

**ASOCIACIÓN ARGENTINA
DE DERECHO DEL TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

Presidente	HÉCTOR O. GARCÍA
Vicepresidente	ANA BARILARO
Secretaria	SILVIA GUTIÉRREZ GARAY
Tesorero	ABEL DE MANUELE
Vocales titulares	VICTORIA PÉREZ TOGNOLA LILIANA RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ JORGE GARCÍA RAPP JUAN MANUEL ARIAS MIGUEL ÁNGEL GORLA ESTEBAN CARCAVALLO
Vocales suplentes	JAVIER H. DELFINO JUAN PABLO MUGNOLO
Revisores de cuentas	LAURA CHAHER JUAN CARLOS MARIANI MARÍA TERESA ALONSO PARDO

Anuario

Asociación Argentina de Derecho
del Trabajo y de la Seguridad Social

(A. A. D. T. y S. S.)

EDITOR RESPONSABLE

HÉCTOR O. GARCÍA

SECRETARIA DE REDACCIÓN

LILIANA RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ

CONSEJO DE REDACCIÓN

ANA BARILARO

RICARDO A. GUIBOURG

JOSÉ RODRÍGUEZ PONTE

ALBERTO L. RIMOLDI

ÍNDICE GENERAL

<i>Presentación</i> , por JUAN MANUEL DOMÍNGUEZ	9
<i>Las indemnizaciones previstas en la ley 25.323</i> , por LEONARDO BLOISE	17
<i>Estatutos especiales y otros regímenes particulares. Indemnizaciones por extinción del vínculo</i> , por SEBASTIÁN A. CAFFINI	83
<i>Indemnizaciones tarifadas y no tarifadas en la Ley de Contrato de Trabajo</i> , por CARLOS ALBERTO ETALA	133
<i>Indemnizaciones y multas por falta de registro o deficiencias registrales</i> , por SILVIA E. PINTO VARELA	175
<i>Indemnización por falta de cumplimiento de las obligaciones exigibles al momento de la extinción del contrato de trabajo</i> , por ELSA PORTA	219
<i>Artículo 2º de la ley 25.323. Estado de la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (2015)</i> , por GISELLE BLANCHARD	247
ÍNDICE SUMARIO	283

PRESENTACIÓN

En lo personal, siempre es un honor recibir alguna propuesta de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social –ya sea para dar una charla, dictar una clase, organizar un curso, coordinar una jornada, moderar una reunión académica, o escribir un artículo–. Mas, en esta singular ocasión que nos convoca, al honor de la invitación se suma el privilegio de ser una de las primeras personas que da con la lectura de los artículos que integran el presente *Anuario* de la AADTSS, lo cual impone que exponga mi propio agradecimiento a la institución –y sus representantes– por este acontecimiento.

Como ya es costumbre, la Asociación, desde hace más de un lustro, anualmente nos acerca una obra temática en la cual intervienen diversos profesionales de nuestra disciplina –con distinto grado de trayectoria e inserción en el ámbito jurídico–, a fin de abordar, desde distintos puntos de partida, una problemática o institución específica.

Confieso que ha sido un gusto afrontar la tarea encomendada, analizando las distintas intervenciones que integran este volumen, que convergen en un estudio pormenorizado, sesudo e integral centrado en el tema *Indemnizaciones*.

La obra consta de cinco artículos doctrinarios y de un estudio esquemático comparativo de la jurisprudencia de las salas que integran la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo respecto de un rubro particular, acerca de los cuales me referiré a continuación.

CARLOS ALBERTO ETALA se centra en el estudio de las *Indemnizaciones tarifadas y no tarifadas en la Ley de Contrato de Trabajo*,

advirtiendo la coexistencia en nuestro cuerpo legal más importante del Derecho individual del Trabajo de ambas tipologías de reparaciones. Resalta que una de las características principales de la tarifa es sustraer de la apreciación de los jueces la estimación monetaria de los daños ocasionados, a través del establecimiento de parámetros legales para su cálculo, sin perjuicio de destacar que el límite que en su relación fijó la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* “Vizzoti, Carlos Alberto c/AMSA SA” –67% de la base remuneratoria como punto tolerable para que la reducción de la misma no se torne confiscatoria– trasuntó la creación de una tasa que ya no es legal, sino judicial. El estudio es muy profundo en cuanto recorre y desarrolla las distintas hipótesis indemnizatorias contenidas en el Régimen de Contrato de Trabajo, estableciendo cuáles reposan, en estricto, en una tarifa para determinarlas, y cuáles poseen una mixtura de ambos sistemas; asimismo, determina aquellas en relación a las cuales la norma remite en forma directa o explícita al Derecho común, en contraposición de otras en que la derivación es implícita.

En concreto, la exposición se desarrolla sobre las siguientes cuestiones: “indemnizaciones en caso de un contrato de trabajo que no ha tenido principio de ejecución”, “resarcimiento de los daños sufridos por el trabajador en sus bienes por el hecho o en ocasión del trabajo”, “la ruptura del contrato durante el período de prueba”, “la ruptura anticipada de un contrato a plazo fijo”, “la ruptura de un contrato de trabajo por temporada”, “la ruptura anticipada de un contrato de trabajo eventual”, “responsabilidad civil del empleador”, “la indemnización sustitutiva del preaviso”, “la indemnización por antigüedad”, y “reparación tarifada y daños mayores”.

Etala, en definitiva, nos presenta un interesante abordaje sobre las distintas indemnizaciones contenidas por el régimen general laboral –según su característica forfataria, o no–, siendo dable destacar, con énfasis, la meticulosa referencia que realiza respecto de las “nuevas” normas del Código Civil y Comercial de la Nación para la determinación de la procedencia y extensión de los supuestos indemnizatorios basados en el Derecho común. Observa el autor, como punto destacable, el aumento de decisiones judiciales que trasuntarían un avance del Derecho común en el ámbito de las relaciones laborales, con distintas fundamentaciones para justificar su aplicación y dispares

criterios para cuantificar las reparaciones que reconocen, concluyendo que sería conveniente racionalizar y tipificar legislativamente las diversas situaciones y sus correspondientes soluciones con la finalidad de otorgar un mayor grado de certeza y seguridad jurídica a ambas partes de la relación contractual laboral.

SEBASTIÁN CAFFINI formuló su aporte titulado *Estatutos especiales y otros regímenes particulares. Indemnizaciones por extinción del vínculo*, poniendo en relieve una nota característica muy propia de la legislación argentina en general, cual es su dispersión, inconexidad, superposición y redundancia. Señala que la legislación laboral participa de dicha imperfección, advirtiendo que muchos de sus institutos se encuentran regulados por un complejo entramado normativo formado por disposiciones de diversa jerarquía, naturaleza y origen, imponiendo una ardua labor interpretativa.

El autor, en su ponencia, se concentra en aquellas actividades reguladas por estatutos especiales o que poseen un marco normativo específico, y que prevén regímenes indemnizatorios que desplazan o complementan los previstos en la legislación laboral general. En ese cauce, identifica una veintena de estatutos vigentes –al menos formalmente–, de los cuales doce suscitan su interés académico, en cuanto poseen regulaciones distintivas en materia de extinción; ellos son: operadores radiotelegráficos y afines, conductores particulares, periodistas, empleados administrativos de empresas periodísticas, encargados y ayudantes de casa de renta, servicio doméstico o personal de casas particulares, viajantes de comercio, gente de mar, jugadores de fútbol profesional, trabajadores de la industria de la construcción, trabajo agrario, y contratistas de viñas y frutales; además, también refiere a la extinción según la Ley Marco del Empleo Público Nacional.

El escrito de Caffini está muy bien sistematizado, y la información relevada luce adecuadamente examinada y correlacionada según los regímenes normativos aplicables a cada tipología de vínculos; además, es interesante, pues no deja de exponer sus puntos de vista críticos respecto a la pérdida de vigencia material o actual de ciertos estatutos (por haber desaparecido las relaciones que estaban llamados a regular) o la imperiosa necesidad de su adecuación a las actuales modalidades de la prestación.

LEONARDO BLOISE escribió un extenso artículo sobre *Las indemnizaciones previstas en la ley 25.323*. Encara un exhaustivo análisis, por separado, de los distintos incrementos que contiene la norma en cuestión en sus artículos 1º y 2º. En cuanto al primero de ellos, analiza la estructura interna de la norma, y desarrolla el tema a lo largo de distintos acápites: naturaleza jurídica del incremento; conceptualización del presupuesto “relación laboral no registrada o registrada en modo deficiente”; supuestos alcanzados según diversos modos de extinción del contrato de trabajo; situaciones no alcanzadas por ser relaciones regidas por normas estatutarias específicas; aspectos procesales de la aplicación del artículo 1º de la ley 25.323; cuantía del agravamiento y rubros que duplica; diferencias entre la ley 24.013 y el artículo 1º de la ley 25.323; incompatibilidad con las indemnizaciones de la ley 24.013; ejemplificación práctica de su aplicación.

En cuanto al “recargo indemnizatorio” reglado por el artículo 2º de la norma, luego de afirmar que el precepto se relaciona con el deber de fidelidad y buena fe del empleador, y que pretende evitar maniobras dilatorias de parte de éste, el autor transita el examen de la disposición legal sobre la base de estos aspectos: su naturaleza jurídica; su ámbito de aplicación personal, según diversos estatutos especiales, y las doctrinas plenarias de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo; procedencia en los despidos indirectos; requisitos de aplicación (mora del empleador, intimación de pago y oportunidad para cursarla, inicio de acción judicial o de la instancia administrativa); forma de cálculo; eximición total o parcial; acumulación con otras indemnizaciones (leyes 24.013, 25.323 –art. 1º–, art. 275, LCT y art. 9º, ley 25.013); aplicabilidad simultánea de los artículos 2º, ley 25.323 y 9º, ley 25.013; ejemplo práctico.

Es muy destacable el aporte de Bloise, no sólo por ser un estudio muy completo y abarcativo de numerosos aspectos controversiales de la aplicación de las disposiciones legales en examen, sino también por encontrarlo muy rico en cuanto a la invocación de numerosos fallos judiciales –de diversas soluciones–, además de ejemplificar en forma práctica la concreción aritmética de los incrementos.

SILVIA PINTO VARELA encaró la temática *Indemnizaciones y multas por falta de registro o deficiencias registrales*, elaborando un trabajo preciso, prolijo, completo y cálidamente escrito. Resalta, con

énfasis, el flagelo que constituye el “empleo clandestino”, indicando los perjuicios que acarrea tanto para el trabajador y su entorno familiar como, así también, para la sociedad toda. Indica las distintas herramientas que poseen los poderes públicos estatales (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) para combatirlo, efectuando un interesante y profundo análisis de las distintas normativas –de diversa índole– referidas a la “registro laboral”.

Explica, con claridad, el cambio relevante, en la materia, que trajo aparejado el régimen de la ley 24.013, profundizando en las distintas aristas de su aplicación (recaudos, vigencia del contrato de trabajo, intimación al empleador, plazo, notificación a la AFIP, vicisitudes procesales, cálculos de las indemnizaciones de los arts. 8° a 10); trata en conjunto el agravamiento indemnizatorio de los artículos 15, ley 24.013 y 1°, ley 25.323, identificando puntos comunes y distinguiendo sus diferencias (vigencia del contrato, época del despido, extensión del incremento, acumulabilidad, posibilidad de morigeración o eliminación); abordando, por otra parte, la cuestión de la prescripción de la acción.

Es muy interesante el planteo que “introduce” Pinto Varela cuando –al examinar la facultad judicial de reducción del artículo 16 de la LNE– hace referencia a las relaciones inmersas en “zonas grises”, señalando que uno de los grandes temas y desafíos actuales del Derecho del Trabajo, frente a los cambios tecnológicos y de paradigmas acaecidos desde la segunda parte del siglo XX, es identificar sus límites y fronteras, sobre todo ante el surgimiento de nuevas relaciones, respecto de las cuales se dificulta determinar su inclusión –o no– en el marco protectorio.

ELSA PORTA se aboca al tema *Indemnización por falta de cumplimiento de las obligaciones exigibles al momento de la extinción del contrato de trabajo*, y desarrolla, en forma clara, pormenorizada e inteligente, distintos aspectos del incremento regulado por el artículo 2° de la ley 25.323. Agota los diversos aspectos sobre el tema (finalidad de la norma, carácter del rubro, ámbito de aplicación temporal y personal, requisitos de procedencia, prescripción, criterios de aplicación, supuestos de aplicabilidad y de inaplicabilidad del incremento, créditos sobre los que repercute, casos de reducción o eximición judicial, y compatibilidad con otras sanciones), siempre expli-

citando –y fundando– su posicionamiento personal pero, también, indicando otras interpretaciones doctrinarias o judiciales, contrarias a las de la autora.

Porta, que inicia su completo análisis desde la identificación de los objetivos del legislador, que serían sintetizables en los de compeler al empleador a pagar en tiempo y forma las indemnizaciones por despido y desalentar la litigiosidad innecesaria, llega a la conclusión de que la normativa no habría cumplido su finalidad. Así lo entiende pues, a más de quince años de su vigencia, observa que los trabajadores siguen sin percibir las reparaciones derivadas del despido arbitrario en tiempo oportuno (sino que lo hacen –si es que lo logran– luego de largos trámites y procesos). Aunque reconoce que las causas de dicha situación son múltiples, destaca entre ellas las crisis recurrentes que aquejan a la economía y la generalizada falta de respeto por las normas.

Asevera, finalmente, que está en manos de la justicia desalentar maniobras dilatorias, proponiendo la aplicación de tasas de interés que demuestren que la falta de pago de las indemnizaciones laborales deje de ser una fuente de financiamiento barato y que, por lo tanto, incentive al empresario a cumplir la ley.

GISELLE BLANCHARD, por su parte, elaboró una sistematización sobre el *Estado de la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo* respecto del artículo 2º de la ley 25.323. En su aporte, luego de destacar las tres sentencias plenas del tribunal que –directamente– se relacionan con la norma referenciada, la autora expone la información recopilada en un cuadro de doble entrada en el que se aprecian los criterios de las diez salas de la Alzada laboral sobre once aspectos medulares del incremento indemnizatorio estudiado, a saber: “Intimación simultánea al despido (luego de la vigencia del art. 255 bis, LCT)”; “Procedencia del incremento si la empleadora abonó indemnizaciones insuficientes”; “¿Comprende indemnizaciones establecidas en estatutos u otras normas distintas a la LCT?”; “Procedencia en casos de extinción (conf. arts. 212, párr. 4º, 248 y 249, LCT)”; “Procedencia en casos de extinción (conf. art. 212, párr. 3º, LCT)”; “Características del emplazamiento”; “Actos que se asimilan (o no) a la intimación fehaciente exigida por el artículo 2º, ley 25.323”; “Causas que justifican (o no) la conducta del empleador

y autorizan a la reducción del recargo o a la eximición de su pago (segundo párrafo art. 2º, ley 25.323)”; “Procedencia en despidos indirectos y en despidos directos con causa no acreditada”; “Puesta a disposición de la liquidación final”; “Multa del artículo 9º, ley 25.013. ¿Procede aplicación simultánea con el artículo 2º, ley 25.323?”

La información que ofrece esta presentación luce muy adecuadamente organizada, precisándose en el caso particular de cada sala los votos individuales cuando el temperamento no es unánime de todos sus integrantes. En sustancia, se trata de una base de datos muy completa –que consta de más de ciento veinte sentencias de Cámara, rigurosamente sistematizadas–, de muy fácil y rápida consulta, cuya utilidad práctica vale destacar.

En suma, la obra cuya presentación se me ha encomendado no es más que un nuevo acto científico de concreción del objeto de esta Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social destinada a “...promover, realizar y difundir estudios del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social...” (art. 1º de su Estatuto). La calidad jurídica de los trabajos aportados me impone, por un lado, invitar muy fervientemente a los asociados –y al público interesado– a la lectura de este volumen; por otra parte, felicitar a los autores por sus producciones, y a nuestra querida Asociación –y sus autoridades– por la consecución de sus fines, y, finalmente, a riesgo de ser reiterativo, expresar mi gratitud personal por haberme otorgado el privilegio –y permitido el disfrute– de elaborar esta Presentación.

JUAN MANUEL DOMÍNGUEZ

LAS INDEMNIZACIONES PREVISTAS EN LA LEY 25.323

por **LEONARDO BLOISE**

SUMARIO: 1. El incremento del artículo 1° de la ley 25.323. Naturaleza jurídica. 2. Estructura interna de la norma. 3. Relación laboral no registrada o registrada en modo deficiente. Definición. 4. Distintos supuestos de deficiente registro laboral. 5. Diversos modos de extinción del contrato de trabajo. Supuestos alcanzados. 6. Relaciones regidas por normas estatutarias específicas. Situaciones no alcanzadas. 7. Aspectos procesales de la aplicación del artículo 1° de la ley 25.323. 8. Cuantía del agravamiento. Rubros que duplica. 9. Diferencias entre la ley 24.013 y el artículo 1° de la ley 25.323. 10. Incompatibilidad con las indemnizaciones de la ley 24.013. 11. Ejemplo práctico de aplicación del artículo 1° de la ley 25.323. 12. El recargo indemnizatorio del artículo 2° de la ley 25.323. 13. Naturaleza jurídica. 14. Ámbito personal de aplicación. Estatutos especiales. Los fallos plenarios “Casado”, “Iurleo” y “Gauna” de la CNAT. 15. Procedencia en el despido indirecto. 16. Requisitos para su aplicación. a) Mora del empleador. b) Supuestos no alcanzados por la norma. Mora en el pago de otras obligaciones. c) Intimación de pago. d) Inicio de la acción judicial o de la instancia administrativa previa. 17. Forma de cálculo. 18. Eximición. 19. Eximición parcial. 20. Acumulación con otras indemnizaciones. a) Con las indemnizaciones de la ley 24.013. b) Con el agravante del artículo 1° de la misma ley 25.323. c) Con las sanciones de los artículos 275 de la LCT y 9° de la ley 25.013. d) Aplicabilidad simultánea de los artículos 2° de la ley 25.323 y 9° de la ley 25.013. 21. Ejemplo práctico de aplicación del artículo 2° de la ley 25.323.

La ley 25.323 consta de tres artículos, dos de ellos operativos que regulan consecuencias jurídicas para dos situaciones de hecho completamente diversas entre sí, y finalmente el tercero es de forma.

1. El incremento del artículo 1° de la ley 25.323. Naturaleza jurídica

En relación con la naturaleza jurídica de la norma bajo análisis podemos observar las siguientes posturas:

a) *Indemnización agravada*: Se trata de una indemnización agravada que deriva de una situación especialmente tutelada, como las del despido por matrimonio, por embarazo, el de representantes sindicales o el del trabajador con licencia por enfermedad.

b) *Complementario del artículo 245 de la LCT*: La diferencia más importante que se puede apuntar entre las reglas de los artículos 7° a 17 de la ley 24.013 y el artículo 1° de la ley 25.323 es que, mientras que con aquéllas se buscaba promover la regularización y la preservación de las relaciones de trabajo, evitando así su liquidación –lo que explica la exigencia del artículo 3° del decreto 2725/91–, éste se torna eficaz sólo cuando ya se extinguió el vínculo y el empleador desoyó las advertencias sobre la necesidad y conveniencia de evitar toda forma de clandestinidad. En este supuesto se interpreta que el texto del artículo 1° aparece redactado de modo imperativo: “...las indemnizaciones [...] serán incrementadas...” Esta redacción permite interpretar que, aun cuando el trabajador no hubiera reclamado la indemnización especial, el juez debería imponer su pago de oficio. Esta tesis modificaría las previsiones del artículo 245, LCT, por lo que al tornarse procedente dicho artículo también sería procedente la indemnización del artículo 1° de la ley 25.323 de oficio.

En nuestra opinión, los agravamientos indemnizatorios previstos en los artículos 1° y 2° de la ley 25.323 no pueden resultar integrativos de la indemnización por antigüedad porque la causa fuente y la causa fin de la indemnización que deriva del despido incausado son distintas a la de los agravamientos en cuestión.

En efecto, emergen de normas diferentes: mientras la indemnización por antigüedad está dirigida a reparar las consecuencias dañosas que derivan del acto ilícito en virtud del cual se disuelve el vínculo, el agravamiento o el incremento indemnizatorio previsto en el artículo 1° penaliza la ausencia total o parcial de registro, en tanto que el artículo 2° de la ley 25.323 sanciona la mora en el pago de las

indemnizaciones. Por ende, y dado que los incrementos establecidos en los artículos 1º y 2º de la ley 25.323 no reemplazan las indemnizaciones a las que hace referencia el propio artículo citado ni la integran, no corresponde proyectar la incidencia de aquél sobre éstas¹.

c) *Complementario de la ley 24.013*: Se sostiene en esta postura que el artículo 1º fue concebido como un régimen complementario del diseñado por la ley 24.013, aplicable en aquellos casos en que, pese a configurarse los requisitos de los artículos 8º, 9º y 10 de esta última ley (falta de registro o registro deficiente de la relación laboral), las indemnizaciones allí previstas no resultan procedentes por incumplimiento de los recaudos formales (omisión o insuficiencia de la intimación del art. 11). Esta relación de complementariedad queda aún más de relieve en el párrafo final del artículo 1º de la ley 25.323, según el cual “El agravamiento indemnizatorio establecido en el presente artículo, no será acumulable a las indemnizaciones previstas por los artículos 8º, 9º, 10 y 15 de la ley 24.013”².

Según esta tesis, se trata de una relación de complementariedad porque el artículo 1º de la ley 25.323 viene a llenar el vacío legal dejado por la ley 24.013 en cuanto a la situación del trabajador no registrado (o registrado de forma deficiente) que no ha cursado la intimación respectiva durante la vigencia de la relación laboral. Esto se afirma porque la ley 25.323 tuvo su origen en un proyecto del diputado Horacio F. Pernasetti, en el que se propiciaba originariamente la incorporación a la LCT de dos artículos (el 245 bis y el 245 ter) que preveían sendos incrementos indemnizatorios: el primero para el caso de despido del trabajador no registrado (o registrado de modo deficiente) y el segundo para el supuesto de falta de pago de las indemnizaciones derivadas del despido. Luego, la Comisión de Legislación del Trabajo de la Cámara de Diputados suprimió la incorporación formal de los nuevos preceptos a la LCT, con lo que pasarían a constituir un texto separado de aquel cuerpo normativo.

¹ CNAT, sala II, SD 95.740, 15-5-2008, “Zilli, Osvaldo Mario c/Norte Indumentaria SA y otro s/Despido”.

² GUIBADO, Héctor C., *El incremento indemnizatorio del artículo 1º de la ley 25.323*, en D. T., 2010 (julio), p. 1679.

2. Estructura interna de la norma

La primera situación de hecho de la que se pretende derivar una consecuencia jurídica para el supuesto típico es la de aquella relación laboral que, al momento del despido, no esté registrada o lo esté de modo deficiente.

Este artículo está conformado por tres párrafos:

- a) El primero se refiere al objeto de la norma y establece que “Las indemnizaciones previstas por las leyes 20.744 (texto ordenado en 1976), artículo 245 y 25.013, artículo 7º, o las que en el futuro las reemplacen, serán incrementadas al doble cuando se trate de una relación laboral que al momento del despido no esté registrada o lo esté de modo deficiente”.
- b) El segundo, a la aplicación de la norma en el tiempo: “Para las relaciones iniciadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley, los empleadores gozarán de un plazo de treinta días contados a partir de dicha oportunidad para regularizar la situación de sus trabajadores, vencido el cual le será de plena aplicación el incremento dispuesto en el párrafo anterior”.
- c) El tercero y último está referido a la articulación con la ley 24.013: “El agravamiento indemnizatorio establecido en el presente artículo, no será acumulable a las indemnizaciones previstas por los artículos 8º, 9º, 10 y 15 de la ley 24.013”.

Creemos necesario señalar la pérdida de actualidad tanto de la referencia al artículo 7º de la ley 25.013, ya que fue derogado por el artículo 41 de la ley 25.877, como de la regla del segundo párrafo.

Esto último, en su momento suscitó una gran polémica derivada de la indeterminación de conducta antijurídica fundada en ley previa, *nulla pœna sine lege*, y que entendemos vino a solucionar el llamado plazo de gracia.

3. Relación laboral no registrada o registrada en modo deficiente. Definición

Uno de los primeros problemas que plantea este artículo es que su redacción no aclara ni define qué debe entenderse como “relación laboral no registrada” o “en modo deficiente”.

La utilización del término “registrado” asume el concepto jurídico que el legislador ya había establecido en la ley 24.013; la articulación entre el artículo 1º de la ley 25.323 y la mencionada ley en este punto es una relación de complementariedad. El supuesto coincide con la situación descripta por el artículo 8º de la ley 24.013, que se aplica al empleador que no registrare una relación laboral.

Debe entenderse que el contrato de trabajo “no registrado” es aquel respecto del cual no se ha cumplido con el artículo 7º de la ley 24.013, pues es ésta la norma que indica cuándo se considera registrado un contrato de trabajo. Es decir: cuando el empleador hubiere inscripto al trabajador en el libro especial del artículo 52 de la Ley de Contrato de Trabajo (t. o. 1976) o en la documentación laboral que haga sus veces, según lo previsto en los regímenes jurídicos particulares, y en los registros mencionados en el artículo 18, inciso a, de la misma ley, que incluye la inscripción del trabajador y la constancia de la filiación del trabajador al Instituto Nacional de Previsión Social, a las cajas de subsidios familiares y a la obra social correspondiente (sobre este punto corresponde remitirse a lo expuesto al tratar la ley 24.013).

En cambio, no parece tan clara la descripción de la relación de trabajo que se encuentra registrada pero “de modo deficiente” y no resultaría acertada la remisión al artículo 7º de la ley 24.013, ya que este artículo sólo contempla las relaciones registradas y las no registradas en lo absoluto (comúnmente llamada “relación en negro”).

¿Qué debemos entender por registro efectuado “de modo deficiente”?

Algunos autores consideran que para interpretar los conceptos de “relación no registrada” y “registrada de modo deficiente” referidos en el citado artículo 1º de la ley 25.323 cabe remitirse únicamente a las definiciones contenidas en la ley 24.013, de manera que el segundo supuesto sólo se configura cuando se consignare en la documentación laboral “una fecha de ingreso posterior a la real” (art. 9º, ley 24.013) o “una remuneración menor a la percibida por el trabajador” (art. 10 de la misma ley)³.

³ CNAT, sala IV, 31-3-2008, “Castillo, María A. c/Club Atlético Huracán Asoc. Civil”.

Cabe aclarar que el adjetivo “deficiente” (del lat. “deficiens”, “entis”, part. act. de “deficere”, faltar) significa faltar o incompleto, que tiene algún defecto o que no alcanza el nivel considerado normal⁴.

De manera que esta noción ha de aplicarse a todo registro que sea incompleto, imperfecto, defectuoso, motivo por el cual otros autores, a diferencia del criterio precedentemente mencionado, entienden que la ley 24.013 no agota el concepto indicado.

4. Distintos supuestos de deficiente registro laboral

- a) El *contrato de trabajo de aprendizaje*, en los siguientes casos:
 - a.1) Si no se ha formalizado por escrito.
 - a.2) Si no tiene finalidad formativa teórico-práctica.
 - a.3) Si el trabajador no es joven entre los 16 y 28 años y sin empleo.
 - a.4) Si no tiene una duración mínima de tres (3) meses y máxima de un año.
 - a.5) Si la jornada de trabajo hebdomadaria supera las 40 horas, o la legal para los menores.
 - a.6) Si ha mediado una relación previa con el mismo empleador.
 - a.7) Si se trata de un nuevo contrato de aprendizaje tras el vencimiento del plazo de vigencia.
 - a.8) Si el número total de aprendices contratados supera el diez por ciento (10%) de los contratados por tiempo indeterminado en el establecimiento de que se trate⁵.
- b) El *régimen de pasantías*, en los siguientes casos:
 - b.1) Si no cumple el requisito primordial de que la actividad esté sustantivamente relacionada con la propuesta curricular de los estudios cursados en unidades educativas, que se reconoce como experiencia de alto valor pedagógico.
 - b.2) Si la relación no tiene por fin la práctica relacionada con su educación y formación.

⁴ *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª ed., Real Academia Española.

⁵ Ley 26.390 (B. O. del 25-6-2008).

- b.3) Si los convenios de pasantías educativas no reúnen los requisitos que exige el artículo 6° de la ley 26.427.
- b.4) Si el estudiante seleccionado no firma el contrato individual y si este último no cumple con los requisitos que establece el artículo 9° de la ley 26.427.
- b.5) Si esta figura es utilizada para cubrir vacantes o creación de empleo nuevo o para reemplazar al personal de las empresas y organismos públicos o privados.
- b.6) Si luego de la pasantía educativa se contrata a la persona por tiempo indeterminado, se hace uso del período de prueba del artículo 92 bis de la Ley de Contrato de Trabajo.
- b.7) Si no está comprendido el contrato dentro del plazo mínimo de dos (2) meses y máximo de doce (12) meses, y si cumplido el plazo máximo establecido, la vacante de pasantía educativa se renueva más del límite de seis (6) meses adicionales, o no se firma un nuevo acuerdo individual entre todas las partes, conforme el artículo 9° de la ley 26.427⁶.
- c) El *contrato de trabajo a prueba*, en los siguientes casos:
 - c.1) Si excede el plazo máximo legal o convencional.
 - c.2) Si no se ha registrado en el artículo 52 de la Ley de Contrato de Trabajo o en su caso.
 - c.3) Si el empleador hace un uso abusivo del período de prueba y contrata más de una vez a un mismo trabajador a prueba o sucesivamente a distintos trabajadores para un mismo puesto de trabajo⁷.
- d) El *contrato de trabajo por tiempo completo cuando sea registrado como de tiempo parcial* (jornada superior a las dos terceras [2/3] partes de la jornada habitual de la actividad).
- e) El *contrato de trabajo a tiempo parcial en el que se realicen horas extraordinarias* que no se encuentren comprendidas en la excepción del artículo 89 de la LCT⁸.
- f) El *contrato a plazo fijo o determinado*, en los siguientes casos:

⁶ Ley 26.427 (B. O. del 22-12-2008).

⁷ Art. 92 bis, ley 20.744.

⁸ Art. 92 ter, ley 20.744.

- f.1) Que no tenga término cierto.
- f.2) O con una duración superior a los cinco (5) años.
- f.3) O que no se haya formalizado por escrito al tiempo de la contratación.
- f.4) O que haya sido celebrado para reemplazar a un empleador permanente.
- f.5) O que no sea justificable por las modalidades de las tareas o de la actividad razonablemente apreciadas.
- f.6) O que no se cumpla con el deber de preavisar que establece el artículo 94 de la LCT y, consecuentemente, se convierta el contrato en uno de plazo indeterminado y no se corrigiera por su empleador cumpliendo con su deber de diligencia⁹.

g) El *contrato de temporada* cuando no cumple con las notas típicas que define el artículo 96 de la LCT. Esto es "...cuando la relación entre las partes, originada por actividades propias del giro normal de la empresa o explotación, se cumpla en determinadas épocas del año solamente y esté sujeta a repetirse en cada ciclo en razón de la naturaleza de la actividad".

h) El *contrato de trabajo eventual* que no tenga por objeto único la satisfacción de resultados concretos, tenidos en vista por el empleador, en relación a servicios extraordinarios determinados de antemano, o exigencias extraordinarias y transitorias de la empresa, explotación o establecimientos.

h.1) Cuando pueda preverse un plazo cierto para la finalización del contrato de trabajo eventual¹⁰.

i) El contrato de trabajo irregularmente registrado como si fuera empleadora una *empresa de servicios eventuales autorizada*, si no se cumplieren los elementos de la figura según el artículo 29 bis de la LCT.

i.1) O si el desempeño por la empresa usuaria no correspondiere al tipo de la modalidad del contrato eventual.

j) El contrato de trabajo registrado por un tercero en la situación que establece el artículo 29, 1^{er} párrafo, de la LCT.

⁹ Arts. 92, 94 y 95, ley 20.744.

¹⁰ Art. 99, LCT.

Sobre este último supuesto, cabe preguntarse si lo resuelto en el fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo N° 323 viene a solucionar también la situación contemplada por el artículo 1° de la ley 25.323, ya que allí el interrogante que se planteaba era si procedía la indemnización prevista en el artículo 8° de la ley 24.013 aunque el contrato de trabajo haya sido inscripto solamente por la empresa intermediaria. La cuestión central era que la intermediaria lo registraba y hacía los aportes correspondientes, y no la empleadora directa, y el interrogante se generaba respecto de esta última.

En efecto, mediante el fallo plenario aludido, que fue dictado el 30-6-2010 en los autos “Vásquez, María Laura c/Telefónica de Argentina SA y otro s/Despido”, sentó la siguiente doctrina plenaria: “Cuando de acuerdo con el primer párrafo del artículo 29 de la LCT se establece que el trabajador ha sido empleado directo de la empresa usuaria de sus servicios, procede la indemnización prevista en el artículo 8° de la ley 24.013 aunque el contrato haya sido inscripto solamente por la empresa intermediaria”.

La postura mayoritaria se remitió expresamente a las previsiones del artículo 7° de la ley 24.013, que está íntimamente vinculado con el artículo 1° de la ley 25.323, por lo que cabe estar a la misma solución allí adoptada. Idéntica conclusión cabe extraer respecto de quienes sostienen la postura contraria en este supuesto.

“Dado que la ley 25.323 es complementaria del plexo normativo conformado por los artículos 7°, 8°, 9°, 10, 11 y 15 de la ley 24.013, a fin de determinar cuándo se debe considerar registrada una relación, corresponderá estar a lo prescripto por el mentado artículo 7° de la ley 24.013, el cual establece: ‘Se entiende que la relación o contrato de trabajo ha sido registrado cuando *el empleador hubiera inscripto al trabajador*’ [...] la norma transcrita revela inequívocamente que la obligación de registración recae exclusivamente en el empleador [...] Uno de los objetivos de la Ley Nacional de Empleo es el de ‘Promover la regularización de las relaciones laborales, *desalentando la práctica evasora...*’ (art. 2°, inc. j), y a mi entender ese objetivo no resulta cabalmente cumplido si el empleador no registra el contrato de trabajo en los términos del artículo 7° de la ley 24.013 [...] la registración de la relación laboral por el contratante del trabajador no

basta para el cumplimiento de la obligación impuesta por el artículo 7° de la ley 24.013, ni el objetivo fijado por el artículo 2°, inciso j, de la ley citada [...] considero que en el *sub lite*, la relación laboral entre el actor y Falabella SA no dejó de ser clandestina y, si bien el ingreso de aportes y contribuciones a los subsistemas de seguridad social por parte del tercero contratante permitió a aquél acceder a los beneficios pertinentes, ello no basta para descartar el perjuicio sufrido por el trabajador, pues esta situación queda patentizada al no serle reconocida la calidad de trabajador del verdadero empleador a través de la modalidad contractual pertinente”¹¹.

