imputable al empleador aquella que obedeciera a riesgo propio de la empresa*”. Los nuevos artículos pasaron a ser los 219 y 247 respectivamente. Cabe señalar que, a pesar de la derogación, el criterio de la exclusión de operatividad eximente de esos supuestos (riesgo propio) continuo siendo aplicado por la jurisprudencia. Ahora está expresamente establecido por el inc. e) del art. 1733 del CCCN

(iii) En el caso del despido, se modificó el criterio de la norma precedente estableciéndose que los mismos debían comenzar por el personal menos antiguo “...*dentro de cada especialidad*”, referencia esta que no tenía el artículo reformado.

4.) Comentario sobre los efectos del sistema actual.

Seguidamente analizaremos el sistema conforme el régimen de la ley de contrato de trabajo actualmente vigente desde el ángulo consecuencial.

(i) Respecto de la suspensión lo es de ciertos efectos propios del contrato de trabajo⁹ , - prestar tareas por parte del trabajador y abonar el salario por parte del empleador - y la posibilidad se habilita cuando las crisis económicas del principal tenían su origen (causa - fuente) en una falta o disminución de trabajo no imputable al empleador o cuando la misma era un supuesto de fuerza mayor (artículo 219 LCT). Adviértase que el Título del Capítulo 5 en donde se ubica dicha norma se titula “*De las suspensiones por causas económicas y disciplinarias*”.

En estos casos la norma admite la existencia de una justa causa suspensiva del contrato o la relación de trabajo, y por ende permite una suerte de “*paréntesis*” en el decurso de la misma (art. 218 LCT)..

Requiere, además, la concurrencia de requisitos formales: la notificación por escrito; la existencia de un plazo cierto, que es independiente de la real duración de la situación de crisis (artículo 218 LCT) , que en el supuesto de la suspensión por falta o disminución de trabajo no puede ser superior a los 30 días en un año (artículo 220 LCT) y de 75 días en igual lapso en los casos de fuerza mayor (artículo 221 LCT) y finalmente un orden de prelación en cuanto a las suspensiones en función de la antigüedad del trabajador en la empresa (artículo 221, segundo párrafo LCT).

(ii) La ley de Contrato de Trabajo también admite la posibilidad que el empleador, por las causas antedichas, extinga el vínculo laboral, despidiendo al

⁹ Sobre la suspensión por causas económicas en la ley de contrato de trabajo puede verse a Hugo Carcavallo en el “*Tratado de derecho del trabajo* “ dirigido por Antonio Vázquez Vialard . T.4, páginas. 938 y 55, N° 81 y 55, Ed. Astrea , año 1983; Antonio Vázquez Vialard en “ *Derecho del trabajo y seguridad social* “, T.1, pág. 389 y 55, Ed. Astrea, año 1981; Miguel A. Sardegna en “ *La ley de contrato de trabajo - comentada - anotada - concordada* “, páginas. 218 y ss, Ed. Universidad, año 1995.

trabajador, con el pago de una indemnización reducida, equivalente a la mitad de la establecida para el supuesto del despido sin justa causa¹⁰.

Confalonieri¹¹ señala, refiriéndose al sistema de extinción de la Ley de Contrato de Trabajo, que “... *la falta o disminución de trabajo y la fuerza mayor resultaron asimiladas en sus consecuencias, pues, en ambos casos, el empleador debe pagar la mitad de la indemnización que corresponda al despido sin causa.*”. Condicionó además, tal reducción indemnizatoria a que los despidos comienzan “... *por el personal menos antiguo dentro de cada especialidad...*” (Artículo 247 LCT).

(iii) Como se advierte la ley de contrato de trabajo receptó la posibilidad de la crisis económica de la empresa y contempló su incidencia en las relaciones del trabajo a través de la regulación de la suspensión o de la extinción del vínculo laboral, conforme la elección que efectuara el empleador según la circunstancias de cada caso en función de la crisis. Sin embargo, para acceder al sistema se exige que los hechos causales invocados sean ajenos al empleador sea por no resultarle imputable la falta o disminución de trabajo o por tratarse de un supuesto de fuerza mayor¹².

Se configura una culpa objetiva del empleador frente a la crisis, con eximentes parciales de responsabilidad (suspensión temporal del pago de salarios o pago reducido de la indemnización por despido) cuando este pruebe que los hechos causales de falta o disminución de trabajo o fuerza mayor, le son ajenos sea por ausencia de dolo o culpa.

¹⁰ Sobre el despido por causas económicas puede verse a Enrique Herrera en el “Tratado de derecho del trabajo” dirigido por Antonio Vázquez Vialard , T.5, pág. 458 y 55, N° 225 y 55, Ed. Astrea, año 1993.

¹¹ Juan A. Confalonieri (H) “Despido por causas económicas o empresariales “ , pág. 14, Ed. Astrea, año 1997.

¹² Sobre el particular puede verse a CNAT, Sala I, 31/10/91, “Giardelli, Stella Maris c/Cooperativa CADFA Ltda.”, DT 1992-A-1037; CNAT, Sala VI, 21/11/94 “Monteros, Miguel F. c/ Comercio Internacional S.A.”, DT. 1995-A-825; CNAT, Sala VI, 19/3/97, “Poma, Ernesto y otro c/ Facyca S.A.”, DT 1997-B-2281; CNAT, Sala VII, 26/10/92, “Serrano Mónica c/Amtrak S.A.”, DT 1993-A-646; CNAT, Sala VIII, 22/12/95, “Escobar, Florinda c/Comercio Internacional S.A.”, DT 1996-B-1805; T.Trab. Nro.2, San Isidro, 15/4/94, “Ferrari, Carlos c/Construcciones Metálicas Testa S.A.”, DT 1995-A-252; etc.

