

## LOS DESPIDOS COLECTIVOS. IDENTIFICACION DE ALGUNOS ASPECTOS CONCRETOS PARA MEDITAR UNA REFORMA.

Juan Ángel Confalonieri (h)

**SUMARIO.** 1.- Introducción. 2.- El temario. 2.1.- Sobre la conveniencia de eliminar la dispersión normativa. 2.2.- Sobre la conveniencia de reformular la rúbrica del capítulo VI, del título III, de la ley 24.013. 2.3.- ¿Debería modificarse el art. 98 de la ley 24.467? 2.4.- Sobre la conveniencia de establecer qué indemnización debe percibir el trabajador, en caso de despidos por causas tecnológicas. 2.5.- ¿Deberían excluirse los despidos colectivos por fuerza mayor del procedimiento previsto para los despidos por causas económicas y tecnológicas? 2.6.- Sobre la necesidad de una regulación exhaustiva del “plan social”. 2.7.- Sobre la necesidad de una definición actualizada del despido colectivo sometido a procedimentalización. 2.8.- Sobre la necesidad de someter al PPC los despidos colectivos producidos por el cese de la actividad de la empresa o establecimiento. 2.9.- Sobre la necesidad de fijar un parámetro temporal para definir el umbral de afectación. 2.10.- Sobre la necesidad de reformular el primer umbral de afectación. 2.11.- Sobre la necesidad de reformular la referencia de ocupación. 2.12.- Sobre la necesidad de establecer una sanción expresa por incumplir la obligación de iniciar el procedimiento preventivo de crisis. Los despidos colectivos “de hecho”. 2.13.- Sobre la necesidad de una regulación concreta de la relación entre el convenio colectivo del procedimiento preventivo de crisis y los que sean de aplicación a la empresa que fue parte. 3.- En síntesis.

\*\*\*\*\*

### 1.- Introducción.

El régimen vigente en materia de despidos colectivos, reglamentaciones al margen, está cerca de cumplir treinta años. Una buena oportunidad para mejorar lo que hay, y también para incorporar lo que le falta a este tema troncal del derecho del trabajo, por su incuestionable trascendencia social y económica.

A la frustrada puesta en marcha del *“procedimiento de crisis”* regulado por la versión originaria del art. 268 de la LCT, le sucedió, luego de muchos años, el *“procedimiento preventivo de crisis de empresas”* (PPC) incorporado a la ley 24.013 (LNE; BO, 17-12-1991), y reglamentado por los decretos 2072/94 y 265/02. Una regulación que abre varios interrogantes con más de una respuesta posible y, sobretudo, que permite su evasión con suma facilidad. Para esto basta con decidir no iniciar ese procedimiento, en razón de que no es uniforme en la doctrina que la omisión acarree la carencia de efectos -pro tempore- de los despidos, y de que no hay jurisprudencia consolidada al respecto. Pero no solo eso; es una regulación desfasada frente a la Directiva 98/59/CE, de 20 de julio de 1998, *“relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos”*<sup>1</sup>; a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE); y a las normas de los países que integran ese bloque territorial, de las que tomaré sólo dos ejemplos para evitar extenderme más de la cuenta: la legislación española y la francesa. Referencia ineludible en la actualidad, debido a los vínculos incipientes entre el MERCOSUR y la UNIÓN EUROPEA, cuya manifestación formal más reciente es el *“Acuerdo de Asociación Estratégica”*, suscripto en Bruselas el 28 de julio de 2019.

Se trata de un procedimiento obligatorio y previo a ciertos despidos, durante el cual las partes no necesariamente deben acordar, sino negociar de buena fe con vistas a alcanzar un acuerdo. Vencido el plazo previsto a ese fin, sin acuerdo, el empleador está en condiciones de comunicarles a los trabajadores su decisión de despedir. En otras palabras, los despidos no están sujetos a la previa autorización de la autoridad administrativa del trabajo. Y el acuerdo que las partes pueden celebrar, una vez homologado, tiene la misma eficacia que un convenio colectivo de trabajo.

---

<sup>1</sup> La Directiva 98/59/CEE, actualizó la regulación de los despidos colectivos regulados, originariamente, en la Directiva 75/129/CEE, de 17 de febrero de 1975, modificada por la Directiva 92/56/CE, de 24 de junio.

La ley no define al despido colectivo, sino que impone el PPC sólo si el empleador invoca causas económicas, tecnológicas o razones de fuerza mayor<sup>2</sup>, y en la medida que supere los porcentuales mínimos de afectación, vale decir, más del 15%, en empresas de menos de 400 trabajadores; más del 10%, en empresas de más de 400 y menos de 1.000 trabajadores; o más del 5%, en empresas de más de 1.000 trabajadores.

La referencia, para el cómputo del parámetro de afectación, es la cantidad de trabajadores que ocupa la empresa (no, el centro de trabajo o establecimiento). No existe un arco temporal dentro del cual todo despido que se produzca por aquéllas causas sume a los efectos de la cuantificación del umbral de afectación. Y el procedimiento previo no difiere en virtud de la causal invocada: tanto da que se trate de un despido colectivo por causas económicas, tecnológicas o por fuerza mayor<sup>3</sup>.

Las empresas que ocupen a más de 50 trabajadores, deben acompañar, al momento de la iniciación del PPC, un conjunto de medidas explicitadas en el decreto 2072/94. El incumplimiento de esas medidas por el empleador, no tiene asignada una sanción concreta. Tampoco hay ninguna regulación expresa en caso de que las empresas con más de 500 trabajadores no cumplan la obligación de presentar el balance social (art. 3.g, decreto 265/02), a que se refieren los arts. 25, 26 y 27 de la ley 25.877.

## **2.- El temario.**

---

<sup>2</sup> “Expediente de regulación de empleo” en el Estatuto de los Trabajadores de España (E.T., art. 51.7, versión original). En la enunciación de las causas, el art. 98 de la ley 24.013 reproduce el título original del art. 51 de ese cuerpo legal.

<sup>3</sup> No era así en el art. 51.1. del E.T., que sólo exigía la constatación de la fuerza mayor para que el despido por esa causal produjera “la extinción de las relaciones de trabajo”.

Son varios e importantes los puntos que merecen atención. He seleccionado algunos de los que me parecen más relevantes, calificativo atribuido no sólo por las omisiones en que incurrió el legislador, sino, además, por las dificultades que se generan al momento de aplicar normas confusas. La limitación se justifica debido a que no es posible incluir, en este trabajo, todos los temas que merecen un debate antes de una corrección, mejoramiento y actualización del régimen de despidos colectivos. Tampoco, un análisis exhaustivo de cada uno de los temas que seleccioné. A eso está destinada la obra en la cual estamos trabajando varios profesores, entre ellos, los catedráticos de la Universidad de Valencia, Dres. José María Goerlich Peset, Juan Manuel Ramírez Martínez y Tomás Sala Franco, encargados de explicar el régimen comunitario, el de España, y el de Italia (por ser sus legislaciones las que más han influido en el legislador argentino a lo largo del tiempo).

### **2.1.- Sobre la conveniencia de eliminar la dispersión normativa.**

La regulación de los despidos colectivos carece de orden. Está muy fragmentada en normas legales y decretos. Normas legales que no sólo imponen la obligación del PPC, sino que regulan materias a él relacionadas. La ley madre es la 24.013 (arts. 98 a 105). La complementan, la LCT (art. 247), ley 23.546 (art. 4.IV.c.VII), la ley 24.467 (art. 98), y la ley 25.877 (arts. 25, 26 y 27). Y completan lo que es un auténtico embrollo, los decretos 2072/94 y 265/02.

Lógicamente, la sugerencia es que una sola ley sea la encargada de ordenar tanta dispersión.

### **2.2.- Sobre la conveniencia de reformular la rúbrica del capítulo VI, del título III, de la ley 24.013.**

Las razones por las cuales sugiero el reemplazo son dos. En primer lugar, porque la expresión "*procedimiento preventivo de crisis*" no refleja adecuadamente las finalidades de la procedimentalización de los despidos colectivos. En rigor de verdad, no se trata de un procedimiento para prevenir crisis. Si la causa invocada por el

empleador fuera económica, seguramente la empresa estaría atravesando una situación crítica; por tanto, la “prevención”, vía suspensiones o despidos, habría llegado tarde. En caso de que la causa invocada fuere tecnológica, la empresa no debería estar transitando una situación crítica, porque, de ser así, la causa será otra. Pero los despidos también pueden ocurrir por otros motivos. Por ejemplo, por reorganizaciones empresariales que se manifiestan a través de descentralizaciones o deslocalizaciones. Incluso, las segundas pueden derivar en el cese de la actividad de la empresa.