“No correrá la misma suerte por mi intermedio el rubro artículo 1° de la ley 25.323, desde que llega firme a esta Alzada que está acreditado el pago de los aportes y contribuciones al sistema previsional y de seguridad social [...] En rigor, ni siquiera se invocan pagos ‘en negro’ [...] más allá de que el Sr. Gallo haya estado registrado por el intermediario y no por Falabella, no implica ello que por sí resulte procedente el incremento del artículo 1° de la ley 25.323, cuya razón de ser es la misma que da sustento a las multas o indemnizaciones de la Ley Nacional de Empleo, ya que la relación laboral habida entre S. E. Consultores y el demandante no fue mantenida en la clandestinidad, y sí estaba registrada”¹².

Algunas posiciones doctrinarias¹³ y parte de la jurisprudencia se han inclinado por una interpretación amplia de la norma y contemplan, además de los casos precedentemente señalados, los siguientes:

a) *Diferencia de categoría*: En este supuesto, al trabajador se le abonaba un *salario inferior* al que le hubiese correspondido por las tareas y la categoría que ostentaba. Es decir, no se le abonaba nada fuera de registro o “en negro”.

“Verificada la defectuosa registración de la relación, la multa pre-

¹¹ CNAT, sala V, SD 70.928, 26-8-2008, “Gallo, Ricardo Javier c/S. E. Consultores SA y otro s/Despido”, voto en mayoría del Dr. Zas.

¹² Ídem, del voto en minoría de la Dra. García Margalejo.

¹³ OJEDA, Raúl Horacio, *Algunas precisiones prácticas sobre el nuevo régimen indemnizatorio y marco normativo para combatir el empleo no registrado*, en *Revista de Derecho Laboral*, Número extraordinario, *La reforma laboral – II. Leyes 25.323, 25.344 y 25.345 y decreto reglamentario*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, p. 53.

vista por el artículo 1º de la ley 25.323 resulta procedente debido a que la norma en cuestión no limita su aplicación a la demostración de la existencia de las irregularidades contempladas en los artículos 8º, 9º y 10 de la ley 24.013. El trabajador estaba registrado con una categoría inferior a la que le correspondía por las tareas realizadas”¹⁴.

“Si el actor en su demanda afirma que se desempeñó para la demandada en la condición de ‘viajante de comercio’ y que ésta no lo registró como tal, por lo que frente a la defectuosa aplicación se torna procedente la indemnización prevista en el artículo 1º de la ley 25.323. El artículo 7º establece en lo pertinente: ‘Se entiende que la relación o contrato de trabajo ha sido registrado cuando el empleador hubiera inscripto al trabajador: a) En el libro especial del artículo 52 de la Ley de Contrato de Trabajo (t. o. 1976) o en la documentación laboral que haga sus veces, según lo previsto en los regímenes jurídicos particulares; b) En los registros mencionados en el artículo 18, inciso a. Las relaciones laborales que no cumplieren con los requisitos fijados en los incisos precedentes se considerarán no registradas’. La norma transcripta revela inequívocamente que la obligación de registración recae exclusivamente en el empleador. Uno de los objetivos de la Ley Nacional de Empleo es la de ‘...promover la regularización de las relaciones laborales, desalentando las prácticas evasoras’ (art. 2º, inc. j) y, a mi entender, ese objetivo no resulta cabalmente cumplido si el empleador no registra el contrato de trabajo en los términos del artículo 7º de la ley 24.013. En efecto, el perito contador informa que la demandada no lleva el libro previsto por el artículo 10 de la ley 14.546, lo que implica que el actor no esté inscripto en ese libro especial exigido por el régimen jurídico aplicable a los viajantes de comercio. En este marco, considero que la relación laboral no está debidamente registrada en los términos previstos en el artículo 1º de la ley 25.323 (en el mismo sentido, CNAT, sala IX, sent. N° 11.962, 29-10-2004, ‘Gigena, Diego Martín c/Coca Cola Femsa de Buenos Aires SA’; sala VI, sent. N° 57.830, 8-3-2005, ‘Planes, Germán Antonio c/Coca Cola Femsa de Buenos Aires SA’, y ‘Wi-

¹⁴ CNAT, sala VII, SD 43.648, 29-6-2010, “Zalazar, Víctor Hugo c/Cladd Industria Textil Argentina SA s/Despido”, voto del Dr. Rodríguez Brunengo en mayoría.

lliner, David Gerardo c/Coca Cola Femsa de Buenos Aires SA s/Despido', SD 71.527 del 17-4-2009, del registro de esta sala)"¹⁵.

a.1) *Tesis contraria*: Se sostiene que, al no haber pagos "en negro" o sin registrar, no procede la indemnización del artículo 1° de la ley 25.323 por no tratarse del supuesto en que se registra una suma inferior a la abonada sino porque, precisamente, aquí se abona al trabajador una suma inferior a la debida y la que le corresponde de acuerdo a la categoría que ostenta.

"Se considera que el concepto de relación registrada de modo deficiente no se configura cuando el empleador había asentado en los libros una categoría laboral diferente de la que correspondía. Cabe remitirse a las definiciones contenidas en la ley 24.013 (arts. 9° y 10), que la hipótesis contemplada en el artículo 10 de esa ley sólo se concreta cuando el empleador abona una suma determinada y asienta en los registros una cantidad menor, pero no cuando abona una suma inferior a la debida o se atrasa en el pago de salarios"¹⁶.

También ha sido afirmado que "el pago insuficiente de la remuneración no lleva a concluir que la relación se encontrara deficientemente registrada ya que el empleador registró las remuneraciones que efectivamente abonaba al trabajador e hizo sobre éstas los aportes a los organismos de la seguridad social"¹⁷.

"La circunstancia de que el trabajador se encontrara registrado con una categoría profesional distinta a la que le correspondía no es suficiente para aplicar el incremento en cuestión, puesto que el pago insuficiente de la remuneración no lleva a concluir que la relación se encontrara deficientemente registrada, ya que, en esos casos, el empleador registró las remuneraciones que efectivamente abonaba al trabajador y respecto de las cuales hizo los aportes correspondientes a los organismos de seguridad social"¹⁸.

¹⁵ CNAT, sala IV, SD 94.654, 22-4-2010, "Cárdenas, Ariel Eduardo c/Cervecería y Maltería Quilmes SA s/Despido", del voto en disidencia del Dr. Zas.

¹⁶ CNAT, sala I, 29-6-2011, "Croxatto, Luciana Anabel c/Atento Argentina SA s/Despido".

¹⁷ CNAT, sala III, 16-10-2009, "Rodríguez, Cristian Ismael c/Coto CICSA".

¹⁸ CNAT, sala I, 23-8-2011, "Torres, Manuel Eugenio y otro c/Industrias del Plástico Landi y Cía. SA s/Despido".

“Nos hallamos frente a una hipótesis de trabajo clandestino (arts. 7º, 9º y 10 de la ley 24.013) y comparto en tal sentido el criterio expuesto por la sala VII en cuanto se debe estar a los artículos ya mencionados y no al criterio amplio por el cual quedaría comprendido todo supuesto en que esté distorsionado algún dato de la relación de empleo. Los actores estaban registrados con el sueldo que percibía, sin perjuicio que les hubiese correspondido percibir uno mayor”¹⁹.

b) *Uso de vehículo, provisión de celular y pago de gastos de representación*, cuando se reconoce a estos rubros el carácter remunerativo.

Algunos autores consideran que en los supuestos en que se concluye que estos rubros tienen carácter remunerativo y el empleador no lo registró, corresponde aplicar la indemnización del artículo 1º de la ley 25.323.

b.1) *Tesis contraria*: Se resolvió que no podía considerarse que la relación se encontrara deficientemente registrada cuando el empleador registró la remuneración que efectivamente abonaba al trabajador e hizo los aportes correspondientes a la seguridad social²⁰.

c) *Diferencias de salarios por horas extras realizadas y no abonadas*: Se aclara que se trata de horas extras que no han sido abonadas, de modo que no hay ningún pago “en negro”.

“Cabe revocar el rechazo del reclamo de la indemnización prevista en el artículo 1º de la ley 25.323, toda vez que las horas extras devengadas y no abonadas, las diferencias pertinentes en concepto de reintegro por meriendas y de la remuneración del día del gremio y la proyección de esos rubros sobre el SAC y vacaciones gozadas configuran en el *sub lite* un supuesto de defectuosa registración en los términos de la norma precitada. De ahí que –de prosperar mi voto– corresponde revocar la sentencia de grado y acoger el reclamo pertinente”²¹.

¹⁹ CNAT, sala I, 10-8-2011, “Cañete Figueredo Brigido c/Derudder Hnos. SRL s/Despido”, voto de la Dra. Gabriela Vázquez.

²⁰ CNAT, sala I, 24-8-2010, “Laffaye, Sergio c/BNP Paribas sucursal Buenos Aires”, D. T., 2010 (noviembre), p. 2932.

²¹ CNAT, sala V, SD 69.275, 27-2-2007, “Linares, Gabriel Carlos c/Hedifam SA s/Despido”, del voto en mayoría del Dr. Zas. Ídem, también del Dr. Zas en la misma sala, sentencia del 29-9-2009, “Michityzin, Marisol c/Distribuidora Guyel SA”, entre otros.

c.1) *Tesis contraria*: Cierta jurisprudencia, por el contrario, ha resuelto que no se está ante la existencia de remuneraciones no registradas y que se mantuvieron ocultas a los organismos de recaudación, aunque se adeudaran diferencias por horas suplementarias, en la medida en que ello no revela un falseamiento (en los registros) de los datos correspondientes a la real situación de pagos en la relación laboral, ni por ende un defectuoso registro o de modo deficiente.

“Es claro que el artículo 1º de la ley 25.323 está referido a las situaciones marginales (totales o parciales) que en sus párrafos segundo y tercero dispone que, para las relaciones iniciadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la norma, los empleadores gozarán de un plazo de 30 días para regularizar la situación de sus trabajadores y, por si quedara alguna duda, establece que el agravamiento indemnizatorio dispuesto no será acumulable a las indemnizaciones previstas por los artículos 8º, 9º, 10 y 15 de la ley 24.013. O sea, que uno excluye a los otros y ello es así porque, en rigor, contemplan la misma situación (relaciones totales o parcialmente ‘en negro’), con la única diferencia de que la LNE establece otros requisitos para la procedencia de sus reparaciones. Pero, si resultan viables éstas, la del artículo 1º, ley 25.323 queda descartada porque –justamente– castiga la misma situación irregular. Como indica Carlos A. Etala luego de referirse al sistema allí instituido (*Contrato de trabajo*, 5ª ed. act. y ampl., p. 688, Astrea): «Está claro entonces, que el trabajador recurrirá al régimen de la ley 25.323 cuando, habiendo estado en una situación laboral total o parcialmente clandestina, la relación se extinguiera sin que hubiera remitido a su empleador el requerimiento previsto en el artículo 11 de la LE»”.

“En tal sentido, la sala I de esta Cámara ha resuelto que en lo concerniente al incremento indemnizatorio previsto por el artículo 1º de la ley 25.323 y a los efectos de calificar la deficiencia registral, debe contemplarse lo establecido en los artículos 9º y 10 de la LNE si se repara en que esta regulación es complementaria del plexo normativo conformado por los artículos 7º, 8º, 9º, 10, 11 y 15 de la ley 24.013, por lo cual si no hay incorrecta registración de la fecha de ingreso o el registro de una remuneración inferior, no procede la misma (‘Frontini, Alejandro A. c/Coca Cola Femsa de Buenos Aires SA’,

del 17-11-2004, *Derecho del Trabajo* 2005-A-648). Del mismo modo resolvió la sala VIII el 31-5-2006, *in re* ‘Hermida, Analía G. c/Casino Buenos Aires SA’ (publ. en *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, LexisNexis, N° 17, setiembre de 2006, p. 1572)”²².

“No debe prosperar el incremento previsto en el artículo 1° de la ley 25.323 por cuanto no se acreditó en la causa el incorrecto registro de la relación laboral (pago en negro o incorrecta fecha de ingreso de la actora). En efecto, aun cuando quedó demostrado que la demandada no abonó las horas extras reclamadas, lo cierto es que tal circunstancia no basta para aplicar el incremento en cuestión, pues el pago insuficiente de la remuneración no lleva a concluir que la relación se encontrara deficientemente registrada. En el caso, el empleador había registrado las remuneraciones que efectivamente abonó y respecto de las cuales hizo los aportes correspondientes a los organismos de la seguridad social”²³.

d) *Reintegro de los gastos de automóvil del viajante de comercio*: Un fallo resolvió que no estaba comprendida en las previsiones del artículo 1° de la ley 25.323 la conducta del empleador que otorgó carácter no remuneratorio al reintegro de gastos de operación del automóvil de un viajante de comercio, pues esa partida fue registrada contablemente y los importes fueron depositados en las cuentas bancarias de los actores. Allí se ponderó que, dado que no medió ocultamiento registral de esos pagos, efectuados mediante depósito bancario, posibilitando el contralor de los actores y la eventual intervención de los organismos recaudadores, no se tipificaba la conducta evasiva descripta por la norma²⁴.

e) *Obligaciones ante los organismos sindicales y de la seguridad social*: Algunos pronunciamientos también consideran que el deber jurídico de registrar al trabajador se integra o no con el de observar las obligaciones frente a los organismos sindicales y de la seguridad

²² CNAT, sala V, SD 69.275, 29-9-2009, “Linares, Gabriel Carlos c/Hedifam SA s/Despido”.

²³ CNAT, sala III, SD 91.804, 25-3-2010, “Morán, Yamila c/Laboratorio Argentino de Medicamentos SA s/Despido”.

²⁴ CNAT, sala VIII, 30-6-2003, “Ciani, Daniel y otro c/Reckitt Benckiser Argentina SA”.

social, y, en su caso, el de entregar los certificados de trabajo y aportes o el de demostrar al trabajador mediante constancias documentadas que ha efectuado tales aportes.

“El registro descrito en la ley 24.013 se articula con la ley 24.241, que impone la inscripción del empleador ante la autoridad de aplicación y comunicar toda modificación en su ‘status’, practicar y depositar los descuentos y efectuar las contribuciones en el Sistema Único de Seguridad Social y extender constancia documentada del cumplimiento de su obligación de ingresar los fondos”.

“Se considera que esta integración del deber de registrar con el de suministrar la prueba de su materialidad y corrección aparece robustecida, en caso del distracto, con la ley 24.576 respecto de la calificación profesional”.

“En principio, y dado que los registros del empleador son unilaterales, nos parece que el cumplimiento de ese deber jurídico de trasladar al trabajador la información y la prueba de su correcto registro laboral es inseparable conceptualmente de dicho registro. El incumplimiento por el empleador de ese deber jurídico complejo puede considerarse configurativo de un registro insuficiente o deficiente, que torna aplicable el artículo 1º de la ley 25.323”²⁵.

f) *Responsabilidad solidaria*: Una postura minoritaria limita la responsabilidad solidaria de los socios o representantes a los artículos que tienen vinculación directa con el fraude en el registro.

“En cuanto a la extensión de la responsabilidad a los socios demandados, se debe tener presente que de acuerdo con el artículo 54 de la ley 19.550 ‘la actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados’. En el caso, el perjuicio causado se asocia a la indemnización prevista por el artículo 1º de la ley 25.323, único rubro que se vincula con la clandestinización parcial de la relación laboral

²⁵ ELFFMAN, Mario y TEULY, Florencia, *Las indemnizaciones laborales de la ley 25.323*, en D. T., año LXI, N° 2, La Ley, febrero de 2001.

–porque el despido obedece a una causa distinta de ésta–. Por ende corresponde confirmar la sentencia en cuanto limita la condena a los integrantes del ente societario al pago de la indemnización del artículo 1º de la ley 25.323”²⁶.

f.1) *Tesis contraria*: Por el contrario, la tesis mayoritaria establece que la extensión de responsabilidad recae sobre toda la condena de autos y no solamente sobre algunos rubros.

5. Diversos modos de extinción del contrato de trabajo. Supuestos alcanzados

La norma ha limitado la duplicación de la indemnización por antigüedad “plena” o “amplia” (art. 245, Ley de Contrato de Trabajo y, en su caso, art. 7º de la ley 25.013), o sea cuando el despido es sin causa justificada (o con causa no probada o no admitida), ya sea directo (dispuesto por el empleador) o indirecto con justa causa (dispuesto por el trabajador).

Algunos autores consideran que se encuentra incluido el caso del tercer párrafo del artículo 212 de la LCT, ya que sería asimilable a un despido indirecto fundado en una injuria específica²⁷. Otros consideran que se trata de una causa de extinción del contrato legalmente dispuesta no equiparable a la injuria contractual.

6. Relaciones regidas por normas estatutarias específicas. Situaciones no alcanzadas

- Las relaciones de trabajo regidas por estatutos especiales que, para la hipótesis de despido injustificado, prevean indemnizaciones distintas de las del régimen general (por ej.: periodistas profesionales –ley 12.908–; encargados de edificios de propiedad horizontal y renta –ley 12.981–; jugadores de fútbol profesional –ley 20.160–, y trabajadores de la industria de la construcción –ley 22.250–).

²⁶ CNAT, sala VI, SD 58.951, 30-6-2006, “Rey Quintana, Daniel Eduardo c/Mercolab Argentina SA y otros s/Despido”, del voto del Dr. Stortini.

²⁷ CNAT, sala IV, 28-12-79, T. y S. S. 1980-242.

- Las hipótesis de extinción del contrato en las que no corresponda abonar la indemnización del artículo 245 de la LCT (las extinciones del contrato de trabajo por razones económicas, muerte del trabajador, muerte del empleador, plazo fijo, no tener tareas acordes a la incapacidad –art. 212, segundo párrafo–, entre otras). Algunos autores también excluyen los despidos producidos durante el período de prueba ya que están exentos del pago de la indemnización por antigüedad²⁸.

“El artículo 1º de la ley 25.323 sólo se aplica a los casos de despido (directo o indirecto) en que proceda el pago de la indemnización por despido incausado y no a otros casos de extinción (v. gr., por incapacidad absoluta del trabajador, por muerte del trabajador, por muerte del trabajador o del empleador, etc.) en que no pueda hablarse de despido o no corresponda el pago de dicha indemnización. De ello se sigue que el resarcimiento en cuestión no procede en los casos de renuncia al empleo, dado que la norma requiere que se produzca un despido, término que no puede ser jurídicamente equiparado a la dimisión del trabajador. Lo mismo cabe decir del resarcimiento previsto en el artículo 2º de la ley 25.323, dado que este incremento no está previsto para la falta de pago de cualquier crédito laboral, sino exclusivamente para la mora en el abandono de las indemnizaciones que taxativamente menciona el precepto”²⁹.

“La duplicación establecida en el artículo 1º de la ley 25.323 se limita a la indemnización por antigüedad prevista en la LCT, rubro que no corresponde percibir a los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación de la ley 22.250 por expresa disposición de su artículo 15”³⁰.

²⁸ Mario E. Ackerman señala que aun cuando la regla del inc. 3º del art. 92 bis de la LCT establece que la omisión de registro supone la renuncia del empleador al período de prueba, al no tener el trabajador una antigüedad mínima de tres meses, él no sería acreedor a la indemnización prevista en el art. 245 (conf. doctrina del fallo plenario de la CNAT del 30-3-79 en los autos “Sawady, Manfredo c/SADAIC s/Cobro de pesos”). Ver ACKERMAN, Mario A., *El artículo 1º de la ley 25.323*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2009-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

²⁹ CNAT, sala IV, SD 94.344, 6-10-2009, “Arce, Juan Antonio c/Fidra SRL y otros s/Despido”, del voto en mayoría del Dr. Guisado.

³⁰ CNAT, sala V, SD 71.591, 20-5-2009, “Luna, René Antonio c/Méndez Roque, Américo Pablo”.

7. Aspectos procesales de la aplicación del artículo 1° de la ley 25.323

a) Previamente conviene señalar que la regla del principio *iura novit curia* alcanza exclusivamente a la aplicación del derecho que corresponde de acuerdo a los hechos expuestos por las partes. Desde luego, la aplicación de dicha regla procesal por parte de los jueces no debe alterar el principio de congruencia, que, como tal, impide al órgano jurisdiccional apartarse de los extremos fácticos taxativamente invocados por los litigantes.

“El dependiente que reclama un resarcimiento por el trabajo clandestino en los términos de la ley 24.013 y dicha sanción no procede por no haber cumplido aquél con la indemnización del artículo 11 de la mencionada ley, se interpreta que el artículo 1° de la ley 25.323 contempla idéntica situación y consecuentemente por aplicación del principio *iura novit curia* se torna procedente su aplicación”.

“En virtud del principio *iura novit curia* corresponde al juez la aplicación del derecho, con prescindencia del invocado por las partes, constituyendo tal prerrogativa un deber del juzgador (*Fallos*: 262:32; 265:7), a quien incumbe la determinación correcta del derecho, debiendo discernir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el Derecho vigente, calificando autónomamente la realidad del hecho y subsumiéndolo en las normas jurídicas que lo rigen”³¹.

“La sanción prevista en el artículo 1° de la ley 25.323 no está condicionada a un requerimiento o intimación, y corresponde ‘...cuando se trate de una relación laboral que al momento del despido no esté registrada o lo esté de modo deficiente...’ Si bien el accionante no reclamó específicamente la multa del artículo 1° de la ley 25.323 sino las propias de la ley 24.013, las circunstancias fácticas que brindan fundamento a ambos regímenes sancionatorios del trabajo clandestino son análogas, por lo que el sentenciante aplicó el principio *iura novit curia*, iluminando el caso verificado –contrato del trabajo clandestino– con la otra regla legal de posible

³¹ CSJN, 16-12-76, “Paz de Goñi Moreno c/Goñi”.

aplicación (art. 1º, ley 25.323), cuya extensión y modalidad no fue cuestionada por la recurrente”³².

“Si el actor reclamó un resarcimiento por trabajo clandestino con fundamento en la ley 24.013, dado que el artículo 1º de la ley 25.323 contempla idéntica situación pues sanciona el mencionado incumplimiento con el incremento de la indemnización por despido, en virtud del principio *iura novit curia*, corresponde condenar a la empleadora a abonar el resarcimiento que prevé este último dispositivo legal (conf. esta sala, *in re* ‘Álvarez, Francisco Adrián c/Organización J. G. SA s/Despido’, SD 93.682 del 12-8-2005, donde adherí al voto de la Dra. Rodríguez y, más recientemente, *in re* ‘Tascon, Gonzalo Justo y otro c/Rivadavia 5353 SA y otro s/Despido’, SD 94.432 del 12-9-2006)”³³.

a.1) *Tesis contraria*: Otros jueces, en cambio, consideran que no corresponde la aplicación del mencionado artículo 1º de la ley 25.323 mediante invocación del principio *iura novit curia* porque no contempla una misma e idéntica situación a la que prevé la ley 24.013.

“En el supuesto en que el trabajador hubiese intimado en los términos del artículo 11 de la ley 24.013 y la demandada lo hubiese registrado pasados los treinta días que otorga la mencionada ley pero antes del despido. En este caso no podría ser procedente la condena a abonar la indemnización del artículo 1º de la ley 25.323 porque al momento del despido estaba correctamente registrado pero sí la correspondiente a la ley 24.013”.

“Si en la demanda no se reclamó el incremento previsto en esa norma sino la aplicación de otras sanciones, por lo que la posibilidad de aplicar el agravamiento previsto en el citado artículo 1º de la ley 25.323 constituye una cuestión ajena al objeto del litigio (conf. arts. 34, inc. 4º, 163, inc. 6º y 277, CPCCN). Obsérvese que el actor no reclamó en forma concreta, ni siquiera subsidiariamente, el referido agravamiento, por lo que dicho rubro no integra el objeto de esta *litis*. Desde esa perspectiva, estimo que admitir su viabilidad puede implicar fallar *extra petita*, soslayar el principio de congruencia y configurar, por esa vía, una afectación

³² CNAT, sala II, SD 95.402, 16-11-2007, “Ronconi, Carlos Antonio c/Meyl SA y otro s/Despido”, del voto en mayoría del Dr. Maza.

³³ Ídem, del voto de la Dra. González como integrante de la mayoría.

a la garantía al derecho de defensa en juicio de la contraparte (art. 18, Const. Nac.). Por otra parte, al tratarse de una cuestión que no fue sometida a decisión del juez de la primera instancia, su consideración en esta Alzada implicaría apartarse de la directiva explícita del artículo 277 del CPCCN” (del voto en disidencia del Dr. Piroló)³⁴.

b) Hay jueces que afirman que la admisión del concepto procede únicamente cuando ha sido pedida su aplicación de manera subsidiaria por la parte. Es decir, cuando se pide las indemnizaciones de la ley 24.013 y, en caso de no ser procedentes, se reclama supletoriamente la del artículo 1° de la ley 25.323.

“Corresponde dejar sin efecto la sentencia que, al haber denegado la procedencia de las multas de los artículos 9° y 15 de la ley 24.013, habida cuenta de lo tardío de la intimación de registro, no ponderó la duplicación indemnizatoria prevista en el artículo 1° de la ley 25.323 y peticionada –en subsidio– desde el libelo inicial y reiterada al contestar agravios, máxime cuando admitió que la fecha de ingreso de la trabajadora debía situarse varios años antes de la fecha que pretendía la demandada”³⁵.

c) Hay quienes estiman procedente la aplicación de oficio, esto es sin que haya sido pedido por la parte, por entender que se trata de un incremento derivado del despido.

Recuérdese que algunos autores consideran que de la redacción de forma imperativa de la norma: “...las indemnizaciones [...] serán incrementadas...”, se deriva que, aun cuando el trabajador no hubiera reclamado la indemnización especial, el juez debería imponer su pago de oficio³⁶.

c.1) *Tesis contraria*: Otros, en cambio, consideran que no corresponde la aplicación de oficio porque se estaría violando el derecho de defensa en juicio, el derecho de propiedad y porque implicaría fallar *extra petita*³⁷.

³⁴ CNAT, sala II, “Ronconi...” cit., del voto en disidencia del Dr. Piroló.

³⁵ Dictamen de la Procuración General al que se remitió la CSJN en los autos “Lescano Arminda c/Consortio de Propietarios Edificio Viamonte 2982 s/Despido”, en sentencia del 8-5-2007.

³⁶ CNAT, sala I, 28-4-2003, “Molentino, María L. c/Pambi SA”.

³⁷ CNAT, sala III, 27-12-2002, “Arriola, Elías Honorio c/Kaltakian, Alberto Manuel y otro”.

8. Cuantía del agravamiento. Rubros que duplica

La mayoría de la jurisprudencia considera que la redacción del artículo es precisa en su remisión al artículo 245 de la LCT –al margen de la incorrecta mención de la ley 20.744 cuando debió haberse mencionado al Régimen de Contrato de Trabajo o la LCT–, y lo limita sólo a ese rubro. Deja de lado la posibilidad de que se duplique también alguna otra indemnización que pueda ser debida como consecuencia del despido (por ejemplo: la indemnización sustitutiva del preaviso, la integración del mes de despido, etc.).

9. Diferencias entre la ley 24.013 y el artículo 1º de la ley 25.323

Algunos autores al realizar la comparación la enfocan hacia el supuesto del artículo 15 de la ley 24.013 y señalan que este artículo refiere la duplicación a las indemnizaciones que le hubieran correspondido como consecuencia del despido, mientras que el artículo 1º de la ley 25.323 sólo indica que serán incrementadas al doble las indemnizaciones previstas por la ley 20.744 (t. o. 1976), artículo 245 (o el art. 7º de la ley 25.013, que ya no tiene actualidad).

En ese caso, el artículo 15 de la ley 24.013 –como lo expresamos al tratar este tema– incrementa las indemnizaciones por antigüedad (art. 245, LCT), la indemnización sustitutiva del preaviso (art. 232, LCT), la incidencia del SAC sobre el rubro anterior, la integración del mes de despido (art. 233, LCT) y la incidencia del SAC sobre este último concepto; mientras que el artículo 1º de la ley 25.323 sólo incrementa la indemnización del artículo 245 de la LCT.

Otros consideran que no corresponde esta comparación porque, como lo señalamos más arriba, contemplan situaciones jurídicas diferentes.

En la ley 25.323 no se exige al trabajador el cumplimiento de una carga de actividad, como lo es la intimación diseñada en el artículo 11 de la ley 24.013 vigente la relación laboral.

No se contempla una regla de flexibilidad como la del artículo 16 de la ley 24.013. No se faculta al juzgador para que, con el argumento del tipo de relaciones objetivamente ambiguas que pudiera haber lle-

vado al empleador de buena fe a considerar que no se trataba de un vínculo regido por la legislación laboral, rechace la pretensión indemnizatoria del trabajador o reduzca su monto. Diferente situación se plantea en el artículo 2° de la misma ley 25.323, donde se impone un incremento de las indemnizaciones por omisión del preaviso, integración y despido y permite al juzgador, por vía de excepción, su reducción y hasta su eximición total cuando a juicio del tribunal hubieran existido causas que justificaren la conducta del empleador. Conducta ésta que bien pudo haber sido provocada por una razonable duda sobre la naturaleza del vínculo y que, de considerarse que era laboral, da lugar al pago de la indemnización impuesta por el artículo 1°.

10. Incompatibilidad con las indemnizaciones de la ley 24.013

El tercer párrafo del mencionado artículo establece que “El agravamiento indemnizatorio establecido en el presente artículo, no será acumulable a las indemnizaciones previstas por los artículos 8°, 9°, 10 y 15 de la ley 24.013”.

“No prosperará la queja respecto del artículo 1° de la ley 25.323, en tanto pretende la incorporación del artículo 8° de la ley 24.013, toda vez que dicha norma establece que «El agravamiento indemnizatorio establecido en el presente artículo, no será acumulable a las indemnizaciones previstas por los artículos 8°, 9°, 10 y 15 de la ley 25.013»”³⁸.

Por nuestra parte consideramos que no procede la acumulación de las indemnizaciones previstas en uno y otro ordenamiento, y en el caso de que ambas se tornen procedentes corresponde aplicar la más beneficiosa para el trabajador en virtud del principio *pro operario*.

11. Ejemplo práctico de aplicación del artículo 1° de la ley 25.323

A modo de ejemplo podemos mencionar el caso de un trabajador al que le correspondiere la suma de \$ 17.900 en concepto de indemnización por antigüedad del artículo 245 de la LCT.

³⁸ CNAT, sala V, SD 46.067, 5-10-2006, “Medero, Jorge Luis c/Full Comunicaciones SA y otro s/Despido”, voto del Dr. Zas.

Liquidación: El monto de la multa será equivalente a \$ 17.900, que es igual a la condena a abonar la indemnización del artículo 245 de la LCT, sin que corresponda por este concepto el doble de la indemnización (concepto erróneo).

12. El recargo indemnizatorio del artículo 2º de la ley 25.323

La segunda situación de hecho que contempla la ley 25.323 y de la cual deriva una consecuencia jurídica la encontramos en el artículo 2º, el cual establece:

En un primer párrafo, que “Cuando el empleador, fehacientemente intimado por el trabajador, no le abonare las indemnizaciones previstas en los artículos 232, 233 y 245 de la ley 20.744 (texto ordenado en 1976) y los artículos 6º y 7º de la ley 25.013, o las que en el futuro las reemplacen, y, consecuentemente, lo obligare a iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibir las, éstas serán incrementadas en un 50%”.

En el segundo párrafo dispone: “Si hubieran existido causas que justificaren la conducta del empleador, los jueces, mediante resolución fundada, podrán reducir prudencialmente el incremento indemnizatorio dispuesto por el presente artículo hasta la eximición de su pago”.

Así la ley 25.323 ha establecido otro agravamiento indemnizatorio, dirigido a proteger a los trabajadores que deben recurrir a sede judicial o a “cualquier instancia previa de carácter obligatorio” para percibir las indemnizaciones por despido sin justa causa o por omisión del otorgamiento del preaviso, o la integración del mes de despido.

Algunos autores consideran que este agravamiento indemnizatorio se encuentra vinculado con el *deber de fidelidad* existente en el contrato de trabajo. Si bien el contrato de trabajo ya se encuentra extinguido, la obligación de comportarse como un “buen empleador”, con sujeción al *principio de buena fe* que debe regir en todas las relaciones (conf. arts. 62 y 63), subsiste al momento de la ejecución de los derechos provenientes de la extinción del vínculo laboral.

La violación al deber de conducta del buen empleador resulta con-

templada por la ley 25.323 al establecer un agravante indemnizatorio cuando, en contradicción a este principio de buena fe y al comportamiento típico que debe seguir todo empleador a la hora de la ejecución de los derechos provenientes de la extinción del contrato, obliga al trabajador a recurrir a la vía judicial para el cobro de sus créditos indemnizatorios, sin razón para ello.

De este modo se pretende evitar las maniobras dilatorias de los empleadores, quienes, para eludir el pago inmediato de las indemnizaciones legales por antigüedad, integración del mes de despido y falta de preaviso, obligan al trabajador a recurrir a sede judicial o a una instancia previa obligatoria para su percepción, con los perjuicios que ello le genera. Por otra parte, la dilación del cobro indemnizatorio, que tiene carácter alimentario, implica colocar al trabajador en una situación propicia para la aceptación de la propuesta conciliatoria, que supone ni más ni menos que vaciar de contenido al principio de irrenunciabilidad previsto en el artículo 12 de la Ley de Contrato de Trabajo, principio que abarca a la reducción de derechos provenientes de la extinción del contrato de trabajo.

Algunos autores consideran que el artículo 2º de la ley 25.323 sigue la línea del artículo 9º de la ley 25.013 que establece una presunción de “conducta temeraria y maliciosa” del empleador en supuestos similares a los ahora previstos en la ley 25.323, ya que el artículo 275 de la LCT prevé una sanción para los empleadores reticentes en el pago de las indemnizaciones legales a través del instituto de la temeridad y malicia. La ley 25.013 mantuvo la figura de la “conducta maliciosa y temeraria”, pero estableciendo que ésta se presumirá en los casos de falta de pago en término y sin causa justificada de la indemnización por despido injustificado o de un acuerdo rescisorio homologado.

El artículo 2º de la ley 25.323 sienta el principio de que si hubo intimación fehaciente al empleador para el cobro de las indemnizaciones previstas en los artículos 245 de la Ley de Contrato de Trabajo (o 7º de la ley 25.013) y 232 y 233 de la Ley de Contrato de Trabajo (o 6º de la ley 25.013) y que ha debido recurrir a sede judicial o a cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibir las, corresponde el pago de los recargos previstos en esta normativa. En todo

caso, pesa sobre el empleador la carga de probar que ha existido causa que justifique su conducta, es decir el no pago de las indemnizaciones legales, supuesto en el cual el juez podrá reducir prudencialmente las indemnizaciones hasta la eximición total de su pago.

13. Naturaleza jurídica

Cabe preguntarse si se trata de una indemnización agravada o de un daño autónomo e independiente.