5.) La causa del caso fortuito o fuerza mayor o la falta o disminución de trabajo no imputable al empleador:

En este acápite nos referiremos a los actos jurídicos causales: la fuerza mayor y la falta o disminución de trabajo no atribuible al empleador.

Como punto común de ambos supuestos señalamos que es el empleador el que tiene a su cargo demostrar los hechos causales que provocaron esas situaciones.

Si bien no se ha elaborado un listado de causas tipificantes de casos fortuitos o de falta o disminución de trabajo, la jurisprudencia en líneas generales, ha sido restrictiva en la aplicación e interpretación de dichos conceptos, llegando frecuentemente a confundirlos.

Nos referiremos a ambos supuestos separadamente.

5.a.) La fuerza mayor:

(i) El concepto de fuerza mayor, es de antigua e innegable raigambre jurídica.

Desde el Derecho Romano antiguo la estructura de exoneración de responsabilidad por el incumplimiento en caso de imposibilidad ha sido constante y poco ha cambiado en el transcurso del tiempo. El Derecho Romano definió el concepto haciendo referencia a las cosas *quæ sine dolo et culpa eius accidunt* (las cosas sin dolo y sin culpa se accidentan) y a las cosas *quæ fortuitis casibus accidunt, quum prævideri non potuerant*; idea que se llevó a Las Partidas, al establecer que: “*Casus fortuitus*” tanto quiere decir en romance como ocasión que sucede por casualidad, y que no puede verse antes (7, 33, 11).

A partir del Digesto se estableció una distinción entre ambos conceptos considerándose que el término “*caso fortuito*” era para los hechos producidos por la naturaleza mientras que la “*fuerza mayor*” era para los hechos del hombre.

En las Partidas se expresaba que era un suceso inopinado que no se puede prever ni resistir¹³. Se señalaba como casos arquetípicos a las inundaciones, torrentes, naufragios, incendios, rayos, violencias populares, ruinas de edificios causadas por alguna de desgracia imprevista, pestes y otros acontecimientos semejantes.

El Código Civil Francés adopta este instituto y de allí pasa al Código Civil de Vélez Sarsfield que en el art. 514 define “*Caso fortuito es el que no ha podido preverse o que previsto, no ha podido evitarse*”. En la nota enumera algunos supuestos del *casus* como la impetuosidad de un río que sale de su lecho, los terremotos o temblores de tierra, las tempestades, el incendio, las pestes, la guerra, y el hecho del soberano o fuerza del príncipe.

(ii) El artículo 1730 del Código Civil y Comercial de la Nación dice “*Caso fortuito. Fuerza mayor. Se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario. Este Código emplea los términos “caso fortuito” y “fuerza mayor” como sinónimos*”.

El CCCN al equiparar conceptualmente al caso fortuito con la fuerza mayor termina con una vieja polémica doctrinaria (que inicia con el Digesto) sobre si ambos conceptos espesaban la misma idea o regulaban situaciones diferentes. Para algunos autores, con fundamento en la nota al art. 514 del Código Civil, existía la diferenciación entre ambos supuestos. Para otro sector de la doctrina la diferencia radicaba en la importancia del evento.

El caso fortuito es una causa eximente del deber de pagar entendido como cumplimiento de la obligación¹⁴.

Como una primera apreciación consecuencial debe señalarse que el caso fortuito no es un supuesto de excusación de la culpa sino de ruptura del nexo causal, y por ende la responsabilidad del deudor. La ajenidad del hecho

¹³ Ley 11, título. 35s Partida 7.

¹⁴ El art. 865 del CCCN dice “*Pago es el cumplimiento de la prestación que constituye el objeto de la obligación*”

rompe la imputación causal, y por ende el obligado queda liberado del ligamen obligacional.

Se trata de un hecho no atribuible al deudor de la obligación y en definitiva el eje de la cuestión es: si el hecho ha debido o podido preverse o evitarse.

(iii) El CCCN se refiere a dos características que debe tener el hecho para ser considerado causa fuente del *casus*, que pueden concurrir conjuntas o no: irresistibilidad del acontecimiento y/o imprevisibilidad del mismo.

La irresistibilidad consiste en que el obstáculo es insuperable para el deudor y en consecuencia no podrá cumplir con la obligación asumida. Si fuera posible cumplir con la obligación el mismo sería ineludible.

En cuanto a la imprevisibilidad cabe señalar que debe ser sorpresivo, de una anomalía y extraordinariedad tal que no sea usual, común.

Pinto Varela¹⁵ señala *“¿Cuándo un hecho es imprevisible?. La doctrina civilista ha sostenido que lo es cuando un hombre de mediana prudencia no tiene por que suponer que normalmente habrá de ocurrir, extremo que debe ser apreciado en cada caso por los jueces. La imprevisibilidad hace referencia a lo que no haya sido posible racionalmente prever: un hecho sería imprevisible desde el momento en que no existía ninguna razón particular para pensar que el mismo se fiera a producir”*.

Para precisar resulta útil remitirnos a las reglas de la causalidad de adecuación¹⁶ y en este sentido el artículo 1727 del CCCN¹⁷ las clasifica en:

- (i) consecuencias inmediatas: las que suelen *“...suceder según el curso natural y ordinario de las cosas”*,

¹⁵ Silvia Pinto Varela en “”, en Revista de Derecho Laboral, “Crisis económica, crisis en la empresa y relaciones de trabajo”, pág. 317, ed. Rubinzal Culzoni, 2019-2.

¹⁶ La causalidad de autoría responde a la pregunta quien lo hizo y la adecuación al interrogante cuales son las secuelas imputables al hecho.