Por otra parte, el rótulo del capítulo VI, del título III, de la ley 24.013, pareciera circunscribir el porqué de la procedimentalización de los despidos colectivos a una concreta situación de la empresa. En mi opinión, a esa razón hay que adunarle otra de suma trascendencia: el futuro de los trabajadores despedidos. De ahí la incorporación de requisitos a ser cumplidos por el empleador al solicitar la apertura del procedimiento previo a los despidos. Requisitos que ponen de manifiesto una preocupación lógica del legislador, que va más allá del quantum que deben percibir los trabajadores despedidos. Antes que la monetización del despido (*“cuantificación de la oferta indemnizatoria”*, último inciso del art. 1 del decreto 2072/94), al legislador le preocupan -como no puede ser de otra manera- la *“recolocación interna o externa de los trabajadores excedentes y el régimen de ayudas a la recolocación”*; y las *“ayudas para la creación, por parte de los trabajadores excedentes de emprendimientos productivos”* (art. 4.IV.c.IV.V., de la ley 23.546, que no establece distinciones en base a la cantidad de trabajadores ocupados por la empresa, y el art. 1, incisos d, e y h, del decreto 2072/94, que se aplica sólo a las empresas que superen el umbral de 50 trabajadores).

Por tanto, sugiero que la materia fuera regulada en un solo cuerpo legal, dentro del siguiente epígrafe: “despidos colectivos”, sin perjuicio de las reglamentaciones que se sujeten al art. 99.2 de la C.N.

### **2.3.- ¿Debería modificarse el art. 98 de la ley 24.467?**

La norma dispone lo siguiente: *“Cuando las extinciones de los contratos hubieran tenido lugar como consecuencia de un procedimiento preventivo de crisis, el Fondo Nacional de Empleo podrá asumir total o parcialmente las indemnizaciones respectivas o financiar acciones de capacitación y reconversión para los trabajadores despedidos”*.

Desconozco si esa regla se aplicó desde que está vigente. Pero sí puedo decir que es una muy mala copia del art. 33 del Estatuto de los Trabajadores de España. Las diferencias son muy notorias.

Primera: la norma local es facultativa para el FNE; no así la norma española para el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA). Y no hay ningún parámetro en base al cual deba ejercitarse la facultad reconocida al FNE. Mera discrecionalidad, para un tema muy delicado.

Segunda: las facultades concedidas por la norma local al FNE se limitan al pago de las indemnizaciones que corresponden por despidos *“consecuencia de un procedimiento preventivo de crisis”*, o a la financiación de *“acciones de capacitación y reconversión para los trabajadores despedidos”*. En cambio, el FOGASA, está obligado al pago de las *“indemnizaciones”* no abonadas por el empleador y *“reconocidas mediante sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores”*, entre ellas, la que corresponde percibir cuando el despido obedece a las causas del art. 51 E.T.

Tercera: la norma local, no tiene tope. La norma española, sí (el máximo es *“una anualidad”*, sin que la base de cálculo *“pueda exceder del doble del salario mínimo interprofesional”*).

Cuarta: la norma local, no presupone concurso o quiebra del empleador; la norma española, sí.

Quinta: el FOGASA debe subrogarse en los derechos y acciones de los trabajadores como acreedor privilegiado. No acontece lo mismo con el FNE, porque el art. 98 de la ley 24.467 no requiere concurso o quiebra del empleador.

Tema para debate.

## **2.4.- Sobre la conveniencia de establecer qué indemnización debe percibir el trabajador en caso de despidos por causas tecnológicas.**

El art. 98 de la L.N.E., amplió el espectro causal del despido, al disponer que: *“con carácter previo a la comunicación de despidos...por razones de fuerza mayor, causas económicas o tecnológicas...deberá sustanciarse el procedimiento preventivo de crisis”*.

Está claro, pues, que las causas económicas y las tecnológicas no son lo mismo. Las segundas, exigen una innovación de la maquinaria e instrumentos de la empresa destinados a su proceso productivo. Por consiguiente, para que el empleador esté en condiciones de despedir por causas tecnológicas, debe haber innovado los instrumentos de la empresa destinados a la producción<sup>4</sup>, lo que supone una inversión en bienes de capital.

Debería descartarse la presencia de causas tecnológicas, cuando esa innovación se produce durante un estado económico crítico, pues, precisamente, el cambio tecnológico es para evitar que ello ocurra. Sólo el empleador diligente que ha cumplido la obligación impuesta por el legislador (art. 23, ley 24.013) antes de verse inmerso en un estado de crisis económica, es el que podrá ampararse en estas causas. La introducción tardía de tecnología, o lo que es lo mismo, esperar a que la empresa de pérdidas para iniciar la reconversión, descubre un comportamiento imputable al empleador repelido por la noción de justa causa.

---

<sup>4</sup> El art. 47 del Estatuto de los Trabajadores de España, identifica la causal tecnológica en materia suspensiva, puntualizando: *“se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción”*.

Por otra parte, no existe apoyatura legal para postular que la causa tecnológica sólo se pueda invocar como justa causa cuando se deba cumplir el procedimiento preventivo de crisis. Que se la pueda invocar para los despidos sujetos al mismo, no quiere decir que no se la pueda hacer valer en los que están eximidos de cumplir con ese trámite. Basta para justificar esta conclusión, la lectura del art. 4 del decreto 265/02: *“Previo a la comunicación de medidas de despido suspensión...por causas económicas, tecnológicas...en empresas que no alcancen los porcentajes determinados en el art. 8 de la ley N° 24.013, los empleadores deberán seguir el procedimiento contemplado en el decreto 328/88. Toda medida que se efectúe transgrediendo lo prescripto carecerá de justa causa”*.

Y como esas causales no tienen asignada una indemnización concreta, las interpretaciones podrían ser dos: hay que pagar la indemnización prevista para el despido sin causa -un oxímoron-; o hay que pagar la indemnización prevista para los despidos por causas económicas o por fuerza mayor.

Para despejar esa incertidumbre, es conveniente una reforma que aclare al respecto.

## **2.5.- ¿Deberían excluirse los despidos colectivos por fuerza mayor del procedimiento previsto para los despidos por causas económicas y tecnológicas?**

El art. 98 de la ley 24.013 no establece distinciones, a los efectos procedimentales, entre los despidos por causas económicas y tecnológicas, y los despidos por *“razones de fuerza mayor”*. Una regulación similar a la de la Directiva 75/129/CEE, vigente en la fecha en que fue sancionada esa ley, no alterada, en ese aspecto, por la Directiva 98/59 (CE). De ahí que se haya puesto en duda el régimen



procedimental abreviado adoptado por el art. 51.8 del ET español<sup>5</sup>, aplicable a un despido colectivo “especial”<sup>6</sup>.

El modelo español se caracteriza por establecer un doble canal procedimental: uno, para los despidos colectivos por causas económicas, tecnológicas, organizativas o de producción; el otro, para los despidos por fuerza mayor, “*cualquiera sea el número de los trabajadores afectados*”. Un procedimiento abreviado en el cual la intervención de la autoridad de aplicación está destinada a la constatación de la existencia de hechos imprevisibles o inevitables que imposibiliten cumplir el contrato, previa solicitud del empleador acompañada de la prueba tendiente a acreditar esos extremos. La resolución que constate (o no) la existencia de esos hechos, se debe dictar dentro de los 5 días de registrada la presentación del empleador. En caso de que el pronunciamiento constate el acaecimiento de hechos de tales características, el empleador queda habilitado para notificar los despidos que decida, con efectos retroactivos al momento de la producción de los hechos que provocaron la situación de fuerza mayor. Tanto en este supuesto como en el que la decisión fuera contraria, los interesados cuentan con la posibilidad de cuestionarla en la esfera judicial (art. 33 del Real Decreto 1483/2012, por el cual se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Despido Colectivo y Suspensión de Contratos y Reducción de Jornada).

Este punto podría ser agregado al temario de debate, ante una eventual reforma.

## **2.6.- Sobre la necesidad de una regulación exhaustiva del “plan social”.**

---

<sup>5</sup> Felguera Baró, M.A., “El procedimiento de despido colectivo y el desarrollo del período de consultas: criterios judiciales”, pag. 169, Bomarzo, 2015.