La postura mayoritaria considera que la norma repara un daño autónomo e independiente.

Los daños que trae aparejados esta situación son separables del acto del despido y no son consecuencia del despido en sí, sino de otro acto jurídico ilícito, independiente y autónomo. Este acto ilícito no puede ser reparado con el pago de intereses, porque como venimos sosteniendo se trata de un acto autónomo que genera consecuencias jurídicas independientes y diversas. El que debe ser imputado al deudor incumplidor y resarcido por éste al trabajador con ajuste al principio de integralidad de la reparación.

“El artículo 2º de la ley 25.323 tiende a resarcir daños distintos e independientes de la cesantía en sí, ya que busca indemnizar los perjuicios que sufre el trabajador como consecuencia de la falta de pago en tiempo oportuno de las reparaciones consagradas por la LCT. La referida disposición pretende que el acreedor laboral sea satisfecho de modo inmediato en atención al carácter alimentario de sus créditos sin tener que padecer la pérdida de tiempo y los mayores gastos que implica el inicio de un proceso administrativo o judicial. Con tal base y ante la falta de elemento alguno que me permita justificar la conducta del empleador...”³⁹

A pesar de ser calificada por la propia norma como indemnización (sanción que tiene una función eminentemente resarcitoria), puede advertirse que no es la finalidad de la sanción jurídica reemplazar la prestación debida por otra (función central de la indemnización), sino la creación, junto a la obligación preexistente, de una obligación

³⁹ CNAT, sala I, 10-8-2011, “Cañete Figueredo Brigido c/Derudder Hnos. SRL s/Despido”, voto de la Dra. Vázquez.

nueva. El pago de la sanción del artículo 2º de la ley 25.323 no exime del cumplimiento de la obligación preexistente de los artículos 232, 233 y 245 de la LCT.

Por el contrario, estas sanciones establecen una obligación adicional como consecuencia de la realización de conductas reputadas disvaliosas, con prescindencia del daño efectivo e hipotéticamente causado. Esto es, tiene vocación punitiva: establecen una pena de carácter pecuniario, son multas, penas civiles, pero el ámbito civil de la punición no impide la necesidad de aplicación de las normas de carácter constitucional relativas a la aplicación de las penas⁴⁰.

14. Ámbito personal de aplicación. Estatutos especiales. Los fallos plenarios “Casado”, “Turleo” y “Gauna” de la CNAT

Al establecer el legislador que el agravamiento indemnizatorio resulta procedente cuando el empleador “...no le abonare (al trabajador) las indemnizaciones previstas en los artículos 232, 233 y 245 de la Ley de Contrato de Trabajo y los artículos 6º y 7º de la ley 25.013 o las que en el futuro las reemplacen”, excluiría a los trabajadores amparados en los estatutos profesionales cuyo régimen indemnizatorio con motivo del despido sin justa causa sea distinto al establecido en la Ley de Contrato de Trabajo (o en la ley 25.013).

Ante la existencia de pronunciamientos contradictorios sobre esta cuestión, la Cámara Nacional de Apelaciones en pleno fijó la siguiente doctrina por mayoría en los autos “Casado, Alfredo Aníbal c/Sistema Nacional de Medios Públicos SE s/Despido” (fallo plenario N° 313 del 5-6-2007): “El recargo previsto en el artículo 2º de la ley 25.323 no se aplica, en las relaciones regidas por la ley 12.908, a las indemnizaciones dispuestas en el artículo 43, incisos b, y c, de esta última ley. Asimismo, tampoco se aplica a la indemnización dispuesta en el inciso d, del mismo artículo”.

En dicha oportunidad, el fiscal general ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo dijo que el legislador ha sido inusualmente

⁴⁰ ARIAS GIBERT, Enrique, *Oportunidad de la intimación por las multas de los artículos 80, RCT y 2º de la ley 25.323*, en D. T., 2008 (mayo), p. 486; L. L. 2008-F-1404.

preciso al mencionar las indemnizaciones que se incrementan y cita los artículos específicos tanto de la Ley de Contrato de Trabajo (a la que individualiza por su número y no por su cálida denominación vulgar) como de una de sus efímeras reformas. Manifiesta que esta circunstancia no deja espacio alguno para ampliar, como pretores, los alcances de una disposición que debe ser interpretada con carácter restrictivo porque subyace una finalidad de sanción y eleva la cuantía de un crédito. Aclara que no soslaya que la norma está destinada a lograr el cumplimiento oportuno de un sistema que, como todo régimen tarifario, fue pensado para la autoaplicación y ninguna razón científica hubiera impedido incrementar otras indemnizaciones vinculadas a la extinción del contrato de trabajo y emergentes de disposiciones estatutarias. Pero el legislador, agrega el doctor Álvarez, ha optado por ceñir la sanción a la falta de pago de los créditos nacidos de las normas que enumera y, tal como lo ha afirmado reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no corresponde que los jueces suplan al Parlamento⁴¹. Termina por dar una respuesta negativa a las dos preguntas que los convocaron.

La mayoría votó por la negativa a ambos interrogantes. Para llegar a esa conclusión se basaron en la literalidad de la norma, en la intención del legislador en ser tan específico al mencionar los artículos en los que se torna procedente dicha sanción.

Piroló consideró que la directiva contenida en el artículo 2º de la ley 25.323 sólo está referida a las indemnizaciones por despido que emergen de la ley general y no a las consecuencias indemnizatorias que, para ese mismo supuesto, están previstas en el estatuto particular. Manifestó que la intención del legislador ha sido agravar ciertas obligaciones indemnizatorias cuando el trabajador se viere obligado a promover una acción judicial o administrativa. Consideró que ambos artículos de la ley 25.323 han circunscripto expresamente la operatividad de la norma a las indemnizaciones derivadas de la ley general, a diferencia de lo que ocurrió al sancionarse el artículo 15 de la LNE en el que se hizo referencia a las indemnizaciones que pudieran corresponder al trabajador “como consecuencia del despido”. Concluyó que,

⁴¹ CSJN, *Fallos*: 300:700.

al tratarse de una disposición de carácter sancionatorio, cabe hacer una interpretación restrictiva que limite sus alcances únicamente a la previsión contenida en ella.

Porta afirmó que el texto del artículo 2° de la ley 25.323 es claro en cuanto a que sólo comprende los casos en que las indemnizaciones debidas son “...las previstas en los artículos 232, 233 y 245 de la ley 20.477 (t. o. 1976) y los artículos 6° y 7° de la ley 25.013, o las que en el futuro las reemplacen...” Sostuvo que frente a la claridad de la norma no corresponde acudir a interpretaciones analógicas, por lo que no puede imponerse al empleador un agravamiento de las indemnizaciones no previsto por la ley. El intérprete no puede sustituir al legislador. Por último, aclaró que las normas que imponen agravamientos indemnizatorios deben interpretarse restrictivamente.

Maza, siguiendo esta postura, afirmó que el Congreso nacional en esta norma expresó su voluntad legislativa con absoluta especificidad y con un lenguaje inequívoco, que no da lugar a la necesidad de someterlo a la interpretación para desentrañar su auténtico sentido y alcances. Dijo que el Parlamento optó por restringir el recargo en forma exclusiva a las indemnizaciones expresamente mencionadas sin que pueda suponerse que se trata de un error de redacción o de expresión y que la Corte Suprema de Justicia de la Nación repetidamente ha dicho que la primera regla de interpretación es darle pleno efecto a la intención del legislador, y la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley.

García Margalejo coincidió con el fiscal general y reiteró lo expuesto por la Corte Suprema en materia de interpretación, por lo que –a su entender– ninguna interpretación puede surgir a partir del claro texto del artículo 2° de la ley 25.323. Agregó que a la época de la sanción de la ley 25.323 las indemnizaciones de omisión de preaviso y antigüedad previstas, por ejemplo, en los regímenes del Estatuto del Periodista Profesional o Estatuto del Empleado Administrativo de Empresa Periodística ya existían, por lo que no podría válidamente sostenerse que la expresión “o las que en el futuro las reemplacen” se refiere a ellos.

Zapatero de Ruckauf sostuvo que el artículo 2° de la ley 25.323, al establecer expresamente las indemnizaciones que se incrementan,

está dando la pauta interpretativa acerca de que el legislador quiso establecer una multa para el caso de incumplirse con el pago de tales indemnizaciones y no para el caso de incumplimiento del pago de otra normativa –aunque la misma refiera a la extinción del contrato de trabajo–, puesto que, de lo contrario, lo hubiera establecido concretamente.

González dijo que si bien resulta claro que la norma en cuestión tiene por fin sancionar al empleador que, con su actitud reticente, obligue a sus dependientes a iniciar acciones judiciales o administrativas a efectos de obtener el cobro de los créditos indemnizatorios derivados del despido, y que tal conducta resulta condenable tanto en el marco de una relación regida por la LCT como con respecto a la situación de los trabajadores amparados por normas estatutarias, lo cierto es que en el particular caso del artículo 2º la disposición legal no deja lugar a interpretaciones que habiliten extender su aplicación a supuestos diversos a los específicamente contemplados. Destaca que se trata de una norma de carácter eminentemente punitivo y que, en materia de sanciones, multas o gravámenes, la interpretación debe ser restrictiva, no correspondiendo proyectar sus consecuencias a hipótesis no previstas. Reiteró lo expuesto precedentemente respecto de la opinión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la interpretación de las leyes. Agregó que, con anterioridad a la sanción de la norma en análisis, el artículo 9º de la ley 25.013 estableció que “...en caso de falta de pago en término y sin causa justificada por parte del empleador de la indemnización por despido incausado o de un acuerdo rescisorio homologado, se presumirá la existencia de la conducta temeraria y maliciosa contemplada en el artículo 275 de la ley 20.744 (t. o. 1976)”. Esta norma persigue idénticos propósitos y comprende a todos los trabajadores, aun a aquellos regidos por normas estatutarias, por lo que no se verifica respecto de estos últimos una real situación de desamparo.

Puppo dijo que los agravamientos indemnizatorios a que alude el artículo 2º de la ley 25.323 han tenido en mira solamente la duplicación de la indemnización por despido y no cualquier otra prevista en algún régimen especial, ya que de lo contrario, por vía de analogía, estaríamos excediendo el ámbito tenido en cuenta por el legislador, pues como

bien lo apunta el fiscal general en su dictamen, no le corresponde a los jueces ir más allá de lo dispuesto por el Parlamento.

Eiras dijo que, frente a la claridad de la norma, no corresponde acudir a interpretaciones analógicas y que, consecuentemente, nadie está obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe (conf. art. 19, Const. Nac.), por lo que no puede imponerse al empleador un agravamiento de las indemnizaciones no previsto por la ley.

Guibourg realizó una introducción sobre la interpretación de las leyes, remarcando que es preciso que el intérprete fije límites a su propia potestad de tal modo que el resultado general de los criterios que en varios niveles emplea para ejercerla arroje un resultado armónico, no sólo hacia dentro de sus contenidos, sino también con un razonable respeto de la jerarquía normativa y con consideración al contexto social e histórico en el que ese ejercicio haya de practicarse. Luego, señaló que el legislador dijo a qué prestaciones debía aplicarse el agravamiento y no hay elementos de juicio que permitan presumir que lo hizo por inadvertencia: en todo caso, si así hubiese ocurrido, el propio Poder Legislativo podría haber dispuesto la extensión.

Catardo afirmó que no le parece un argumento válido, luego de reflexionar sobre la interpretación de las leyes, pensar que cuando el legislador se refiere a las indemnizaciones correspondientes al despido incausado de la LCT y de la ley 25.013 esté solamente ejemplificando, por lo que cualquier duda considera que se crea artificialmente. *Destacó que la ley 25.323 es una “ley especial” porque no reforma ni integra la LCT sino que únicamente la complementa, agregando un nuevo rubro indemnizatorio.* Por ello, continuó Catardo, no interesa si la LCT se aplica a quienes se encuentran en el ámbito de la ley 12.908, porque de ello no puede válidamente concluirse que también se le aplica la ley 25.323. Aclaró que el artículo 2º de la ley 25.323 es especial en cuanto a sus destinatarios (se dirige a un tipo especial de trabajador: despedido, según los arts. 232, 233 y 245 de la ley 20.744 o arts. 6º y 7º de la ley 25.013) y no es parte ni se integra a la LCT, pero aun cuando se considera que lo que el legislador hizo fue reformar la LCT, su carácter especial hace imposible extenderla a los trabaja-

dores abarcados por el Estatuto del Periodista pues regulan materias distintas. Concluyó que no existe una causa objetiva que justifique apartarse del texto legal preciso.

Morando dijo que la ley 12.908 presenta un sistema indemnizatorio específico, cuya comparación con el de la ley general mediante el método de conglobamiento por instituciones (art. 9º, LCT) revela su perfil más favorable para el trabajador que el de la norma general, excluyendo la aplicación de ésta y la admisibilidad lógica de una remisión implícita.

En este mismo sentido de la negativa votaron los doctores Balestrini, Pasini, Ruiz Díaz, Zas, Vilela, Moroni, Pirroni, Lescano, Fera, Guisado y Guthmann.

La minoría sostuvo que el artículo 2º de la ley 25.323 repara un daño autónomo que consiste en la mora en el pago de las indemnizaciones.

Ferreirós opinó que la tésis de la norma apunta a dos finalidades a la vez: sancionar al empleador que a pesar de ser intimado al pago de las indemnizaciones por despido que adeuda no lo hace y morigerar el daño producido por el incumplimiento. Manifestó que cuando el legislador refiere a las indemnizaciones correspondientes al despido incausado de la LCT y de la ley 25.013 está ejemplificando con el régimen general de la LCT el espectro general de incumplimientos obligacionales por despidos con indemnizaciones impagas y en mora. Dijo que resulta indistinto que algunos regímenes especiales consideren reparaciones diferentes para el despido arbitrario porque en este caso no está en juego la sanción por el ilícito extintivo para el cual se prevén diferentes sistemas más allá del establecido en el régimen general, sino el tramo posterior: la conducta omisiva del empleador que deviene en incumplimiento distinto y en daño también distinto. Aclaró que se trata del daño posterior producido por el incumplimiento obligacional que toma relevancia jurídica a través de la mora impuesta por la notificación fehaciente que dispone la norma (no automática) y que forma parte de un nuevo género de responsabilidad no prevista expresamente por ninguna norma que no sea la que estamos analizando, y desde la cual se ejemplifica para todo el ordenamiento jurídico positivo laboral, sea cual fuere la situación, habida cuenta que la impo-

sición general que no releva lo particular lo incluye. Consideró entonces que no hay razón para excluir a los trabajadores amparados por la ley 12.908 de lo prescripto en el artículo 2° de la ley 25.323, norma que establece un criterio para la generalidad de los casos y que no excluye los regímenes especiales de manera expresa. Señala que el hecho de que dicha norma no mencione los artículos en los que cada estatuto contempla las indemnizaciones por despido y preaviso no implica que la sanción no sea aplicable a un trabajador amparado por una norma especial, pues ello implicaría colocar a este último en peor situación que el trabajador que cuenta sólo con las disposiciones del régimen general. Asimismo sostuvo que la ley 25.323 es una ley de carácter general aplicable a todos los trabajadores en relación de dependencia y no se encuentra controvertida con ninguna disposición del estatuto especial, y que cabe realizar una interpretación ajustada al principio *pro operario*: donde la ley 25.323 referencia los artículos que amparan el derecho al puesto de trabajo frente al despido arbitrario que pena la Constitución Nacional debe leerse, en lugar de indemnizaciones previstas en los artículos 232, 233 y 245 de la ley 20.744 y los artículos 6° y 7° de la ley 25.013 o las que en el futuro las reemplacen, “las indemnizaciones previstas para el despido arbitrario o las que en el futuro las reemplacen”. Concluyó que lo expuesto por ella no significa ampliar pretorianamente lo expresado por el legislador sino tener en cuenta que la norma en cuestión no es exclusivamente sancionatoria (en ese caso sería una multa), sino que posee a la vez un aspecto resarcitorio de un “daño nuevo” y que una interpretación restrictiva también sería violatoria del principio de igualdad.

Fernández Madrid dijo que la ley 12.908 en su artículo 43, incisos b, c, y d, diseña un sistema indemnizatorio específico para el trabajador despedido, cuya comparación con el de la ley general (Ley de Contrato de Trabajo), mediante el sistema de conglobamiento por instituciones (art. 9°, LCT), se manifiesta más favorable para el trabajador que el de la norma general, por lo que excluye en este punto la aplicación de esta última. Considera que una interpretación que atienda al espíritu de la norma no debería ser desatendida, puesto que, más allá de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente, es decir, en

conexión con las demás normas que integran el ordenamiento legal. En esta indagación no cabe prescindir, por cierto, de las palabras de la ley, pero tampoco atenerse rigurosamente a ellas, cuando una interpretación razonable y sistemática así lo requiere. Por último, sostuvo que resulta evidente que lo que se ha promovido es el pago exacto, íntegro y oportuno de las indemnizaciones correspondientes al despido, y esto es relativo a todas las categorías de trabajadores sin distinción alguna. El principio es general y debe ser aplicado con igual generalidad, por lo que no podría colocarse a un trabajador comprendido en el Estatuto del Periodista (ley 12.908), que ha sido despedido y no se le han abonado las indemnizaciones correspondientes previa intimación, en peores condiciones que cualquier otro trabajador amparado por la ley general.

Rodríguez Brunengo afirmó que el principio general en nuestra disciplina es que, salvo los trabajadores públicos no incluidos en aquélla por acto expreso o en el régimen de convenios colectivos, los trabajadores de servicio doméstico y los agrarios, todos los trabajadores se encuentran comprendidos en la LCT y que como la regla es la aplicabilidad de la LCT a todos los trabajadores, el hecho de que un sector de éstos esté incluido en un estatuto particular no implica, sin más, que no le sea aplicable aquella ley. Manifestó que las disposiciones del artículo 2º de la LCT de ningún modo pueden implicar el desplazamiento de la disposición del artículo 9º de la LCT porque sus disposiciones no son específicas de esa ley sino que reciben un principio general del Derecho del Trabajo. Continuó diciendo que su configuración en la LCT es accidental y rige en todo el ámbito del Derecho del Trabajo, incluso para los trabajadores excluidos expresamente de la LCT. Remarcó que lo expuesto no significa que haya que aplicar las disposiciones más favorables de la LCT, más favorables que las del régimen jurídico estatutario incompatible con ella (ejemplo puesto de la ley 17.258), pero sí que en caso de duda sobre la incompatibilidad deberá estarse a favor de la compatibilidad de la norma más favorable de la LCT y, consiguientemente, de su aplicabilidad. Por último, consideró que el mencionado artículo ha venido a suplir situaciones que pudieran estar regidas por la ley 24.013, respecto de la cual abundante

jurisprudencia se ha pronunciado por su compatibilidad con las indemnizaciones provenientes de los estatutos especiales.

Simon sostuvo que la existencia de un estatuto o legislación especial que contemple las actividades desarrolladas por los trabajadores no constituye óbice para la procedencia de la multa establecida en el artículo 2° de la ley 25.323. Opinó que la ley 25.323 es una ley de carácter general aplicable a los trabajadores dependientes y no se encuentra reñida con disposición alguna del estatuto especial. Aclaró que el hecho de que la norma en cuestión no mencione los artículos en los que cada estatuto o convención colectiva contempla las indemnizaciones por despido y preaviso –lo que derivaría en una engorrosa y poco práctica política legislativa– no implica en modo alguno que la sanción del artículo 2° de la ley 25.323 no pueda ser aplicable a un trabajador amparado por una normativa especial. Toda vez que ello implicaría colocar a este último en peor situación que el trabajador que sólo cuenta con las disposiciones del régimen general. Reiteró que cuando las indemnizaciones por despido y preaviso correspondientes se encuentren reguladas por estatutos o legislaciones específicas, no encuentra escollos para que resulte aplicable el criterio sostenido en aquellas oportunidades, dado que en todas ellas se revela la misma situación fáctica: los trabajadores resultaron acreedores a las indemnizaciones por antigüedad y preaviso –reguladas por cada normativa especial–, requirieron en forma fehaciente de sus empleadores el pago de ellas y tuvieron que iniciar el trámite de actuaciones judiciales para hacerse de sus acreencias, previo reconocimiento en dicha sede de la existencia del crédito, sin que se advierta que la ley 25.323 resulte incompatible en modo alguno con las regulaciones específicas de sendas actividades.

Corach manifestó que lo que define la procedencia del incremento de la ley 25.323 es la negativa del empleador a abonar la indemnización por despido, previa intimación del actor, sin importar ya cuál es el régimen general o particular que regula la relación de trabajo. Considera que el artículo 2° de la ley 25.323 repara un daño autónomo que consiste en la mora en el pago de las indemnizaciones –la cual obviamente genera un daño resarcible– que en el caso implica que se incrementen en la proporción allí fijada los importes nominales de todos los créditos

dinerarios que se adeudaran al trabajador al tiempo del despido o como consecuencia de éste. Es que la ley 25.323 es un cuerpo normativo de carácter general aplicable a los trabajadores dependientes y, como consecuencia, no se encuentra reñida con ninguna disposición del estatuto especial.

Stortini dijo que el legislador argentino al momento de sancionar el artículo 2º de la ley 25.323 fijó un agravamiento indemnizatorio y tuvo como objetivo el evitar un proceder dilatorio del empleador en el pago de los créditos originados en la cesantía sin justa causa. Consideró que el agravamiento indemnizatorio tiende a resarcir un daño diferente al derivado del despido sin justa causa (art. 242 de la LCT) en la medida en que se aprecie que procura indemnizar al trabajador por los perjuicios que le ocasionó la mora del empleador en el pago oportuno de los créditos emergentes de la ruptura del contrato. Sobre la base entonces de esa finalidad del legislador, no parece irrazonable interpretar que el aumento tarifado allí dispuesto rige no sólo para los trabajadores permanentes tutelados por la LCT sino también para los trabajadores permanentes que se desempeñan como periodistas profesionales, a los que se les aplica un estatuto particular como el de la ley 12.908, el cual resarce la disolución del vínculo sin motivo válido mediante un sistema indemnizatorio específico. Aclaró que tanto el trabajador común como el trabajador regido por un régimen estatutario se hallan expuestos a esa conducta evasiva del empleador para cumplir, en tiempo y forma, el pago de las indemnizaciones originadas en la cesantía sin causa justificada. Consideró que la enumeración que realiza el artículo 2º de las indemnizaciones no es taxativa sino que contempla, a modo de ejemplo, las disposiciones legales clásicas que emergen del despido arbitrario. Concluyó que interpretar que el legislador tuvo la finalidad de excluir del incremento resarcitorio que aquí se trata a los trabajadores regidos por normas estatutarias da lugar a un tratamiento no protectorio y desigual en relación con los trabajadores regidos por la ley laboral común, pese a que ambos se encuentran expuestos a esta contingencia (la dilación en el pago) que realmente acontece con cierta frecuencia en las relaciones laborales individuales.

Fontana dijo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que la primera regla de interpretación de las leyes consiste

en dar pleno efecto a la intención del legislador, al texto de la norma, pero que también ha destacado la importancia de la interpretación armónica de las mismas. Afirmó que la intención del legislador fue en ese momento combatir una conducta de “los empleadores” que hacían un uso abusivo de la posibilidad de producir el despido sin causa de un dependiente, no cumpliendo con el deber de abonar las indemnizaciones establecidas en la legislación vigente, y obligándolo a iniciar acciones legales a ese fin, lo que además conducía a eventuales conciliaciones que, como se sostiene en el dictamen mencionado, resultaban violatorias del artículo 15 de la LCT en tanto no se trataba de transacción o conciliación de derechos litigiosos, y por el contrario daban como resultado que el trabajador despedido sin causa percibiera un monto muy inferior al que por derecho le correspondía, con el consiguiente enriquecimiento ilícito por parte del empleador moroso. Manifestó que de los términos de los fundamentos del proyecto legislativo no se desprende que existiera intención alguna de excluir de los alcances de dicha norma a determinados empleadores. Por el contrario, considera que la intención fue disuadir a los empleadores en general de incurrir en esas conductas violatorias de las normas vigentes. Aclaró que si bien es cierto que se hizo expresa mención en el texto legal de las indemnizaciones previstas en los artículos 232, 233 y 245 de la LCT y de los artículos 6° y 7° de la ley 25.013, esa mención debe ser entendida como una directiva clara de que lo que la norma pretendió sancionar fue la inconducta del empleador que despide sin justa causa, y que no cumple con la obligación de abonar las indemnizaciones que ese tipo de despido trae aparejadas, esto es la indemnización por antigüedad y la sustitutiva del preaviso, además de la integración de salarios del mes de despido si correspondiera. Dice que en el momento de adoptar la ley estaban vigentes los artículos 6° y 7° de la ley 25.013, se hizo expresa mención de los mismos, lo que refuerza la intención de establecer que lo que se perseguía era desalentar la conducta que implicaba despedir sin causa y no pagar en tiempo oportuno las indemnizaciones legales, con el consiguiente perjuicio para el trabajador despedido. Destacó que el caso del artículo 43 de la ley 12.908 constituye una excepción al sistema general, no en cuanto al régimen de estabilidad relativa impropia y la eficacia del despido sin causa, que

es idéntico al de la Ley de Contrato de Trabajo, sino solamente en lo que se refiere a la forma de cálculo de las indemnizaciones que del mismo se derivan, pero el artículo 43 establece en cabeza del empleador la misma obligación legal que imponen los artículos 232, 233 y 245 para el resto de los empleadores. Consideró que la omisión de su mención en el texto del artículo 2º de la ley 25.323 no puede atribuirse a la decisión del legislador, sino en todo caso a una “imperfección técnica de la instrumentación legal”. Sostuvo que el artículo 2º de la ley 25.323 no debe aplicarse a los contratos de trabajo regidos por la ley 12.908 en lo que hace a las indemnizaciones previstas en el artículo 43, incisos b, c, y d, de dicha norma, implicaría un exceso en la exégesis de la ley, que conduciría a desnaturalizar el espíritu que ha inspirado su sanción, permitiendo así que esa disposición imperativa sea soslayada en perjuicio de quien se tuvo en mira proteger. Concluyó que excluir del ámbito de aplicación del artículo 2º de la ley 25.323 a los empleadores de periodistas profesionales regidos por la ley 12.908 produciría una incongruencia con el resto del ordenamiento del que dicha norma forma parte, permitiendo que cierto sector de empleadores quede sin sanción a pesar de incurrir en idéntico comportamiento *contra legem*, y que determinados trabajadores no cuenten con la tutela que la norma en cuestión vino a poner en marcha. Señaló que la decisión de aplicar el artículo 2º de la ley 25.323 a las relaciones regidas por la ley 12.908 no significa violar el sistema de conglobamiento por instituciones adoptado por nuestro ordenamiento, ya que la norma en cuestión no debería considerarse dentro de la “institución” relativa a la extinción del contrato de trabajo. En efecto, dicha norma no viene a introducir modificaciones en la tarifa indemnizatoria, sino que constituye una penalización para aquellos empleadores que no respeten el sistema que regula el despido sin causa justificada, sea cual fuere el sistema en cuestión.

Scotti dijo que las reparaciones establecidas en los denominados estatutos especiales para los casos de despido incausado y que mantengan parámetros similares a los de la ley general están en condiciones de generar el incremento previsto en el citado artículo 2º de la ley 25.323. Aclaró que parece evidente que no resulta feliz retacear ese agravamiento de la reparación cuando se trata de resarcimientos

que, en rigor, se encuentran estructurados sobre bases similares a los de la ley general. Sostuvo que la intención del legislador ha sido manifiesta en punto a establecer, bajo determinados supuestos, un incremento de las indemnizaciones emergentes del despido injustificado, de allí la cita precisa de los rubros que se elevan. Y ello así con el propósito (evidente para mí) de excluir todas aquellas reparaciones que, si bien se originan a partir de la extinción del vínculo, o son indiferentes a la forma en que se produjo el distracto (v. gr., las vacaciones proporcionales) o, por más que procedan cuando hay responsabilidad del empleador, contemplan situaciones que exceden la sola pérdida del empleo (v. gr., matrimonio, embarazo, violación de la estabilidad sindical, etc.). Concluye que ése es el significado que debe otorgársele a la mención de los artículos 232, 233 y 245 de la LCT pero nunca el de excluir de su aplicación a las indemnizaciones por cesantía injustificada contempladas en los estatutos especiales, por el solo hecho de estar en un cuerpo normativo diferente al general y aun cuando, como sucede en el caso de los incisos b, y c, del artículo 43 de la ley 12.908, respondan a pautas intrínsecamente semejantes a las de la Ley de Contrato de Trabajo. No existiría ninguna explicación razonable para conjeturar que se tuvo la intención de perjudicar a aquellos subordinados regidos por estatutos especiales, por lo que resulta sorprendente que ese mismo legislador “acusado” de otorgar un trato más beneficioso a determinados segmentos del campo laboral fuese el mismo que, según la tesis que no comparto, les habría retaceado a esos mismos dependientes un derecho que le reconocen al común de los trabajadores. Recalcó que la Ley de Contrato de Trabajo se aplica en principio a quienes se encuentran contemplados en el ámbito de la ley 12.908, razón de más para descartar la aplicación restrictiva de un precepto destinado, insisto, a regir a la generalidad de las relaciones laborales. Entendió que tampoco parece razonable exigir una política legislativa engorrosa y poco práctica como sería incluir en una disposición a todos y cada uno de los preceptos contemplados en leyes, decretos y convenciones colectivas de trabajo, con el riesgo, incluso, de omitir algún dispositivo perdido por allí.

Distinta solución le da este mismo juez al supuesto del inciso d, del artículo 43 de la ley 12.908. Afirma que resulta ostensible la in-

tención de la ley de sancionar al empleador que resulte moroso en el pago de las indemnizaciones por despido, con exclusión de todo aquel resarcimiento que posea un origen diferente al despido injustificado o que, vinculado a este supuesto, se encuentre dirigido a restañar consecuencias que exceden el marco de la pérdida del empleo o difieren notoriamente de las pautas genéricas de los artículos 232, 233 y 245 de la LCT, y es justamente en este último supuesto en el que puede situarse el inciso d, del ya citado artículo 43 de la ley 12.908. Se trata de una reparación adicional consistente en una suma equivalente a seis meses de salarios desvinculada por completo de lo que resultan los patrones generales de la materia y alejada también de los lineamientos de los dispositivos mencionados en el aludido artículo 2º de la ley 25.323. Concluye que le parece indudable que este resarcimiento no presenta las características de las indemnizaciones por despido de la ley general y, consecuentemente, no se encuentra comprendida en el marco de lo establecido en la norma señalada.

Por otro lado, en el fallo plenario N° 320 dictado en los autos “Iurleo, Diana Laura c/Consortio de Propietarios del Edificio Luis Sáenz Peña 1195 s/Despido”, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, por voto de la mayoría, sentó la siguiente doctrina: “El recargo previsto en el artículo 2º de la ley 25.323 no se aplica, en las relaciones regidas por la ley 12.981, a la indemnización dispuesta en el artículo 6º, cuarto párrafo, de esta última ley. Tampoco se aplica a la indemnización establecida en el quinto párrafo del mismo artículo”.

En este fallo plenario los quince jueces que votaron en mayoría lo hicieron por la posición negativa, basándose en una interpretación estricta y literal del artículo 2º de la ley 25.323. Concluyeron que éste sólo se aplica a las relaciones laborales que se rigen por la ley general, es decir, los casos de falta de pago de las indemnizaciones por despido injustificado, integración del mes de despido y sustitutiva del preaviso establecidas en la Ley de Contrato de Trabajo, y no se debe hacer extensiva a aquellos trabajadores cuya actividad está amparada por un estatuto especial. Los argumentos de la mayoría resultan en general coincidentes, basándose fundamentalmente en los siguientes argumentos: a) La claridad del artículo 2º de la ley 25.323 que con precisión hace referencia a “...las indemnizaciones previstas en los artículos 232,

233 y 245 de la ley 20.744 (t. o. 1976) y los artículos 6° y 7° de la ley 25.013 o las que en el futuro las reemplacen”. Claridad del texto que hace impensado, sostienen algunos miembros de la mayoría, que el legislador no haya considerado que existen otros regímenes legales que prevén el despido sin causa y la falta de preaviso; b) No corresponde que los jueces suplan las funciones propias del Poder Legislativo, imponiendo su punto de vista por sobre lo que dice la ley, con el pretexto de su interpretación; c) Los incrementos establecidos en la ley 25.323 deben ser aplicados en forma restrictiva, toda vez que los mismos tienen un claro sesgo sancionatorio, y d) La ley 12.908 establece un régimen indemnizatorio específico que es más favorable para el trabajador que el de la norma general, por lo que debe considerarse a los trabajadores amparados por la ley 12.981 excluidos de dicho régimen general.

La minoría, integrada por seis jueces, arriba a una posición afirmativa a través de una interpretación amplia de la norma en cuestión, al sostener que, por encima de la expresión literal de la norma, la tarea interpretativa consiste, entre otros métodos, en dar pleno efecto a la intención del legislador armonizando sus preceptos con el ordenamiento jurídico total para lograr así la plena realización de la justicia. En apoyo de esa posición, se consideró la necesidad de remitirse a los fundamentos del proyecto de ley del diputado Horacio Parnasetti, de donde se desprende que el objetivo de la ley es evitar que los empleadores produzcan despidos incausados y luego, mediante el simple recurso de no pagar las indemnizaciones correspondientes, obligar al trabajador a iniciar un tortuoso trámite legal a fin de cobrar lo que le corresponde. Por medio de esta ley lo que se trata es evitar, ante el agravamiento de los montos indemnizatorios, estas prácticas abusivas por parte de los empleadores. Esta intención del legislador, sostienen algunos de los jueces que sustentan la posición minoritaria, no parece estar dirigida a favor de determinados trabajadores en desmedro de otros cuya relación laboral se encuentre regida por una norma estatutaria, lo que ocasionaría una situación de desigualdad en tanto en cuanto se estaría dejando sin protección a amplios sectores de trabajadores por el solo hecho de estar amparados por un régimen especial.

En el tercer fallo plenario que dictó la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo con referencia a este tema, en los autos “Gauna, Edgardo Dionisio c/Explotación Pesquera de la Patagonia SA s/Despido” (fallo plenario N° 326 del 9-5-2011), ese tribunal fijó la siguiente doctrina: “El recargo previsto en el artículo 2° de la ley 25.323 se aplica a las indemnizaciones previstas para los trabajadores marítimos, sujetos de relaciones reguladas por el Libro III del Código de Comercio y por la ley 20.094”.

Esta vez, con una nueva integración, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en una mayoría ajustada, dictó un fallo en donde se inclinó por extender el incremento indemnizatorio previsto en el artículo 2° de la ley 25.323 a las relaciones de los trabajadores marítimos.