¹⁷ El Código Civil L. 340 expresaba en el artículo 901 *“Las consecuencias de un hecho que acostumbra a suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este Código consecuencias inmediatas. Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman consecuencias mediatas. Las consecuencias mediatas que no pueden preverse, se llaman consecuencias casuales”*.

- (ii) consecuencias mediatas: las que resultan de la conexión de un hecho con un acontecimiento diferente.
- (iii) consecuencias casuales: son aquellas mediatas que no pueden preverse.

El art. 1728 del CCCN determina que en materia contractual solo se “...responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración”. Es decir no se responde por las consecuencias casuales imprevisibles.

Y esto nos da la idea que cuando se presenta un acontecimiento que no pudo ser previsto, nos encontramos frente a un supuesto típico de fuerza mayor. el artículo 1730 del CCCN utiliza la partícula disyuntiva “o”.

Y los hechos de esas características generan la imposibilidad de cumplir, que, en el ámbito del derecho civil, debe ser permanente y absoluta, insuperable y no eliminable, y puede ser objetiva (externa al deudor) o subjetiva (cambio de condición súbita e inesperada del deudor o del acreedor¹⁸).

Un índice de si estamos frente a esta figura es formula esta pregunta: *¿si el hecho no hubiere sucedido la prestación habría sido posible?*

Y la imposibilidad debe ser sobreviniente ya que si fuera originaria no sería un obstáculo para el cumplimiento de lo pactado o dispuesto (arts. 955, 956 y 1732 Cód. Civil y Com.).

Se debe distinguir entre imposibilidad y dificultad. Si al deudor la obligación se le tornó de más difícil cumplimiento, por ejemplo si se le hubiera hecho más onerosa, no hay caso fortuito ya que el hecho o sus consecuencias no son insuperables. Para el caso de más dificultad está el mecanismo de la imprevisión por mayor onerosidad, al cual nos referiremos en el acápite siguiente (art. 1091 del CCCN).

¹⁸ Como ejemplo el fotógrafo que queda ciego o el locutor mudo.

Cabe agregar, como señala Pinto Varela¹⁹ que el hecho “...*debe tener una incidencia actual y no puede ser una mera amenaza o una imposibilidad eventual, “se trata de una actualidad lógica antes que cronológica”*”.

La consecuencia del *casus* es la exoneración del obligado de la responsabilidad emergente del incumplimiento. Es lo que dice la última parte del primer párrafo del CCCN “*El caso fortuito o la fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario*” (a estas últimas nos referiremos más adelante).

En tal sentido el título I del Libro tercero Derechos Personales (obligaciones) del CCCN art. 955 señala que la obligación queda extinguida sin responsabilidad en el caso de imposibilidad cumplimiento por fuerza mayor²⁰.

El artículo 1733 del CCCN establece en qué supuestos el deudor es responsable a pesar del caso fortuito a saber:

- a) si se obliga a cumplir aunque ocurra un caso fortuito o una situación de imposibilidad. Es el denominado pacto de responsabilidad que debe ser expreso y de interpretación restrictiva. En este supuesto la voluntad de las partes negociales modifican el régimen legal. Este inciso constituye una excepción al carácter imperativo del principio, dejando a disposición de las partes alterar el régimen de exención que contempla con un carácter general.
- b) que una disposición legal no libere del *casus* o de la imposibilidad de cumplimiento. Es el supuesto de la mora establecido en el inciso siguiente o del art. 763 CCCN.
- c) si el deudor esta en mora salvo que esa no haya impedido el *casus*. Es decir que cuando supera al incumplimiento el deudor queda exonerado de su obligación ya que el *casus* la excede.

¹⁹ ¹⁹ Silvia Pinto Varela en “”, en Revista de Derecho Laboral, “Crisis económica, crisis en la empresa y relaciones de trabajo”, pág. 317, ed. Rubinzal Culzoni, 2019-2.

²⁰ Dice el artículo 955 “*Definición. La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación, sin responsabilidad. Si la imposibilidad sobreviene debido a causas imputables al deudor, la obligación modifica su objeto y se convierte en la de pagar una indemnización de los daños causados*”.

- d) si el caso fortuito es por culpa el deudor. Cabe señalar que el termino culpa es omnicomprendivo de la culpa *strictu sensu* y del dolo. En este caso es responsable ya que tuvo incidencia en el nexo causal generador del hecho extraordinario por el cual deja de ser un hecho de tercero para ser uno propio.
- e) si el caso fortuito o la imposibilidad de cumplir es “...una contingencia propia del riesgo de la cosa o de la actividad”. En este caso el deudor debe cumplir ya que se trata de un supuesto de asunción tacita del riesgo por caso fortuito²¹.
- f) si está obligado a restituir como consecuencia de un hecho ilícito. En este caso la ilicitud de la causa quita efectos a la causa ajena.

Cabe distinguir entre lo que sucede en materia de contratos con la fuente extracontractual, ya que la primera la obligación permanece incumplida y en el segundo directamente no hay responsabilidad.

También debe tenerse en cuenta el estándar de conducta dispuesto por el at. 1725 del CCCN que mide la actitud del deudor frente al *casus* y que dice “*Valoración de la conducta. Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente*”²².

La dificultad está en ajustar la definición y pautas legales a los hechos concretos. La jurisprudencia en general y en las escasas veces que lo admitió puso más el énfasis en la inevitabilidad que en imprevisibilidad.

²¹ Sobre este tema ver a Juan Ángel Confalonieri (h) en “Ley de Contrato de Trabajo. comentada, anotada y concordada” dirigida por Jorge Rodríguez Mancini, T. IV, pág. 513, nota 681, Es. la Ley, año 2007. Este sería el caso de las empresas que se dedican a desactivar minas antipersonales.