<sup>6</sup> Fernández Domínguez, J.J., “Procedimiento de despido colectivo”, pag. 1028, en Comentarios al estatuto de los Trabajadores, Libro homenaje a Tomás Sala Franco (Coord. Goerlich Peset, J.M., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016).

El empleador que pretenda iniciar un PPC, debe cumplir las exigencias previstas en dos normas de distinto rango jerárquico: el art. 4.IV.c), de la ley 23.546, texto ordenado por decreto 1135/2004, luego de la reforma de la ley 25.250 (B.O., 19-03-2004); y el art. 1 del decreto 2072/94 (B.O., 29-11-2004), reglamentario de la ley 24.013, al que se remite el art. 3, inciso i, del decreto 265/02 (B.O.11-02-2002). Desconozco si esas normas se cumplen en la práctica. Habría que acceder a datos estadísticos de la autoridad de aplicación -si es que existen- para poderlo saber. Y si el incumplimiento fuera la regla, estaríamos delante de una anomalía que debiera eliminarse de cuajo, aplicando el art. 2 del decreto 2072/04.

Aclaro que no todas las medidas identificadas en esas normas se reconducen a lo que la doctrina española denomina "*plan social*"<sup>7</sup>. Habría que diferenciar dos grupos: a) las medidas o cláusulas destinadas a evitar o reducir los despidos; b) las medidas o cláusulas atenuantes de los efectos que produce el despido en los trabajadores afectados. Las primeras, son medidas sustitutivas o reductoras del despido colectivo. Apuntan a una reorganización de la empresa, por medio de flexibilidades internas, a cambio del despido colectivo o de menos trabajadores despedidos. Las segundas, van dirigidas a la protección de los trabajadores afectados por un despido colectivo, y son las que le dan contenido al plan social.

El problema que se plantea es el siguiente: ¿el decreto 2072/94, en tanto reglamentario de la ley 24.013, desplaza a la regulación de la ley 23.546? El primer dato a tener en cuenta es que la norma legal no distingue a las empresas en razón de la cantidad de trabajadores ocupados. Todas deben cumplir las exigencias allí establecidas. La fórmula utilizada es esta: "*En el caso del procedimiento de crisis, la empresa deberá informar sobre las siguientes materias...*" (doy por sentado que la referencia es al procedimiento preventivo de crisis, previsto en la ley 24.013). En cambio, la norma reglamentaria de esta última limitó su aplicación a las empresas de más de 50 trabajadores, a través de esta redacción: "*Cuando el procedimiento preventivo de crisis se*

---

<sup>7</sup> Por todos, Felguera Baró, M.A., ob. cit., pag. 114,

*inicie a instancias del empleador y se refiera a más de cincuenta (50) trabajadores...".* Y el decreto 265/02 (art. 3.i), se remite a esta última disposición. Este dilema debería ser resuelto por el legislador.

Un segundo aspecto a tener presente, es el contenido del plan social. De acuerdo a la distinción que hice precedentemente, primero diré a qué grupo de medidas pertenecen las previstas en el decreto 2072/94. Sería conveniente que el legislador las ordene teniendo en cuenta sus respectivas finalidades. Los incisos a), b), c), d) y f), del art. 1, contemplan medidas que pertenecen al primer grupo; tienen como norte, evitar o reducir los despidos colectivos. En cambio, los incisos e) y h), se refieren a medidas cuyo objetivo es amortiguar el impacto de los despidos colectivos en los trabajadores afectados.

En líneas generales, el catálogo de medidas destinadas a evitar o reducir los despidos colectivos, en el régimen español, es similar al nuestro. La diferencia radica, dentro de ese primer grupo, en la inclusión del descuelgue del convenio colectivo de aplicación. Pero es notoriamente distinto -porque es más exhaustivo el español- en lo atinente a las medidas destinadas a paliar las consecuencias del despido en los trabajadores afectados. Las enumero: el derecho de reingreso preferente en las vacantes que se produzcan en la empresa, dentro del mismo o similar grupo profesional; la recolocación externa a través de empresas autorizadas a ese fin; acciones de formación o reciclaje para facilitar la empleabilidad; promoción del empleo por cuenta propia; compensaciones de gastos derivados de la movilidad geográfica y compensaciones por diferencias salariales en el nuevo empleo.

A diferencia del régimen argentino, el modelo español es un claro ejemplo del tan en boga *soft law*, pues la inclusión de las medidas para evitar o reducir los despidos y para atenuar las consecuencias en los trabajadores afectados, no es obligatoria para el empleador: "*se podrán considerar...*" o "*podrán considerarse*", dice el RD 1483/2012 (art. 8, incisos 1 y 2). En cambio, tratándose de empresas que ocupen a

más de 50 trabajadores, sí es obligatorio incluir en la presentación inicial *“un plan de recolocación externa para los trabajadores afectados...a través de empresas de recolocación autorizadas”*, que garantice a los trabajadores afectados por el despido colectivo, *“con especial extensión e intensidad a los de mayor edad, una atención continuada por un período mínimo de 6 meses...”*, complementado por medidas *“de intermediación”* entre los trabajadores despedidos y otras empresas donde haya ofertas de trabajo; de *“orientación profesional... para la cobertura de puestos de trabajo en las posibles empresas destinatarias de la recolocación”*; de *“formación profesional”* y de *“asesoramiento”*, para su recolocación. Una combinación de *soft law* y *hard law*.

En las normas locales, no se ha previsto ninguna consecuencia para el caso en que el empleador haya incumplido el acuerdo concertado en el PPC integrado por las medidas previstas en el decreto 2072/04. Lógicamente, ello no implica que, tratándose de un plan social, los afectados por el incumplimiento no estén en condiciones de exigir que se cumplan las obligaciones insertas en el acuerdo colectivo. Es lo que establece el art. 15.3 del RD 1483/2012, de España.

En síntesis: i) descarto cualquier manifestación de *soft law*, o de *“buenas prácticas”*; ii) sugiero debatir un contenido adecuado para el plan social, y facultar expresamente a la autoridad de aplicación, no sólo para que haga un seguimiento de los acuerdos colectivos que incluyan cláusulas preventivas y el plan social, sino para que aplique sanciones a raíz de ello, lo que demanda, por cierto, una tipificación adecuada de las faltas administrativas y un catálogo de sanciones concretas, que se podrían agregar a la ley 25.212.

## **2.7.- Sobre la necesidad de una definición actualizada del despido colectivo sometido a procedimentalización.**

Anticipé que las normas de la LNE no contienen un concepto del despido colectivo. Más aún, ni siquiera aluden al mismo. Tampoco está previsto entre las causales extintivas del contrato de trabajo, de modo expreso, en la LCT. El legislador

se limitó a imponer un procedimiento previo de negociación, para ciertos y determinados despidos delimitados por dos elementos concurrentes; uno, causal; y el otro, cuantitativo. La ausencia de cualquiera de ellos, libera al empleador de esa obligación. De allí que la doctrina se haya visto obligada a precisar cuándo un despido debe ser considerado colectivo<sup>8</sup>.

Algunos de los interrogantes que plantean los límites impuestos por el legislador, a los efectos del cumplimiento de la obligación de someterse al PPC, los anticipé hace varios años<sup>9</sup>. Los reitero y respondo con datos actualizados.

### **2.7.1.- ¿Suman a los efectos del cómputo de afectación, los despidos indirectos?**

Concretamente, los trabajadores que deciden resolver el contrato porque el empleador les modificó una condición esencial, ¿deben tenerse en cuenta para determinar si el empleador está obligado a tramitar la vía procedimental previa? Respuesta: si no sumaran, sería muy sencillo evadirla provocando despidos indirectos, a fin de reducir el umbral de afectación.

Traigo a colación la parte declarativa de tres sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que dan respuesta a los interrogantes planteados. La **STJUE, en el asunto C-422/14, de 11 de noviembre de 2015, “Pujante Rivera”**, en que se declaró: *“La Directiva 98/59 debe interpretarse en el sentido de que el hecho de que un empresario proceda, unilateralmente, y en perjuicio del trabajador, a una modificación sustancial de elementos esenciales del contrato de trabajo por motivos no inherentes a la persona del trabajador queda comprendido en el concepto de despido utilizado en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de dicha Directiva”*. La **STJUE, en el asunto C-149/16, “Socha”, de 21 de septiembre de 2017**, en cual se declaró: *“El artículo 1, apartado 1, y el artículo 2 de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la*

---

<sup>8</sup> De mi autoría, *“Despidos por causas económicas y empresariales”*, pag. 47, Astrea, 1997.