Los trabajadores marítimos no se rigen por la Ley de Contrato de Trabajo, sino por el Código de Comercio y un estatuto especial, al igual que tantos otros trabajadores, como lo es el caso de los encargados de casa de renta o los periodistas, que en sendos plenarios motivaron el debate que determinó que todo daño punitivo (porque de eso se trata el agravamiento del 50% en las indemnizaciones por despido y sustitutiva de preaviso) se aplique literalmente y sólo para los trabajadores alcanzados por la LCT.

Se produce así un apartamiento de la segunda instancia laboral de la Capital Federal de la interpretación restrictiva que en los años 2007 y 2008 efectuara en torno al mismo artículo 2° de la ley 25.323, abriendo entonces un profundo debate en torno al límite de las facultades interpretativas que posee el Poder Judicial, para evitar caer, en el afán de ejercitarlas, en la adopción de posturas legisferantes que terminan por sustituir la voluntad del legislador, el que fue claro al determinar el alcance de la norma bajo análisis.

En el debate se produjo un empate de doce votos positivos contra doce votos negativos (ya que el voto del procurador general no incide en el proceso de toma de decisión), que motivó el desempate a cargo de la entonces presidenta de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, la doctora Estela Milagros de Ferreirós, quien se pronunció en sentido afirmativo al interrogante del plenario y, de ese modo tan reñido, desempató la cuestión. Esa decisión del tribunal en pleno marcó

un punto de inflexión en la doctrina que venía sustentando la Cámara, al no haber extendido con anterioridad la responsabilidad indemnizatoria del artículo 2° de la ley 25.323 a los trabajadores regulados por otros estatutos especiales (v. gr., periodistas y encargados de casas de renta) y que, en consecuencia, no se encuadran en el régimen general de la LCT.

El fiscal general de la Cámara Nacional de Apelaciones en este caso reiteró la postura sentada en los fallos plenarios N° 313 y 320, al afirmar que la lectura del artículo 2° de la ley 25.323 pone de relieve que el legislador ha sido muy preciso al describir las indemnizaciones que se incrementan e incluso ha detallado los artículos específicos que le dan sustento, cuestión que no deja posibilidad alguna para extender, como si fueran pretores, los alcances de una norma que debe ser interpretada con alcance restrictivo, porque tiene una teleología punitiva y eleva la cuantía de un crédito.

Por la negativa votaron los doctores Pirolo, Maza, González, García Margalejo, Ballestrini, Arias Gibert, Pinto Varela, Catardo, Brandolino, Zas, Vilela y Guisado.

Cabe destacar que el doctor Arias Gibert afirmó que junto a la calificación de las obligaciones por su fuente, de la que la división principal es la separación entre las obligaciones que nacen de los actos jurídicos y las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos, se encuentra la clasificación de las obligaciones por su función. Dijo que la primera clasificación tiene importancia para la determinación de las condiciones de nacimiento de las mismas. Mientras las obligaciones resarcitoras surgen del mandato de los artículos 17 y 19 de la Constitución Nacional, en tanto garantizan la propiedad y reparan el daño injusto causado a otro, las obligaciones punitivas tienen por objeto castigar el patrimonio de un sujeto y, como tales, tienen una función penal. Continuó diciendo que la aplicación del poder punitivo se encuentra limitada por las condiciones constitucionales de ejercicio de la ley penal en sentido amplio y si una acción tiene por objeto restituir la situación a una situación anterior se encuentran ante un supuesto de obligación resarcitoria. En cambio, si tiene por objeto provocar un daño en el patrimonio del deudor desequilibrando la situación anterior (esto es, no compensa un daño o un enriquecimiento sin causa pre-

existente), las reglas constitucionales son aquellas que refieren a la potestad punitiva del Estado. Consideró que a pesar de ser clasificadas por la propia norma como indemnizaciones (esto es, sanciones que tienen una función eminentemente resarcitoria), puede advertirse que no es la finalidad de la sanción jurídica reemplazar la prestación debida por otra (función central de la indemnización) sino la creación, junto a la obligación preexistente, de una obligación nueva. Concluyó que el pago de la sanción del artículo 2º de la ley 25.323 no sustituye las obligaciones de los artículos 232, 233 y 245 del RCT ni subsume los intereses por mora. Por el contrario, esta sanción establece una obligación adicional como consecuencia de la realización de conductas reputadas disvaliosas previamente tipificadas con prescindencia del daño efectiva o hipotéticamente causado. Esto es, tienen una vocación punitiva, establecen una pena de carácter pecuniario, son multas, penas civiles, pero el ámbito civil de la punición no impide la necesidad de aplicación de las normas de carácter constitucional relativas a la aplicación de las penas. Del mismo modo, agregó que no hay indemnización sin daño, en las multas el daño resulta indiferente. De hecho, en el supuesto del artículo 2º de la ley 25.323 –de falta de pago de las obligaciones de dar sumas de dinero por parte del empleador– el contenido originario de la obligación y la compensación de la mora son objeto de las obligaciones originarias y de la aplicación de intereses, por lo que el daño producido está plenamente compensado. Lo que hace la multa es producir un desequilibrio patrimonial en perjuicio de quien se hace responsable de una situación considerada jurídicamente disvaliosa. Manifestó que el carácter civil de la sanción determina la posibilidad de la aplicación de la multa a una persona jurídica de existencia ideal, pero las condiciones de aplicación de la multa requieren la existencia de un factor subjetivo de atribución en virtud del precepto constitucional *nulla pœna sine culpa*. Dijo que en estas multas no se sanciona la deuda (la sanción de la deuda es resarcitoria, es un efecto común de la obligación conforme el artículo 505 del Código Civil). Lo sancionado es una conducta omisiva posterior, una renuencia contumaz al cumplimiento de la obligación. Ésta es la razón por la que tanto la multa del artículo 2º de la ley 25.323 como la del artículo 80 de la LCT exigen la intimación previa al incumplimiento tomado en

cuenta para la aplicación de la multa. Consideró que no se trata de una intimación para poner en mora al deudor, ya que la mora es automática (conf. arts. 509 del Cód. Civ., y 128, 137 y 149 de la LCT), sino de una interpelación que muestre la contumacia, la voluntad de no cumplir la obligación pese a la intimación del acreedor-trabajador. Dijo que si el deudor incumpliente hace caso omiso de la intimación, se produce la contumacia que hace posible la aplicación de estas multas. Es en la contumacia que aparece el factor subjetivo de atribución de conformidad al principio *nulla pœna sine culpa*. Aclara que en conformidad con esto es que el juez puede incluso disminuir el monto de la pena o incluso suprimirla si hubiere razones válidas para exculpar al empleador. Ello es imposible en una obligación resarcitoria y admisible sólo en el supuesto de acción punitiva o en una acción de seguridad social (como es la hipótesis del art. 907, segundo párrafo, del Cód. Civ.). Por último, estimó que, dada la naturaleza penal de la sanción, no es posible la interpretación analógica.

Por la afirmativa votaron los doctores Ferreirós, Fernández Madrid, Stortini, Corach, Rodríguez Brunengo, Fontana, Pompa, Raffaghelli, Craig, Cañal, Vázquez y Marino.

Pompa señaló que no comparte la tesis que sostiene la necesidad de realizar un análisis literal del texto del artículo 2º de la ley 25.323, en tanto advierte que esa propia norma se refiere a situaciones que si bien son similares, las reguladas por los artículos de la ley 20.744 y de la ley 25.013, no son idénticas. Remarcó que el recargo indemnizatorio previsto por el artículo 2º de la mencionada ley se aplica a dos regímenes normativos que si bien no son idénticos, regulan las indemnizaciones en los casos de despido sin causa, aunque difieran sus métodos de cálculo, por lo que no advierte razones que justifiquen su no aplicación a los trabajadores marítimos en tanto su regulación especial comprende también, con sus propios matices, las indemnizaciones derivadas de la misma situación, esto es el despido sin causa de los trabajadores comprendidos.

Raffaghelli dijo que el personal de la navegación no resultó descartado por el legislador de la LCT y la única diferencia es que para resultar acreedor de la indemnización los tripulantes deben acumular 150 días de navegación de ultramar y 120 días de navegación fluvial,

portuaria y lacustre, rigiendo en consecuencia el instituto de la ley laboral general en forma cabal para los trabajadores de la navegación. Señaló que de los anales de la discusión legislativa de la ley 25.323 no surge en modo alguno la preocupación de ningún legislador por limitar la aplicación de la indemnización de su artículo 2º. Agregó que no ve incompatibilidad alguna entre la aplicación de esta indemnización con un colectivo de trabajadores que si presenta especiales condiciones de labor tiene el mismo régimen indemnizatorio para el despido que los trabajadores terrestres. Remarcó que una interpretación limitativa del artículo 2º de la ley 25.323 a los regímenes especiales de trabajo corre el riesgo de desplazar la disposición del artículo 9º de la LCT en tanto regla derivada del principio protector instituido por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, que debe estar presente en toda interpretación vinculada al trabajo y no omita considerar que el trabajador es el sujeto de preferente tutela según doctrina del Tribunal Supremo.

Craig manifestó que el trabajador depende única y exclusivamente de su fuerza de trabajo y del salario percibido para su dependencia y la de su grupo familiar; las consecuencias de la terminación del contrato de trabajo han sido objeto de especial estudio y regulación en orden a proteger al trabajador despedido mediante el pago de la indemnización por antigüedad, la que el empleador está obligado por la ley a abonar. Agrega que sin embargo la mora en el pago, cuya procedencia no se encuentra sujeta a discusión, llevó al legislador a sancionar el artículo 2º de la ley 25.323 multando al obligado moroso y como forma de compensar al dependiente de verse compelido a recurrir a la instancia judicial para obtener su cobro. Estimó que la aplicación de una normativa específica para los trabajadores marítimos no puede implicar una desigualdad frente al despido respecto de otros regidos por la Ley de Contrato de Trabajo.

Cañal dijo que el legislador, al momento del dictado de la normativa de emergencia, advirtió la presencia de una situación socioeconómica general, que podía llevar a despidos masivos, lo que procuró desalentar (ley 25.561), y dictó en este marco una serie de normas que entre ellas está la ley 25.323. Consideró que no fue la intención del legislador excluir a todo el universo de los demás trabajadores regidos por normativa

específica y que se trató de una omisión involuntaria, máxime cuando no es la hipótesis de un colectivo que cuente con protecciones superiores.

Vázquez dijo que el artículo 9° del CCT 370/71, para cuantificar la indemnización por antigüedad, se aferra, a través de una auténtica remisión, al régimen de la Ley general de Contrato de Trabajo. De modo que no se está en rigor ante un régimen indemnizatorio derivado de un estatuto particular estructurado de modo diferenciado y con re-fuerzos resarcitorios para el caso de despido sin justa causa. Consideró que la indemnización no sólo no difiere del sistema general sino que además está cuantificada con ajuste a lo reglado por el artículo 245 de la LCT, según la ya citada disposición convencional, fruto de la autonomía colectiva, a la que también remiten otros instrumentos de idéntica naturaleza jurídica.

15. Procedencia en el despido indirecto

La jurisprudencia es unánime en considerar que se encuentra también contemplado el supuesto de despido indirecto (despido dispuesto por el trabajador).

“No existe diferencia entre el despido directo y aquel por el cual el trabajador se considera despedido frente a una conducta del empleador que, valorada prudencialmente de acuerdo con el artículo 242 de la LCT, hace imposible continuar la relación laboral, ya que en ambos supuestos el despido es imputable al empleador y constituye un acto ilícito”⁴².

16. Requisitos para su aplicación

a) Mora del empleador

El estado de mora del deudor es el requisito para tornar jurídicamente relevante el incumplimiento material de su obligación.

En primer lugar, se entiende que por medio de esta norma el legislador acepta que las indemnizaciones tarifadas del despido so-

⁴² CNAT, sala X, SD 18.267, 14-3-2011, “Chebuk, María Gabriela c/Teleservicios y Marketing SA y otro s/Despido”.

lamente reparan el acto liso y llano del despido y no la totalidad de los daños que éste pudiera causar.

Lo central es que con el incremento en las indemnizaciones previsto en esta norma no se sanciona el acto en sí, que no se altera en sus efectos, sino los perjuicios que la mora en el pago de las mismas produce al trabajador.

En efecto, se trata del deber legal de abonar lo adeudado como consecuencia del despido en tiempo, forma y lugar adecuados, con los efectos liberatorios del pago limitado por el artículo 260 de la LCT, que sin duda alguna es absolutamente independiente e independizable de los deberes jurídicos inherentes al despido en sí y a sus consecuencias legales.

Otra idea a considerar es que cuando el empleador no paga en término las indemnizaciones derivadas del despido, retiene en su poder una suma de dinero disponible para realizar todo tipo de inversiones comerciales o personales. Se entiende que el trabajador, acreedor de prestaciones de carácter alimentario, en ningún caso debe transformarse en un prestamista forzado de su deudor.

Este perjuicio en la persona y en el patrimonio del trabajador, provocado por la demora en el cobro de su crédito, es el que recepta esta norma como un daño resarcible. Es decir, reconoce que las indemnizaciones por despido que se encuentran tarifadas y predeterminadas sólo reparan el despido puro y simple pero no los daños que el incumplimiento en el pago de los créditos derivados de éste produce al trabajador. Al hablar de despido puro y simple nos referimos a aquel en el que no se ha expresado causa y se perfecciona con el pago puntual de la totalidad de los créditos que de él emergen.

Entonces, el primer requisito que exige la ley a los fines de la procedencia de esta indemnización agravada es que el empleador se encuentra en mora en el pago de las indemnizaciones previstas en los artículos 245, 232 y 233 de la LCT o artículo 7° de la ley 25.013.

b) *Supuestos no alcanzados por la norma.*
Mora en el pago de otras obligaciones

En este caso el agravante del artículo 2° de la ley 25.323 sólo será

aplicable si no se han abonado las indemnizaciones expresamente previstas en esta disposición legal, esto es, la indemnización por despido, integración del mes de despido y/o indemnización sustitutiva del preaviso. La falta de pago de otras indemnizaciones no se encuentra alcanzada por el artículo 2° de la ley 25.323, el cual es claro al respecto, y el empleador no puede ser compelido al pago de indemnizaciones o agravantes indemnizatorios que no surjan de la propia ley (art. 19, Const. Nac.).

c) *Intimación de pago*

En este tema, la cuestión controvertida se centra en el momento en que debe realizarse la intimación fehaciente requiriendo el pago de las indemnizaciones adeudadas al que se refiere el artículo 2° de la ley 25.323.

c.1) Una postura señala que *recién puede tornarse procedente la mencionada intimación una vez que el deudor se encuentre en mora para abonar dichas indemnizaciones.*

Del mismo modo que no hay indemnización sin daño, en las multas el daño resulta indiferente. De hecho, en el supuesto del artículo 2° de la ley 25.323 –de falta de pago de las obligaciones de dar suma de dinero por parte del empleador–, el contenido originario de la obligación y la compensación de la mora son objeto de las obligaciones originarias y de la aplicación de intereses, por lo que el daño producido está plenamente compensado. Lo que hace la multa es producir un desequilibrio patrimonial en perjuicio de quien se hace responsable de una situación considerada jurídicamente disvaliosa. El carácter civil de la sanción determina la posibilidad de la aplicación de la multa a una persona jurídica de existencia ideal, pero hecha esta salvedad, las condiciones de aplicación de la multa requieren la existencia de un factor subjetivo de atribución en virtud del precepto constitucional *nulla pœna sine culpa*. En estas multas no se sanciona la deuda. Lo sancionado es una conducta omisiva posterior, una renuencia contumaz al cumplimiento de la obligación. Ésta es la razón por la que la multa del artículo 2° de la ley 25.323 exige la intimación previa al cumplimiento tomado en cuenta para la aplicación de la multa. No se trata

de una intimación para poner en mora al deudor, ya que la mora es automática, sino de una interpelación que muestre la contumacia, la voluntad de no cumplir la obligación pese a la intimación del acreedor-trabajador. Si el deudor incumpliente hace caso omiso a la intimación se produce la contumacia que hace posible la aplicación de esta multa. Pero para que la contumacia se produzca es menester que la deuda por la que se interpela al deudor sea exigible. Ninguna contumacia puede existir si el crédito por el que se interpela al deudor está aún sometido a plazo. Es decir, no hay contumacia (presupuesto de aplicación de las multas) sin que previamente exista inejecución, sin que el plazo de la obligación esté vencido.

“En cuanto al incremento indemnizatorio previsto en el artículo 2º de la ley 25.323, se advierte que el actor intimó el pago de las indemnizaciones en el mismo telegrama en que intentaba colocarse en situación de despido indirecto el día 21-5-2007 y que se remitió a los términos de la misiva anterior en su telegrama fechado el 15-5-2007. Así las cosas, al remitirse las intimaciones señaladas no había transcurrido el plazo previsto por el artículo 128 y artículo 255 bis de la Ley de Contrato de Trabajo, plazo éste con el que cuenta el empleador para abonar las indemnizaciones derivadas del despido (cfr. art. 149 de la LCT) (en el mismo sentido, sala I en los autos ‘Ferrari, Gastón Ezequiel c/Operadora de Estaciones de Servicio SA s/Despido’, SD 82.131 del 17-11-2004). En consecuencia, propondré rechazar este segmento del agravio”⁴³.

“Memoro que ya he expresado que dicha reparación resulta improcedente cuando –como el caso– la interpelación contemplada en dicha norma se efectúa contemporáneamente con la comunicación del despido. En efecto, entiendo que el artículo en cuestión exige, de manera clara, que la intimación que allí se prevé debe ser realizada, cuanto menos, luego de producido el distracto y si éste, como sucede en autos, se produjo por despido ‘indirecto’, el dependiente debe cursarla una vez disuelta la relación. Es que si el dispositivo aludido establece que dicho rubro resulta procedente cuando no se abonaren las indemnizaciones por despido, parece evidente que el requerimiento deba

⁴³ CNAT, sala I, 31-8-2010, “Nieto, Roberto Romualdo c/Centurión Seguridad SRL”, L. L. Online.

efectuarse una vez producida la extinción del vínculo, en tanto es en ese momento (si es que no se quiere aguardar al vencimiento del plazo contemplado en el art. 128, LCT al que remite el 149 del mismo cuerpo legal) en que resultan exigibles los resarcimientos derivados del despido, me parece evidente que mal podría intimarse el pago de una determinada acreencia cuando ésta, por el motivo que fuere, no se ha hecho aún exigible [...] la doctrina y la jurisprudencia han insistido en que el despido (o mejor, su comunicación) es un acto recepticio, lo cual, como se sabe, significa que solamente se perfecciona con la recepción en el ámbito del control y conocimiento del destinatario. Esto implica que tampoco puede admitirse que la interpelación exigida por la norma citada se concrete conjuntamente con la denuncia del vínculo, ello es así dado que hasta que no se encuentre debidamente formalizado el distracto, no existe derecho alguno a la reparación por despido ni, consecuentemente, posibilidad alguna de intimar su pago”⁴⁴.

c.2) Otra postura, en cambio, sostiene que *resulta procedente la intimación juntamente con la comunicación del despido*.

“Del intercambio postal ocurrido entre las partes se desprende que la actora intimó en legal forma el pago de las indemnizaciones derivadas de la situación de despido en la cual en forma justificada se colocó, por lo que cumplimentó el recaudo previsto por la normativa en análisis. He sostenido en reiterados pronunciamientos que la normativa en cuestión no dispone plazo alguno para efectuar la interpelación allí requerida, con lo cual basta con que el requiriente instrumente la intimación fehaciente luego de considerarse despedido aunque sea en la misma comunicación rescisoria, fijando un plazo razonable para ello, el que nunca podrá ser inferior al de dos días hábiles por aplicación de lo dispuesto en el artículo 57 de la LCT”⁴⁵.

“No condiciona la procedencia del recargo a que el emplazamiento haya sido efectuado luego de transcurrido lapso ni oportunidad alguna y, por ende, entiendo que basta con que el trabajador la practique conjuntamente con la comunicación del despido indirecto, ya que ése

⁴⁴ CNAT, sala X, SD 18.267, 14-3-2011, “Chebuk, María Gabriela c/Teleservicios y Marketing SA y otro s/Despido”, voto en disidencia del Dr. Corach.

⁴⁵ CNAT, sala X, SD 18.267, 14-3-2011, “Chebuk, María Gabriela c/Teleservicios y Marketing SA y otro s/Despido”, voto en mayoría del Dr. Stortini.

es el momento en que, desde su punto de vista, nace el derecho. Obviamente, considero que el recargo no sería admisible si, aun así, el empleador abonare las indemnizaciones dentro de los cuatro días hábiles de recibida la notificación del distracto, por la analógica aplicación del plazo previsto en el artículo 128 de la LCT que dispone el artículo 149 del mismo cuerpo legal, lo que no ha ocurrido en el caso de autos. Tampoco procedería si, aun transcurrido ese lapso, el pago se verificase antes de que el acreedor hubiese iniciado los trámites mencionados en el artículo 2º de la ley 25.323. Empero, estas hipotéticas circunstancias no me parecen suficiente argumento para privar de eficacia a la intimación ya efectuada, cuando el principal no paga los resarcimientos ni dentro de dicho plazo ni tampoco con posterioridad, habiéndose hecho necesario el reclamo judicial a tal fin⁴⁶.

“La actora intimó oportunamente –como reconoce la demandada– el pago de las indemnizaciones y debió iniciar la vía administrativa obligatoria y este proceso judicial a fin de que se le reconozca su derecho. La recurrente sostiene que la intimación fue hecha conjuntamente al cese laboral y tal como lo ha expuesto mi distinguido colega el Dr. Miguel Ángel Maza en la causa ‘Franco, Vicenta c/Montoto, Pablo s/Despido’ (SD 95.261 del 26-9-2007 del registro de esta sala), el precepto bajo análisis no condiciona la procedencia del recargo a que el emplazamiento haya sido efectuado luego de transcurrido lapso ni oportunidad alguna y, por ende, basta con que el trabajador lo practique conjuntamente con la comunicación extintiva, ya que ése es el momento en el que nace el derecho⁴⁷.”

c.3) *Exigencia de la intimación como acto previo*. La interposición de una acción judicial demandando el pago de las indemnizaciones por despido sin justa causa, integración del mes de despido y/o sustitutiva del preaviso, ¿puede ser asimilada a la intimación fehaciente que requiere el artículo 2º de la ley 25.323?

La mayoría de la jurisprudencia considera que no, ya que la intimación que refiere el mencionado artículo 2º de la ley 25.323 es ex-

⁴⁶ CNAT, sala II, SD 95.261, 26-9-2007, “Franco, Vicenta c/Montoto, Pablo s/Despido”, voto en mayoría del Dr. Maza.

⁴⁷ CNAT, sala II, SD 95.491, 21-12-2007, “Ale, Karina Paola c/Gavotti, Víctor Hugo y otro s/Despido”, voto en mayoría del Dr. Piroló.

trajudicial y previa, y tiene como objetivo indiscutible el de darle una última oportunidad al empleador deudor a que cumpla con sus obligaciones legales en materia indemnizatoria previo a la iniciación de acciones legales o administrativas obligatorias.

d) *Inicio de la acción judicial o de la instancia administrativa previa*

Como tercer requisito, la ley exige para la procedencia de este agravante indemnizatorio que el trabajador haya tenido que recurrir, para el cobro de la indemnización por antigüedad, integración del mes de despido y/o por falta de otorgamiento del preaviso, a la vía judicial o a la instancia administrativa obligatoria previa.

Consideramos que en lo relativo a la instancia previa de carácter obligatorio debe decirse que la norma indudablemente refiere a aquellas jurisdicciones que han previsto el agotamiento de una instancia previa de conciliación en sede administrativa –SECCLO–, lo cual es equiparada con el inicio de acciones judiciales a los fines del cobro de la indemnización agravada.

Distinto es el caso si las partes someten la cuestión a una instancia administrativa voluntaria, ya que el agravante indemnizatorio resulta improcedente (por ej., en el caso de la instancia prevista en la ley 10.419).

En un sentido amplio, se entiende que la mera interposición de una medida cautelar o precautoria, aunque no se haya deducido la demanda, ya torna procedente la indemnización agravada prevista en el artículo 2° de la ley 25.323.

17. Forma de cálculo

La norma establece que el agravamiento indemnizatorio consiste en recargar un 50% las indemnizaciones:

- 1) Por antigüedad (art. 245, LCT o art. 7° de la ley 25.013).
 - 2) Integración del mes de despido (art. 233, LCT).
 - 3) Sustitutiva del preaviso (art. 232, LCT o art. 6° de la ley 25.013).
- “Asiste razón al apelante en cuanto cuestiona el monto por el que

prosperó la indemnización del artículo 2º de la ley 25.323 pues a estar a la letra del dispositivo sólo corresponde calcularla sobre las indemnizaciones a percibir por el actor en concepto de antigüedad (art. 245, LCT), preaviso (art. 232, LCT) e integración del mes de despido (art. 233, LCT). En consecuencia habrá de modificarse el fallo apelado en este aspecto de la queja y deducir del importe de este resarcimiento la suma correspondiente a los días de octubre trabajados incluida en la liquidación practicada en grado⁴⁸.

18. Eximición

La norma prevé una causa de eximición para reducir el monto del agravamiento hasta su total desaparición, la que deberá ser evaluada por la autoridad judicial. El mencionado artículo 2º de la ley 25.323 establece que deben ser “causas que justificaren la conducta del empleador” para no abonar las indemnizaciones.

Dado que el precepto legal no define cuáles son esas causas que justificaren la conducta, ha merecido bastantes críticas al respecto.

Desde el punto de vista procesal, la ley exige que la decisión judicial en virtud de la cual se exima total o parcialmente al empleador del agravante indemnizatorio previsto en el artículo 2º de la ley 25.323 deba ser a través de una “resolución fundada”.

Cabe señalar la invariable doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia del recurso extraordinario por sentencia arbitraria, al descalificar y anular decisiones judiciales que no tengan apropiada fundamentación, fundamentos mínimos suficientes, debida fundamentación, sustento necesario o fundamentos serios.

En cuanto a las causas de justificación, Ferreirós señala que cuando la norma se refiere a “causas que justificaren la conducta del empleador” el legislador se está refiriendo a “causas de justificación” en sentido estricto y jurídico, no pudiendo sostenerse que el legislador haya empleado el lenguaje vulgar. Remite a las normas del Código Civil en materia de incumplimiento de las obligaciones.

En esa lógica, para exonerarse de la indemnización agravada el

⁴⁸ CNAT, sala X, SD 18.419, 19-4-2011, “Palomequi, Diego Javier c/Silkey SA s/Despido”, voto en mayoría del Dr. Stortini.

empleador debería acreditar la existencia de esta *fuerza mayor o caso fortuito* o que el incumplimiento no le ha sido imputable. Sólo en tales casos el empleador podría exonerarse del agravamiento indemnizatorio del artículo 2° de la ley 25.323.

Otra postura entiende que no sólo deben considerarse incluidos los casos de caso fortuito y fuerza mayor, sino también aquellos casos en los cuales el empleador no ha pagado las indemnizaciones legales por entender que ha habido *justa causa para el despido* pero posteriormente en sede judicial se entiende lo contrario, siempre que hubiere existido una controversia seria sobre la existencia de las causas del despido y no una mera maniobra para diferir el pago de las indemnizaciones legales.

Esta situación debe ser merituada prudencialmente por el juez, ya que se trata de una excepción que debe ser tratada con carácter restrictivo.

Entendemos que el legislador le ha dejado un amplio margen de discrecionalidad a la autoridad judicial para que resuelva en el caso concreto si existen causas, pero no las limitó a los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor porque sino así lo hubiera expresado en la norma.

La intención del legislador ha sido la de penalizar las conductas contrarias al principio de la buena fe de un empleador que persiga únicamente la dilación del pago de los montos indemnizatorios de carácter alimentario a los que tiene derecho el trabajador, pero no frustrar el legítimo derecho de defensa del empleador que pudiera creer legítimamente que existían razones para salir victorioso en el pleito –sin obligación de pagar indemnización alguna– y que fuera posteriormente vencido.

El juez tendrá amplias facultades en suma para analizar, en el caso concreto, el comportamiento de la empleadora y valorando ese comportamiento podrá eximir total o parcialmente del pago de la indemnización agravada prevista en el artículo 2° de la ley 25.323. Este comportamiento para que genere la reducción o hasta su supresión deberá basarse en la creencia fundada del empleador de que existía *justa causa para el despido* y que en consecuencia no correspondía el pago de las indemnizaciones propias de un despido sin *justa causa*.

“La demandada no ha probado ningún hecho de que el demandante fue cómplice del pasajero que se retiró sin pagar, hurtando el televisor [...] respecto del agravio que gira en torno a la recepción del recargo indemnizatorio que surge del artículo 2º de la ley 25.323, entiendo que si bien el actor tuvo que iniciar el presente litigio para acceder a las indemnizaciones derivadas del distracto, las sospechosas circunstancias que acabo de hacer alusión y el objetivo perjuicio que la demandada sufrió ante el hecho de marras, llevan a entender justificado que la empresa no haya pagado la indemnización en ese momento y haya intentado probar en autos la responsabilidad imputada al accionante. Ante ello considero que se dan en el caso las circunstancias excepcionales a las que hace mención el párrafo final del artículo 2º de la ley 25.323, por lo que propicio eximir a la demandada del pago de este recargo”⁴⁹.

En otro orden, Etala entiende que las *dificultades financieras* de la empresa también pueden constituir una de las causas justificativas del comportamiento del empleador de no pagar las indemnizaciones por despido, integración del mes de despido y/o preaviso que habiliten al juez a la disminución o eliminación del agravamiento indemnizatorio⁵⁰.

La posición opuesta considera que las dificultades financieras nunca pueden invocarse como causa que atenúe o exima de responsabilidad a los efectos del artículo 2º de la ley 25.323, dado que ello implica un riesgo propio de la actividad empresaria y el trabajador debe permanecer ajeno (e indemne) a los riesgos de la empresa. De hecho, justamente la norma trata de incentivar el pago de las indemnizaciones en épocas de desempleo (entre ellos, Amanda Caubet). Entonces, en esta postura las dificultades financieras no justifican el incumplimiento del empleador de sus obligaciones laborales, salvo que estas “dificultades financieras” constituyan un caso fortuito o fuerza mayor.

En lo atinente al *supuesto de quiebra*, se ha considerado que la falencia comercial de la demandada en el caso no constituye un impedimento jurídico o material que justifique eximir la del pago del agra-

⁴⁹ CNAT, sala II, 19-7-2007, en autos “Alfonso Cáceres, Pedro Ramón c/Confortel SA s/Despido”, voto en mayoría del Dr. Maza.

⁵⁰ ETALA, Carlos A., *Las nuevas normas de la ley 25.323*, en D. T. 2000-B-2086.

vamiento previsto en el artículo 2º de la ley 25.323, resultando –a todo evento– que la opción que establece el artículo 16 de la ley 24.522 de reclamar las indemnizaciones en el marco del concurso de la empresa no resulta viable frente a la existencia de créditos de naturaleza controvertida⁵¹.

19. Eximición parcial

Otro supuesto es el pago insuficiente de una indemnización por despido, integración del mes de despido o preaviso, el cual se considera a cuenta del total adeudado en virtud de lo establecido en el artículo 260 de la LCT. En estos casos, también resulta procedente la indemnización agravada por no haberse cancelado totalmente la obligación, debiéndose recordar al respecto que tal como lo fijaba el artículo 506 del Código de Vélez Sársfield, sólo “...el cumplimiento exacto de la obligación le confiere el derecho [al deudor] de obtener la liberación correspondiente, o el derecho a repeler las acciones del trabajador”.

Algunos consideran que el incumplimiento defectuoso queda asimilado al incumplimiento total en cuanto uno y otro generan la responsabilidad del deudor, por lo que sólo puede diferir con respecto a la cuantía de la indemnización y para que proceda en ese supuesto la indemnización agravada deberá intimarse por medio fehaciente a que el empleador pague la diferencia indemnizatoria.

Otros sostienen que correspondería calcular la indemnización del artículo 2º de la mencionada ley sólo respecto de las diferencias de las indemnizaciones, artículos 245, 232 y 233, LCT o artículo 7º, ley 25.013.

Entonces, el monto mencionado (50% de las indemnizaciones, art. 245, LCT o art. 7º de la ley 25.013 y arts. 232 y 233, LCT) corresponde para el caso de tratarse de falta de pago total de ambas indemnizaciones, puesto que en el caso de tratarse de un pago insuficiente, el recargo debe hacerse sobre los montos indemnizatorios no abonados.

“Tampoco tendrá acogida de acuerdo a mi postura la objeción di-

⁵¹ CNAT, sala X, 29-4-2011, “Maldonado, Paola Analía c/Poly Moda SRL s/Despido”, voto en mayoría del Dr. Corach.

rigida contra el incremento indemnizatorio previsto en el artículo 2° de la ley 25.323, ya que en la sentencia dictada en la anterior instancia se efectuó la determinación de su monto teniendo en cuenta exclusivamente las diferencias adeudadas por pago insuficiente de las indemnizaciones derivadas del despido, practicándose en consecuencia la eximición parcial prevista en la última parte de la norma en cuestión. No se verifican circunstancias que convaliden la eximición total del incremento, reservada para casos en los que por su excepcionalidad se justifique la conducta reticente del empleador a satisfacer créditos de índole alimentaria”⁵².

“No encuentro motivos que justifiquen eximir total o parcialmente a las demandadas del pago de la indemnización del artículo 2° de la ley 25.323. Las recurrentes, además de citar jurisprudencia sobre el tema, refieren haber explicado en forma reiterada que ‘...han quedado por demás justificados los motivos por los cuales –hasta el presente– mi mandante consideró con justa causa el despido y como improcedentes los reclamos del actor vertidos en la presente acción’, lo que no favorece a los recurrentes por cuanto llega firme a esta Alzada que el vínculo se extinguió por despido indirecto y, si realmente los apelantes consideraban que tal decisión fue justificada, no se advierte la razón por la que no cancelaron oportunamente las indemnizaciones previstas por los artículos 232, 233 y 245 de la LCT”⁵³.

20. Acumulación con otras indemnizaciones

a) Con las indemnizaciones de la ley 24.013

A diferencia de la indemnización prevista en el artículo 1° de la ley 25.323, aquí no existe prohibición de acumulación entre la indemnización prevista en el artículo 2° de este cuerpo normativo con las indemnizaciones o multas previstas en la ley 24.013.

⁵² CNAT, sala IX, SD 17.151, 15-7-2009, “Benini González, Catalina Didalia c/HSBC New York Life Seguros de Retiro Argentina SA y otro s/Despido”, voto en mayoría del Dr. Pompa.

⁵³ CNAT, sala IV, SD 93.979, 20-3-2009, “Parrilla, Juan Manuel c/Romamar Soc. de Hecho de Luis Castro y Horacio Moisis y otro s/Despido”, voto del Dr. Guisado.

Ambas indemnizaciones son perfectamente acumulables, máxime si responden a supuestos de hecho totalmente diferentes.