²² El art. 902 del Código Civil Ley 340 decía “*Cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos*”.

El Derecho del Trabajo recogió ese instituto, sin otórgale ninguna regulación específica sustancial, en los artículos 219 y 247 LCT. La únicas particularidades específicas son que la fuerza mayor es causa lícita de suspensiones o despidos, que se debe proceder a los mismos conforme un orden de relación, y que en ambas hipótesis la situación puede ser transitoria. estos criterios también son aplicables, guardando las diferencias causales, a la falta o disminución de trabajo no imputable al empleador.

En el año 1989 Perugini escribió un artículo sosteniendo la inexistencia de la fuerza mayor en el derecho del trabajo²³ por cuanto, y en síntesis, a su juicio dicha institución -universal el campo del derecho-, juntamente con la falta de trabajo “...*no tienen nada que hacer en el Derecho del Trabajo...*” ya que por una parte la sociedad le habría delegado al empresario la aplicación del fin protectorio, y por otra parte la crisis no permite “*per se*” reducir el monto de los créditos civiles y comerciales colocando en una situación diferente a los acreedores laborales, cuyos créditos son de naturaleza alimentaria- y finalmente el trabajador que pierde su empleo se “...*encuentra ante una situación total de desamparo*” más grave que la de la empresa.

Ramírez Bosco²⁴ refiriéndose a ello, y con una tesitura que compartimos señala que, a su juicio la opinión del autor citado precedentemente parece surgir “...*como respuesta a hechos indeseables (creciente dificultad de los trabajadores dependientes) y no por que analice la utilidad general de conseguir ese resultado por este medio*”. Y agrega que si también se imputara responsabilidad al que causó un daño por que fue “...*inevitablemente forzado...*” se estaría afectando uno de los pilares del sistema jurídico.

Coincido con Ramírez Bosco, el instituto esta y la Ley de Contrato de trabajo lo recepta.

²³ Eduardo Perugini en “*No existe la fuerza mayor en el derecho del trabajo*”, D.T. XLIX-A-349.

²⁴ Luis Ramírez Bosco en “*Breve historia crítica de la falta de trabajo y de la fuerza mayor laboral*” en TySS, página 603, año 1989.

Como señala Confalonieri (h)²⁵ la jurisprudencia laboral exige, además de la situación de crisis económica de la empresa, que la misma no sea imputable al empleador, que la situación no sea pasajera o transitoria (criterio jurisprudencias que entiendo desacertado), que el hecho sea actual y no atribuible al riesgo propio de la empresa.

Como se advierte estos recaudos, salvo el segundo, no difieren sustancialmente de los que exige el CCCN.

Como la Ley de Contrato de Trabajo no contiene, salvo el supuesto que veremos seguidamente, una regulación diferente a la del CCCN, y dado que las norma que esta hace del *casus* son compatibles con la ley laboral, esta se integra, se completa con la regulación que efectúa el CCCN que es la norma general²⁶.

Confirme se viera el *casus* en materia civil, exige que la imposibilidad sea absoluta y definitiva, razón por la cual extingue la obligación.

Sin embargo la LCT contempla a la fuerza mayor como una causal lícita de despido o de suspensiones de hasta 75 días en un año (art. 221 LCT) con lo cual, y a diferencia de la norma civil la fuerza mayor puede ser temporal, no definitiva.

El artículo en cuestión está ubicado en el Título 10 LCT titulado “*De la suspensión de ciertos efectos del contrato de trabajo*” que se configura cuando hay una imposibilidad temporal, sea del empleador o del trabajador, de cumplir ciertas obligaciones contractuales.

El quid de la suspensión es la temporalidad de la misma, ya que si fuera definitivo e irreversible el contrato de trabajo se extingue.

²⁵ Sobre este tema ver a Juan Ángel Confalonieri (h) en “*Ley de Contrato de Trabajo. comentada, anotada y concordada*” dirigida por Jorge Rodríguez Mancini, T. IV, pág. 512 y ss., Es. la Ley, año 2007.

²⁶ Justo López, Norberto Centeno y Juan Carlos Fernández Madrid, en “*Ley de Contrato de Trabajo comentada*”, t. II, pags. 804 y ss, Ed. Contabilidad Moderna.

Por eso coincido con Guisado y Herrera²⁷ (Héctor Guisado) en, que en nuestra disciplina la fuerza mayor puede ser temporal siempre y cuando no supere los 75 días.

Entiendo que no hay obstáculo en que las partes (trabajador y empleador) puedan acordar una prórroga de ese plazo si hubiere posibilidades ciertas y razonables de superar la misma, ya que ello propendería al mantenimiento de la fuente de trabajo, que de otra forma se extinguiría, aunque dicha extinción de lugar a una indemnización menguada (o no). La preservación de la fuente de trabajo y la estabilidad son uno de los pilares del derecho del trabajo. La indemnización es un sucedáneo frente a una situación grave e inevitable. Adviértase que la propia LCT en el artículo 10 establece el principio de “...*continuidad o subsistencia del contrato de trabajo*”.

El artículo 956 del CCCN, refiriéndose a la imposibilidad de cumplimiento, admite que la misma sea temporaria: “*Imposibilidad temporaria. La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y temporaria de la prestación tiene efecto extintivo cuando el plazo es esencial, o cuando su duración frustra el interés del acreedor de modo irreversible*”.

Vencido el plazo de 75 días, y si las partes no acordaren su prórroga y si la situación es irreversible y definitiva el empleador queda habilitado a producir despidos por tal causa, con el pago de la indemnización establecida en el art. 247 LCT.

Y si la situación se solucionara antes del plazo de 75 días la suspensión por tal causa termina en ese momento.