<sup>9</sup> Ob. cit. pags. 59/61.

*aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, deben interpretarse en el sentido de que un empresario está obligado a realizar las consultas previstas en el citado artículo 2, cuando pretende llevar a cabo, en perjuicio de los trabajadores, una modificación unilateral de las condiciones de remuneración que, en caso de rechazo por parte de estos últimos, supone el cese de la relación laboral, en la medida en que se cumplan los requisitos previstos en el artículo 1, apartado 1, de esta Directiva...”<sup>10</sup>. En la misma línea, la STJUE, en el asunto C-429/16, de 21 de septiembre de 2017, “*Ciupa*”, en la cual declaró: ““El artículo 1, apartado 1 de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, debe interpretarse en el sentido de que una modificación unilateral en perjuicio de los trabajadores, por iniciativa del empresario, de las condiciones de retribución que, en caso de negativa del trabajador a aceptarla, determina la extinción del contrato de trabajo, puede ser calificada como ‘despido’ a efectos de ese precepto, y el art. 2 de dicha Directiva debe interpretarse en el sentido de que el empresario está obligado a tramitar las consultas previstas en dicho artículo cuando planea llevar a cabo ese tipo de modificación unilateral de las condiciones de retribución, siempre que concurran los requisitos establecidos en el artículo 1 de dicha Directiva...”*

**2.7.2.- ¿Suman a los efectos del cómputo de afectación, los despidos directos, sin causa? Concretamente, los trabajadores despedidos sin causa, ¿deben tenerse en cuenta para determinar si el empleador está obligado a tramitar la vía procedimental previa?**

La respuesta es igual que la anterior, pues sería sencillo disminuir la cantidad de trabajadores computables recurriendo al despido sin causa. Podría acontecer, entonces, que la cifra de trabajadores despedidos por las causales previstas en el art. 98 de la LNE resultara inferior al correspondiente mínimo de afectación, porque otros trabajadores fueron despedidos sin causa justificada; o que todos los despidos carecieran de esta última.

---

<sup>10</sup> <http://curiaeuropa.eu/juris/document/document>.

No muy lejanas en el tiempo son algunas sentencias de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que ponen en evidencia una regulación deficiente. Todas tuvieron por delante un número muy elevado de trabajadores despedidos. En *“Herrera”*<sup>11</sup>, a raíz el despido de 356 trabajadores (de un total de 900) que derivó en la presentación de una medida cautelar innovativa, a través de la cual los actores solicitaron ser reincorporados, entre otros motivos, porque el empleador no había tramitado el PPC. El tribunal rechazó la petición, argumentado, en lo que interesa, que la demandada *“no alegó razones de fuerza mayor o causas económicas o tecnológicas”*. En *“Lanzi”*<sup>12</sup>, el reclamo fue idéntico al que hicieron los actores en el caso anterior. Y fue resuelto, por mayoría, de este modo: *“...respecto del alegado incumplimiento del procedimiento preventivo de crisis...como los propios apelantes indican, está previsto para otro tipo de supuestos fácticos y no para una situación como la presente donde, como los accionantes admiten, les fueron abonadas las indemnizaciones por despido”*. En *“Bartolomé”*<sup>13</sup>, la mayoría siguió el mismo camino trazado por las sentencias anteriores, al señalar, respecto del PPC: *“...su tránsito sólo resulta exigible cuando se trata de despidos o suspensiones por razones de fuerza mayor, causas económicas o tecnológicas”*. Fue con la sentencia dictada en *“Sindicato de Prensa de la Ciudad de Buenos Aires”*<sup>14</sup>, que se invirtió el criterio de sus precedentes. La mayoría, confirmó la sentencia de grado que había acogido la cautelar innovativa de reinstalación, porque *“...se prefiguran los elementos objetivos que tornan obligatorio el procedimiento preventivo de crisis...”*. Nada más que eso.

¿Cuál debió ser la decisión, en esos casos, de acuerdo a las normas vigentes? La que se tomó en *“Herrera”, “Lanzi” y “Bartolomé”*. Por eso es necesario

---

<sup>11</sup> *“Herrera, Valeria c/ Telam Sociedad del Estado s/ acción de amparo”*; 13-11-2018; CNAT, Sala I, SD N° 93.133.

<sup>12</sup> *“Lanzi, Claudia y otro c/ Telam Sociedad del Estado s/ juicio sumarísimo”*; 14-12-2018; CNAT, Sala VII, S.I. N° 45.476.

<sup>13</sup> *“Bartolomé, Marcelo Diego c/ Telam Sociedad del Estado s/ medida cautelar”*; 20-03-2019, CNAT, Sala IX, S.I. N° 22.881.

<sup>14</sup> *“Sindicato de Prensa de la Ciudad de Buenos Aires” y otros c/ Telam Sociedad del Estado s/ medida cautelar”*; 27-06-2019. CNAT, Sala V, S.I. N° 40.117.

someter a debate cómo se debería cuantificar el umbral de afectación. Cuantitativamente, el despido de 350 trabajadores (por dar un número redondo), sobre un total de 900 ocupados, es colectivo porque se supera el porcentual respectivo. Pero el empleador no debió tramitar el PPC, porque en la comunicación de los despidos alegó una *“reestructuración general”*. De modo que, a partir de esos precedentes, con invocar ese motivo, se puede despedir a cualquier cantidad de trabajadores, sin necesidad de tramitar el PPC. Al menos, esto merece una reflexión.

Mi propuesta es que los despidos colectivos cuenten con una definición legal por exclusión, en línea con lo que dispone el art. 1.a) de la Directiva 98/59: *“se entenderá por ‘despidos colectivos’ los despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores”*, y que los despidos sin causa o los indirectos provocados por el empleador, sean tenidos en cuenta para definir la base de afectación y así evitar fraccionamientos dirigidos a evadir el PPC por esas vías de escape<sup>15</sup>. Para reforzar esa conclusión, agrego a las sentencias ya citadas la dictada por el TJUE en el asunto C-55/02, de 12 de octubre de 2004, ***“Comisión de las Comunidades Europeas c/ República Portuguesa”***, en la que declaró: *“Procede, pues, por un lado, declarar que la República Portuguesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 1 y 6 de la Directiva, al haber limitado el concepto de despidos colectivos a los despidos por motivos de índole estructural, tecnológica o coyuntural y al no haber ampliado el*

---

<sup>15</sup> En esa línea, el C.T. de Francia, cuyo art. L 1233-3, dice: *« Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail... »*. También, el art. 51.1. del Estatuto de los Trabajadores de España, que si bien comienza expresando: *“A efectos de lo dispuesto en esta ley se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción...”*, luego agrega: *“Para el cómputo del número de extinciones de contratos a que se refiere el párrafo primero de este apartado, se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas...por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador...”*.



*citado concepto a los despidos por todas las razones no inherentes a las personas de los trabajadores...”.*

## **2.8.- Sobre la necesidad de someter al PPC los despidos colectivos producidos por el cese de la actividad de la empresa o establecimiento.**

Seguramente, a raíz de la COVID-19 y de las medidas gubernamentales tendientes a enfrentarla, muchas empresas han cesado sus actividades y, como consecuencia de ello, los trabajadores han perdido sus empleos. Pero también es posible que ello ocurra en épocas de normalidad, y por exclusivas razones de estratégicas de la empresa que decide su deslocalización para continuar produciendo en otro país, en mejores condiciones. Dos situaciones diferentes que precisan, por tanto, de regulaciones procedimentales particulares.

En el régimen de la ley 11.729, la *“cesación o liquidación del negocio”* era causa de extinción del contrato de trabajo que, cuando ocurría *“exclusivamente por fuerza mayor”*, no le daban derecho al trabajador a percibir las indemnizaciones previstas en los incisos 2 y 3 del art. 157, de la ley 11.729<sup>16</sup>. El modelo cambió sustancialmente con el dictado del decreto 33.302/45, ya que, en primer lugar, fue aumentada al doble la indemnización prevista por la ley 11.729 para los despidos inmotivados y, paralelamente, se incorporó el despido por motivos relacionados con el estado económico de la empresa, en cuyo caso la indemnización fue la que originariamente había regulado la ley 11.729 para el despido sin causa.