En consecuencia, un trabajador no registrado que cumplió con la intimación previa del artículo 11 de la ley 24.013 a los fines de la registración laboral, que se dio por despedido ante la falta de cumplimiento de dicho registro, tuvo que cursar una intimación para el cobro de las indemnizaciones legales y que finalmente debió recurrir a sede judicial para su percepción, será acreedor de las indemnizaciones previstas en la Ley de Empleo juntamente con el recargo previsto en el artículo 2° de la ley 25.323.

Aclaremos, como lo expresamos anteriormente, que el agravamiento del mencionado artículo 2° de la ley 25.323 se aplica siempre sobre la indemnización por antigüedad, indemnización sustitutiva del preaviso e integración del mes de despido y no sobre las indemnizaciones provenientes de la ley 24.013.

b) *Con el agravante del artículo 1° de la misma ley 25.323*

Entendemos que resultan claramente acumulables, ya que son supuestos totalmente distintos: uno repara la situación del trabajador clandestino que ha sido despedido sin justa causa y el artículo 2°, el diferimiento del pago de las indemnizaciones provenientes de cualquier clase de despido.

En idéntica situación que la anterior aclaramos que el agravamiento del artículo 2° debe realizarse sobre las indemnizaciones por antigüedad, sustitutiva del preaviso e integración del mes de despido y no sobre el artículo 1° de la ley 25.323.

c) *Con las sanciones de los artículos 275 de la LCT y 9° de la ley 25.013*

Una de las cuestiones que más controversias genera en la ley 25.323 es la posible acumulación de la indemnización del artículo 2° con la indemnización prevista para los supuestos de conducta temeraria y maliciosa prevista en el artículo 275 de la LCT y el artículo 9° de la ley 25.013.

El artículo 9º de la ley 25.013 establece: “*Falta de pago en término de la indemnización por despido incausado*. En caso de falta de pago en término y sin causa justificada por parte del empleador, de la indemnización por despido incausado o de un acuerdo rescisorio homologado, se presumirá la existencia de la conducta temeraria y maliciosa contemplada en el artículo 275 de la ley 20.744 (t. o. 1976)”.

A su vez, el artículo 275 de la LCT dispone que “Cuando se declarara maliciosa o temeraria la conducta asumida por el empleador que perdiera total o parcialmente el juicio, será condenado a pagar un interés de hasta dos veces y media el que cobren los bancos oficiales, para operaciones corrientes de descuento de documentos comerciales, el que será graduado por los jueces, atendiendo a la conducta procesal asumida.

”Se considerarán especialmente comprendidos en esta disposición los casos en que se evidenciaren propósitos obstruccionistas o dilatorios en reclamos por accidente de trabajo, atendiendo a las exigencias más o menos perentorias provenientes del estado de la víctima, la omisión de los auxilios indispensables en tales casos, o cuando sin fundamento, y teniendo conciencia de la propia sinrazón, se cuestionase la existencia de la relación laboral, se hiciesen valer actos cometidos en fraude del trabajador, abusando de su necesidad o inexperiencia, o se opusiesen defensas manifiestamente incompatibles o contradictorias de hecho o de derecho.

”Cuando por falta de cumplimiento de un acuerdo homologado en sede judicial o administrativa el trabajador se vea precisado a continuar y/o promover la acción judicial, independientemente de las sanciones que tal actitud genere, dicha conducta será calificada como ‘temeraria y maliciosa’ y la suma adeudada devengará a favor del trabajador, desde la fecha de la mora y hasta su efectiva cancelación, el máximo del interés contemplado en el presente artículo [párrafo incorporado por art. 1º de la ley 26.696, B. O. del 29-8-2011]”.

Consideramos que el artículo 2º de la ley 25.323 sigue la línea del artículo 9º de la ley 25.013, que establece una presunción de “conducta temeraria y maliciosa” del empleador en supuestos similares a los ahora previstos en la ley 25.323 y que el artículo 275 de la LCT prevé una sanción para los empleadores reticentes en el pago de las

indemnizaciones legales a través de la figura de la “conducta maliciosa y temeraria”. La ley 25.013 mantuvo la figura de la “conducta maliciosa y temeraria”, pero estableciendo que ésta se presumirá en los casos de falta de pago en término y sin causa justificada de la indemnización por despido injustificado o de un acuerdo rescisorio homologado.

d) *Aplicabilidad simultánea de los artículos 2º de la ley 25.323 y 9º de la ley 25.013*

Las disposiciones previstas en el artículo 2º de la ley 25.323 y en el artículo 9º de la ley 25.013 pueden ser aplicadas acumulativamente en la medida en que, mientras una de ellas dispone un incremento indemnizatorio, la otra establece una presunción de existencia de conducta temeraria y maliciosa⁵⁴.

“Cabe recordar que para que se configure la ‘conducta maliciosa y temeraria’ a que alude el artículo 275 de la LCT no basta que una petición no sea resuelta favorablemente o que una pretensión o defensa no sean acogidas (CNAT, sala I, 20-11-87, ‘Vallejos, Claudio c/Bressuanello, Juan’). Es imprescindible proceder con suma prudencia para la aplicación de este tipo de sanciones y tener presente que éstas no pueden obedecer al solo hecho de que las acciones o defensas han sido finalmente desestimadas, ni siquiera al hecho de que las pretensiones carezcan de sustento jurídico, dado que ello podría coartar la garantía constitucional de defensa en juicio”⁵⁵.

“La aplicación de las sanciones previstas por los artículos 275 de la LCT y 45 del CPCCN sólo procede en casos extremos y cuando de la actuación resulta un proceder malicioso y temerario, que debe quedar perfectamente configurado, nacer de las propias actuaciones y dejar en el ánimo de quien debe aplicarlas el convencimiento absoluto de que se ha actuado con dolo o culpa grave en grado sumo”⁵⁶.

⁵⁴ CNAT, sala VII, SD 43.632, 29-6-2011, “Villalba, José Ignacio c/Misadon SRL y otro s/Despido”, voto del Dr. Rodríguez Brunengo.

⁵⁵ CNAT, sala I, SD 68.661, 3-6-96, “Córdoba, Angélica c/Memi, Pedro s/Accidente”.

⁵⁶ CNAT, sala X, SD 14.027, 28-11-2005, “Vaca, Ángel Luis c/Banco de la Nación Argentina s/Despido”.

“En ese orden de ideas, esta sala tiene dicho que el artículo 275 de la LCT, así como el artículo 20, que es su contrapartida, han de ser utilizados con suma cautela por los jueces para no coartar el derecho de defensa, y en casos en que el juzgador se persuade íntimamente de la malicia litigiosa. Es decir, que la aplicación de estas sanciones no puede obedecer al solo hecho que las acciones y defensas hayan sido finalmente desestimadas, ni siquiera que las pretensiones carezcan de sustento jurídico, dado que ello podría coartar la garantía constitucional mencionada”⁵⁷.

“No modifica la conclusión expuesta la presunción prevista en el artículo 9º de la ley 25.013 sobre el carácter malicioso de la omisión de la empleadora de pagar al actor la liquidación final por despido incausado”.

“En efecto, cabe recordar que –como bien lo sostiene Etala– frente a la superposición parcial entre la norma citada y el artículo 2º de la ley 25.323, ‘cabe preguntarse cuál es el estado de vigencia del artículo 9º de la ley 25.013, porque corresponde rechazar de plano una aplicación simultánea de ambas normas so pena de infringir el principio *non bis in idem*, que debe considerarse un principio general del Derecho’ (art. 16 del Cód. Civ.). Analizando la cuestión planteada, es posible concluir que el artículo 9º de la ley 25.013 podrá continuar siendo aplicable a aquellas relaciones laborales no alcanzadas por el artículo 2º de la ley 25.323. Esta última norma, en el ámbito de aplicación personal en el que se superpone con el de la ley 25.013, ha de desplazar el artículo 9º de esta ley porque, como hemos señalado con anterioridad, no puede aplicarse una doble sanción por el mismo hecho antecedente”.

“Esta sala ha decidido que es improcedente el reclamo de la multa prevista por el artículo 9º de la ley 25.013, toda vez que el presupuesto que condiciona su viabilidad es el mismo sancionado, a su vez, por el artículo 2º de la ley 25.323 –esto es la falta de pago en término de la indemnización por despido incausado–, ya calculado en el monto de condena” (SD 89.426 del 28-11-2003, ‘Méndez, Etel Rosa c/Em-

⁵⁷ CNAT, sala IV, 18-4-96, “Quiroz, Javier c/Leschitta, Dullio s/Despido”. En sentido similar: CNAT, sala VI, 11-8-97, “Lecumberry, Osmar c/La Photo SA s/Despido”.

presa Distribuidora Sur SA s/Despido'; íd., SD 91.012 del 30-11-2005, 'Joaquín, Marcelo Roberto c/Cortes Camia, Alejandro Oscar y otros/Despido'; íd., SD 91.115 del 9-2-2006, 'Mora, Polonio Luis c/Megafood Catering SA s/Despido'; íd., SD 91.662 del 12-9-2006, 'Carou, María Fernanda c/Flamarión SA s/Despido')"⁵⁸.

Sobre esta cuestión se ha resuelto, además, en términos que comparto, que "Es preciso aquí decidir si el recargo del artículo 2º de la ley 25.323 se acumula al interés punitivo del artículo 275 de la LCT, basado en la presunción del artículo 9º de la ley 25.013. Una respuesta afirmativa podría basarse en que se trata de sanciones distintas (una se refiere a intereses, la otra al capital). Una respuesta negativa podría basarse en que la segunda ley ha modificado o derogado la parte correspondiente de la primera, porque después de todo se trata del mismo hecho desencadenante: la falta de pago en término de las indemnizaciones.

"Consideramos apropiado partir del segundo argumento, pero limitar parcialmente sus alcances. Las dos normas tienen por objeto generar un recargo en el pago a cargo del empleador cuando las indemnizaciones por despido no se hayan pagado en término. La segunda no dice que su recargo se suma al anterior, por lo que, ante dos normas sucesivas que se dirigen a reprimir la misma conducta, es lícito interpretar que la segunda expresa un cambio de idea en el mítico legislador al que remite la dogmática tradicional. Primero decidió que la norma implicaba una presunción *iuris tantum* de actuación maliciosa, dando lugar a la aplicación del artículo 275. Luego [...] decidió convertir aquella sanción (sujeta a la variación de tasas) en un recargo tarifado de 50% sobre el capital, pero sujeto a una condición adicional (y por cierto nada irrazonable): que mediase intimación fehaciente del trabajador. Esto no quiere decir, sin embargo, que la conducta del empleador no pueda ser maliciosa, sino tan sólo que no se aplica la presunción: si durante el proceso judicial el empleador incurriese en conducta maliciosa efectivamente comprobada (y no tan sólo presumida), habría que aplicarle el interés punitivo

⁵⁸ CNAT, sala IV, SD 94.019, 31-4-99, "Quiroga, Carlos Alberto c/Cotigraf SA s/Despido", voto del Dr. Guisado, en mayoría.

del 275, LCT sobre todo el capital, incluido en éste el recargo del artículo 2º de la ley 25.323, así como cualquier otra prestación, con recargo o sin él, que hubiese quedado involucrada en la maniobra maliciosa (SD 87.206 del 17-10-2005, en autos ‘Nozzi, Claudia Andrea c/Laboratorios Arrayanes SA y otro s/Despido’, del registro de la sala III de esta Cámara)”⁵⁹.

Cabe recordar lo expuesto por la doctora González al votar en el fallo plenario de la CNAT N° 313 más arriba citado. Señaló que “...con anterioridad a la sanción de la norma en análisis, el artículo 9º de la ley 25.013 estableció que ‘en caso de falta de pago en término y sin causa justificada por parte del empleador de la indemnización por despido incausado o de un acuerdo rescisorio homologado, se presumirá la existencia de la conducta temeraria y maliciosa contemplada en el artículo 275 de la ley 20.744 (t. o. 1976)’. Esta norma persigue idénticos propósitos y comprende a todos los trabajadores, aun a aquellos regidos por normas estatutarias, por lo que no se verifica respecto de estos últimos una real situación de desamparo”.

“Tanto la disposición del artículo 2º de la ley 25.323 como la del artículo 9º de la ley 25.013 pueden ser aplicadas acumulativamente toda vez que mientras que la primera dispone un incremento indemnizatorio, la otra establece una presunción de existencia de conducta temeraria y maliciosa (art. 275 de la LCT) (en igual sentido, ‘Ferraondo, Alberto Victorio c/Crompton Química SA’, sent. 41.339 del 31-10-2008)”⁶⁰.

21. Ejemplo práctico de aplicación del artículo 2º de la ley 25.323

A modo de ejemplo podemos mencionar el caso de un trabajador al que le correspondiere la suma de \$ 15.500 en concepto de indemnización por antigüedad del artículo 245 de la LCT, \$ 7.750 por omi-

⁵⁹ CNAT, sala IV, 20-3-2009, “Parrilla, Juan Manuel...” cit., del voto del Dr. Guisado.

⁶⁰ CNAT, sala IV, 31-4-2009, “Quiroga, Carlos Alberto...” cit., del voto de la Dra. Ferreirós en minoría.

sión del preaviso, \$ 646 por incidencia del SAC sobre el rubro anterior, \$ 3.875 por integración del mes de despido y \$ 323 por incidencia del SAC sobre el rubro anterior.

Liquidación: El monto de la multa será equivalente al 50% de la sumatoria de los rubros antes indicados, por lo que el resarcimiento alcanza la cifra de \$ 14.047. Esto es: $(\$ 15.500 + \$ 7.750 + \$ 646 + \$ 3.875 + \$ 323) / 2$.

**ESTATUTOS ESPECIALES Y OTROS
REGÍMENES PARTICULARES.
INDEMNIZACIONES POR
EXTINCIÓN DEL VÍNCULO**

por **SEBASTIÁN A. CAFFINI**

SUMARIO: 1. A propósito de los “estatutos especiales” y su articulación con la LCT. 2. Los estatutos existentes, en orden cronológico. 3. Operadores radiotelegráficos y afines. 4. Conductores particulares. 5. Periodistas. 6. Empleados administrativos de empresas periodísticas. 7. Encargados y ayudantes de casa de renta. 8. Servicio doméstico o personal de casas particulares. 9. Viajantes de comercio. 10. Gente de mar. 11. Jugadores de fútbol profesional. 12. Trabajadores de la industria de la construcción. 13. Trabajo agrario. 14. Contratistas de viñas y frutales. 15. Empleo público.

Sistematicidad, coherencia, uniformidad, cohesión, no son precisamente atributos que caractericen a la legislación argentina en general, que más bien parece signada por la dispersión, la inconexidad, la superposición y la redundancia. La legislación del trabajo en particular tampoco escapa a ese diagnóstico, y así nos encontramos con que muchos de los institutos que conforman nuestra disciplina se encuentran regulados por un complejo entramado normativo formado por disposiciones de diversa jerarquía, naturaleza y origen, obligando al intérprete a llevar a cabo una ardua labor interpretativa no siempre sencilla ni exenta de polémicas.

En el presente trabajo soslayaré, salvo alguna excepción puntual, los convenios colectivos de trabajo, para concentrarme en aquellas

actividades reguladas por los denominados estatutos especiales o que, por haber sido expresamente excluidas del ámbito de aplicación de la LCT, tienen su marco regulatorio específico, en tanto en cuanto dichas normas prevean regímenes indemnizatorios especiales que desplacen o complementen los previstos en la legislación general.

1. A propósito de los “estatutos especiales” y su articulación con la LCT

Como primera aproximación debe señalarse que los denominados estatutos especiales serían, en principio, nada menos que veintidós. Digo “en principio” porque existe un margen de discusión acerca de si el estatuto de los trabajadores portuarios (ley 21.429) se encuentra actualmente vigente o si fue derogado por el decreto 817/92, cuyo artículo 37 textualmente dispuso: “...Déjase sin efecto la Ley N° 21.429...”, y que, en cuanto nos interesa aquí, fue convalidado por la Corte Suprema en el recordado caso “Cocchia”¹. Alimenti señala que por esa vía ha desaparecido el régimen protectorio de los trabajadores portuarios²; en opinión de Gasquet, sin embargo, el régimen estatutario se encontraría vigente a falta de otras normas específicas que regulen con precisión la actividad³.

Pero aun si la respuesta a ese interrogante fuera que la ley 21.429 ya no se encuentra vigente, tendríamos que los estatutos especiales son veintiuno, lo que a primera vista sigue pareciendo un número excesivo.

El fenómeno tiene sus explicaciones, tanto técnicas como históricas. Con relación a las primeras, Vázquez Vialard⁴ señalaba que la ley laboral general o común fue concebida para regir mayormente relaciones que se dan en el ámbito urbano, con relación a un nicho de

¹ CSJN, 2-12-93, “Cocchia, Jorge D. c/Estado Nacional y otro s/Amparo”, *Fallos*: 316:2624.

² ALIMENTI, Jorgelina F., *Acerca de la especialidad de las relaciones laborales y su desarrollo en la Argentina*, en D. T., 2004 (noviembre), p. 1465.

³ GASQUET, Pablo Alberto, *Estatuto del trabajo portuario*, en D. J. del 5-10-2011, p. 1.

⁴ VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *La ley laboral común y especial*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2003-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 12.

actividad industrial o comercial y tomando como pauta de referencia a una organización empresarial determinada, pero que existen otras relaciones a las cuales no pueden ser transplantadas las soluciones previstas por la norma laboral común, por sus especiales características en cuanto al lugar geográfico donde se desarrollan, la naturaleza de la actividad o el alto grado de rotación.

En cuanto a las razones históricas que explican la proliferación de estatutos especiales, muchos de los cuales regulan materias que pudieron y tal vez debieron tratarse en convenios colectivos, Ramírez Bosco⁵ señala como elemento cultural una fuerte preferencia por las normas legales por sobre las convencionales, además de advertir que la mayoría de los estatutos datan de una época en la que todavía no existía una legislación sobre negociación colectiva. También se ha hecho notar que los estatutos son el resultado del mayor o menor nivel de influencia política alcanzado por los gremios beneficiarios en determinados momentos históricos⁶.

No hace falta decir que la superproducción de normas (o para decirlo con la afortunada expresión acuñada por Carnota⁷, la *inflación normativa*) es un síntoma inequívoco de mala práctica legislativa y que, en consecuencia, conspira contra la claridad que cabe esperar de todo sistema jurídico si se pretende que alcance niveles aceptables de cumplimiento.

Teniendo estas circunstancias en cuenta, hay sectores de la doctrina que han sostenido la necesidad o la conveniencia de derogar, total o parcialmente, los estatutos vigentes; así, Guibourg advierte que existen algunos estatutos como el del radiocabletelegrafista que han quedado obsoletos por evolución tecnológica, mientras que otros como el del ejecutante musical se han demostrado ineficaces para cumplir su función, por lo que propone la unificación de varias de las instituciones

⁵ RAMÍREZ BOSCO, Luis, *La concurrencia de la LCT con los estatutos profesionales*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2003-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 32.

⁶ GUIBOURG, Ricardo, *Después de tocar fondo. "De lege ferenda"*, en D. T., 2008 (marzo), p. 245. En igual sentido, VÁZQUEZ VIALARD, ob. cit., p. 19.

⁷ CARNOTA, Walter F., *La inflación normativa en la previsión social argentina*, en elDial.com – DC16C0, del 19-9-2011.

previstas en los estatutos⁸; Héctor García, por su parte, ha detectado en los estatutos del futbolista y de los aeronavegantes algunos síntomas que en su opinión justifican la revisión de regímenes estatutarios que en muchos casos sólo han servido para alimentar nichos de litigiosidad laboral⁹; Maro señala que en el ámbito portuario ha sido abandonado el régimen del trabajo eventual típico de la actividad, ya que las contrataciones no se formalizan a través de entes de contratación sino mediante el uso de listas rotativas confeccionadas por los sindicatos, o bien los trabajadores pasaron a formar parte de los planteles permanentes de las terminales y de los puertos mediante contratos de trabajo a plazo indeterminado, encuadrados en convenios y en la ley laboral general¹⁰.

Pero mientras los operadores jurídicos seguimos esperando reformas legislativas realmente útiles, los estatutos siguen allí, manteniendo –al menos formalmente– su vigencia, y su articulación con la LCT y las restantes leyes generales del trabajo ha sido sin duda uno de los temas más exhaustiva y matizadamente abordados por la doctrina y la jurisprudencia.

Izquierdo ha reseñado notablemente la evolución jurisprudencial y las principales posturas doctrinarias sobre la cuestión¹¹, con especial referencia a los pensamientos opuestos de Justo López y de Vázquez Vialard acerca de las soluciones posibles para el caso en que un mismo instituto se encuentre regulado simultáneamente y de manera diferente por la ley general y por la ley especial.

Por mi parte, comparto la postura de Vázquez Vialard¹² en el sentido

⁸ GUIBOURG, ob. cit.

⁹ GARCÍA, Héctor A., *Estatutos profesionales. Una mirada crítica a partir de serias distorsiones*, en D. T., 2007 (abril), p. 395.

¹⁰ MARO, Jorge Oscar, *Actual régimen del trabajo portuario*, en *Revista de la Sociedad Argentina de Derecho Laboral*, Año VI, N° 23, septiembre-octubre de 2004, p. 39.

¹¹ IZQUIERDO, Roberto, en RODRÍGUEZ MANCINI (dir.) y BARILARO (co-ord.), *Ley de Contrato de Trabajo comentada, anotada y concordada*, La Ley, Buenos Aires, t. I, ps. 146-184.

¹² VÁZQUEZ VIALARD, ob. cit., p. 24. En igual sentido, ETALA, Carlos A., *Contrato de trabajo*, Astrea, Buenos Aires, p. 23, y el propio IZQUIERDO, ob. cit., p. 178.

de que “...ante la existencia de un estatuto, el mismo, en cuanto regula un instituto, desplaza la aplicación que prevé la LCT [...] la relación laboral se rige de acuerdo con la norma estatutaria, aunque ésta sea menos favorable para el trabajador y la de carácter general haya sido dictada con posterioridad...”

Por ello, en el caso puntual de las indemnizaciones laborales por extinción del vínculo, es difícil que se presenten problemas de articulación entre las disposiciones estatutarias y las de la LCT: al respecto, como ya señalé, considero que si un régimen especial prevé mecanismos indemnizatorios específicos para los sujetos comprendidos en su ámbito de aplicación, éstos desplazarán a los de la LCT. En ese sentido, cabe recordar que el criterio de *compatibilidad* (aun con todas las críticas que pueden formularse al concepto)¹³ es la única condición que supe- dita la aplicación de las disposiciones de la LCT al ámbito profesional que cuenta con un ordenamiento “estatutario”¹⁴, y dicha compatibilidad es doble, ya que debe darse no sólo con relación a “...la naturaleza y modalidades de la actividad de que se trate...” sino también (y especialmente, agregó) “...con el específico régimen jurídico a que se halle sujeta...”

En consecuencia, si un *específico régimen jurídico* ha previsto una forma especial de reparación con motivo de la extinción del vínculo, entiendo que no habrá compatibilidad jurídica y, en consecuencia, resultarán desplazadas las disposiciones de la LCT sobre dicho punto¹⁵.

2. Los estatutos existentes, en orden cronológico

Los estatutos actualmente existentes son los siguientes, por orden

¹³ Véanse al respecto las objeciones que formula RAMÍREZ BOSCO, ob. cit., ps. 46-47.

¹⁴ IZQUIERDO, ob. cit., p. 155.

¹⁵ Por supuesto que la cuestión no es pacífica; entre algunos de los autores que sostienen la opinión contraria, CONFALONIERI (h), Juan Ángel, *La relación entre la Ley de Contrato de Trabajo y los estatutos especiales*, en L. L. 1988-C-816; GOLDIN, Adrián, *Concurrencia, articulación y sucesión de normas en el Derecho del Trabajo (lineamientos para una investigación)*, en L. T. XXIX-940, citado por ALIMENTI, ob. cit.

cronológico de aparición en el ámbito del Derecho argentino del Trabajo, si bien algunos de ellos han experimentado modificaciones con el correr de los años:

- 1) Trabajo a domicilio, ley 12.713.
- 2) Profesionales en medicina y ciencias afines: médicos, odontólogos y farmacéuticos en relación de dependencia, decreto-ley 22.212/45 y ley 14.459.
- 3) Empleados administrativos de empresas periodísticas, decreto-ley 13.839/46 ratificado por ley 12.921 y modificado por las leyes 13.502, 13.904 y 15.535.
- 4) Operadores radiotelegráficos y afines, decreto-ley 14.954/46.
- 5) Aeronavegantes de la aviación civil, decreto-ley 16.130/46.
- 6) Conductores particulares, ley 12.867 modificada por las leyes 13.270, 13.517 y 14.055.
- 7) Periodistas profesionales, ley 12.908.
- 8) Encargados y ayudantes de casa de renta, ley 12.981.
- 9) Docentes de establecimientos privados, ley 13.047.
- 10) Servicio doméstico, originalmente decreto-ley 326/56 y en la actualidad, ley 26.844.
- 11) Viajantes de comercio y de la industria, ley 14.546.
- 12) Ejecutantes musicales, ley 14.597 y decreto 520/2005.
- 13) Trabajadores a bordo de buques, ley 17.371 complementada con su similar 17.823 y con los Convenios Colectivos de Trabajo 370/71 y 4/72.
- 14) Jugadores de fútbol profesional, ley 20.160 complementada con el CCT 557/2009.
- 15) Trabajo portuario, ley 21.429.
- 16) Trabajadores de la industria de la construcción, ley 22.250.
- 17) Trabajo agrario, originalmente ley 22.248 y en la actualidad ley 26.727.
- 18) Contratista de viñas y frutales, ley 20.589.
- 19) Peluqueros, ley 23.947.
- 20) Guardavidas, ley 27.153.

- 21) Musicoterapeutas, ley 27.155.
- 22) Actores e intérpretes (la norma también declara comprendidos en su ámbito a directores, apuntadores, asistentes, coristas y cuerpos de baile), ley 27.203.

De todos éstos, dejo a un lado aquellos que no prevén su propio régimen de indemnizaciones por extinción del vínculo, o bien remiten directamente a las disposiciones de la LCT, que son los correspondientes a: trabajo a domicilio, profesionales de la medicina y ciencias afines, aeronavegantes, docentes de establecimiento privados, ejecutantes musicales, trabajo portuario, peluqueros, guardavidas, musicoterapeutas y actores e intérpretes.

Los restantes serán abordados a continuación.

3. Operadores radiotelegráficos y afines

Para darnos una idea de la obsolescencia de esta regulación, basta transcribir la definición del personal comprendido en su ámbito contenida en el artículo 2º del decreto-ley 14.954/46: “...todo aquel que esté a cargo de aparatos radiotelegráficos, cablegráficos o telegráficos con patente o autorización otorgada...” En la era actual, desde la creación del correo electrónico y su masificación a través de Internet, y desde que los servicios de mensajería instantánea fueron implantados en las redes de telefonía celular, los usuarios de las redes de telecomunicaciones transmiten sus propios mensajes sin intermediarios, por lo que la transmisión de mensajes telegráficos, como actividad, puede considerarse virtualmente extinguida¹⁶.

Sin embargo, aunque al día de hoy resulta inaplicable por las innovaciones tecnológicas que llevaron a hacer desaparecer la actividad que regulaba, la norma no ha sido expresamente derogada, lo que impone dedicar algunas líneas al régimen indemnizatorio que previó para los casos de extinción del vínculo.

¹⁶ La literatura especializada en el tema da cuenta de que importantes compañías de comunicaciones, como la norteamericana Western Union y la india Bharat Sanchar Nigam Limited, clausuraron definitivamente sus servicios telegráficos. Así, por ej., WHEEN, Andrew, *Dot-Dash to Dot.Com: How modern telecommunications evolved from the telegraph to the Internet*, Springer.

La única disposición al respecto es la que contiene el artículo 38 del estatuto, cuyo texto fue modificado por la ley 20.164, y previó para los casos de despido sin causa, “ilegal” o por supresión del cargo una indemnización equivalente a “...una suma no inferior a un mes de sueldo promedio por cada año de servicio o fracción mayor de tres (3) meses, tomándose como base de retribución el promedio de los últimos tres (3) años o de todo el tiempo de servicio cuando sea inferior a aquel plazo. La indemnización no podrá exceder de un mil pesos (\$ 1.000) por cada año de servicio [...] En cualquiera de los supuestos previstos anteriormente el monto total de las indemnizaciones en ningún caso será inferior al importe de la remuneración correspondiente a un (1) mes de trabajo...”

Como se ve, la solución es menos favorable para el trabajador que la que posteriormente adoptó el artículo 245 de la LCT, tanto en lo relativo a la base de cálculo del rubro como a los topes mínimo y máximo. Sin embargo, Pirolo entendió que el régimen general podía ser aplicable a los trabajadores comprendidos en el ámbito del estatuto, por considerarlo *compatible* con la naturaleza de la actividad y su específico régimen, citando en apoyo de su opinión la existencia de convenios colectivos de empresa del año 1975 que remitieron al régimen del artículo 245 de la LCT o bien previeron un régimen indemnizatorio similar¹⁷.

El mismo artículo 38 del estatuto, en su tercer párrafo, previó el caso de extinción por muerte del trabajador, estableciendo una indemnización a favor de los derechohabientes enumerados “...en el artículo 37 de la ley 18.087...” (textual del original; debe entenderse que la referencia es al art. 37 de la entonces vigente ley de jubilaciones y pensiones 18.037) una indemnización “...no inferior a la mitad de la retribución mensual promedio por cada año de servicio que se calculará en la forma establecida en la última parte del párrafo segundo de este artículo...”, con un tope de \$ 500 por año de servicio y que además no era acumulable con la fijada por el artículo 8º, inciso a, de la entonces vigente ley 9688, a la vez que correspondía deducir de su

¹⁷ PIROLO, Miguel Ángel, en VÁZQUEZ VIALARD (dir.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, t. VI, p. 460.

monto "...lo que los beneficiarios reciban de cajas o sociedades de seguros por actos o contratos de previsión realizados por el principal..."

Siendo que la solución estatutaria es menos favorable para los derechohabientes del trabajador que la prevista luego por el artículo 248 de la LCT, las conclusiones de Pirolo respecto de la indemnización por despido incausado también podrían considerarse aplicables a la indemnización por muerte del trabajador. Por mi parte, ya he dejado claro que no comparto dicho criterio en ningún caso.

4. Conductores particulares

El estatuto, también en este caso, data de una época muy distinta de la actual. También, como en el caso de los telegrafistas, el transcurso del tiempo ha menguado notoriamente la importancia de la actividad hasta casi hacerla desaparecer. Ya en 1984 Zuretti señalaba que la actividad de los conductores particulares era escasa como consecuencia de los profundos cambios sociales y económicos producidos desde la época de la sanción del estatuto originario, en la cual la dimensión del mercado de trabajo para los conductores particulares era mucho más significativa¹⁸.

Aquellos cambios de los que hablaba Zuretti quizás hayan sido más profundos desde la época de publicación del trabajo citado hasta la actualidad; sin embargo, tampoco en este caso la norma ha sido derogada, sin perjuicio de su casi nula aplicabilidad, por lo que corresponde analizar sus disposiciones.

En ese sentido, lo primero que debe señalarse es que, si bien el texto originario del estatuto previó un régimen indemnizatorio específico para los casos de despido sin causa, las modificaciones introducidas por la ley 14.055 reenvían a las normas laborales comunes, siendo aplicables en consecuencia los preceptos de la LCT al respecto, por lo que resultarían procedentes las indemnizaciones por antigüedad, sustitutiva del preaviso e integración del mes de despido.

Sin embargo, se mantiene lo dispuesto en materia de indemnización por muerte del empleado, ya que el artículo 9° del estatuto (modificado

¹⁸ ZURETTI, Mario E., en VÁZQUEZ VIALARD (dir.), *Tratado de Derecho del Trabajo* cit., t. V, p. 818.

por la ley 13.517) prevé para el supuesto una indemnización de “...medio sueldo mensual por cada año de servicios...” (sin indicación de cómo deben computarse las fracciones menores al año), cuyos beneficiarios son el cónyuge, los descendientes y los ascendientes, en el orden y proporción que establece el Código Civil (el texto establece sin embargo que los únicos descendientes con derecho a ser indemnizados son las hijas solteras y los varones menores de 22 años y sin límite de edad cuando estuvieren incapacitados), y en defecto de éstos, “...los hermanos, si al fallecer el obrero vivían bajo su amparo y dentro de los límites fijados para los descendientes...” Igual que en el caso de los telegrafistas, de esta indemnización se deducirá “...la suma que los beneficiarios reciban de cajas o sociedades de seguros por actos o contratos de previsión realizados por el empleador”.

5. Periodistas

Este régimen, que lleva ya casi setenta años de vigencia (la ley 12.908 fue promulgada en diciembre de 1946), fue objeto de diversas modificaciones introducidas por las leyes 13.503, 15.532, 16.792, 20.358 y 22.337. Para un sector de la doctrina¹⁹, la existencia del estatuto (y de la consiguiente protección más intensa que el mismo prevé) se explica dada la alta exposición e influencia social de los sujetos que ejercen la profesión, que son quienes generalmente –aunque no excluyentemente– ejercen las libertades de expresión y de prensa que la Constitución Nacional consagra y reconoce como garantías necesarias para el funcionamiento democrático. A esas características parece haber hecho referencia la Corte Suprema de Justicia en un caso en el que desestimó un planteo de inconstitucionalidad del régimen estatutario²⁰.

En lo que nos interesa aquí, el estatuto consagra un régimen de estabilidad muy superior al de la legislación general, por lo que ya

¹⁹ ARESE, César, *El estatuto del periodista profesional: desde el dictáfono a Internet*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2004-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 339/340.

²⁰ CSJN, 19-11-74, “Martí de Martínez, Mercedes c/Editorial Atlántida SA”; posteriormente la Corte reiteró el criterio en “Barrague, Ricardo c/SA La Razón s/Despido” del 16-8-79.

sea que se adopte el criterio de la “ley especial” o el de la norma más favorable, lo cierto es que el régimen de despido incausado del estatuto reúne ambas características con relación al de la LCT, por lo que sin duda lo desplaza. Reseño a continuación algunas de sus características más salientes, dejando para el final algunas reflexiones sobre ciertos problemas que plantea su aplicación en la práctica:

- *Preaviso*: el sistema se asemeja al de la LCT, inclusive en sus plazos, pero con dos diferencias importantes: el plazo se duplica cuando el trabajador tenga una antigüedad mayor de tres años (no cinco, como en la LCT), y rige sólo para el empleador, pues el estatuto no prevé la obligación de preavisar en caso de renuncia. El trabajador que omita el preaviso sólo pierde el derecho a la “bonificación por retiro voluntario”, que se explica más adelante.
- *Indemnización sustitutiva*: el sistema es también similar al de la ley general, pero con una importante diferencia en los montos, puesto que el empleador que omita el preaviso deberá pagar dos meses de sueldo –calculados como se verá *infra*– al trabajador con hasta tres años de antigüedad, y cuatro meses al trabajador que supere esa antigüedad; es decir, los montos duplican a los del sistema de la LCT.
- *Integración del mes de despido*: si bien el estatuto no contiene una disposición similar al artículo 233 de la LCT, Arese entiende que no hay inconvenientes para su aplicación supletoria²¹, ya que, según lo establece el estatuto, el plazo de preaviso comienza a correr a partir del primer día hábil del mes siguiente a la comunicación.
- *Indemnización por antigüedad*: el artículo 43, inciso c, del estatuto prevé que “En todos los casos de despido injustificado, el empleador abonará a su dependiente, una indemnización calculada sobre la base de un mes de sueldo por cada año o fracción mayor de tres meses de antigüedad en el servicio. En ningún caso esta indemnización será inferior a dos meses de sueldo”.