Ahora si dentro de los 75 días, o antes, si la imposibilidad absoluta cesa pero se transforma en una considerable dificultad cuya consecuencia es una falta o disminución de trabajo, la situación pasaría a estar regida por las normas que regulan dicho instituto.

²⁷ Enrique Herrera y Héctor Guisado, en “*Extinción de la relación de trabajo*”, pág. 549, 2da. edición, Ed. Astrea 2015.

Por supuesto que dicha falta o disminución de trabajo no debería ser imputable al empleador, lo cual exige un obrar diligente del empleador durante el periodo de suspensión por el *casus*.

Cabe recordar que, la sumatoria de los días de suspensión por fuerza mayor y falta o disminución de trabajo o imputable al empleador y por razones disciplinarias –no impugnadas por el trabajador- no pueden superar los 90 días en un año (art. 222 LCT).

Ahora bien como dijéramos el concepto de la fuerza mayor es plástico, relativo, y relacional, se debe ligar, en cada caso con las propias características del riesgo específico de que se trate, con la circunstancialidad de cada caso para concretar si se está ante una fuerza mayor que exime de responsabilidad al deudor o si encuadra en algunas de las excepciones como, por ejemplo, el riesgo de actividad en un caso concreto²⁸.

5.b.) Falta o disminución de trabajo no imputable al empleador

Se trata de dos circunstancias de diferente gravedad con un común denominador: no debe ser atribuible al empleador. Además es el empleador el que debe probar fehacientemente los hechos causales que invoca conforme fuera establecido en su momento en el fallo plenario “*Hennse*” al cual nos hemos referido.

Se trata de una causal sustancialmente diferente en cuanto a la gravedad y factura a la fuerza mayor ya que está se exterioriza en una imposibilidad de cumplimiento, en cambio en los otros casos se configura una dificultad sobreviniente derivada de una excesiva onerosidad en la prestación a cargo del deudor provocada por hechos ajenos a este.

Si han elaborados diversas teorías para encuadrar jurídicamente esta hipótesis. Algunos autores y fallos la han equiparado a la fuerza mayor²⁹, otros como una hipótesis diferente de cualquier instituto del derecho civil, también hay quienes ha sostenido que no es una causal de extinción con fundamento

²⁸ Un análisis de la jurisprudencia puede verse a Maria Ángeles Valle en “*La fuerza mayor como fundamento para la suspensión o el despido*” en Revista de Derecho Laboral, “Crisis económica, crisis en la empresa y elaciones de trabajo”, pág. 357, ed. Rubinzal Culzoni, 2019-2.

²⁹ Eduardo Perugini en “*La fuerza mayor en la Ley de Contrato de Trabajo*”, DT 1974-866.

en el principio de ajenidad del riesgo³⁰ y la mayoría como un supuesto de imprevisión ya que por un hecho ajeno e imprevisible altera la ecuación económica del contrato imponiéndole al empleador una onerosidad excesiva y desproporcionada que dificulta el cumplimiento de sus cargas contractuales³¹.

Adherimos a esta última tesis y desde la misma efectuaremos nuestro análisis.

La teoría de la imprevisión, o lesión sobreviniente o excesiva onerosidad, nace en el derecho romano, en el Corpus Iuris de Justiniano y en el Digesto, y la idea subyacente era que el contrato regia las relaciones de las partes en la medida en que se mantuvieran las condiciones marco existentes al momento de celebrarse el contrato (*rebus sic stantibus*).

Los glosadores realizaron un esfuerzo interpretativo muy importante para coordinar los principios del *pacta sunt servanda* (los pactos deben cumplirse) con la cláusula *rebus sic stantibus*. En esta búsqueda de armonización los glosadores admitieron que si las condiciones de celebración del contrato mutaban por un hecho sobreviniente el mismo debía acomodarse para reinstaurar el equilibrio quebrado. Es decir implicaba darle validez a las expectativas y marco económico tenido en cuenta al momento y la razón, de haberse acordado. Si las condiciones hubieran sido otras (las posteriores al cambio exterior), seguramente no se habría celebrado el contrato o lo hubiera sido en otras condiciones. Es por esa razón, y en base a la buena fe, que nace esa idea implícita en los contratos.

Después, y a partir del año 1700, fue dejada de lado ya que el principio del derecho era el de autonomía de la voluntad, resultado de la libertad contractual, por la cual se presumía *iure et de iure* que nadie acordaba en contra de sí mismo. Se optó por el valor seguridad.

³⁰ Estela Ferreiros en “De la extinción del contrato de trabajo por fuerza mayor o falta o disminución de trabajo” RDLA, 2002-2 pág. 85 y ss.

³¹ En este sentido Justo López en “Sobre el despido por falta de trabajo”, en LT XII-193; Antonio Vázquez Vialard en “Derecho del trabajo y de la seguridad social”, T.IV, Ed. Astrea, año 1999; Jorge Rodríguez Mancini en “La configuración causal en el despido por causas económicas” en Revista de Derecho Laboral, N° 2002-2 págs. 118 y ss; Juan Ángel Confalonieri (h) en “Ley de contrato de trabajo. Comentada, anotada y concordada”, dirigida por Jorge Rodríguez Mancini, T. 4 págs. 511 y ss, Ed. La Ley, año 2004.

El Código Civil Argentino ley 340 se inscribió en esta idea y no contemplo la imprevisión como factor de cambio frente al desequilibrio económico respecto de lo tenido en cuenta al momento de celebrarse el acuerdo. El artículo 1197 es ilustrativo de ello en cuanto expresa *“Las convenciones hechas en los contratos, forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”* más aun el art. 1198 que rezaba *“Los contratos obligan no solo a lo que está formalmente expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse que hubiesen sido virtualmente comprendido en ellos”*

Es decir, la propia ley le otorgaba al contrato una fuerza jurijena semejante a la misma, y pétrea al reconocer al contrato como una fuente de derecho inmutable –salvo acuerdo de partes- igual y paralela a la ley.