---

<sup>16</sup> Autos *“Petratos Andrés c/ Fábrica Argentina de Alpargatas”*, L.L. 8-10; *“Szylsman José c/ Bastiani Julio”*, J.A.61-796; *“García Alba Francisco c/ Cazaban Vda. de e Hijos”*, J.A.62-235; *“Martini Francisco P. y otros c/ Rivas y Cía. (Quiebra)”*, L.L.21-327; *“Rodríguez Popia de y otra c/ Compañía Industrial del Caucho”*, J.A. 71-183; *“Romero Remigio c/ Varaschin Macedinio”*, L.L.23-1; *“Ortiz de Muñoz Carmen y otra c/ Cía. Industrial del Caucho”*, L.L. 24-874; *“Milanesio Alfredo L. c/ Adot Hnos.”*, L.L. 29-646; *“Sánchez Alfredo c/ Lysaght’s Argentina Ltda. S.A.”*, J.A. 1945-I-272.

Desde ese momento, y hasta la vigencia de la LCT, la ley 11.729 y el decreto 33.302/45 fueron normas complementarias en la materia. El despido por fuerza mayor liberaba de responsabilidad al empleador, siempre que aquella hubiera causado la cesación o liquidación del negocio. El despido sin causa, obligaba al empleador a indemnizar al trabajador con un monto igual al doble del que pagaba de acuerdo al texto de la ley 11.729. Y el despido por disminución o falta de trabajo también lo obligaba a indemnizar al trabajador con el importe que la ley 11.729 había previsto originariamente para el despido incausado.

La ley 20.744, que aprobó el régimen de contrato de trabajo (art. 1) y derogó, entre otras normas, la ley 11.729 y el decreto 33.302/45 (ley 12.921), incorporó un capítulo denominado *“de la extinción del contrato de trabajo por fuerza mayor o por falta o disminución de trabajo”*, causales que le daban derecho al trabajador a percibir una indemnización equivalente a la mitad de la prevista para el despido sin causa (art. 268). En paralelo, dentro del capítulo denominado *“de la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas que se operen en el seno de la empresa”*, se contempló como causal extintiva autónoma a la *“cesación de las actividades de la empresa”* decidida por el empleador debido a *“un estado de crisis que comprenda a la actividad”*, previa solicitud conforme a *“los procedimientos que prevea la ley”* (art. 276)<sup>17</sup>, que, dicho sea de paso, nunca llegó a sancionarse. Esa norma fue excluida de la LCT, por la reforma de 1976 (ley 21.297).

En la actualidad no hay una norma que le imponga al empleador iniciar y concluir el PPC, en caso de cese de sus actividades. Ni siquiera cuando esa situación y los consiguientes despidos obedecieran a la decisión empresarial de deslocalizar actividades, sean los que fueren los trabajadores despedidos. En este aspecto, nuestro ordenamiento tampoco acopló las tendencias actuales en la materia. Motivo más suficiente, para someterla a un debate cuyo contenido debería nutrirse de

---

<sup>17</sup> Una regulación muy similar a la de la LCT española de 1944, cuyo art. 76 incluyó, como causa de terminación del contrato, la *“cesación de la industria, comercio, profesión, o servicio fundada en crisis laboral o económica...debidamente autorizada...”*.

estas dos coordenadas. Primera; la Directiva 98/59/CE, además de la definición que da de los despidos colectivos, dispone, respecto al procedimiento que debe cumplirse con anterioridad a que los mismos se concreten: *“Los Estados miembros no estarán obligados a aplicar el presente artículo a los despidos colectivos producidos por el cese de las actividades del establecimiento cuando éste resulte de una decisión judicial”* (art. 4.4.). Segunda; el TJUE registra pronunciamientos en los que ha puntualizado: i) *“...la D.75/129 debe interpretarse en el sentido de que es aplicable en caso de despidos colectivos que resulten del cese definitivo del funcionamiento de una empresa o de una fábrica, decidido únicamente a iniciativa del empresario a falta de decisión judicial previa...”*<sup>18</sup>; ii) *“...la D.75/129 debe interpretarse en el sentido de que es aplicable en caso de despidos colectivos que resulten del cese definitivo del funcionamiento de una empresa o de una fábrica, decidido únicamente a iniciativa del empresario a falta de decisión judicial previa...”*<sup>19</sup>.

## **2.9.- Sobre la necesidad de fijar un parámetro temporal para definir el umbral de afectación.**

En el derecho argentino, la única referencia para el parámetro de afectación es la cantidad de trabajadores que ocupa la empresa (no el establecimiento). Inexplicablemente, se omitió la referencia temporal. A raíz de ello, quedó desdibujada la obligación de agotar el PPC ya que el empleador puede fraccionar o “gotear” el despido, con el fin de evitar esa vía procedimental.

De acuerdo a la Directiva 98/59/CE, los países que integran la Unión Europea tienen dos opciones para establecer un arco temporal de referencia del parámetro de afectación. Durante ese lapso, cada despido que se produzca por causas no inherentes a la persona de los trabajadores computa a fin de establecer la cantidad total de trabajadores despedidos: treinta (30)<sup>20</sup> o noventa 90<sup>21</sup> días. Si escogiera la

---

<sup>18</sup> Caso *“Agorastoudis”*; Asuntos C-187/05 a C-190/05. Sentencia del 07-09-2006.

<sup>19</sup> Caso *“Athinaiki”*; Asunto C-270/05. Sentencia del 15-02-2007.

<sup>20</sup> C.T. de Francia, sección 3: *“Licenciement de moins de dix salaries dans une même période de trente jours”*, y sección 4: *“Licenciement de dix salaries ou plus dans une même période de trente jours”*.

primera, los peldaños de afectación varían en función de los trabajadores ocupados por cada establecimiento o centro de trabajo: a) en los que empleen, habitualmente, más de 20 y menos de 100 trabajadores, los despedidos deben ser, al menos, 10 trabajadores; b) en los que empleen, habitualmente, como mínimo 100 y menos de 300 trabajadores, los despedidos deben alcanzar, al menos, el 10% de los ocupados; c) en los que empleen, habitualmente, 300 trabajadores como mínimo, los despedidos deben ser, al menos, 30 trabajadores. En caso de decantarse por la segunda opción, la cantidad de trabajadores despedidos debe ser, sea cual fuere el número de trabajadores ocupados, habitualmente, en los centros de trabajo, al menos, 20.

Por tanto, aunque sean varios los trabajadores despedidos, no existe obligación de agotar las instancias previas si no se alcanzan los mínimos de afectación dentro de una franja temporal en la cual se van sumando todos los que se produjeran por motivos *“no inherentes a la persona de los trabajadores”* (art. 1.a.i.ii). De lo contrario, sí. El sentido del parámetro temporal, no es otro que el de evitar el “goteo” de los despidos. Sin embargo, esa primera instancia temporal no sería un obstáculo insalvable para el empleador que pretenda esquivar el procedimiento. De ahí que deba ir acompañada de un lapso complementario dentro de cuya duración también sea sumado cada despido ajeno a la persona del trabajador, a los efectos de cuantificar el mínimo de afectación<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Art. 51. Del Estatuto de los Trabajadores de España.

<sup>22</sup> El art. 51.c, in fine, del Estatuto de los Trabajadores de España, dice lo siguiente: *“Cuando en períodos sucesivos de noventa días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en el presente artículo, la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el art. 52 c) de esta ley en un número inferior a los umbrales señalados y sin que concurran causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude a la Ley, y serán declaradas nulas y sin efecto”*. El C.T francés también establece un plazo complementario de cómputo, para evitar las fragmentaciones de los despidos colectivos mayores (más de 10 trabajadores) en despidos colectivos menores (2 a 9 trabajadores). La regla es la siguiente: si durante tres meses consecutivos se despiden más de 10 asalariados, sin llegar a esa cifra en un período de 30 días, todo despido por causas económicas que se produzca dentro de los tres meses

## **2.10.- Sobre la necesidad de reformular el primer umbral de afectación.**

El art. 98 de la LNE ha fijado tres umbrales de afectación, dependiendo del caudal de trabajadores ocupados por la empresa, a fin de delimitar la obligatoriedad del PPC. Así lo será, en caso de que los despidos afecten a más del 15% de los trabajadores, cuando la empresa ocupe menos de 400; a más del 10% de los trabajadores cuando la empresa ocupe entre 400 y 1.000; a más del 5% de los trabajadores, cuando la empresa ocupe más de 1.000. Cuando el despido no alcanza dichos niveles de afectación, sólo se deben cumplir los pasos indicados por el decreto 328/88 (art. 4 del decreto 265/02).