²¹ ARESE, ob. cit., p. 378. Sin embargo, la sala II de la CNAT resolvió lo contrario en autos “Esteban, Alicia Beatriz c/Cámara Argentina de la Propiedad Horizontal y Actividades Inmobiliarias s/Despido”, sent. del 20-9-2006, con fundamento en el principio de “conglobamiento por instituciones” del art. 9º, LCT.

De ello se infiere que es esencialmente similar al de la LCT, con la diferencia de que, en el caso de los periodistas, el “piso” indemnizatorio no puede ser menor a dos meses de sueldo.

- *Base de cálculo*: ¿cómo se calcula ese “mes de sueldo” a que hace referencia la norma? La solución, en este caso, si bien distinta del sistema de la LCT, está en el inciso e, del artículo 43 del estatuto: “A los fines de la determinación del sueldo a considerarse para el pago de las indemnizaciones previstas en los incisos b), c) y d) de este artículo, se tomará como base el promedio que resulte de lo percibido por el dependiente en los últimos seis meses, o durante todo el tiempo de prestación de servicios, si éste fuera inferior, computándose a tal efecto las retribuciones extras, comisiones, viáticos, excepto en cuanto a éstos, la parte efectivamente gastada y acreditada con comprobantes, gratificaciones y todo otro pago en especies, provisión de alimentos o uso de habitación que integre, con permanencia y habitualidad el salario, sobre la base de una estimación o valorización en dinero, conforme a la época de su pago”. Como se ve, no es aplicable aquí el criterio de “mejor remuneración mensual”, ni el plenario CNAT N° 298²², dado que la ley claramente prevé un sistema específico de promedios detallando qué conceptos se toman en cuenta.
- *La cuestión del tope*: también en este caso la norma especial se aparta del sistema de la LCT, ya que no existe un tope como el previsto por el artículo 245 de la LCT. El criterio prácticamente unánime en jurisprudencia es que la base de cálculo de la indemnización por despido no tiene tope²³. En un artículo publicado a propósito del dictado de la resolución 281/2007 de la Secretaría de Trabajo (B. O. del 23-3-2007), que dejó sin efecto una intimación dirigida al Sindicato de Prensa de Rosario para que acom-

²² CNAT, en pleno, 5-10-2000, en autos “Brandi, Roberto Antonio c/Lotería Nacional SE s/Despido”, T. y S. S. 2000-988.

²³ A modo de ejemplo, CNAT, sala II, 12-2-2001, “Kohan, Guillermo c/Editorial Amfin SA s/Despido”; sala III, 28-9-2001, “Escobar, Juan y otros c/Telearte SA s/Diferencias de salarios”; sala VII, 10-2-2000, “Castagnino, Aníbal c/Editorial Análisis SA s/Despido”.

pañara las escalas salariales de un acuerdo celebrado con la empresa Telefe a fin de elaborar el proyecto de base promedio y tope indemnizatorio para el personal comprendido, Domínguez reseña la extensa nómina de fallos de la CNAT que conforman una suerte de “plenario virtual” sobre el tema y concluye que la mencionada resolución “...ha venido a despejar toda duda acerca de la no aplicación del tope del artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo (D. T. 1976-238) al personal comprendido en el Estatuto del Periodista Profesional...”²⁴ Finalmente, la cuestión parece haber quedado zanjada de manera definitiva con el dictado de la resolución 305/2007 de la Secretaría de Trabajo (B. O. del 30-7-2007), cuyo artículo 1º estableció que “...no corresponde fijar y publicar el promedio salarial y el tope indemnizatorio en los convenios colectivos de trabajo y acuerdos salariales aplicables a los trabajadores que se desempeñen en la actividad regulada por la Ley N° 12.908 ‘Estatuto del Periodista Profesional’...”

- *Indemnización especial*: el artículo 43, inciso d, del estatuto prevé, para los casos de despido incausado con o sin preaviso, una indemnización especial “equivalente a seis meses de sueldo”, calculados según las pautas ya vistas. Esta indemnización adicional no tiene parangón con ningún instituto del régimen general y está fundada en las razones que un sector de la doctrina suele enumerar como justificativas de la existencia del régimen especial. Es debida en todos los casos de despido arbitrario, salvo en el caso de los periodistas que se encuentren en el período de prueba en los términos del artículo 25 del estatuto.
- *El “retiro voluntario”*: este instituto no se vincula estrictamente con la estabilidad, puesto que no opera en casos de despido arbitrario, pero sí en un supuesto especial de ruptura del vínculo. Dice textualmente el artículo 46 del estatuto que “Todo empleado que tenga una antigüedad en el servicio superior a cinco años, tendrá derecho, en caso de retiro voluntario, a una bonificación de medio mes de sueldo por cada año que exceda de los cinco

²⁴ DOMÍNGUEZ, Nelson, *En la actividad periodística no hay tope indemnizatorio*, en L. L. Online.

y hasta un máximo de tres meses. No gozará de este derecho en el supuesto que omitiese preavisar al empleador en los mismos plazos impuestos a estos últimos”. Más allá del esfuerzo de algún sector de la doctrina²⁵ que ha intentado ver en este instituto una suerte de “cláusula de conciencia” similar a las existentes en legislaciones de algunos países europeos, lo cierto es que, tal como está redactada la norma, el rubro no es más que un insólito “premio a la renuncia”. Inexplicable, sí, pero es Derecho vigente.

- *Inaplicabilidad del artículo 2º de la ley 25.323*: con fecha 5-6-2007, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en pleno, fijó la siguiente doctrina: “El recargo previsto en el artículo 2º de la ley 25.323 no se aplica, en las relaciones regidas por la ley 12.908, a las indemnizaciones dispuestas en el artículo 43, incisos b, y c, de esta última ley. Asimismo, tampoco se aplica a la indemnización dispuesta en el inciso d, del mismo artículo”, en la causa “Casado, Alfredo Aníbal c/Sistema Nacional de Medios Públicos SE s/Despido”. La opinión del fiscal general, a la que terminó adhiriendo (con diversos matices argumentales) la mayoría, fue que “...en este caso el legislador ha sido inusitadamente preciso al mencionar las indemnizaciones que se incrementan y cita los artículos específicos tanto de la Ley de Contrato de Trabajo (a la que individualiza por su número y no por su cálida denominación vulgar) como de una de sus efímeras reformas. Esta circunstancia no deja espacio alguno, a mi modo de ver, para ampliar, como pretores, los alcances de una disposición que debe ser interpretada con carácter restrictivo porque subyace una finalidad de sanción y eleva la cuantía de un crédito...”

Así delineadas las características principales del sistema indemnizatorio para los supuestos de extinción del vínculo en el caso de los periodistas, creo necesario señalar que, como ya adelanté, su aplicación en la práctica no siempre resulta sencilla en cuanto a la determinación de los sujetos comprendidos en su ámbito. Al respecto la gran pregunta siempre fue –y sigue siendo– la siguiente: ¿a quiénes y en qué supuestos se les aplica esta legislación?

²⁵ ARESE, ob. cit., p. 390.

La forma en que la norma definió su ámbito personal de aplicación, ciertamente, no ayuda en nada. Dice el artículo 2º del estatuto que “*Se consideran periodistas profesionales, a los fines de la presente ley, las personas que realicen en forma regular, mediante retribución pecuniaria, las tareas que les son propias...*” (el destacado es mío), lo que constituye, a mi modo de ver, un ejemplo de pésima técnica legislativa. La disposición transcrita peca de tautológica; es como si, en tren de imaginar, el legislador se viera en la necesidad de dictar una hipotética “ley de la silla” y comenzara su texto de esta forma: “Se considerarán sillas, a los fines de la presente ley, todos aquellos objetos que reúnan las características propias de una silla...”

Al no definir el estatuto un concepto de “tareas propias” de un periodista, para saber en qué consisten las mismas, habrá que remitirse a lo que es en la práctica el ejercicio de la profesión de periodista, de manera que en definitiva, coinciden los autores, se trata de una cuestión de hecho²⁶.

Suele justificarse la mayor intensidad de la protección laboral de los periodistas con el argumento de que se trata de una profesión de riesgo. Pero aun sin desconocer que el ejercicio del periodismo requiere un involucramiento intelectual o ideológico que importa un grado de compromiso personal superior al del común de los trabajadores, entiendo que es válido preguntarse, como Pizarro²⁷, si se dan esos riesgos y presiones en los casos de cronistas de programas o revistas de *chimentos*, periodistas deportivos, redactores de revistas internas de empresas o publicaciones periódicas de entidades civiles. En muchos casos como éstos, la tendencia en la jurisprudencia es considerar a esos trabajadores comprendidos en los términos del estatuto, con arreglo a difundidas opiniones doctrinarias conforme a las cuales no se toma en cuenta la finalidad

²⁶ DOMÍNGUEZ, Nelson, *El estatuto del periodista*, Universidad, Buenos Aires, p. 115; CHRISTENSEN, Esteban A. y GABET, Emiliano A., *Ámbito de aplicación personal del estatuto de periodistas profesionales*, en D. T., 2007 (mayo), p. 548.

²⁷ PIZARRO, Francisco, en ACKERMAN (dir.) y TOSCA (coord.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, t. IV, ps. 177 y 179.

de la empresa empleadora sino la índole de las tareas cumplidas para encuadrar al trabajador en su ámbito de aplicación²⁸.

La cuestión es plantearse si algunos trabajadores a quienes de ordinario se les extiende la mayor protección del estatuto son realmente aquellos que el legislador tuvo en mente al momento de sancionar la norma. Desde esta perspectiva, comparto la posición de Christensen y Gabet, quienes, en comentario a un fallo de la sala V de la CNAT que entendió comprendido en las disposiciones del estatuto a un trabajador de “Canal Gourmet”, sostienen que la idea tradicional de noticia no debe extenderse a lo que comúnmente se entiende por “interés general”²⁹, porque de lo contrario se estaría desvirtuando el ámbito personal de aplicación del estatuto.

6. Empleados administrativos de empresas periodísticas

La primera reflexión que cabe formular frente a este régimen estatutario es que, a diferencia del estatuto del periodista (con el que mantiene más de un punto de contacto y del cual se lo ha considerado una suerte de colofón)³⁰, el estatuto del empleado administrativo de empresas periodísticas ha definido de manera nítida su ámbito personal de aplicación: en efecto, el texto del decreto-ley 13.839/46, con las modificaciones introducidas por la ley 15.535, enumera en su artículo 2º los posibles empleadores (publicaciones diarias o periódicas y agencias noticiosas, más empresas destinadas a suministrar noticias en cualquiera de sus formas: escrita, oral, fílmica o televisiva), a los que se suman “...los contratistas, subcontratistas, concesionarios o cualquier otra empresa que ocupe empleados comprendidos en el artículo 2º...”

²⁸ A modo de ejemplo, CNAT, sala I, 13-4-2004, “Álvarez, José y otros c/MLS SA y otro s/Despido”; sala III, 20-7-2001, “Pérez, Andrés c/Instituto Argentino para el Desarrollo Económico IADE s/Despido”; sala X, 28-6-2002, “Calvo, Alberto c/Adelco Acción del Consumidor Asociación Civil s/Despido”; sala X, 29-11-2002, “Barrera, Ulises c/Primer SCA y otro s/Despido”.

²⁹ CHRISTENSEN, Esteban A. y GABET, Emiliano A., *La desvirtuación del ámbito de vigencia personal del estatuto de periodistas profesionales*, en L. L. 2006-F-593. El fallo comentado es “Sorba, Pietro Erasmo c/Primer SCA” del 9-8-2006.

³⁰ SARDEGNA, Miguel A., en VÁZQUEZ VIALARD (dir.), *Tratado de Derecho del Trabajo* cit., t. VI, p. 408.

(art. 28), mientras que el personal alcanzado es aquel que "...cumple funciones en los siguientes departamentos o secciones: publicidad o avisos, contaduría, circulación, expedición e intendencia..." y "...Los encargados, capataces o jefes..." de los talleres gráficos de impresión.

La circunstancia descripta viene a demostrar (en mi opinión, de manera irrefutable) que no existía ningún inconveniente para que el estatuto del periodista definiera su ámbito personal de aplicación de manera más o menos análoga, lo que hubiera ahorrado ingentes esfuerzos a los intérpretes, contribuyendo al mismo tiempo a generar más seguridad jurídica entre los justiciables.

Yendo al tema que nos convoca, reseño algunas características del régimen indemnizatorio aplicable a este colectivo de trabajadores por causa de extinción del vínculo:

- Todas las causales de extinción, con excepción del despido incausado, se encuentran regidas por la LCT³¹.
- El artículo 33 del decreto-ley 13.839/46 previó (originalmente con carácter transitorio, que luego se transformó en definitivo en razón de la modificación introducida por la ley 13.502) una indemnización especial análoga a la prevista por el artículo 43, inciso d, del estatuto del periodista, esto es, equivalente a seis meses de sueldo "...por preaviso...", expresión que ha sido interpretada en doctrina y jurisprudencia en el sentido de que la indemnización procedería sólo en caso de omisión del preaviso, que en opinión de Pirolo debe ser de quince días si no se estableció período de prueba, o de uno o dos meses según la antigüedad del empleado, por aplicación del artículo 231 de la LCT³². Para calcular esta indemnización, el estatuto fijó como base "...el sueldo que correspondiere por la aplicación del presente decreto..."; los salarios previstos para las distintas categorías del personal comprendido en el estatuto fueron fijadas en el artículo 18 del decreto-ley 13.839/46, luego fueron aumentados por las leyes 13.502 y 13.904, y posteriormente (a partir de 1952) por

³¹ PIROLO, Miguel A., *La extinción del contrato de trabajo en las relaciones regidas por los estatutos especiales*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2000-2, Rubinza-Culzoni, Santa Fe, p. 267.

³² PIROLO, *La extinción...* cit., ps. 266-267.

varios convenios colectivos, por lo que en definitiva considero que la base de cálculo del rubro debe ser el salario fijado en la escala salarial vigente a la fecha del distracto, correspondiente a la categoría en la que revista el trabajador afectado.

- En cuanto a la indemnización por antigüedad, el artículo 13 del decreto-ley 13.839/46 remite a la normativa general (la referencia literal es a “...las disposiciones de la ley 11.729...”, pero entiendo que actualmente debe considerársela un reenvío a la LCT), por lo que en principio resultaría aplicable el artículo 245 de la LCT; sin embargo, en la medida en que el artículo 33 del estatuto prevé que la indemnización por antigüedad será equivalente a “...un mes de sueldo por cada año...” y que en virtud de lo dispuesto por el plenario N° 75 de la CNAT³³ la base de cálculo será “...el último sueldo devengado por el dependiente...”, se ha entendido que la indemnización por antigüedad no está sujeta a tope³⁴, criterio que ha resultado convalidado por la ya mencionada resolución 305/2007 de la Secretaría de Trabajo (B. O. del 30-7-2007), cuyo artículo 1° estableció que “...no corresponde fijar y publicar el promedio salarial y el tope indemnizatorio en los convenios colectivos de trabajo y acuerdos salariales aplicables a los trabajadores que se desempeñen en la actividad regulada por [...] el decreto-ley N° 13.839/46 ‘Estatuto del Empleado Administrativo de Empresas Periodísticas’...”

7. Encargados y ayudantes de casa de renta

Aquí tenemos otro ejemplo de cómo una actividad, y la legislación que la regula, mutaron con el transcurso de los años: originariamente, la ley 12.981 (del año 1947) comprendía sólo a los “encargados de casas de renta” –aunque también declaraba comprendidos a ascensoristas, ayudantes y peones–, definiendo su ámbito personal de apli-

³³ CNAT, en pleno, 13-7-61, en autos “López, Emilio c/Empresa Periodística Argentina SA”, L. L. 103-545, D. T. 1962-428.

³⁴ PIROLO, *La extinción...* cit., p. 267. En igual sentido, FULLANA, Moira y NIEVA, Stella M., *Indemnizaciones en estatutos especiales*, en ACKERMAN, Mario E. y SUDERA, Alejandro, *Extinción de la relación laboral*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 540.

cación como comprendido por los empleados y obreros ocupados en “...edificio destinado a producir renta...”

Recién cuatro años después, con el dictado de la ley 14.095, se incorporó al ámbito de aplicación del estatuto al personal que desempeñe iguales tareas en fincas sometidas al régimen de propiedad horizontal en los términos de la ley 13.512, lo que en opinión de Goldin constituyó una reforma trascendente ya que son estos últimos los trabajadores que hoy virtualmente monopolizan las disposiciones del estatuto³⁵, constituyendo además un universo de trabajadores que, como consecuencia del auge de la construcción de edificios destinados a vivienda multifamiliar que se ha experimentado en los principales centros urbanos del país durante la última década, se ha expandido notablemente. Y si bien algunas noticias aisladas publicadas en años recientes en medios masivos dieron cuenta de la existencia de una cierta tendencia, en edificios porteños, a reemplazar los servicios de los encargados por la contratación de empresas de limpieza y/o de seguridad³⁶, no parece que el fenómeno haya alcanzado niveles significativos, ni se conocen datos ciertos al respecto.

En cuanto al régimen indemnizatorio para los trabajadores comprendidos en el estatuto en los casos de extinción del vínculo, existe cierto consenso en que consagra beneficios superiores a los del régimen legal y, por esa misma razón, lo desplaza³⁷. Paso a reseñar algunas de sus características distintivas:

- *Preaviso*: se ha dicho que la forma en que el artículo 6º del estatuto regula la institución del preaviso resulta al menos equívoca, ya que meramente se limita a establecer la obligatoriedad de pago de la indemnización sustitutiva, pero nada dice acerca de la posibilidad de liberarse de la obligación mediante el efec-

³⁵ GOLDIN, Adrián, en VÁZQUEZ VIALARD (dir.), *Tratado de Derecho del Trabajo* cit., t. VI, p. 134.

³⁶ Diario *Clarín* del 19-1-2010, *Más consorcios cambian al portero por personal por hora*; diario *Perfil* del 21-7-2013, *Consortios cambian porteros por empresas de limpieza*.

³⁷ PIROLO, *La extinción...* cit., p. 255 y GOLDIN, ob. cit., p. 202. En igual sentido, CNAT, sala I, 30-10-2008, “Kurilec, Omar c/Consortio de Prop. O’Higgins 2191 s/Despido”; sala VIII, 23-12-2003, “Arévalo, Lázaro c/Cons. de Prop. Ángel Gallardo 445 s/Despido”, entre otros.

tivo otorgamiento del preaviso. En opinión del Goldin³⁸, el funcionamiento del instituto del preaviso se encuentra sujeto a las pautas de la LCT (en ese sentido debe entenderse la referencia a la ley 11.729), con las siguientes salvedades: 1) el plazo es de tres meses cualquiera sea la antigüedad del empleado; 2) según lo resolvió el plenario N° 233 de la CNAT³⁹, para tener derecho al preaviso el trabajador debe superar el período de prueba de sesenta días previsto por el propio artículo 6°, y 3) naturalmente, la indemnización sustitutiva será equivalente a “tres meses de sueldo”, cuyo cálculo debe efectuarse en la misma forma que para la indemnización por antigüedad, que delinearé a continuación.

- *Indemnización por antigüedad*: en los casos en que resulte procedente el rubro (que serán todos aquellos en los que no concurra alguna de las causas justificativas del despido previstas por el art. 5° del estatuto), la norma prevé su cálculo a razón de “...un mes de sueldo por cada año o fracción de antigüedad en el empleo” (art. 6°), de donde la doctrina y la jurisprudencia han extraído las siguientes pautas: el sueldo a tomar en cuenta es el último devengado, la indemnización no está sujeta al tope del artículo 245 de la LCT y, en tanto no se ha fijado la extensión temporal de la “fracción”, basta un solo día de exceso para computar un período adicional⁴⁰.
- *Extinción por fuerza mayor*: rigen al respecto las pautas de la LCT, aunque de acuerdo a lo previsto por el artículo 6° del estatuto debe concluirse que si la fuerza mayor deriva de la expropiación del inmueble o su demolición por parte del empleador, proceden las indemnizaciones por despido y sustitutiva del preaviso.
- *Indemnización por fallecimiento*: al igual que algunos de los estatutos previamente reseñados, el que aquí nos ocupa (también

³⁸ GOLDIN, ob. cit., p. 190.

³⁹ CNAT, en pleno, 18-5-82, en autos “Romero, Ramón R. c/Cons. Propietarios Edif. Agüero 1761”, D. T. 1982-712.

⁴⁰ ROBALLO, Marta y CASTRO, Silvina, *Indemnizaciones en estatutos especiales*, en ACKERMAN y SUDERA, *Extinción de la relación laboral* cit., p. 549; PIROLO, *La extinción...* cit., p. 255 y GOLDIN, ob. cit., p. 192. En igual sentido, CNAT, sala II, 12-5-2006, “Castro, Andrés c/Cons. de Prop. Edif. Torre 7 Barrio Gral. Savio s/Despido”.

anterior a la aparición de la LCT) previó el supuesto y consagró una solución parecida. Su artículo 11 estableció un reenvío a las disposiciones del artículo 157, inciso 8° del Código de Comercio, que correspondería interpretar actualmente como referido al artículo 248 de la LCT, aunque con diferencias en cuanto a los derechohabientes (que quedan reducidos a “...el cónyuge, los descendientes y ascendientes en el orden y proporción que establece el Código Civil [...] limitándose para los descendientes a los menores de 22 años, y sin término de edad cuando estén incapacitados para el trabajo. A falta de estos parientes, serán beneficiarios de la indemnización los hermanos, si al fallecer el empleado vivían bajo su amparo y dentro de los límites fijados para los descendientes”), por lo que los autores han entendido aplicable esta última norma⁴¹.

- *Inaplicabilidad del artículo 2° de la ley 25.323*: con fecha 10-9-2008, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en pleno, fijó la siguiente doctrina: “El recargo previsto en el artículo 2° de la ley 25.323 no se aplica, en las relaciones regidas por la ley 12.981, a la indemnización dispuesta en el artículo 6°, cuarto párrafo, de esta última ley. Tampoco se aplica a la indemnización establecida en el quinto párrafo del mismo artículo”, en la causa “Iurleo, Diana Laura c/Consortio de Propietarios del Edificio Luis Sáenz Peña 1195 s/Despido”. La cuestión resuelta, como se advierte, fue similar a la del plenario N° 313 (“Casado”) en relación con el estatuto del periodista. Los argumentos esgrimidos por los jueces en el plenario “Iurleo” son similares a los vertidos en aquel otro al que, incluso, remitieron la mayoría de los magistrados intervinientes y el propio procurador general.

8. Servicio doméstico o personal de casas particulares

El régimen legal que rigió originalmente esta actividad hasta la entrada en vigencia de la ley 26.844 (B. O. del 12-4-2013) fue sancionado a mediados de la década de 1950 y, en ese momento histórico, sin dudas significó un avance, ya que anteriormente no había regulación alguna,

⁴¹ PIROLO, *La extinción...* cit., p. 256 y GOLDIN, ob. cit., ps. 210-212.

al punto tal que, previo a ello, debía considerarse aplicable el artículo 1624 del Código Civil⁴², ya entonces completamente anacrónico, conforme al cual “El servicio de las personas de uno y otro sexo que se conchabaren para servicio doméstico, será juzgado por las ordenanzas municipales o policiales de cada pueblo...”, normativa que incluso después de la sanción del decreto 326/56 siguió rigiendo al personal expresamente excluido de su ámbito de aplicación⁴³.

Sin embargo, antes de la sanción de la ley 26.844, no faltaron en doctrina voces que reclamaron una urgente reforma del régimen legal del personal doméstico vigente hasta entonces por considerar a este colectivo de trabajadores, no sin razón, como uno de los más injustamente postergados de nuestra legislación⁴⁴.

A modo de nota histórica, señalaré algunas particularidades del régimen derogado: 1) se trataba de relaciones excluidas del ámbito de la LCT por disposición expresa del texto de su artículo 2º, por lo que no había “juicio de compatibilidad” posible sino liso y llano desplazamiento del régimen general por parte del especial, aunque aun así Pirolo entendió que podía resultar aplicable por analogía alguna solución de la LCT para situaciones no contempladas⁴⁵; 2) para el caso de despido incausado, preveía una indemnización por antigüedad de apenas “medio mes de sueldo por cada año de servicio o fracción superior a tres meses” y una indemnización sustitutiva del preaviso de cinco o diez días de sueldo (según la antigüedad), a las que sólo tenía derecho el trabajador que superase el año de antigüedad; 3) nada preveía con relación a la extinción por fuerza mayor, muerte del empleado o del empleador ni incapacidad absoluta, resultando inaplicables, por las razones ya señaladas, las disposiciones de la legislación general.

⁴² REVIRIEGO, José María, *Trabajadores del servicio doméstico*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2004.

⁴³ ETALA, Juan José, *Servicio doméstico. Incomprensible incorporación a la Ley de Contrato de Trabajo y al estatuto de relaciones expresamente excluidas*, en D. T. 2000-A-384.

⁴⁴ LÓPEZ OLEAGA, María Laura, *Estatuto del servicio doméstico*, en RDLSS 2010-24-2176; igualmente PIROLO, *La extinción...* cit., p. 270 y SIGIFREDO, Eugenio Carlos, *El ámbito personal de aplicación en el estatuto del trabajo doméstico*, en *Revista Catorce Bis*, AADTySS filial Córdoba, N° 40, abril-mayo de 2008, entre otros.

⁴⁵ PIROLO, *La extinción...* cit., p. 269.

La ley 26.844 ha venido a corregir algunas de aquellas históricas desigualdades, introduciendo en primer lugar una modificación al artículo 2º, inciso b, de la LCT de modo tal que, si bien ésta sigue siendo en principio inaplicable al personal doméstico, ahora y por efecto de la reforma sus disposiciones “...serán de aplicación en todo lo que resulte compatible y no se oponga a la naturaleza y modalidades propias del régimen específico o cuando así se lo disponga expresamente...” Vale decir, ya no se encuentra vedado el “juicio de compatibilidad” entre los regímenes especial y general.

Yendo ahora a la cuestión de las indemnizaciones derivadas de la extinción del vínculo, señalaré los puntos más relevantes del nuevo régimen:

- *Preaviso, indemnización sustitutiva e integración del mes de despido*: los artículos 42 a 44 de la nueva ley reproducen, de modo casi textual, las disposiciones de los artículos 231 a 233 de la LCT, con la salvedad de que los plazos son de diez días para el trabajador y de diez o treinta días para el empleador, según la antigüedad del dependiente sea inferior o superior a un año. La indemnización sustitutiva, por su parte, sólo está prevista para el caso de falta de aviso del empleador. En todo lo demás, dadas las similitudes con el régimen general, resultarán aplicables todos los criterios elaborados por la doctrina y la jurisprudencia a su respecto.
- *Indemnización por antigüedad*: la prevé el artículo 48 de la nueva ley, en los siguientes términos: “...un (1) mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres (3) meses, tomando como base la mejor remuneración, mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor...” Como se ve, la redacción es prácticamente idéntica la del artículo 245 de la LCT, con la salvedad de que no prevé tope, aunque sí un piso mínimo, idéntico al de la ley general. Se previó asimismo la duplicación de este rubro (y de ningún otro) para el caso en que se trate de una relación laboral que al momento del despido no estuviera registrada o lo estuviera de modo deficiente (art. 50, ley 26.844).
- *Indemnización especial en caso de matrimonio o embarazo*: la falta de previsiones al respecto en el régimen derogado fue uno

de los aspectos que más se le criticó desde la doctrina⁴⁶, por lo que las disposiciones de los artículos 40 y 41 de la ley 26.844 no sólo tienen el valor de cubrir un vacío legal, sino que tienen además el valor simbólico de una suerte de reparación histórica. Sus disposiciones son sustancialmente idénticas a las de los artículos 178, 181 y 182 de la LCT, fijando el *quantum* de la reparación en un año de remuneraciones, por lo que también con relación a este instituto entiendo aplicables todos los criterios elaborados por la doctrina y la jurisprudencia en torno a las previsiones de la ley general.

- *Inaplicabilidad de otros agravamientos indemnizatorios*: por expresa disposición del artículo 72, inciso d, de la ley 26.844, no son aplicables en su ámbito las previsiones de las leyes 24.013 y sus modificatorias, 25.323 y 25.345. El propio estatuto ha previsto las consecuencias de la falta o deficiencia de registro del vínculo, como ya se ha señalado (art. 50, ley 26.844).
- *Muerte del empleado o del empleador*: en ambos supuestos, el rubro será del 50% de la indemnización por antigüedad prevista por el artículo 48 (art. 46, incs. c, y e, ley 26.844), equiparándose al último supuesto el caso de fallecimiento de la persona cuya asistencia personal o acompañamiento hubiera motivado la contratación (art. 46, inc. f, ley 26.844). Con mejor técnica legislativa que la empleada en la redacción del artículo 248 de la LCT, se previó que los derechohabientes legitimados a percibir la indemnización por muerte del trabajador serán los que determine “...el ordenamiento previsional vigente...” en el orden y prelación establecidos por dicho régimen, invaluable aporte a la seguridad jurídica que, indirectamente, evitará además a los intérpretes trabajosas elaboraciones doctrinarias y jurisprudenciales como las que se produjeron en torno a la interpretación del artículo 248 de la LCT.

⁴⁶ PIROLO, Miguel A., *La estabilidad por maternidad y matrimonio garantizada a la mujer en distintas modalidades contractuales y en los regímenes especiales*, en D. T. 2000-B-2265/2270; PRANDONI, Enrique A. y VIRGILI, Claudio S., *La desprotección de la maternidad en el estatuto del servicio doméstico*, en *Doctrina Laboral*, t. XVII-212, 2003, ps. 330/337, entre otros.

9. Viajantes de comercio

Pocas actividades productivas han resistido incólumes el transcurso del tiempo y el advenimiento de las nuevas tecnologías. Los usos sociales mutan permanentemente como consecuencia de estos cambios y esas mutaciones, a su vez, también repercuten sobre las actividades económicas.

El comercio es tal vez una de las actividades donde más claramente se advierten aquellos fenómenos, y para tomar conciencia de su dimensión basta dar cuenta de algunas noticias que nos llegan desde otros rincones del mundo, donde grandes cadenas de comercialización masiva de los bienes y servicios más diversos planean sustituir locales en la calle por canales de ventas *online*⁴⁷.

No cuesta mucho hacerse una idea de cuánto se ha transformado el comercio desde la década de 1940, en que se sancionó la ley 12.651, primer régimen legal de los viajantes de comercio (no casualmente, la misma década en que se publicó *La muerte de un viajante*, del dramaturgo estadounidense Arthur Miller) hasta el día de hoy, a tal punto que personajes como Willy Loman nos parecen ya un pintoresco anacronismo. Estas transformaciones suponen crecientes dificultades para la aplicación del estatuto del viajante actualmente vigente (ley 14.546), ya que los sistemas de ventas actuales son tan distintos de los del pasado que muchas veces el principal no necesita siquiera del viajante para lograr informar y persuadir a sus clientes, sin importar a qué distancia se encuentre de ellos⁴⁸.

Y como si esas transformaciones no supusieran suficientes dificultades para el intérprete, es de prever que el nuevo Código Civil y Comercial agregará otras, ya que reguló el contrato de agencia comercial, hasta entonces atípico⁴⁹, en términos muy similares a los

⁴⁷ Diario *Clarín* del 25-3-2015, *Efecto Amazon: las grandes marcas del retail estadounidense cierran locales*, donde se informa que según Market Watch, el portal asociado al diario *The Wall Street Journal*, sólo la cadena de insumos de oficina Staples pretende cerrar 225 locales en América del Norte durante 2015.

⁴⁸ ETALA, Juan J., *Viajante de comercio en el siglo XXI*, en D. T., 2013 (junio), p. 1359.

⁴⁹ Cfr. FONTANARROSA, Rodolfo, *Derecho Comercial argentino. Parte general*, t. I, p. 556.

de la ley 14.546, empleando incluso algunos vocablos y expresiones idénticas, lo que no deja de resultar inquietante, ya que tras establecer que no existirá relación laboral y que el agente es un intermediario independiente (art. 1479, CCyC), lo que podría interpretarse como una reivindicación del trabajo autónomo, a renglón seguido utiliza terminología y técnicas típicas del Derecho del Trabajo, como establecer entre las obligaciones del empresario la de “pagar la *remuneración* pactada” (art. 1484, inc. c, CCyC), que se calcula en forma de “comisión variable según el volumen o el valor de los actos o contratos promovidos” (art. 1486, CCyC); o determinar que las partes pueden poner fin al contrato otorgando *preaviso* (art. 1492, CCyC), en cuyo defecto abonará una *indemnización sustitutiva* (art. 1493, CCyC). Algunas de estas disposiciones han generado fuertes críticas de parte de un sector de la doctrina, incluso antes de que el nuevo Código entrara en vigencia, señalando que su equívoca redacción es casi una invitación a ocultar fraudulentamente al viajante bajo la figura de agente comercial⁵⁰.

Estas circunstancias que he señalado indican, a mi entender indudablemente, que el estatuto del viajante de comercio está reclamando –al igual que otros regímenes especiales– una urgente revisión. Hasta que llegue ese momento, será útil repasar las consecuencias indemnizatorias derivadas de la extinción del vínculo. Al respecto debe señalarse que, en los casos de despido incausado, rigen para los viajantes de comercio los artículos 231 a 233 y 245 de la LCT, por lo que les resultan aplicables las indemnizaciones por antigüedad, sustitutiva del preaviso e integración del mes de despido, más todas las previstas por las leyes 24.013, 25.323 y 25.345 en caso de que se den los respectivos presupuestos de hecho que las viabilizan.