Pero esto cambio y el valor seguridad fue cediendo frente los de justicia y equidad y razón por la cual la reforma de la ley 17.711 modificó el artículo 1198 CC e introdujo en nuestro derecho a la teoría de la imprevisión, que, a partir de allí, se constituyó en uno de los pilares rectores del sistema jurídico³².

Salvat³³ en el año 1940 planteaba el dilema en los siguientes términos *“No es posible desconocer, en efecto, los peligros de la usura y otras estipulaciones que comprometen en realidad el porvenir económico y la*

³²La aplicación de la doctrina de la imprevisión se ha extendido universalmente y como señala Rubén S. Stiglitz, Rubén en *“Autonomía de la voluntad y revisión del contrato”*, página 54, Editorial Depalma, Bs. As. 1992, los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT establece el artículo 6.2.1 (obligatoriedad del contrato) *“Salvo lo dispuesto en esta sección con relación a la “excesiva onerosidad” (hardship), las partes continuarán obligadas a cumplir sus obligaciones a pesar de que dicho cumplimiento se haya vuelto más oneroso para una de ellas. El propósito de este artículo es aclarar que, conforme al principio general de que los contratos se celebran para ser cumplidos, el contrato debe cumplirse siempre que sea posible e independientemente de la carga que ello importe para la parte obligada. El cambio de circunstancias es relevante sólo en casos excepcionales. El carácter obligatorio del contrato no es, sin embargo, absoluto. Si las circunstancias sobrevinientes son de tal importancia que llegan alterar en forma fundamental el equilibrio de las prestaciones, se produce una situación excepcional que en estos principios se conoce como “excesiva onerosidad” (hardship)”*

³³ Raymundo M. Salvat en *“Tratado de Derecho Civil Argentino”*, T. V Fuentes de las obligaciones – contratos, pág. 107, Ed. La Ley Buenos Aires, año 1946.

libertad de trabajo, para la parte más débil del contrato. Pero no se puede desconocer que el principio de la autonomía de la voluntad ha sido y es también, la fuente de progresos incalculables en el orden económico”.

Por ello CCCN en su artículo 1° no incluye al contrato como fuente del derecho³⁴ y regula en el artículo 1091 a dicho instituto.

No nos detendremos en analizar si la teoría de la imprevisión presupone un defecto a la voluntad o a la base del negocio jurídico, o si es un supuesto de justicia conmutativa, o si afecta al fin del contrato³⁵. Lo cierto es que por las razones apuntadas la imprevisión está regulada y, desde nuestra perspectiva la regulación laboral de la falta o disminución de trabajo no imputable al empleador se integra con ese artículo del Código Civil, ya que el texto laboral resulta incompleto: solo referencia hechos causales sin precisión (falta o disminución de trabajo) y un patrón subjetivo: carencia de culpa del deudor.

Es decir que la falta o disminución de trabajo se engarza con la imprevisión regulada por el CCCN, norma que, por otra parte resulta compatible con nuestra disciplina.

Además cabe agregar que los recaudos exigidos por dicha norma son sustancialmente similares a los requeridos por la jurisprudencia laboral.

El art. 1091 exige los siguientes requisitos de procedencia:

1°) Alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de celebración del contrato por un hecho, posterior a la celebración del mismo. En este aspecto no es relevante el móvil o motivo de la contratación ya que es

³⁴ Dice el art. del CCCN 1 “*Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no reguladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho*”.

³⁵ Sobre esto puede verse a Hirschberg Eliyahu; “*El principio nominalista*”, traducción del inglés de Jorge Manuel Roimisier y Mónica G. Cohen de Roimisier, pág. 45 y ss, Ed. Depalma, 1976; Juan Manuel Aparicio, en “*Contratos*”, pág. 275 y ss. Editorial Hammurabi, 2001; Vicente Espert Sanz en “*La frustración del fin del contrato*”, Editorial Tecnos, Madrid, 1968

una cuestión subjetiva e incluso interna, sino lo que importa es la alteración objetiva de la equivalencia querida o deseada y por ende la causa de la frustración del contrato.

2º) que la alteración sea ajena a la parte afectada: esto es que empleador no debe ser culpable del hecho causal y como señala Confalonieri (h)³⁶ *“...lo cual significa que debe haberse originado en circunstancias totalmente ajenas a su voluntad; que no hubo acciones u omisiones de su parte encaminadas a generar esa consecuencia”*. Como señala Pinto Varela³⁷ el empleador *“Debe demostrar una debida diligencia en su labor y que la falta de trabajo no estuvo vinculada a su mala administración, inversiones desafortunadas, desacuerdos entre socios , y todas aquellas conductas u omisiones del empleador que son esperables a la luz de un buen empleado (arts. 62 y 63 de la LCT).*

3º) que el riesgo no haya sido asumido por la misma, igual de los que sucede en la fuerza mayor.

4º) que esa alteración torne excesivamente onerosa la prestación a cargo de una de las partes. De esta forma hay una alteración del principio de justicia conmutativa, ya que una de las partes, por el hecho de imprevisión objetiva no tiene para ofrecer la misma prestación debida (trabajo) o tiene menos de lo previsible cuando lo contrato. Se trata de una afectación a los principios de integridad y oportunidad del pago.

En este sentido, y para delinear el contorno de la imprevisión, cabe recordar el Despacho de la Comisión 3ª de las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán, setiembre de 1993) que dijo *“Cuando la situación de emergencia económica afecta las bases subjetivas u objetivas del negocio, el perjudicado puede utilizar los remedios que el ordenamiento positivo le brinda”*.