Los distintos umbrales de afectación señalados, son más altos en comparación a los de la Directiva 98/59/CE. Por ejemplo, si la referencia de ocupación fuera 299, un empleador argentino debería despedir, al menos, 44 trabajadores para estar obligado a tramitar el PPC. En cambio, de acuerdo a la Directiva 98/59/CE, a partir de 29 trabajadores despedidos se debería cumplir esa instancia procedimental. Este es otro aspecto a considerar de cara a una eventual reforma.

En la legislación argentina, el primer umbral de afectación es de 15 puntos porcentuales. Una modalidad diferente a la establecida en la Directiva 98/59/CE, que no debería pasar desapercibida porque si se aplicara a pie juntillas la norma legal, el despido de un solo trabajador obligaría a tramitar el PPC cuando la empresa ocupe hasta 6 trabajadores. Digo esto, debido a que en ninguna de las normas

---

siguientes, queda sujeto al procedimiento establecido para los despidos de 10 o más asalariados, en un mismo período de 30 días: *“Lorsqu'une entreprise ou un établissement employant habituellement au moins cinquante salariés a procédé pendant trois mois consécutifs à des licenciements économiques de plus de dix salariés au total, sans atteindre dix salariés dans une même période de trente jours, tout nouveau licenciement économique envisagé au cours des trois mois suivants est soumis aux dispositions du présent chapitre (art. L1233-26, que forma parte de la sección IV, dedicada a los “*Licenciement de dix salariés ou plus dans une même période de trente jours*”).*

de la LNE que regulan el PPC se emplea la palabra “colectivos” en referencia a los despidos. La ley sólo dice despidos, sin especificar a qué tipo se refiere, esto es, si a los colectivos -exclusivamente-, o también a los individuales que encajen dentro de los niveles cuantitativos regulados. Esta falta de certeza demanda una corrección del régimen vigente, a fin de que no quede ninguna duda de la exclusión de los despidos individuales.

Incluso, el modo en que fue establecido el primer umbral de afectación significa que cualquier empresa, independientemente de la cantidad de trabajadores que ocupe, está expuesta a tener que tramitar el PPC en caso de despedir más del 15% de su plantilla. Distinto hubiera sido si al primer escalón del parámetro de afectación se le hubiere asignado un número concreto. En ese caso, las empresas que empleen una cantidad inferior de trabajadores, estarían fuera del régimen procedimental. Por ejemplo, conforme al modelo de la Directiva 98/59/CE, las empresas que emplean menos de 10 trabajadores, no deben someterse a las reglas establecidas en sus arts. 2, 3 y 4, por más que despidieran a la totalidad de sus nóminas.

#### **2.11.- Sobre la necesidad de reformular la referencia de ocupación.**

La cantidad de trabajadores ocupados por la empresa es la referencia para los diferentes umbrales de afectación. No, los ocupados por el establecimiento o centro de trabajo, como dice la Directiva 98/59/CE.

La elección de la empresa como ámbito para la referencia ocupacional, no es irrazonable. Es una manera de neutralizar la posibilidad de fraccionamientos en los despidos por centros de trabajo, con el propósito de evadir el PPC. En otras palabras, si el legislador hubiera escogido el centro de trabajo como punto referencial para la determinación del parámetro de afectación, podría dar lugar a que empresas con varios establecimientos decidan despidos en todos o algunos de ellos, por debajo de los umbrales de afectación, tomando en cuenta la cantidad de ocupados por

la empresa. Eso no los obliga a transitar por el PPC, aún en caso de que la cantidad de despedidos en uno o más centros de trabajo supere cualquiera de los mínimos de afectación. Doy un ejemplo. Pensemos en una empresa con 30 centros de trabajo y un total de 20.000 trabajadores. Estaría obligada a cumplir el PPC si el despido, por las causas mencionadas en el art. 98 de la LNE, afectara a más de 1.000 trabajadores. En cambio, si en uno de sus centros de trabajo fueran despedidos, por esas causas, 300 trabajadores sobre un total de 500 ocupados, y esa situación replicara de igual forma en otros dos centros de modo que el total de trabajadores despedidos fuera 900, no hay tal obligación, pese a que, a nivel de centro de trabajo, estamos ante un despido que supera el correspondiente umbral de afectación (más de 50 trabajadores).

En este aspecto, vale decir, en la referencia de ocupación por empresa, el art. 98 de la LNE coincide con el art. 51.1 (a, b y c) del Estatuto de los Trabajadores de España. Por la razón apuntada en el párrafo inmediato anterior, el Tribunal Supremo le había otorgado prevalencia a la norma nacional sobre la norma comunitaria, por considerarla más favorable a los trabajadores (art. 5 de la Directiva 98/59/CE). Por todas, la STS de 18 de marzo de 2009 que, en lo que interesa, puntualizó: *“Lo cierto es sin embargo, y como ya se ha dicho, que el artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores se refiere de forma inequívoca a la empresa como unidad para el cómputo de los trabajadores afectados, a los efectos de determinar la dimensión colectiva del despido, configurando a la empresa como marco organizativo en el que ha de contabilizarse la plantilla; unidad de computo que cumple mejor la función de garantía, como ha señalado la práctica totalidad de la doctrina científica...”*<sup>23</sup>.

Sin embargo, la mayor favorabilidad no es absoluta. Doy un ejemplo real. Una empresa tiene dos centros de trabajo, situados en ciudades distintas. En uno, ocupa a 164 trabajadores. En el otro, 20 trabajadores. En el primero, el 20 de julio de 2007, despidió a 14 trabajadores por causas económicas. En el mes de septiembre despidió a un trabajador y, entre octubre y noviembre, despidió a otros 3

---

<sup>23</sup> Recurso Nº 1878/2008, ponente, Jorge Augusti Julia.

trabajadores, por las mismas causas. En el segundo centro de trabajo despidió, en agosto de 2012, a 2 trabajadores. Dos más, entre octubre y noviembre del mismo año. Y, el 20 de diciembre de 2012, a 13 trabajadores, también por causas económicas. A los 3 restantes, previo despido por esas causas, los trasladó al primer centro y cerró el segundo. Por tanto, en el primer centro despidió a 18 trabajadores y, en el segundo, a todos.

De acuerdo a nuestra legislación, pese a que en el segundo centro el despido afectó al 100% del personal ocupado, no sería obligatorio iniciar el PPC. Tampoco en España, cuya legislación -idéntica a la nuestra en la referencia de ocupación- dio lugar al asunto C-392/13, de 13 de mayo de 2015, *“Rabal Cañas”*, el TJUE declaró: *“El artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59/CE del Consejo...debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que introduce, como única unidad de referencia, la empresa y no el centro de trabajo, cuando la aplicación de dicho criterio conlleva obstaculizar el procedimiento de información y consulta establecido en los artículos 2 a 4 de esta Directiva, siendo así que, si se utilizase como unidad de referencia el centro de trabajo, los despidos de que se trata deberían calificarse de ‘despido colectivo’ a la luz de la definición que figura en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de dicha Directiva...”*.

**2.12.- Sobre la necesidad de establecer una sanción expresa por incumplir la obligación de iniciar el procedimiento preventivo de crisis. Los despidos colectivos “de hecho”.**

No me parece que pueda controvertirse que los despidos comunicados a los trabajadores, sin haber cumplido previamente la obligación de agotar el PPC, son antijurídicos (por omisión) y dañosos (arts. 1716 y 1717 CCyC). Por



tanto, debe ser sancionada esa conducta despreciativa de la ley. Se trata de los denominados despidos colectivos “de hecho”<sup>24</sup>.

De acuerdo a cómo están redactadas las normas de la LNE y el decreto 265/02, la doctrina no fue uniforme en su interpretación. Rodríguez Mancini, antes de que se dictara el decreto 265/02, se opuso a que los despidos fueran declarados ineficaces cuando el empleador no cumplía la obligación de tramitar el PPC<sup>25</sup>. Criterio contrario sostuvo López<sup>26</sup>, avalando que, ante la carencia de sanción legal específica, debía declararse nulo el despido con fundamento en el art. 18 del Código Civil<sup>27</sup>.