La nota distintiva del régimen de los viajantes es la denominada “indemnización por clientela”, prevista por el artículo 14 del estatuto y a cuyo respecto cabe señalar las siguientes particularidades:

- Es debida por el solo hecho de la extinción del vínculo, cualquiera

⁵⁰ AREN, Julio, *Régimen legal de los vendedores viajantes*, en *Derecho del Trabajo*, Infojus, Año II, N° 4, p. 13. En igual sentido BILARDI, Juan A., *El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y su influencia en las relaciones laborales*, en D. T., 2015 (noviembre), p. 17.

sea el supuesto (despido directo o indirecto, renuncia, mutuo acuerdo), lo que ha generado discusiones acerca de cuál es su naturaleza jurídica ya que, como lo señala Zuretti (h), esa característica parece contradecir la idea misma de *indemnización* entendida como resarcimiento de un daño causado por la violación culpable de un deber jurídico⁵¹. Sin embargo, recuerda Pinto Varela que, no obstante algún precedente judicial que consideró este rubro como un salario diferido, la opinión mayoritaria es que se trata de un resarcimiento debido por causa del cese y basado en la presunción legal de que el viajante contribuyó a generar, ampliar o mantener la clientela del principal⁵².

- En cuanto a los requisitos subjetivos para su procedencia, sólo se requiere una antigüedad mínima de un año como viajante y la conservación de la calificación profesional al momento del cese, lo que significa que si el sujeto dejó de ser viajante antes del cese, perderá el derecho al rubro.
- Su monto será del “...veinticinco por ciento de lo que le hubiere correspondido en caso de despido intempestivo e injustificado...”, por lo que integrarán la base de cálculo las indemnizaciones por antigüedad, sustitutiva del preaviso (aunque el preaviso hubiese sido efectivamente otorgado) e integración del mes de despido en su caso⁵³.
- Este rubro no es alcanzado por la duplicación que ordena el artículo 15 de la ley 24.013, ya que no se trata de una indemnización debida “como consecuencia del despido” sino que, como se ha visto, procede en cualquier supuesto de exclusión del vínculo. Tampoco lo alcanzan los agravamientos previstos por los artículos 1º y 2º de la ley 25.323, que remiten de manera inequívoca a los artículos 232, 233 y 245 de la ley 20.744.

⁵¹ ZURETTI (h), Mario E., *Régimen indemnizatorio de los viajantes de comercio*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2003-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 465. En igual sentido, PIROLO, *La extinción...* cit., p. 286.

⁵² PINTO VARELA, Silvia E., *Indemnizaciones en estatutos especiales*, en ACKERMAN y SUDERA, *Extinción de la relación laboral* cit., p. 567.

⁵³ CNAT, sala II, 25-9-2009, “Sánchez, Alejandro c/La Ley SA s/Despido”; sala V, 31-5-2013, “Rodríguez, Raúl c/Sant Gall Friburg QCI SRL y otro s/Despido”.

10. Gente de mar

Se trata de uno de los casos donde resulta más patente la verdadera necesidad de una regulación especial, ya que son obvias y notorias las diferencias entre las condiciones de trabajo del personal embarcado y las del común de los trabajadores, que cumplen sus tareas en tierra.

Pero es también uno de los ámbitos donde se ha hecho más patológico el fenómeno de dispersión normativa al que se hizo referencia en el comienzo de este trabajo: el régimen jurídico aplicable al denominado “contrato de ajuste” se encuentra comprendido por las leyes 17.371, 17.823 y 20.094, los decretos 1772/91 y 100/2004, diversos artículos del Código de Comercio y convenios colectivos de la actividad, a lo que se suma en la actualidad el Código Civil y Comercial, que incorpora a la Ley de Navegación los escasos artículos del viejo Código de Comercio que no fueron derogados (art. 4º, ley 26.994). De ahí que la doctrina más autorizada en la materia viene señalando la necesidad de dictar un régimen unificado y moderno de normas laborales de la navegación, otorgándole sistematización y organicidad e incorporando los principios fundamentales establecidos por tratados internacionales⁵⁴.

Al comienzo de este trabajo adelanté también que las referencias a las convenciones colectivas de trabajo serían excepcionales, y el caso de la gente de mar lo justifica ya que los CCT 370/71 y 4/72 regulan –respectivamente– nada menos que el régimen indemnizatorio por despido del personal de marinería y maestranza y de capitanes y oficiales, equiparable al régimen indemnizatorio por despido del personal terrestre. Puede llamar la atención que un instituto tan relevante como el sistema de protección contra el despido arbitrario haya sido relegado a normas de jerarquía inferior a las leyes en sentido material; ello, según refiere Gerez, se explicaría en razón de la doctrina del plenario N° 19 de la CNAT, que entendió no aplicables a la gente de mar las disposiciones de la ley general sobre indemnización por despido⁵⁵.

⁵⁴ SIMONE, Ana M., *La normativa del contrato de ajuste a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación*, en D. T., 2015 (noviembre), p. 134.

⁵⁵ GEREZ, Oscar R., *El artículo 2º de la ley 25.323 y su aplicación a la gente de mar*, en D. T., 2012 (febrero), p. 185. El referido plenario data del 6-11-52 y fue dictado en autos “Pisani, Domingo c/Cía. Argentina de Pesca”.

El régimen indemnizatorio previsto por los convenios colectivos mencionados presenta las siguientes características:

- Se aplica únicamente al denominado tripulante efectivo, que es el que haya prestado servicios a las órdenes de un armador por un período no menor de ciento cincuenta días dentro del año aniversario (tratándose de personal de navegación de ultramar) o bien de ciento veinte días (para el caso de navegación fluvial, portuaria o lacustre). A los efectos del cómputo de la antigüedad se ha considerado aplicable lo dispuesto por el artículo 18 de la LCT⁵⁶.
- Se prevé una indemnización como consecuencia del despido sin justa causa (las causas que el régimen prevé son las establecidas por los arts. 991 y 1001 del antiguo Código de Comercio) “...igual a un mes de sueldo establecido en la respectiva convención colectiva de trabajo por cada año de servicio...”; la base de cálculo, ha entendido la doctrina, es el sueldo integral, es decir el constituido por el salario básico más todo otro rubro salarial previsto en el convenio aplicable al caso⁵⁷. Jurisprudencia más reciente entiende que para calcular esta indemnización corresponde considerar la mejor remuneración mensual, normal y habitual⁵⁸.
- Se ha entendido que el preaviso es un instituto inaplicable a la gente de mar por incompatibilidad con la naturaleza y modalidades de la navegación⁵⁹; no obstante, el régimen convencional prevé un instituto similar denominado “indemnización adicional por rescisión”, de uno o dos meses de sueldo según el trabajador acumule una antigüedad menor o mayor de cinco años. La base de cálculo será la misma que para el rubro pre-

⁵⁶ PIROLO, *La extinción...* cit., p. 271; en igual sentido SIMONE, Ana, *La regulación del trabajo marítimo frente al decreto 1772/91*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2004-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 305/335.

⁵⁷ AUSTERLIC, Abraham y SIMONE, Ana, en VÁZQUEZ VIALARD (dir.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, t. VI, p. 535.

⁵⁸ CNAT, sala II, 23-10-2007, “Rivarola, Rodolfo c/Donagh Argentina SA s/Despido”; sala VI, 31-10-2011, “Lorenzo, Andrés Ariel c/Agua Marina SA s/Despido”.

⁵⁹ PIROLO, *La extinción...* cit., p. 272; en igual sentido, CNAT, sala V, 31-5-2011, “Castro, Ariel Aníbal c/Navegación y Tecnología Marítima SA s/Despido”.

viamente analizado y, en la opinión de Austerlic y Simone, debe incrementarse con la incidencia del SAC⁶⁰.

- El tripulante no efectivo (es decir, el que no alcanza los mínimos de antigüedad antes señalados) no está amparado por este régimen indemnizatorio, por lo que en caso de despido injustificado sólo tendrá derecho a la indemnización prevista por el artículo 993 del Código de Comercio, que alcanza a diez días de salario básico en caso de navegación portuaria o de cabotaje y, en el caso de navegación de ultramar, un tercio de los salarios básicos que se hubieran devengado durante el viaje (si la ruptura es anterior al inicio del viaje) o los salarios pendientes de devengamiento hasta el fin del viaje (si la ruptura se produjo durante su transcurso).
- “La indemnización por incapacidad absoluta establecida en el artículo 212 de la Ley de Contrato de Trabajo (t. o. 1976) no es aplicable a la gente de mar comprendida en el acta convenio del 25-2-72 (CCT 370/71)” según doctrina emanada del plenario CNAT N° 227 dictado en autos “Molinari, Elbio A. c/ELMA” del 25-6-81 (D. T. 1981-1224).
- “El recargo previsto en el artículo 2° de la ley 25.323 se aplica a las indemnizaciones previstas para los trabajadores marítimos, sujetos de relaciones reguladas por el Libro III del Código de Comercio y por la ley 20.094”, según doctrina emanada del plenario CNAT N° 326 dictado en autos “Gauna, Edgardo Dionisio c/Explotación Pesquera de la Patagonia SA s/Despido” del 9-5-2011 (L. L. 2011-C-453). En forma unánime, la doctrina señaló la contradicción existente entre esta decisión y la adoptada en los plenarios “Iurleo” y “Casado”, en los que se trataron cuestiones más o menos análogas⁶¹. La otra particularidad de este fallo plenario fue que los votos de los jueces habían resulta-

⁶⁰ AUSTERLIC y SIMONE, ob. cit., p. 536.

⁶¹ ETALA, Carlos Alberto, *El plenario laboral “Gauna” y el principio de la constancia terminológica en el legislador*, en L. L. 2011-C-453; CHITI, Stella Maris, *Plenario “Gauna”. Nueva interpretación del artículo 2° de la ley 25.323*, en L. L. Online; BARBIERI, Pablo C., *El fallo plenario “Gauna” y un nuevo rumbo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en la interpretación del alcance del artículo 2° de la ley 25.323*, en IMP 2011-6-187.

do empatados, por lo que debió desempatar la presidenta de la Cámara, doctora Ferreirós, quien en su voto se inclinó por una interpretación que atendiera a la tésis de la norma por sobre su contenido textual, sosteniendo que “...el artículo 2º de la ley 25.323 debe interpretarse en sentido amplio y cuando se señalan los artículos que infraconstitucionalmente detallan esa protección, debe entenderse que se refiere a todos los supuestos de reparación (sea cual fuere el sistema elegido) por violación al derecho al puesto de trabajo y a su continuidad, que están consagrados en la Constitución Nacional...”

11. Jugadores de fútbol profesional

La forma en que la doctrina y la jurisprudencia interpretaron la naturaleza del vínculo entre los futbolistas profesionales y los clubes también se modificó con el transcurso de los años. Es ilustrativo de esa modificación el tránsito que va del plenario CNAT N° 18, dictado en 1952 en autos “Vaghi, Ricardo A. c/Club Atlético River Plate”, cuya doctrina entendió el vínculo como un “contrato deportivo” ajeno a la normativa laboral⁶², a su similar N° 125, de 1969, en autos “Ruiz, Silvio R. c/Club Atlético Platense”, en el que se estableció que el jugador profesional de fútbol y la entidad que utiliza sus servicios se encuentran vinculados por un contrato de trabajo⁶³.

La ley 20.160, actualmente vigente, fue sancionada en 1973, y prácticamente al mismo tiempo se celebró el primer convenio colectivo de la actividad, 141/73, que rigió durante un breve lapso hasta ser sustituido por su similar 430/75 que, por el contrario, mantuvo su vigencia durante más de treinta años, para ser finalmente reemplazado por el CCT 577/2009, que es el que rige en la actualidad y que complementa el régimen estatutario de una manera mucho más intensa que en otras actividades sobre las cuales convergen disposiciones estatutarias y convencionales, lo que en algunos casos es fuertemente objetado por la doctrina⁶⁴.

⁶² D. T. 1952-682.

⁶³ D. T. 1969-737.

⁶⁴ Así, por ej., Barbieri opina que “...se torna necesaria una coordinación norma-

Las particularidades del vínculo entre las partes son, en primer lugar, que se trata de un contrato de trabajo a plazo fijo, pero al cual no le resultan aplicables las disposiciones previstas por la LCT para ese tipo de contratación (el vencimiento del plazo, por ejemplo, no convierte al contrato en uno de tiempo indeterminado sino que lo extingue automáticamente); por otra parte, como lo ha hecho notar Confalonieri, en el ámbito del fútbol profesional no es tan trascendente el instituto de la estabilidad en el empleo –entendida en el sentido de protección contra el despido arbitrario– sino que, por el contrario, el principal interés del futbolista es asegurarse la libertad de contratación⁶⁵.

El artículo 16 de la ley 20.160 ha enumerado las causales de extinción, con técnica que ha sido cuestionada por la doctrina por haber omitido incluir la renuncia del futbolista y por haber incurrido en una enumeración redundante y superflua⁶⁶; sus disposiciones se complementan con las del actual CCT 577/2009, resultando un régimen indemnizatorio cuyas notas distintivas son las siguientes:

- Aunque el estatuto, como se señaló, no prevé la extinción del contrato por renuncia del futbolista, la validez de tal modo de extinción aparece como obvia⁶⁷; claro que en tal caso deberá indemnizar al club los daños y perjuicios que éste pudiera sufrir por la ruptura intempestiva. Naturalmente que el club deberá invocar y acreditar la existencia y entidad de tales daños, que en algunos casos emblemáticos no resultan difíciles de imaginar.

tiva. Las disposiciones de la Convención Colectiva vigente no adaptan la ley positiva, sino que, en algunos casos, las contradicen y las derogan de hecho, desnaturalizando, en cierto modo, su función. Los esquemas de la ley 20.160 han sido superados por la dinámica jurídica de la actividad deportiva. Es menester adecuarla ya que va en camino a convertirse en una especie de antecedente histórico, con vigencia meramente formal...” (BARBIERI, Pablo C., *El estatuto del futbolista profesional y algunas inconsistencias*, en *Infojus* del 30-10-2013, DACF130333).

⁶⁵ CONFALONIERI, Juan A., en VÁZQUEZ VIALARD (dir.), *Tratado de Derecho del Trabajo* cit., t. VI, p. 233.

⁶⁶ CONFALONIERI, Juan A., *Futbolistas profesionales*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2003-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 182.

⁶⁷ CONFALONIERI, *Futbolistas profesionales* cit., p. 183; en igual sentido, PIROLO, *La extinción...* cit., p. 258.

Por otra parte nada parece impedir que las partes, libremente, fijen el *quantum* de esos daños en el propio texto del contrato, mediante las denominadas “cláusulas de rescisión”.

- La ruptura *ante tempus* atribuible al club está prevista en el anteúltimo párrafo del artículo 16 del estatuto (en estos términos: “...incumplimiento sin justa causa de las obligaciones a cargo de la entidad...”, que incluyen obviamente el pago de remuneraciones a que hace referencia el art. 6º, por reenvío del inciso d, del art. 16), y para el caso se determina que el jugador, además de quedar en libertad de contratación, “...recibirá de la entidad una indemnización igual a las retribuciones que le restan percibir hasta la expiración del año en que se produce la rescisión...”, a la que se suman “...las indemnizaciones por antigüedad, por omisión de preaviso, y en su caso, por vacaciones no gozadas, establecidas en la LCT...” (art. 15, CCT 577/2009).
- El cálculo de estos rubros debidos al futbolista como consecuencia de la extinción del vínculo por culpa del empleador supo ser objeto de controversia, con motivo de un hábito muy arraigado en el ambiente, que consistía –y consiste– en la celebración de acuerdos paralelos al contrato tipo que, por disposición legal (arts. 3º, ley 20.160 y 3º, CCT 577/2009), debe registrarse ante la Asociación del Fútbol Argentino. Estos “contratos privados”, tal su denominación vulgar en la jerga, suelen reflejar las verdaderas pautas de la contratación en cuanto a los salarios y demás rubros remunerativos como primas de contratación y premios. Esta costumbre fue prevista por los artículos 3º de la ley 20.160 y 8º del CCT 430/75, que en ambos casos fulminaban de nulidad absoluta los “contratos privados”. Sin embargo el artículo 3º, inciso 6º del CCT 577/2009, con dudosa juridicidad aunque con innegable pragmatismo, dispone que “...la nulidad prevista en el último párrafo del artículo 3º y en el artículo 4º de la ley 20.160 no podrá ser invocada por el club empleador. La celebración de cualquier contrato o convención que establezca rubros remuneratorios superiores a los pactados en el contrato registrado en la AFA tendrá amplia

- validez...”, por lo que no hay duda, en mi opinión, acerca de cuál debe ser la remuneración a tomar como base para el cálculo de todos los rubros debidos como consecuencia de la ruptura.
- El CCT 557/2009 presenta dos modalidades contractuales: el “contrato a plazo fijo”, sin posibilidad alguna de prórroga, y el denominado “contrato profesional promocional”, que constituye una novedad con relación al convenio colectivo anterior y fue previsto para los futbolistas entre dieciséis y veintiún años de edad, con una duración de un año con opción por parte del club de extenderlo por uno o dos años más. La decisión de prorrogar el contrato, que es una prerrogativa del club, debe ser notificada al futbolista en los plazos y con las formalidades previstas en el artículo 6.1.1 del CCT vigente; el cumplimiento deficiente (o bien el incumplimiento total) de esta carga da derecho al futbolista a “...una indemnización por no prórroga del contrato equivalente a un salario básico correspondiente a la categoría del club contratante, si no se hubiera hecho uso de la primera prórroga, o a dos salarios básicos si no se hubiera hecho uso de la segunda. Ello, sin perjuicio de las indemnizaciones por antigüedad y, en su caso, por omisión de preaviso, establecidas en la ley 20.744...” (art. 6.1.5, CCT). Para el cálculo de estos rubros resulta aplicable lo mencionado en el apartado anterior.

12. Trabajadores de la industria de la construcción

El consenso doctrinario es unánime en cuanto a la necesidad de la existencia de una regulación específica para los trabajadores de la industria de la construcción. Las razones son harto conocidas (el alto nivel de rotación y la transitoriedad derivados de la dinámica que impone la naturaleza misma de la actividad de la construcción), por lo que no me extenderé sobre ellas. Sí creo necesario puntualizar que, como lo señala Martí, además de ser una regulación necesaria, el estatuto del personal de la industria de la construcción es un ejemplo de regulación exitosa, lo que se manifiesta en los bajos índices de litigiosidad que presenta el sector en comparación con otros que también tienen su legislación específica, lo que sin duda tiene una directa

relación con la eficacia del medio previsto para la obtención rápida del resarcimiento que se le adeuda al trabajador con motivo de la extinción del vínculo⁶⁸.

Precisamente en lo referente a las consecuencias derivadas de la extinción del vínculo es donde más se hacen evidentes las diferencias entre el régimen estatutario y el general. Como consecuencia de las particularidades propias de la industria, se consideró que el sistema previsto en la legislación general para proteger la estabilidad carecía de sentido en un ámbito en el cual la vocación de permanencia característica del contrato de trabajo cede frente a la realidad propia de la construcción, donde la regla es que las relaciones entre empleadores y empleados se extinguen con la finalización de las obras que les dan origen.

Ningún análisis del régimen indemnizatorio para el personal de la industria de la construcción se encontraría completo sin, al menos, una referencia somera al denominado “Fondo de Cese Laboral” (tal su nombre a partir de la entrada en vigencia de la ley 25.371, que le cambió el nombre originario de “Fondo de Desempleo” a efectos de evitar confusiones con las prestaciones del régimen de la ley 24.013).

Sin embargo, aunque la doctrina no es pacífica en cuanto a la naturaleza jurídica del “Fondo de Cese”, comparto la opinión mayoritaria en el sentido de que no tiene carácter *indemnizatorio*; siguiendo particularmente a Sappia⁶⁹, entiendo que no puede atribuírsele dicho carácter al Fondo, ya que en rigor no repara ningún daño y en el régimen de la construcción no existe una garantía de estabilidad ni expectativa de permanencia que pueda resultar vulnerada por la decisión empresarial de poner fin al vínculo⁷⁰.

Por ello es que en el presente trabajo, limitado a las *indemnizaciones* derivadas de la extinción del vínculo, omitiré referirme al

⁶⁸ MARTÍ, Pablo, *Los trabajadores de la industria de la construcción y su régimen indemnizatorio*, Abeledo-Perrot, Córdoba, 2010-7-731.

⁶⁹ SAPPÍA, Jorge J., *El Estatuto de los Trabajadores de la Construcción*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2004-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 99.

⁷⁰ En contra, DE CILLIS, Francisco, en ACKERMAN y SUDERA, *Extinción de la relación laboral* cit., ps. 588/590.

Fondo de Cese y pasará a reseñar las consecuencias que sí pueden ser calificadas como indemnizatorias.

- *Indemnización por falta de entrega de la libreta de aportes*: este instrumento, de carácter obligatorio, está previsto por el artículo 13 del estatuto, y es de vital importancia en la celebración, desarrollo y extinción del vínculo ya que, de acuerdo a la reglamentación, en él deben consignarse los sucesivos contratos laborales celebrados con empleadores de la industria de la construcción y los aportes al Fondo de Cese (art. 4º, decreto 1342/81). El empleador debe exigir al trabajador la entrega de la libreta al comienzo del vínculo, pudiendo exigir el vínculo sin consecuencias si el obrero no cumple con dicha carga (art. 14, ley 22.250). La importancia de la obligación, en cabeza del empleador, de devolver la libreta al trabajador –con las constancias completas de los aportes efectuados– al momento de la extinción del vínculo se explica por sí misma: sin la libreta en su poder el trabajador no podrá percibir el Fondo de Cese. Esta obligación debe ser cumplida por el empleador dentro de las 48 horas de producida la extinción del vínculo por cualquier causa (art. 17, ley 22.250), produciéndose la mora automática al vencimiento de ese plazo. En tal caso, si el trabajador intima por dos días hábiles la entrega de la libreta y el empleador persiste en el incumplimiento, el primero tendrá derecho a una indemnización que, según lo establece el artículo 18, segundo párrafo del estatuto, “...la autoridad judicial graduará prudencialmente apreciando las circunstancias del caso y cuyo monto no será inferior al equivalente a treinta (30) días de la retribución mensual del trabajador [...] ni podrá exceder al de noventa (90) días de dicha retribución...” La norma no fija los parámetros para graduar la sanción, sin perjuicio de lo cual De Cillis señala que, tratándose de un rubro que tiene la doble virtualidad de reparar el perjuicio causado al obrero y de sancionar al empleador incumplidor, para graduar su monto deberá ponderarse la antigüedad del trabajador, la duración del incumplimiento y toda otra circunstancia del caso que permita formarse una idea razonable de su gravedad⁷¹. En cuanto al salario

⁷¹ DE CILLIS, ob. cit., p. 606.

que debe tomarse como pauta para calcular este rubro, la norma reenvía al artículo 15 del estatuto, que hace referencia a “...la remuneración mensual, en dinero, que perciba el trabajador en concepto de salarios básicos y adicionales establecidos en la convención colectiva de trabajo de la actividad con más los incrementos que hayan sido dispuestos por el Poder Ejecutivo nacional en forma general o que hayan sido concedidos por el empleador en forma voluntaria, sobre los salarios básicos...”, fórmula de tal claridad que hace prácticamente imposible que se susciten controversias sobre su alcance.

- *Agravamiento en caso de falta de inscripción del vínculo:* del juego armónico de lo dispuesto por los artículos 3° y 13 del estatuto, el empleador tiene la obligación de inscribir el vínculo con el trabajador por ante el Registro Nacional de la Industria de la Construcción, para lo cual cuenta con un plazo de quince días contados desde la fecha de ingreso del obrero. El incumplimiento de esta obligación agrava la indemnización referida en el punto anterior, derivada de la falta de entrega de la libreta de aportes, que se incrementará en el equivalente a treinta días de salarios, calculados de acuerdo a las mismas pautas establecidas en el artículo 15 del estatuto, ya vistas.
- *Indemnización por mora o pago insuficiente de la remuneración:* la tutela del pago de la remuneración, que constituye uno de los propósitos esenciales del Derecho del Trabajo, alcanza en el caso de los trabajadores de la industria de la construcción un grado mayor de intensidad, lo que en opinión de un sector de la doctrina probablemente venga a compensar la débil o nula estabilidad del trabajador del sector⁷². El artículo 19 del estatuto prevé que, en caso de mora o pago insuficiente de las remuneraciones, el trabajador tendrá derecho, previa intimación formulada dentro de los diez días hábiles contados a partir del momento en que legalmente deba efectuársele el pago, y siempre que el empleador no regularice el pago en los tres días hábiles subsiguientes al requerimiento, a “...una reparación equivalente al doble de la

⁷² DE CILLIS, ob. cit., p. 606.

suma que, según el caso, resultare adeudársele...” Pese a que el fragmento transcrito, como lo reseña Castagnino, supo generar algunas divergencias interpretativas en la doctrina⁷³, en mi opinión no cabe duda alguna en cuanto al *quantum* de la indemnización: la norma es más que clara al respecto en el sentido de determinar que la reparación asciende al doble de la suma adeudada (es decir, si la deuda fuera de \$ 100, la indemnización será de \$ 200) y no a una suma igual a la adeudada, como en algún caso se entendió.

- *Indemnización por fallecimiento*: los artículos 23 y 26 del estatuto prevén una solución distinta de la establecida por el artículo 248 de la LCT, no sólo con relación al *quantum* de la indemnización sino también en cuanto a las personas legitimadas para percibirla. En efecto, el artículo 26 fija el monto de la indemnización en el equivalente a doscientas horas de trabajo, de acuerdo a la categoría y remuneración del obrero, calculada de acuerdo a los parámetros ya referidos del artículo 15, y los legitimados son el cónyuge sobreviviente, los descendientes o ascendientes en el orden y proporción establecidos en el Código Civil, y sólo en caso de no existir aquéllos, se aplicará el criterio del artículo 248 de la LCT a efectos de determinar los beneficiarios. Piroló ha criticado esta solución por entender que perjudica injustificadamente a la conviviente en aparente matrimonio, pero señala que para admitir la pretensión de ésta de que se la considere beneficiaria se requeriría un previo planteo de inconstitucionalidad de la disposición estatutaria que la excluye⁷⁴.
- *Improcedencia de las indemnizaciones de la ley 25.323*: la jurisprudencia es unánime en cuanto a que las indemnizaciones de los artículos 1º y 2º de la ley citada no resultan aplicables a los trabajadores de la construcción, en la medida en que remiten a rubros indemnizatorios de la LCT de los que estos trabajadores se encuentran excluidos.
- *Aplicabilidad de la ley 24.013*: si bien la redacción del artículo 1º

⁷³ CASTAGNINO, Laura, en ACKERMAN (dir.) y TOSCA (coord.), *Tratado de Derecho del Trabajo* cit., t. IV, p. 53.

⁷⁴ PIROLO, *La extinción...* cit., p. 249.

del decreto 2725/91, reglamentario de la Ley de Empleo, podría generar dudas respecto de su aplicabilidad a trabajadores amparados por estatutos especiales, en el caso de los trabajadores de la industria de la construcción las dudas se disipan a la luz de lo dispuesto por el artículo 5° del mencionado decreto, que fija una pauta específica de cálculo para estos trabajadores. Puntualmente prevé la forma en que se calculará la indemnización del artículo 15 de la ley 24.013, que ascenderá a una suma igual a la que correspondiera al trabajador en concepto de Fondo de Cese. Las previstas por los artículos 8°, 9° y 10 también resultan aplicables, ya que no existe incompatibilidad alguna, y se calcularán de acuerdo a lo dispuesto en sus respectivos textos.

13. Trabajo agrario

La ley 26.727 (B. O. del 28-12-2011) que crea el nuevo régimen de trabajo agrario lleva ya cuatro años entre nosotros, por lo que las referencias que haré al régimen anterior, que rigió durante los casi treinta y dos años anteriores, serán breves y a mero título de nota histórica, con el objeto de señalar los avances de la nueva legislación con relación a la anterior.

En tal orden de ideas, baste señalar que en el régimen anterior había sólo dos categorías de trabajadores, los permanentes y los no permanentes, y las indemnizaciones por extinción del vínculo eran distintas para cada categoría: a los primeros les correspondía una indemnización equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor a tres meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida durante el último año o durante el plazo de prestación de servicios si fuere menor. Esa base de cálculo tenía un tope (tres veces el salario promedio de las remuneraciones fijadas por la CNTA) y la indemnización tenía un piso mínimo de dos salarios calculados en la forma indicada. La indemnización así calculada se incrementaba en un 20% para trabajadores con hasta diez años de antigüedad; 15% para trabajadores de entre 10 y 20 años de antigüedad y 10% para trabajadores de más de 20 años de antigüedad. Los trabajadores no permanentes, por su parte, en caso de

extinción del vínculo sólo tenían derecho a una indemnización sustitutiva de las vacaciones equivalente al 5% del total de las remuneraciones devengadas durante la relación. Las consecuencias indemnizatorias derivadas de la extinción del vínculo por muerte del trabajador o por concurso o quiebra del empleador eran similares a las previstas por la LCT para cada uno de tales supuestos.

También en este caso se trataba de relaciones excluidas del ámbito de la LCT por disposición expresa del texto de su artículo 2º, por lo que no había “juicio de compatibilidad” posible sino desplazamiento del régimen general por parte del especial. La ley 26.727, al igual que su similar 26.844 con relación al personal de casas particulares, introdujo una modificación al artículo 2º, inciso c, de la LCT de modo tal que ésta se aplicará también “...a los trabajadores agrarios, sin perjuicio que las disposiciones de la presente ley serán de aplicación supletoria en todo lo que resulte compatible y no se oponga a la naturaleza y modalidades propias del Régimen de Trabajo Agrario...” Vale decir, ya no se encuentra vedado el “juicio de compatibilidad” entre los regímenes especial y general.

Otra de las novedades más relevantes del nuevo régimen es la creación de una nueva categoría de trabajadores: a las ya existentes de permanentes y no permanentes (que ahora pasan a llamarse “temporarios”), se suma la de trabajadores “permanentes discontinuos”, que son aquellos contratados por un mismo empleador en más de una ocasión de manera consecutiva, para la realización de tareas de carácter cíclico o estacional, cuya regulación guarda similitudes innegables con la prevista por la LCT para el contrato de trabajo de temporada (arts. 96 a 98, LCT). Las consecuencias indemnizatorias en caso de extinción sin justa causa son diferentes para cada categoría.

- *Trabajadores permanentes*: el artículo 16 de la ley 26.727 remite directamente a las disposiciones de la LCT, por lo que a estos trabajadores les corresponde una indemnización por antigüedad, habiendo o no mediado preaviso, equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor a tres meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o tiempo de servicios si fuere menor. La única diferencia es que según lo establece el artículo 22

- de la nueva ley, el piso de este rubro es de dos meses de sueldo, tomando la misma base, lo que constituye una mejora con relación a la fórmula de la LCT (art. 245, texto según ley 25.877). También debe tenerse presente que la nueva ley no admite la contratación a prueba, por lo que en el nuevo régimen el trabajador, habiéndose desempeñado un día, tiene derecho a la indemnización mínima de dos salarios⁷⁵. En caso de omisión de preaviso, tendrán también derecho a la indemnización sustitutiva y la integración del mes de despido, en términos similares a los de la LCT, con la salvedad de que para estos trabajadores no está previsto el período de prueba.
- *Trabajadores permanentes discontinuos*: el artículo 18 de la ley 26.727 les confiere “...iguales derechos que los trabajadores permanentes ajustados a las características discontinuas de sus prestaciones...”, y el artículo 21 establece que en caso de despido sin justa causa tendrán derecho a “...las indemnizaciones previstas en el Título XII de la ley 20.744...” , es decir las indemnizaciones por antigüedad, sustitutiva del preaviso e integración del mes de despido, aclarándose con relación a la primera que “...La antigüedad se computará en función de los períodos efectivamente trabajados...” –fórmula que parece remitir al modo de computar la antigüedad en el artículo 18 de la LCT– y que tendrá el mismo piso de dos meses de sueldo que la prevista para los trabajadores permanentes (art. 22). Esta categoría de trabajadores, además, tendrá derecho a la indemnización “...de daños y perjuicios provenientes del Derecho común, la que se fijará en función directa con los que justifique haber sufrido quien los alegue o los que, a falta de demostración, fije el juez o tribunal prudencialmente, por la sola ruptura anticipada del contrato...”, aclarándose que “...si el tiempo que faltare para cumplir el plazo del contrato fuese igual o superior al que corresponda al de preaviso, el reconocimiento de la indemnización por daño suplirá al que corresponde por omisión de éste, si el monto reconocido fuese también igual o superior a los salarios del mismo” (art. 21). La

⁷⁵ BARBIERI, Pablo, *El nuevo régimen de trabajo agrario (ley 26.727). Modificaciones respecto del régimen anterior*, en D. T., 2012 (marzo), p. 492.

solución, como se ve, es idéntica a la prevista por la LCT para los trabajadores de temporada, por disposición del artículo 95 al que remite el artículo 98 de dicha norma⁷⁶.

- *Trabajadores temporarios*: para los trabajadores contratados bajo esta modalidad, que la ley define como originada “...en necesidades de la explotación de carácter cíclico o estacional, o por procesos temporales propios de la actividad agrícola, pecuaria, forestal o de las restantes actividades comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la presente ley...”, incluyendo a “...los trabajadores contratados para la realización de tareas ocasionales, accidentales o supletorias” (art. 17), la previsión legal (art. 20, ley 26.727) es prácticamente idéntica a la de la legislación anterior: con motivo de la extinción de la relación laboral sólo les corresponde, además del SAC proporcional, una indemnización sustitutiva de sus vacaciones equivalente al 10% del total de las remuneraciones devengadas (en el régimen anterior el monto de esta indemnización era del 5% de las remuneraciones devengadas).
- *Extinción del vínculo por muerte del trabajador, fuerza mayor o incapacidad absoluta derivada de accidente o enfermedad inculpada*: nada prevé la nueva ley con relación a estos supuestos, por lo que en cada caso y en atención a la actual redacción del artículo 2º, inciso c, de la LCT, corresponderá efectuar el correspondiente “juicio de compatibilidad”. En mi opinión, ninguno de tales institutos resulta incompatible con la naturaleza y modalidades propias del Régimen de Trabajo Agrario, por lo que no veo inconveniente alguno para aplicar las soluciones previstas por la legislación general.
- *Indemnizaciones de la Ley de Empleo*: podrían haber dudas acerca de la aplicabilidad a los trabajadores agrarios de la ley 24.013, ya que el artículo 1º de su decreto reglamentario 2725/91 (texto según su similar 688/92) estableció que “Los trabajadores a que se refiere el Capítulo 1 del Título II de la Ley N° 24.013 son

⁷⁶ En igual sentido, GIULIANI, Marcelo, *Ley 26.727: Nuevo Régimen de Trabajo Agrario. Modalidades contractuales*, Rubinzal Online.

los comprendidos en la Ley de Contrato de Trabajo (LCT, t. o. 1976), excepto el artículo 112 de esa ley que será aplicable además a los trabajadores regulados por el Régimen Nacional de Trabajo Agrario...” Al respecto considero que la norma que acabo de transcribir tenía sentido con la antigua redacción del artículo 2° de la LCT, que declaraba expresamente excluidos de su ámbito a los trabajadores agrarios; sólo así se explicaba la necesidad de declarar expresamente incluidos en una disposición en particular a tales trabajadores. El panorama actualmente es distinto, no sólo por la nueva redacción del artículo 2°, inciso c, de la LCT, y las diversas disposiciones de la ley 26.727 que reenvían de manera directa a la legislación general (particularmente los arts. 16 y 21 de dicha ley en tanto declaran aplicables las disposiciones del Título XII de la LCT en materia de extinción del vínculo), sino también y especialmente por lo dispuesto en el artículo 108 del nuevo régimen, que declara expresamente aplicable en su ámbito las disposiciones de la ley 24.013. En la práctica, no existen dificultades para el cálculo de ninguna de las sanciones que la misma prevé de acuerdo a lo dispuesto en los textos de sus artículos 8°, 9°, 10 y 15. Con relación a este último, habrá que atender en cada caso al tipo de contratación de que se trata y simplemente duplicar, según sea el supuesto, “...las indemnizaciones que le hubieren correspondido como consecuencia del despido...”, de acuerdo a las fórmulas previamente descriptas.