³⁶ Juan Ángel Confalonieri (h) en “Ley de contrato de trabajo. Comentada, anotada y concordada”, dirigida por Jorge Rodríguez Mancini, T. 4 págs. 513, Ed. La Ley, año 2004.

³⁷ Silvia Pinto Varela en “”, en Revista de Derecho Laboral, “Crisis económica, crisis en la empresa y relaciones de trabajo”, pág. 325, Ed. Rubinza Culzoni, 2019-2.

El principio de la alteración sobreviniente es siempre y cuando el empleador haya sido diligente, en cuyo caso habilitaría la aplicación de suspensiones o despidos por tal causa.

No se trata de una imposibilidad absoluta como en el caso de la fuerza mayor, sino de la alteración de las condiciones contractuales cuyo mantenimiento se torna excesivamente onerosa para la ecuación económica de la empresa. En este caso, y a diferencia de la fuerza mayor, no es un hecho absoluto sino relativo: la impotencia patrimonial para afrontar la contraprestación a cargo del empleador de los contratos de trabajo. Se ha producido un desequilibrio excesivo entre las prestaciones, en perjuicio de una de las partes.

Y como expresáramos el encuadre de cada situación importa merituar si las circunstancias importan una falta de trabajo o una disminución del mismo, aunque las consecuencias son similares.

Y en este sentido cae señalar que la falta o disminución de trabajo por onerosidad sobreviniente y cumplidos los requisitos vistos, puede afectar a toda la empresa o a una parte del mismo o a alguna explotación en particular ya que no tendría razonabilidad afectar con estas medidas previstas por la ley a los sectores que no han sido impactados por el hecho causal.

Esto es tan así que la norma contiene una guía respecto del orden de los despidos o suspensiones, lo que implica que puede ser afectado todo o parte del personal. Por eso el artículo 221 LCT, aplicable también a la fuerza mayor, dice en su última parte que *“...deberá comenzarse por el personal menos antiguo de cada especialidad”*.

6°) Suspensiones y despidos:

La LCT habilita a que en esos casos, el empleador disponga suspensiones o despidos.

La decisión entre la suspensión o el despido depende de dos factores, la gravedad de la situación y la duración probable de la misma. En esta materia rigen de manera visceral los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

El empleador prudente ante la incertidumbre del futuro, puede optar por las suspensiones primero y si la situación prosigue agotados los plazos de suspensión y las prórrogas que puedan acordarse, o se torna definitiva o insostenible deba lamentablemente recurrir a los despidos como *última ratio*.

(i) Suspensiones: ante todo cabe señalar que la LCT considera que, en estos casos, se trata de una justa causa de suspensión de los efectos del contrato de trabajo de dar y prestar tareas y pagar el salario de la LCT (art. 219 LCT).

Las suspensiones por fuerza mayor tienen un tope de 75 días en un año contado desde la primera suspensión cualquiera que sea el motivo de esta (art. 221 LCT).

Las suspensiones por falta o disminución de trabajo no imputable al empleador no pueden superar los 30 días en un año contados desde la primera suspensión (art. 220 LCT).

Se trata, en ambos casos, de días³⁸ corridos.

Si la sumatoria de las suspensiones disciplinarias y por fuerza mayor y por falta o disminución de trabajo no imputable al empleador superan en conjunto los 90 días en un año “*contados desde la primera suspensión*” el trabajador podría colocarse en situación de despido indirecto, excepto que no haya impugnado las suspensiones en cuyo caso solo se computan (a efectos de determinar el plazo de 90 días) solo aquellas que hubiere cuestionado (art. 222 LCT).

A su vez el art. 223 bis LCT establece que en los casos objeto de este análisis, se puede acordar en forma individual con cada trabajador, o colectivamente con la entidad sindical representativa, que durante el plazo de

³⁸ Art. 6 CCCN.

la suspensión le abone una “...*prestación no remunerativa...*”, cuya cuantía está sujeta a lo que se convenga.

Para ambos casos la norma establece que dicho acuerdo individual o colectivo debe ser homologado. Cabe agregar que este acuerdo parte de la base que ambas partes estén contestes en que se ha configurado una situación de fuerza mayor o de falta o disminución de trabajo no imputable al empleador.

Si la suspensión supera los plazos establecidos o si se considera que la misma no tiene justa causa, el trabajador puede o bien considerarse despedido y reclamar además de las indemnizaciones el pago de los días de suspensión o bien optar por mantener el vínculo y reclamar el pago de los días de suspensión (arts. 222 LCT)

(ii) Despidos: en cuanto a los despidos el trabajador tiene derecho a percibir “...*una indemnización equivalente a la mitad de la prevista por el art. 245 LCT*” (art. 247 LCT).

Dicha indemnización no se duplica ya que el Decreto 34/2019³⁹ sobre Emergencia en Materia Ocupacional solo lo hizo respecto de los despidos sin justa causa de los trabajadores contratados antes de fecha de publicación de la citada norma y los despidos con fundamento en la fuerza mayor o falta o disminución de trabajo no imputable a aquel (art. 247 LCT) no son sin justa causa, sino que obedecen a una objetiva económica⁴⁰.

(iii) Orden de prelación: tanto para las suspensiones como para los despidos la LCT establece un orden de prelación de los mismos (arts. 221 último párrafo y 247 LCT).

Dicho orden es por cada especialidad. Una referencia del concepto de especialidad es el de las diferentes ramas de tareas o actividades de conjuntos

³⁹ B.O. 13/12/2019.