El decreto 265/02, no terminó de darle certeza a la omisión del legislador. No obstante, provocó matizaciones en las autores que tuvimos puntos de vista diferentes. En “*Nuevo régimen de procedimentalización del despido*”<sup>28</sup>, me pronuncié a favor del mantenimiento de las relaciones laborales de los trabajadores a quienes se les hubiera notificado el despido, pero nunca más allá de la duración de la instancia de conciliación regulada por la ley 14.786, a la que alude expresamente la reglamentación. Ello así, a raíz de la facultad otorgada a la autoridad administrativa de intimar al empleador, previa audiencia de partes, a fin de que disponga el cese inmediato de los

---

<sup>24</sup> Por primera vez fue utilizada esa expresión, en la sentencia N° 92/2012, dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, el 27 de julio de 2012, para identificar a los despidos colectivos que fueron decididos sin tramitar el procedimiento previo establecido en el art. 51 del E.T. Sobre el particular, De Castro Marín, E.; “*Despido colectivo ‘de hecho’. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 E.T.*”, Aranzadi, Navarra, 2018; Sáez Lara, Carmen; “*Concepto de despido colectivo*”, en Comentario al Estatuto de los Trabajadores, Libro Homenaje a Tomás Sala Franco (Coord. Goerlich Peset, J.M.), pag. 999, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

<sup>25</sup> Prólogo al libro de mi autoría “*Despidos por causas económicas o empresariales*”, cit., pag. XVI, en el que sostuvo que la respuesta al silencio del legislador no debía perder de vista que el despido, en la ley nacional de empleo, “*constituye una facultad discrecional del empleador que cobra eficacia por su sola voluntad...*”.

<sup>26</sup> Comentario al libro citado en la nota anterior, D.T. 1998-A-259.

<sup>27</sup> Eso fue lo que sostuve hasta el dictado del decreto 265/02, ob. cit., pág. 122.

<sup>28</sup> TySS, 2002, pags.110/111.

despidos para someterse a la negociación propia del procedimiento preventivo de crisis (art. 101 LNE) e, incluso, a la instancia de conciliación prevista en la ley 14.786, una vez finalizado el primero (arts. 6 y 11 decreto 265/02). Sin embargo, el art. 6 del decreto 265/02 da lugar a dos posibilidades: que la autoridad de aplicación haya convocado a la audiencia a que alude la norma reglamentaria, pero que no haya intimado al empleador el cese de los despidos para someterse a la negociación de la instancia procedimental, en caso de que las partes no hubieren arribado a un acuerdo en dicha audiencia; o que ni siquiera haya citado a las partes a esa audiencia.

No hay que perder de vista que la consecuencia prevista en el art. 4 del decreto 265/02 (la incausalidad de los despidos), se circunscribe al incumplimiento de las reglas establecidas en el decreto 328/88. No se proyecta a los despidos comprendidos en el art. 98 de la LNT. Por tanto, seguimos como al principio, vale decir, sin una consecuencia puntual en caso de que el empleador no supeditare su decisión de despedir a la previa tramitación del PPC. El alcance de la norma está bien demarcado: *“Previo a la comunicación de medidas de despido...en empresas que no alcancen los porcentajes de trabajadores determinados en el art. 98 de la Ley N° 24.013, los empleadores deberán seguir el procedimiento contemplado en el Decreto 328/88. Toda medida que se efectúe transgrediendo lo prescripto carecerá de justa causa”*. No sólo que no se ha previsto una consecuencia respecto del empleador que incumple el mandato del art. 98 LNE, sino que tampoco se ha contemplado efecto alguno en caso de que la autoridad de aplicación omitiera ejercer las prerrogativas a que alude el art. 6 del decreto 265/02. No sería jurídicamente lógico pensar que la quietud de la autoridad de aplicación -en este caso- es apta para otorgarle eficacia a los despidos y para desobligar al empleador del trámite procedimental -obligatorio- previo a ellos.

La jurisprudencia, en el marco de una medida cautelar promovida por varios trabajadores incluidos en un despido colectivo contra el empleador que omitió la iniciación del procedimiento preventivo de crisis, le impuso a éste la inmediata reinstalación precautoria (temporal) de los accionantes con derecho al pago

de sus salarios, y a la autoridad de aplicación la tramitación completa de aquella instancia procedimental<sup>29</sup>. Comparto esa solución, en líneas generales. Incluso, entiendo que una vía alternativa podría ser la acción preventiva regulada en los arts.1711 a 1715 CCyC, dirigida contra el empleador y la autoridad de aplicación, a fin de obtener una sentencia que les imponga, a cada uno, las respectivas obligaciones de hacer que han incumplido. No me parece que la desarticulación de los efectos de los despidos, dentro del marco del procedimiento de crisis, sea de competencia exclusiva de la autoridad de aplicación, y que, en consecuencia, los jueces se vean imposibilitados de dictar una sentencia que le ordene al empleador someterse al procedimiento de crisis y a reincorporar a los trabajadores despedidos hasta agotar esa instancia, con fundamento en los arts. 775 y 777, inciso a) del CCyC. Incluso, como el incumplimiento del empleador representa una omisión antijurídica causativa de un daño concreto a los trabajadores afectados (la pérdida del salario y la obstaculización de una instancia negocial destinada a amortiguar los efectos de los despidos), los trabajadores podrían interponer la acción preventiva prevista en el art. 1711 del CCyC, a fin de que se condene al empleador a cumplir el art. 98 de la LNE.

Para evitar la situación de inseguridad jurídica que provoca el estado actual del tema, estimo que en una eventual reforma debería contemplarse la ineficacia de los despidos decididos sin haber concluido el PPC, porque si el empleador comprendido en los niveles de afectación previstos del art. 98 de la LNE, “deberá” sustanciar esa instancia, cualquier sanción distinta a la propuesta despidos desnaturalizaría completamente esa obligación, susceptible de ser cumplida<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> CNAT, Sala X, en autos “Barreto Víctor y otros c/ Industrias Lear de Argentina SRL s/ medida cautelar”, Expte. 62024/2014, sentencia del 16-12-2014. Ver, también, Dictamen N° 62124/2014, del 10-12-2014, del Fiscal General. En contra, Rodríguez Mancini, J., “Medida cautelar de reinstalación en el procedimiento preventivo de crisis”, J.A., N° 8, 2015-1, pag.49.

<sup>30</sup> En esa línea, el art. 124.11 de la ley española 36/11, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (BOE, N° 245, de 11 de octubre de 2011: “La sentencia declarará nula la decisión extintiva únicamente cuando el

**2.13.- Sobre la necesidad de una regulación concreta de la relación entre el convenio colectivo del procedimiento preventivo de crisis y los que sean de aplicación a la empresa que fue parte.**

El art. 103 de la ley 24.013, dispone: *“Si las partes...arribaren a un acuerdo, lo elevarán al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, quien...podrá homologar el acuerdo “con la misma eficacia que un convenio colectivo de trabajo”.*

En realidad, la naturaleza del acuerdo dependerá de las medidas que pretenda adoptar el empleador. Si sólo pretendiera el despido de una cantidad de trabajadores que alcance los parámetros de afectación del art. 98 de la ley 24.013, no parece que el acuerdo fuere colectivo en el sentido que a esa voz le da la ley 14.250, pese a que actúe una asociación sindical con personería gremial en representación de los trabajadores afectados, ya que, en ese caso, dicha asociación intervendrá -siempre que cumpla lo dispuesto en el art. 22 del decreto 467/1988- en los términos del art. 31.a) de la ley 23.551. Por tanto, se trata de acuerdos o convenios no comprendidos en la ley 14.250, pese a que una vez homologados la ley les haya atribuido -en mi opinión, desacertadamente- la eficacia de un convenio colectivo de trabajo (art. 103.a. de la ley 24.013). Pero podría darse, también, que el convenio incorpore otras medidas, por ejemplo, innovaciones tecnológicas y cambios organizativos; recalificación y formación profesional de los trabajadores no afectados por los despidos; recolocación de los trabajadores despedidos y ayudas a los mismos para la creación de emprendimientos productivos; y hasta el descuelgue del convenio colectivo aplicable. Estas medidas, cuando acompañen a los despidos, comprometen no solamente el interés de los trabajadores afectados, sino el de todos los que ocupe, o eventualmente fuere a ocupar

---

*empresario no haya realizado el período de consultas...o no haya respetado el procedimiento establecido en el art. 51.7...”.* Sugiero la lectura de la STS de 07 de febrero de 2018 (Rec. Nº 487/2016; Res. Nº 112/2018), en la que se declaró nulo un despido colectivo por no haber tramitado el procedimiento establecido en el art. 51 del E.T.

la empresa. De ahí que si el acuerdo incluye algunas de las materias referidas, su naturaleza colectiva no debería ponerse en tela de juicio.