⁴⁰ Sobre la naturaleza de los despidos puede verse a Juan Ángel Confalonieri (h) en “*Ley de Contrato de Trabajo. comentada, anotada y concordada*” dirigida por Jorge Rodríguez Mancini, T. I, pág. 584, punto a), Ed. La Ley, año 2007.

de trabajadores (independientemente de las categorías) establecidas por las Convenciones Colectivas de Trabajo que fueren aplicables.

Dentro de la misma se debe comenzar por los empleados con menor antigüedad en cada especialidad, no en la empresa.

Y dentro de cada especialidad el orden se fija en función de las cargas de familia, esto es los que tienen más cargas de familia son los últimos aunque este altere el orden de antigüedad. En cuanto al concepto de cargas de familias como es sabido que hay diferentes criterios en la doctrina y la jurisprudencia. Para un sector se trata de las personas relacionadas con el trabajador y que tienen derecho a percibir asignaciones familiares. Para otros además de ellos los que están comprendidos en la ley de obras sociales y finalmente los que sostienen que se trata de la familia a cargo según la prueba que se efectúe en cada caso. Adherimos a la segunda tesis.

De esta manera el orden es en función de tres parámetros, la antigüedad en la especialidad, en el ingreso en la empresa y las cargas de familia:

- Antigüedad en la especialidad: primero los de menor antigüedad y luego los de mayor antigüedad.
- Respecto del personal ingresado en el mismo semestre el orden de antigüedad se altera y se privilegian las cargas de familia, de forma tal que deberá comenzarse con los trabajadores que tienen menos cargas de familia.

(iv) Procedimiento preventivo de crisis: efectuaremos una breve reseña ya que el comentario excede el marco del presente trabajo.

En este punto cabe efectuar una diferenciación, la de los acuerdos individuales o colectivos y las decisiones unilaterales.

El procedimiento de crisis es aplicable a este último supuesto.

El art. 98 de la ley 24.013 (Ley Nacional de Empleo –LNE-) establece que *“Con carácter previo a la comunicación de despidos o suspensiones por razones de fuerza mayor, causas económicas o tecnológicas, que afecten a más del quince por ciento (15 %) de los trabajadores en empresas de menos*

de cuatrocientos (400) trabajadores; a más del diez por ciento (10 %) en empresas de entre cuatrocientos (400) y mil (1000) trabajadores; y a más del cinco por ciento (5 %) en empresas de más de mil (1000) trabajadores, deberá sustanciarse el procedimiento preventivo de crisis previsto en este capítulo”.

A su vez respecto de los supuestos de menos trabajadores el decreto 328/88, anterior a la citada ley, había dispuesto que *“Los empleadores, antes de disponer suspensiones, reducciones de la jornada laboral o despidos por causas económicas o falta o disminución de trabajo a la totalidad o parte de su personal, deberán comunicar tal decisión al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social con una anticipación no menor de DIEZ (10) días de hacerla efectiva”.*

Entendemos que esa norma fue derogada por el artículo 159 que derogó toda disposición que se opusiera a la misma⁴¹.

Con posterioridad el decreto 265/2002 estableció que *“En los casos de suspensiones o despidos colectivos en los que se hubiere omitido el cumplimiento del procedimiento establecido en los artículos 98 y siguientes de la Ley Nº 24.013 o en su caso del Decreto Nº 328/88, la autoridad administrativa del trabajo intimará, previa audiencia de partes, el cese inmediato de dichas medidas, conforme las facultades previstas en el artículo 8º de la Ley Nº 14.786 y sus modificatorias”* (art. 6).

Según nuestro criterio una norma derogada no es susceptible de ser revivida al orden jurídico pues la derogación previa la había expulsado del mismo, más aun cuando, como en el caso, también se viola el sistema de ley posterior y norma de jerarquía superior.

La autoridad de aplicación considera, en cambio, que el decreto 328/88 está vigente y lo aplica.

8º) Comentario final:

La primera diferencia visceral entre el caso fortuito y la imprevisión (falta o disminución de trabajo no imputable al empleador) es que el primer instituto

⁴¹ Dice el art. 159 *“Derógase toda disposición que se oponga a la presente ley”.*

pertenece al campo de las obligaciones y el segundo al mundo de los contratos, las obligaciones no crean contratos en cambio los contratos crean obligaciones.

Si bien en ambos casos se trata de hechos sobrevinientes, la segunda diferencia es que la consecuencia de la fuerza mayor es la imposibilidad absoluta de cumplir con la prestación, en cambio en la imprevisión se produce un desbalance económico sustancial, la prestación a cargo de una de las partes pasa a ser exageradamente onerosa y desproporcionada.

En ambos casos la respuesta legal es la misma, la habilitación de suspensiones o despidos según la gravedad del suceso. Los principios de proporcionalidad y razonabilidad son centrales en esta materia.

Como se advierte nuestra disciplina en esta materia cuenta con pocas herramientas legales para afrontar el desafío en las crisis empresariales, las peticiones de salario y empleos. El sistema de la LCT frente a las crisis económicas de las empresas es insuficiente, centrar la respuesta a esas situaciones en indemnizaciones y suspensiones no protege a los trabajadores ni a los empleadores.

Como señala Ripert⁴² *“Si el derecho tiene por objeto, como lo creo, hacer reinar el orden en la sociedad, el verdadero progreso del derecho consiste en dar nuevas reglas, solo con el fin de asegurar un orden mejor. De ahí la necesidad de reglas de carácter abstracto y permanente, expresadas con claridad, acompañadas de sanciones eficaces. Cuando las condiciones materiales de vida y las propias costumbres de los hombres cambian estas leyes deben modificarse. “Las leyes se hacen con el tiempo” decía Portalis; a decir verdad uno las hace”* (el subrayado nos pertenece).

⁴² Georges Ripert en “La crisis del derecho”, pág. 30, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961.