Las preguntas concretas, respecto de estos acuerdos o convenios, son las siguientes: ¿pueden modificar a la baja al convenio de ámbito superior aplicable?; ¿un convenio de ámbito superior posterior, puede modificar un convenio o acuerdo del procedimiento de crisis anterior? Las preguntas pueden juzgarse carentes de toda lógica, ya que, naturalmente, o modifican a la baja a los convenios anteriores de ámbito mayor, o deciden su inaplicación total o parcial. Sin embargo, la falta de previsiones expresas de la ley respecto de la situación planteada, hace pensar que son apropiados dichos interrogantes.

El art. 19, inciso b) de ley 14.250, dispone: *“Un convenio posterior de ámbito distinto, mayor o menor, modifica al convenio anterior en tanto establezca condiciones más favorables para el trabajador. A tal fin, la comparación de ambos convenios deberá hacerse por instituciones. No hay ninguna excepción al respecto. La regla absoluta: prevalencia del convenio más favorable, aunque en la comparación ingresara un convenio o acuerdo del procedimiento de crisis cuya finalidad, como apunté, no es mejorar el convenio de ámbito mayor. Por consiguiente, de acuerdo a las normas vigentes, no deberían ser homologados por la autoridad de aplicación, dado que el empeoramiento de las condiciones laborales del convenio anterior implicaría una violación a normas de orden público (arts.18.d y 19.b de la ley 14.250). Y si lo fueran, quedarían sujetos a ser declarados inválidos por un juez. En definitiva, un convenio o acuerdo que hoy sólo sirve para hacer especulaciones teóricas. Tres precedentes que dan sustento a esa observación: “Perrupato”<sup>31</sup>, “Ramirez”<sup>32</sup> y “Vargas”<sup>33</sup>.*

La disputa judicial tuvo como eje un acuerdo o convenio celebrado en el marco de un PPC, en el que participaron un empleador (Asociación Francesa

---

<sup>31</sup> CNAT, Sala II, 5-4-11, SD 99.094.

<sup>32</sup> CNAT, Sala IV, 29-02-12, SD 96.101.

<sup>33</sup> CNAT, Sala VII, 25-02-13, DT, 2013-1640.

Filantrópica y de Beneficencia - Hospital Francés,) y una entidad sindical con personería gremial (Asociación de Trabajadores de la Sanidad Argentina – Filial Buenos Aires). Las sentencias, en las que se observan líneas de argumentación coincidentes, descartaron su eficacia, no obstante contar con la homologación ministerial.

La Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia -Hospital Francés, celebró un acuerdo con la entidad sindical mencionada precedentemente, por el lapso de diez meses (cláusula 1), que alcanzó a todos los trabajadores, convencionales y no convencionales (cláusula 2). En virtud de ese acuerdo, los trabajadores iban a percibir el 70% de su salario normal y habitual, con carácter no remunerativo y con un techo de dos mil pesos mensuales, importe totalmente cancelatorio de los salarios correspondientes a cada mes (cláusula 3). De esos pagos, en virtud de un acuerdo celebrado entre el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación y la Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia, se hizo cargo el primero en concepto de “ayuda económica”. Se pactó, además, un compromiso de paz social por el cual los trabajadores se comprometieron a no realizar medidas de acción directa, y la empleadora a mantener la fuente de trabajo (salvo en caso de despido disciplinario), y a pagar los importes acordados sin demora (cláusula 8). Los actores reclamaron las diferencias de remuneraciones, a lo que se opuso la demandada argumentando que dicha reducción fue pactada con la entidad sindical respectiva, y que aquél convenio había sido homologado por la autoridad de aplicación. En las tres sentencias se acogieron las pretensiones de los actores.

Las sentencias que hicieron lugar al reclamo de los actores por diferencias salariales, restándole “validez” o “eficacia” al convenio del procedimiento de crisis homologado por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, se fundaron en los siguientes argumentos.

Primero. Inexistencia de una real negociación. Imposición unilateral del empleador.

*“La rebaja implementada en los términos descriptos...no aparece como derivada de una real negociación de las partes...sino de una imposición unilateral de la empleadora en función de una conveniencia propia derivada de la situación económica que atravesaba, respecto de la cual Perrupato resulta ajena. Tampoco se aprecia que la reducción salarial...haya implicado para la actora la obtención de algún otro beneficio...Obviamente que el mantenimiento de la fuente de trabajo no puede considerarse un beneficio emergente del acuerdo porque se trata de un derecho con el que la actora ya contaba de disposiciones de orden público y del sistema de estabilidad relativa impropia adoptado por la ley general...” (Sala II en “Perrupato”).*

*“...el salario constituye un elemento estructural del contrato de trabajo y, por lo tanto, ajeno al ámbito del ius variandi e inmodificable por decisión de la empleadora...la reducción del salario decidida por la demandada no puede justificarse en una situación de crisis, porque ello implicaría para el trabajador la asunción de las pérdidas, que constituyen un riesgo propio del emprendimiento...Si la fuerza mayor o la falta de trabajo estaban debidamente acreditadas, lo que debió hacer es disponer las pertinentes suspensiones...” (Sala IV, en “Ramírez”)*

*“La rebaja implementada de manera unilateral por la empleadora se originó en el marco de la crisis económica por la que atravesaba...vulnera normas imperativas del orden público laboral e implicaría convalidar la resignación forzada de los derechos laborales que le pertenecen por ley a la trabajadora quien resulta ajena a las vicisitudes del alea empresarial...” (Sala VII, en “Vargas”).*

No parece acertado afirmar que la rebaja salarial tuvo su origen en una decisión unilateral del empleador. Hubo un acuerdo colectivo homologado por la autoridad de aplicación, en el marco del procedimiento preventivo de crisis. Un acuerdo con vigencia limitada a diez meses, en el que los trabajadores estuvieron representados por la entidad sindical con personería gremial. Ese desacierto, ha llevado a la cita de normas que no son aplicables en situaciones como las que aquí se tratan. El art. 12 de la LCT (citado en Vargas) es una norma pensada para aplicarse en la órbita de

la autonomía individual, no frente a un procedimiento preventivo de crisis en el que estén en juego cuestiones vinculadas al interés colectivo representado por la entidad sindical pertinente.

Segundo. La negociación con la entidad sindical no puede reducir el salario emergente del contrato de trabajo.

*“...es también evidente que la negociación que se llevó a cabo con la entidad sindical...carece de eficacia para establecer una condición remuneratoria menos favorable que la emergente del contrato individual (arg. Art. 8 de la ley 14.250 y art. 8 LCT)...”* (Sala II en “Perrupato”).

*“los acuerdos que hayan sido suscriptos por las partes en donde se vulneran normas específicas de orden público laboral pueden ser pasibles de nulidad por más que hayan estado homologados soy de la opinión que su mero silencio o la simple aceptación pasiva de las modificaciones que se le hagan a su contrato individual...sólo reconoce el mero temor de la pérdida de su ingreso, de su fuente de trabajo...”* (Sala VII, en “Vargas”).

Tampoco comparto los fundamentos que acabo de transcribir. En primer lugar, en ninguna de las sentencias dictadas se hizo alusión a la existencia de contratos individuales que hayan mejorado el nivel salarial del convenio colectivo aplicable. Por lo tanto, lo que realmente existió fue un acuerdo de descuelgue, admitido por el art. 20 ley 14.250. La relación fue, pues, entre dos convenios colectivos de trabajo de ámbitos funcionales diferentes, con la particularidad de que el acuerdo de ámbito menor, en este caso, sólo puede tener sentido cuando altera a la baja ciertas condiciones del convenio de ámbito mayor. En ninguna de las sentencias se hizo foco en el presupuesto básico para convalidar el acuerdo celebrado en el marco del procedimiento preventivo de crisis. Los argumentos que se han utilizado no fueron los adecuados. Debieron analizarse las causas de la crisis empresarial, y solamente ante la falta de prueba respecto de la actualidad y objetividad de las mismas, debió hacerse lugar al reclamo de los actores.



### **3.- En síntesis.**

El despido es la vicisitud más traumática del contrato de trabajo. Y cuando alcanza a una cantidad considerable de trabajadores, produce un impacto mayúsculo que debe preocupar y ocupar a políticos, empresarios y dirigentes sindicales. También, naturalmente, a los jueces y a los que ejercemos la docencia.

Hagamos un ímprobo esfuerzo para contar con una regulación acorde a la trascendencia social y económica del tema, que les permita a las empresas contar con los instrumentos jurídicos aptos para hacer frente a las dificultades que se le presenten y para adecuarse a los cambios que les toquen o decidan enfrentar, sin perder de vista que, tan importante como eso, es que los trabajadores despedidos vuelvan a trabajar en condiciones dignas, lo más pronto posible.