- *Indemnizaciones de la ley 25.323*: más allá de lo dispuesto por los artículos 16 y 21 de la ley 26.727, en tanto declaran aplicables las disposiciones del Título XII de la LCT en materia de extinción del vínculo, el artículo 108 de la ley 26.727 también declara plenamente aplicable la ley 25.323, lo que despeja toda duda al respecto.

14. Contratistas de viñas y frutales

Es característico que se nos critique a los porteños (las más de las veces con razón) una mirada que atiende casi exclusivamente a los fenómenos y acontecimientos sociales, culturales y económicos que

tienen lugar en nuestra ciudad, o en su zona de influencia más o menos cercana, en desmedro de otros hechos y manifestaciones similares producidos en el interior del país. La vitivinicultura, que típicamente se desarrolla a tantos kilómetros de distancia, puede resultar lejana a los nacidos y criados en el ámbito de la Capital Federal. Sin embargo, la vital importancia de esta actividad, no sólo por su obvia influencia en las economías regionales sino por el impacto de su vigorosa impronta exportadora en la economía general del país, se hace patente si se considera, por un lado, que de acuerdo a las estadísticas del Instituto Nacional de Vitivinicultura las exportaciones totales del sector (incluyendo vino, mosto, uvas y pasas) pasaron de un poco más de US\$ 165.000.000 en el año 2000 a casi US\$ 950.000.000 en 2014, con un pico de más de US\$ 1.200.000.000 en 2013⁷⁷. Por otra parte, se tiende a pensar en la vitivinicultura como un fenómeno económico exclusivo de las provincias de la región de Cuyo, pero lo cierto es que la actividad se extiende a lo largo de 2.400 kilómetros, desde Salta hasta Río Negro, abarcando una amplia franja geográfica⁷⁸.

En ese contexto se inserta hoy el contratista de viñas y frutales, figura de una atipicidad tal que se ha considerado imposible asimilarla tanto al contrato de trabajo del régimen laboral común, como a las relaciones reguladas por el régimen de trabajo agrario⁷⁹. Por otra parte, el contratista reúne a la vez algunos aspectos propios del trabajo subordinado (la prestación de servicios por cuenta ajena a cambio del pago de una retribución) con otros de tipo asociativo o autónomo (participación porcentual en los resultados de la explotación, asumiendo los consiguientes riesgos)⁸⁰, y estas características explican, al menos en parte, el tratamiento oscilante que la legislación y la jurisprudencia le han otorgado con el transcurso de los años.

Con relación a este punto, en la actualidad rige la ley 23.154 (B. O.

⁷⁷ Ver http://www.inv.gov.ar/inv_contenidos/pdf/estadisticas/anuarios/2014/COMENTARIO.pdf.

⁷⁸ LIVELLARA, Carlos A., *Contratos laborales que coexisten en la explotación de viñas y frutales*, en RDLSS 2013-3-224.

⁷⁹ DÍAZ, Jorge D., *Contratista de viñas y frutales. Estatuto específico*, en RDLSS 2012-1-32.

⁸⁰ LIVELLARA, ob. cit.

del 1-11-84), que en rigor ha restituido la vigencia de la anterior 20.589, que en su oportunidad había sido derogada por su similar 22.163. Durante el breve interregno de vigor de la ley 22.163 –de 1980 a 1984–, el contratista fue considerado trabajador autónomo, mientras que en la norma entonces derogada y ahora nuevamente vigente, el contratista pasa a ser otra vez un trabajador subordinado, aunque como consecuencia de las particularidades de la relación no goza de todos los beneficios consagrados por la legislación general.

El contratista es, por definición legal, “...la persona que, en forma individual o en su núcleo familiar, trabaja personalmente en el cuidado y cultivo de dichas especies en el mismo...” (art. 2º, ley 23.154), a cambio de una retribución compleja, compuesta por: a) una remuneración mínima por hectárea y por año o “mensualidad”, fijada por la comisión paritaria de cada provincia vitivinícola y que se percibe dividiéndola en diez cuotas mensuales y consecutivas, una por cada mes del año agrícola (de mayo a febrero del año siguiente), y b) un porcentaje sobre la producción, de entre el 15% y el 19% de la misma, deducidos los gastos de cosecha, acarreo y todos aquellos comunes y normales de la comercialización de las uvas y frutas (art. 16, ley 23.154).

La extinción del vínculo antes del vencimiento del año agrícola (tal es el plazo mínimo de duración del contrato, art. 30, ley 23.154) se sujeta a las siguientes pautas:

- Las causas de despido justificado se encuentran, en principio, limitadas a las previstas en el artículo 33 del estatuto, pero se ha hecho notar que la fórmula genérica del inciso c, de dicho artículo permite ampliar los supuestos de justa causa⁸¹.
- No resulta aplicable el preaviso, por lo que tampoco habrá indemnización sustitutiva (art. 12, inc. 5º, ap. c, ley 23.154). No obstante debe señalarse que el régimen prevé la tácita reconducción a menos que cualquiera de las partes notifique a la otra, antes del 31 de marzo de cada año, la voluntad de no continuar otro año agrícola.
- La resolución sin justa causa antes del vencimiento del año agrí-

⁸¹ LIVELLARA, ob. cit.

cola da derecho al contratista a percibir una indemnización por antigüedad, que será del 20% del total devengado en el último año agrícola por cada año de servicios (art. 12, inc. 5º, ap. a, ley 23.154) y la parte proporcional del porcentaje de producción acordado, a cuyo efecto se divide el monto total del porcentaje por diez y se multiplica la suma resultante por la cantidad de meses durante los cuales haya tenido vigencia el contrato (art. 12, inc. 5º, ap. b, ley 23.154).

- La doctrina ha entendido que se trata de una relación sujeta a una regulación “cerrada”, esto es, que no permite aplicar ni supletoriamente ni subsidiariamente ninguna otra disposición normativa⁸², lo que se infiere del primer párrafo del artículo 1º del régimen, en tanto dispone que “...El presente estatuto rige las condiciones de trabajo del contratista de viñas y frutales, siendo aplicables sus disposiciones con exclusión total de cualquier otra...” Ello sumado a lo dispuesto por el artículo 12, que enumera de un modo taxativo “...los beneficios de las leyes laborales, sociales y provisionales...” que resultarán aplicables a los contratistas, y excluye en mi opinión la aplicabilidad de indemnizaciones o agravamientos previstos en cualquier otro dispositivo legal.

15. Empleo público

Aunque no se trata en rigor de un “estatuto especial”, al menos en los términos en que tradicionalmente se ha entendido la expresión, considero que no hay verdaderos motivos que justifiquen excluir la relación de empleo público de una aproximación como la presente, que intenta abarcar los regímenes indemnizatorios previstos en todo el ámbito de relaciones de trabajo regidas por un marco legal específico.

Para ello tengo en cuenta la opinión de Guibourg, quien considera que el trabajo como fenómeno personal, social y económico es uno solo, consistente en que un ser humano se obliga a prestar servicios en interés y bajo la autoridad de un empleador a cambio de un salario,

⁸² PIROLO, *La extinción...* cit., p. 283.

entendiendo en consecuencia que las distinciones teóricas entre empleo público y privado serían, en definitiva, un tanto artificiales⁸³.

Es cierto que el empleo público está expresamente excluido del ámbito de aplicación de la LCT, pero también lo estuvieron durante muchos años los trabajadores rurales y del servicio doméstico (hasta la sanción de las leyes 26.727 y 26.844 respectivamente), y si bien los empleados de la Administración Pública Nacional, Provincial o Municipal están –en principio– excluidos de la LCT, ello es así salvo que “...por acto expreso se los incluya en la misma...” (art. 2º, inc. a, LCT), que es precisamente lo que ocurre con el personal dependiente de numerosos órganos descentralizados y empresas estatales, a quienes por disposición expresa se los incluyó en el ámbito de la ley común. Con lo que las presuntas diferencias, en realidad, se desdibujan significativamente.

En el ámbito nacional, los dependientes de la Administración Pública están regidos principalmente por la ley 25.164 denominada “Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional” y su reglamentación, además de los convenios colectivos de trabajo celebrados en el marco de la ley 24.185, que regula las negociaciones colectivas que se celebren entre la Administración Pública Nacional y sus empleados.

Como es sabido, los empleados que la ley denomina permanentes o “comprendidos dentro del régimen de estabilidad” (art. 8º) gozan de la llamada estabilidad propia, tal la garantía consagrada por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, que en la práctica implica que la única forma en que pueden ser separados de su puesto es a través de un sumario administrativo, en el que la carga de la prueba es asignada al Estado. Naturalmente, también se ha previsto la hipótesis de que el empleado público resulte separado de su puesto por otras causas, en cuyo caso la situación se resuelve de acuerdo a las siguientes pautas:

⁸³ GUIBOURG, Ricardo A., *Contratación fraudulenta en el Estado*, en D. T. 2014-1748. Sostiene el autor que “...el contrato de trabajo y el empleo público no están sujetos a normas diferentes porque son diferentes, sino que son diferentes porque están sujetos a normas diferentes, en la medida que lo estén. Lo público y lo privado son categorías construidas para hacer distinciones en instituciones y relaciones según diferencias contingentes que nos parezcan relevantes, y no naturalezas trascendentes que impongan tales diferencias a nuestro entendimiento...”

- El artículo 11 de la ley 25.164 prevé que el personal permanente “...que resulte afectado por medidas de reestructuración que comporten la supresión de organismos, dependencias o de las funciones asignadas a las mismas, con la eliminación de los respectivos cargos, será reubicado...” de acuerdo a las condiciones que minuciosamente establece el decreto reglamentario 1421/2002. El último párrafo del referido artículo 11 de la Ley Marco dispone que “...Vencido el término de la disponibilidad, sin que haya sido reubicado, o en el caso que el agente rehusare el ofrecimiento de ocupar un cargo o no existieran vacantes, se producirá la baja, generándose el derecho a percibir una indemnización igual a un (1) mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor, salvo el mejor derecho que se estableciere en el Convenio Colectivo de Trabajo y las indemnizaciones especiales que pudieren regularse por dicha vía...” La reglamentación, por su parte, dispone que para el cálculo de esta indemnización se tomarán como base las retribuciones percibidas hasta el momento del pase a disponibilidad y se computarán como antigüedad los servicios no simultáneos prestados en calidad de personal permanente en el ámbito de la Administración Pública Nacional hasta el momento en que se hubiera notificado fehacientemente al interesado dicho pase. La indemnización así calculada puede abonarse en hasta tres cuotas.
- Abdelnur ha entendido que el artículo 11 de la ley 25.164 en realidad reconoce *dos* indemnizaciones: a) la del último párrafo, ya vista, que en su opinión debe calcularse sin tope, y b) una suerte de indemnización sustitutiva del preaviso, con fundamento en el tercer párrafo del referido artículo 11, que estatuye un “período de disponibilidad” del agente que se asignará según la antigüedad del trabajador, no pudiendo ser menor a seis meses ni mayor a doce, y en el voto conjunto de la minoría en la causa “Ramos” (sobre la que volveré más adelante), donde se señala

que a la indemnización del quinto párrafo “habrá de adicionársele, dado el carácter intempestivo de la ruptura contractual, una suma equivalente a la que se seguiría del período previsto en el párrafo tercero de dicha norma”⁸⁴. Al menos tres salas de la CNAT han admitido también esta segunda indemnización⁸⁵.

- La misma solución se prevé para los agentes que gocen de jubilación o retiro y cuya designación fuera cancelada por razones de oportunidad, mérito y conveniencia (art. 21, ley 25.164). La reglamentación aclara que “...este derecho alcanza al personal incorporado a la planta permanente con anterioridad a la vigencia de la ley que se reglamenta...”
- Si el agente exonerado recurriera judicialmente la medida y obtuviera sentencia favorable ordenando su reincorporación, podrá renunciar a ese derecho obteniendo a cambio la misma indemnización ya vista (art. 41, ley 25.164).
- De acuerdo a la doctrina fijada por la Corte Suprema en “Ramos, José Luis c/Estado Nacional. Ministerio de Defensa. A. R. A. s/Indemnización por despido”, del 6-4-2010 (*Fallos*: 333:311), la indemnización del artículo 11 de la ley 25.164 es la que corresponde en los casos de desvinculación del personal “contratado” cuando resultare violado el régimen de contrataciones de personal por tiempo determinado que habilita el artículo 9° de la ley citada, tanto con relación a los plazos como con relación a las tareas cumplidas por el agente. El mismo criterio, en alguna oportunidad con mínimas variantes, fue seguido en “Cerigliano, Carlos Fabián c/Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos

⁸⁴ ABDELNUR, Miguel A., *Consolidación de la doctrina de la CSJN protectoria del trabajador estatal no permanente frente al despido arbitrario: casos “Ramos”, “Cerigliano” y posteriores; su recepción en el ámbito bonaerense: caso “Maza Vergara”, de la SCJBA*, en T. y S. S. 03/2015-97.

⁸⁵ CNAT, sala X, 20-6-2011, “Kandel, Vanesa Judith c/Estado Nacional. Poder Ejecutivo Nacional. Ministerio de Economía s/Daños y perjuicios”; sala IX, 10-8-2011, “Yanz, Marcelo Leonardo c/Consejo Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia s/Despido”; sala V, 28-9-2011, “Patalano, Claudia Alejandrina c/Registro Nacional de las Personas s/Despido”. Todos ellos en Boletín Temático de Jurisprudencia de la CNAT, *Empleados contratados por la administración pública. Actualización*, setiembre de 2011.

Aires. U. Polival. de Inspecciones ex Dirección General de Verificaciones y Control”, del 19-4-2011 (*Fallos*: 334:398) y en otros casos posteriores⁸⁶. Si bien en “Cerigliano” la Corte Suprema ha dicho claramente que la competencia en estos casos le corresponde al fuero contencioso administrativo, también decidió no desplazar la competencia ya instalada en los tribunales del fuero laboral, por razones de economía procesal, con relación a los juicios en trámite a la fecha de ese decisorio (la sentencia es de abril de 2011), pero para demandas iniciadas con posterioridad, la cuestión no admite dudas, máxime si se tiene en cuenta que los reclamos, como se vio, se resolverán aplicando normas del Derecho Público.

⁸⁶ “Sánchez, Carlos Próspero c/Auditoría General de la Nación s/Despido”, del 6-4-2010 (*Fallos*: 333:335); “Maurette, Mauricio c/Estado Nacional. Ministerio de Economía. Subsecretaría de Normalización Patrimonial s/Despido”; “Iribarne, Rodolfo A. c/Estado Nacional. Honorable Senado de la Nación s/Recurso de hecho”; “Martínez, Adrián Omar c/Universidad Nacional de Quilmes s/Recurso de hecho”, entre otros, citados por ABDELNUR, ob. cit.

INDEMNIZACIONES TARIFADAS Y NO TARIFADAS EN LA LEY DE CONTRATO DE TRABAJO

por CARLOS ALBERTO ETALA

SUMARIO: Introducción. 1. Las indemnizaciones en caso de un contrato de trabajo que no ha tenido principio de ejecución. 2. Resarcimiento de los daños sufridos por el trabajador en sus bienes por el hecho o en ocasión del trabajo. 3. La ruptura del contrato durante el período de prueba. 4. La ruptura anticipada de un contrato a plazo fijo. 5. La ruptura de un contrato de trabajo de temporada. 6. La ruptura anticipada de un contrato de trabajo eventual. 7. Responsabilidad civil del trabajador. 8. La indemnización sustitutiva del preaviso. 9. La indemnización por antigüedad. 10. Reparación tarifada y daños mayores. Conclusión.

Introducción

Es ampliamente conocido que en sus orígenes las indemnizaciones del Derecho del Trabajo se concibieron como indemnizaciones “tarifadas”, vale decir, como “reparación” en la cual la estimación monetaria de los daños ocasionados no se dejaba librada a la apreciación de los jueces, sino que se encontraba tasada por la ley en base a pautas referenciales, que, por ejemplo, en nuestro régimen jurídico vigente en materia de indemnización por antigüedad en caso de despido sin justa causa, toma como referencia dos datos de hecho: a) la antigüedad del trabajador en el empleo, y b) su mejor remuneración mensual, normal y habitual.

Es también sabido que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo dictado el 14 de setiembre de 2004 en la causa “Vizzoti, Carlos Alberto c/AMSA SA” (*Fallos*: 327:3677) declaró que “por cierto, no hay dudas en cuanto a la validez constitucional de un régimen

tarifado de indemnizaciones por despido sin justa causa, esto es, un sistema que resigne la puntual estimación del daño en pos de determinados objetivos, entre otros, la celeridad, certeza y previsibilidad en la cuantía de aquéllas”, pero agregó que “si el propósito del instituto es reparar, tampoco hay dudas con respecto a que la modalidad que se adopte, en todo caso, debe guardar una razonable vinculación y proporción con los elementos fácticos que el propio legislador eligió como significativos para calcular la prestación” (fallo citado, considerando 6º). Asimismo, más adelante, el tribunal agrega, como conclusión: “En consecuencia, a juicio de esta Corte, no resulta razonable, justo y equitativo, que la base salarial prevista en el primer párrafo del citado artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, vale decir, ‘la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor’, pueda verse reducida en más de un 33%, por imperio de su segundo y tercer párrafos. De acuerdo con ellos, dicha remuneración no podrá exceder el equivalente de tres veces el importe mensual de la suma que resulta del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo aplicable. Esta pauta, por cierto, recuerda conocida jurisprudencia del tribunal, relativa a que la confiscatoriedad se produce cuando la presión excede el señalado porcentaje (*Fallos*: 209:114, 125/126 y 210:310, 320, considerando 6º, entre muchos otros)”; y en el mismo considerando, *in fine*, el tribunal manifiesta: “La razonable relación que, según el tribunal, debe guardar la base salarial de la indemnización por despido sin justa causa con la mejor remuneración mensual, normal y habitual computable, toma en cuenta que esta última, por resultar la contraprestación del empleador por los servicios del trabajador, pone de manifiesto, a su vez, la medida en que aquél, en términos económicos, reconoció y evaluó los frutos o beneficios que éste le proporcionó con su labor subordinada. Dicho salario, para el empleador, justipreció el esfuerzo y la importancia de las tareas desarrolladas por el dependiente, y se adecuó a las posibilidades económicas y al rendimiento que estimó al contratarlo o promoverlo” (fallo citado, considerando 11). Como se extrae de los estrictos términos del fallo, la Corte elaboró una nueva indemnización por antigüedad “tarifada” consistente en el 67% de la real remuneración

devengada por el trabajador por cada año de servicios o fracción mayor de tres meses, pero esta vez compatible con la Constitución Nacional, y con una tasa que ahora no es legal sino “judicial”, cuya nueva “pauta remuneratoria” no ha sido hasta el momento convalidada legislativamente –por lo menos a la fecha de este estudio– con una consecuente y exigible reforma de la ley.

No es dudoso interpretar que la tarifación de las indemnizaciones laborales nació de la necesidad de dar celeridad en el cálculo de las prestaciones y en su percepción por el trabajador como certeza y previsibilidad en su determinación para el empleador en el cálculo de sus costos laborales, haciendo reserva de las sumas necesarias para afrontar determinadas contingencias en el futuro, pero la realidad actual que se nos presenta –por lo menos en el ordenamiento jurídico argentino– es el de la coexistencia en nuestro cuerpo legal más importante del Derecho individual del Trabajo –la Ley de Contrato de Trabajo (LCT)– tanto de indemnizaciones tarifadas como de indemnizaciones no tarifadas.

En los párrafos sucesivos nos proponemos analizar ambas clases de indemnizaciones –y sus correspondientes efectos jurídicos– a partir de los textos expresos de las respectivas normas de la LCT.

1. Las indemnizaciones en caso de un contrato de trabajo que no ha tenido principio de ejecución

El artículo 24 de la LCT regula “los efectos del contrato sin relación de trabajo”, es decir, las consecuencias jurídicas de un contrato de trabajo en el que el acuerdo de voluntades para su celebración se ha perfeccionado, bien porque se ha celebrado por escrito o bien porque el consentimiento de las partes ha tenido lugar según lo establecido por los artículos 45 y 46 de la LCT, pero en el que la prestación de servicios no ha tenido comienzo de ejecución, sea que esto haya ocurrido por culpa del empleador o bien por culpa del trabajador. Como se verá, se trata de una norma que hace una remisión directa al “Derecho común”, vale decir, al Derecho Civil.

Como la ley no distingue, la norma en cuestión se aplica a todas las modalidades contractuales: el contrato de trabajo por tiempo inde-

terminado, el contrato de trabajo a plazo fijo, el contrato de trabajo eventual, el contrato de trabajo a tiempo parcial, el contrato de trabajo de temporada y el contrato de trabajo de equipo.

Este artículo presenta dos tipos de indemnización: a) una indemnización tarifada, y b) una indemnización no tarifada.

Como es sabido, el artículo 24 de la LCT establece, para el responsable de la inejecución, el pago de una indemnización tarifada mínima, ya que ésta “no podrá ser inferior al importe de un mes de la remuneración que se hubiere convenido, o la que resulte de la aplicación de la convención colectiva de trabajo correspondiente”. Éste es, en consecuencia, un daño presunto que se encuentra tarifado por la ley pero que puede ser complementado con los mayores daños que acredite la parte que ha sufrido los efectos del incumplimiento, sea por responsabilidad objetiva, dolo o culpa de la otra.

En lo demás, el primer párrafo del artículo determina que “Los efectos del incumplimiento [...] se juzgarán por las disposiciones del Derecho común”, agregando: “salvo lo que expresamente se dispusiera en esta ley”, salvedad ésta cuyo alcance, según nuestro entender, está referido a lo dispuesto por el artículo 95 de la LCT y su aplicación analógica en caso de incumplimiento de un contrato a plazo fijo que no ha tenido principio de ejecución. El mencionado artículo 95 de la LCT se refiere a la ruptura anticipada de un contrato a plazo fijo pero esta ruptura anticipada puede tener lugar tanto en el curso de ejecución del contrato como en el caso en que el contrato de trabajo no ha tenido principio de ejecución.

La norma laboral no prevé el caso en que la falta de ejecución del contrato se ha debido a caso fortuito o fuerza mayor, pero en este supuesto no hay responsabilidad de ninguna de las partes, excepto disposición en contrario (art. 1730, CCC), situación que se presenta si se dieran algunos de los supuestos previstos en el artículo 1733 del mismo Código, entre los que se destacan los casos del inciso a: “si [el deudor] ha asumido el cumplimiento aunque ocurra un caso fortuito o una imposibilidad”, del inciso b: “si de una disposición legal resulta que no se libera por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento”, del inciso c: “si está en mora, a no ser que ésta sea indiferente para la producción del caso fortuito o de la imposibilidad de cumplimiento”,

del inciso d: “si el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento sobrevienen por su culpa”, o del inciso e: “si el caso fortuito y, en su caso, la imposibilidad de cumplimiento que de él resulta, constituyen una contingencia propia del riesgo de la cosa o de la actividad”. Recordemos que el Código considera “caso fortuito o fuerza mayor” al “hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado” (art. 1730 citado). Tampoco existe responsabilidad en el caso de “imposibilidad de cumplimiento” que la norma exige que sea “objetiva y absoluta” y además “no imputable al obligado” (art. 1732 del Código); agrega este mismo artículo que “la existencia de esa imposibilidad debe apreciarse teniendo en cuenta las exigencias de la buena fe y la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos”. Esta norma del Código Civil y Comercial resulta concordante con los principios y deberes que en esta materia consagra la LCT puesto que el principio de “buena fe” rige plenamente en orden a la interpretación y aplicación de la ley laboral (art. 11, LCT), es considerado por la doctrina y la jurisprudencia uno de los “principios generales del Derecho del Trabajo” (mismo artículo citado) y además el artículo 63 de la LCT, bajo la rúbrica de *Principio de buena fe*, prescribe que “Las partes están obligadas a obrar de buena fe, ajustando su conducta a lo que es propio de un buen empleador y de un buen trabajador, tanto al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato o la relación de trabajo”.

Corresponde, entonces, determinar cuáles son los “efectos del incumplimiento” y cuáles serán las normas aplicables del “Derecho común”, o sea, las normas pertinentes del Código Civil y Comercial, en este aspecto.

Ante todo debemos señalar que el incumplimiento puede provenir tanto del empleador como del trabajador¹, y si existiere daño y un factor de atribución de responsabilidad, el responsable deberá indemnizar el daño causado (arts. 1716, 1717 y 1721, CCC). Como se señala

¹ Justo López sostiene esta opinión y que esta postura tanto puede sustentarse en la interpretación literal o gramatical de la norma como en la interpretación sistemática (LÓPEZ, Justo; CENTENO, Norberto O. y FERNÁNDEZ MADRID, Juan C., *Ley de Contrato de Trabajo comentada*, 2ª ed., Contabilidad Moderna, Buenos Aires, 1987, t. I, p. 274).

en los Fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial, refiriéndose al artículo 1721, se ha diseñado una norma que consagra a “la culpa como factor de atribución residual”, puesto que en ausencia de normativa que establezca la responsabilidad objetiva, el factor de atribución es la culpa.

Recordemos que, precisando más en los factores de atribución, el artículo 1722 se refiere al *Factor objetivo*. Establece que “El factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario”. Y completando la regulación sobre los factores objetivos el artículo 1723 define la *Responsabilidad objetiva* de la siguiente manera: “Cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva”.

Asimismo conviene tener presente que el artículo 1724 bajo la rúbrica de *Factores subjetivos* expresa: “Son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”. Cabe poner de resalto que con la introducción de la locución “manifiesta indiferencia” se incluye de este modo al dolo eventual, tal como surge expresamente de los Fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial.

El artículo 1725 regula la *Valoración de la conducta*; el primer párrafo de este artículo expresa que “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”, que reproduce, con pequeñas variantes, la norma del artículo 902 del Código Civil anterior. Como se explica en los Fundamentos, “de esta manera, se asigna a esta regla un doble campo de aplicación: en la culpa y en la causalidad”.

Según el artículo 1726 del Código Civil y Comercial que se refiere a la *Relación causal*: “Son reparables las consecuencias dañosas que

tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño...” Agrega el mismo artículo que “...se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles”. Quedan, entonces, sin reparación las “consecuencias casuales”. El Código, en su artículo 1727, trata de los *Tipos de consecuencias*. Esta disposición define las “consecuencias inmediatas” como “Las consecuencias de un hecho que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas...” En cambio, “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»”. Reiterando lo ya señalado, según el artículo 1726 del Código, sólo se reparan “...las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles”.

En consecuencia, si se acreditare el incumplimiento de alguna de las partes que ocasiona la inejecución del contrato por su culpa o dolo, cuando existe daño –según el concepto que de él da el artículo 1737 del Código– corresponde una “indemnización” que –según el artículo 1738– “comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances”; agrega el mismo artículo que esta indemnización “Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida”.

2. Resarcimiento de los daños sufridos por el trabajador en sus bienes por el hecho o en ocasión del trabajo

El artículo 76 de la LCT, bajo el epígrafe de *Reintegro de gastos y resarcimiento de daños*, determina: “El empleador deberá reintegrar al trabajador los gastos suplidos por éste para el cumplimiento adecuado del trabajo, y resarcirlo de los daños sufridos en sus bienes por el hecho o en ocasión del mismo”. Como se advierte, este artículo no contiene una remisión expresa al Derecho común o Civil pero en tanto no establece una reparación tarifada remite de una manera implícita al Derecho Civil.

La norma trascrita establece dos deberes para el empleador que deben distinguirse: a) el deber de reintegrar los gastos suplidos por el trabajador para el cumplimiento de su trabajo; b) el deber de resarcir al trabajador de los daños que hubiera sufrido en sus bienes por el hecho y en ocasión del trabajo, pero –dadas las finalidades de este estudio– nos concentraremos en analizar sólo el resarcimiento de los daños sufridos por el trabajador.

El artículo 76 de la LCT alude a “bienes”, concepto que comprende a las “cosas”, sean éstas, “cosas muebles” (art. 227, CCC), “consumibles” (art. 231, CCC), “fungibles” (art. 232, CCC) o “frutos y productos” (art. 233, CCC). Antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial se había decidido, de manera coincidente, que cuando el artículo 76 de la LCT menciona a los “bienes” del trabajador, lo hacía en el sentido jurídico de “cosas” (objetos materiales susceptibles de tener un valor y, más propiamente, las que han sido introducidas en el lugar de trabajo).

Este deber de seguridad que impone el artículo comprende todos aquellos supuestos en que es normal la introducción en el lugar de trabajo de cosas propias del trabajador, como el vehículo en el que se traslada (bicicleta, motocicleta, ciclomotor, automotor), herramientas que aporta, ropa de trabajo, etcétera².

Cuando el artículo 76 de la LCT se refiere al deber del empleador de resarcir al trabajador de los daños sufridos en sus bienes, utiliza la frase “por el hecho y en ocasión” del trabajo. Esta locución está tomada de la antigua Ley 9688 de Accidentes de Trabajo y comprende todo suceso o acontecimiento que ocurra durante el tiempo o en el lugar de ejecución del trabajo.

La mayoría de la doctrina coincide en que el supuesto previsto por el artículo 76 de la LCT es uno de responsabilidad objetiva porque prescinde de la culpabilidad del empleador y éste para eximirse de responsabilidad debe acreditar la culpa del trabajador³, que deriva de

² LÓPEZ, CENTENO y FERNÁNDEZ MADRID, *Ley de Contrato de Trabajo comentada* cit., t. I, p. 539.

³ KROTOSCHIN, Ernesto, *Tratado práctico de Derecho del Trabajo*, t. I, p. 321; LÓPEZ, CENTENO y FERNÁNDEZ MADRID, *Ley de Contrato de Trabajo comentada* cit., t. I, p. 539.

la aplicación del artículo 1729 o bien del “caso fortuito o fuerza mayor” (art. 1730), salvo que el “caso fortuito” hubiera sobrevenido por su culpa (art. 1733, inciso d, del Código).

El trabajador que reclame el resarcimiento debe probar: a) la introducción de la cosa en el lugar de trabajo o su portación en ocasión del trabajo; b) el daño sufrido; c) la relación de causalidad entre el daño y el hecho u ocasión del trabajo.

Aunque el artículo 76 de la LCT no es claro en este punto, se suele establecer la diferencia entre las cosas que el trabajador introduce en el lugar de trabajo por razones de su labor y las cosas de valor excepcional sin ninguna relación con el trabajo. Estas últimas quedan fuera del alcance de la norma. La jurisprudencia ha establecido que el artículo 76 de la LCT se refiere a valores de instrumentos, herramientas y útiles de trabajo que aporte el trabajador para el cumplimiento de sus tareas, no comprendiendo ni el daño moral ni los objetos de valor personales.

3. La ruptura del contrato durante el período de prueba

El artículo 92 bis de la LCT, modificado por la ley 25.877 de 2004, que regula el período de prueba, establece que “El contrato de trabajo por tiempo indeterminado, excepto el referido en el artículo 96 [el contrato de trabajo de temporada], se entenderá celebrado a prueba durante los primeros tres (3) meses de vigencia. Cualquiera de las partes podrá extinguir la relación durante ese lapso sin expresión de causa, sin derecho a indemnización con motivo de la extinción, pero con obligación de preavisar según lo establecido en los artículos 231 y 232”. Como se advierte, el texto de la LCT, según la ley 25.877, introdujo el deber de preavisar la finalización del contrato de trabajo, deber que impone a ambas partes de la relación y que no existía en los antecedentes legislativos.

El artículo 231 de la LCT dispone, en la parte pertinente, que “...El preaviso, cuando las partes no lo fijen en un término mayor, deberá darse con la anticipación siguiente: a) por el trabajador, de quince (15) días; b) por el empleador, de quince (15) días cuando el trabajador se encontrare en período de prueba...”

Respecto del trabajador surge la duda interpretativa sobre si está obligado a otorgar el preaviso también durante el período de prueba, ya que esta aclaración la formula la norma sólo con relación al empleador. La respuesta debe ser afirmativa porque el plazo de preaviso fijado por la ley en quince días para el trabajador lo es con independencia de su antigüedad en el servicio, es decir, cualquiera sea ésta. Por el contrario, la modificación introducida en el artículo 231 de la LCT respecto al preaviso otorgado por el empleador distingue el plazo según la antigüedad en el empleo del trabajador: quince días cuando el trabajador se encuentra en período de prueba, un mes cuando el trabajador tenga una antigüedad que no exceda de cinco años, y dos meses cuando fuere superior. Por otra parte, el encabezamiento del artículo 231, que sienta el principio general en materia de preaviso, expresa textualmente: “El contrato de trabajo no podrá ser disuelto *por voluntad de una de las partes*, sin previo aviso...” (la cursiva es nuestra), lo que indica que la ley impone el deber de preavisar a ambas partes.

La indemnización por falta de preaviso debe considerarse una indemnización tarifada puesto que el artículo 232 de la LCT determina: “La parte que omita el preaviso o lo otorgue de modo insuficiente deberá abonar a la otra una indemnización sustitutiva equivalente a la remuneración que correspondería al trabajador durante los plazos señalados en el artículo 231”.

4. La ruptura anticipada de un contrato a plazo fijo

El artículo 95 de la LCT trae también una remisión al Derecho común. Después del epígrafe *Despido antes del vencimiento del plazo. Indemnización*, el primer párrafo expresa: “En los contratos a plazo fijo, el despido injustificado dispuesto antes del vencimiento del plazo, dará derecho al trabajador, además de las indemnizaciones que correspondan por extinción del contrato en tales condiciones, a la de daños y perjuicios provenientes del Derecho común, la que se fijará en función directa de los que justifique haber sufrido quien los alegue o los que, a falta de demostración, fije el juez o tribunal prudencialmente, por la sola ruptura anticipada del contrato”.

Debe recordarse que el texto originario de la LCT, sancionado en 1974, había introducido un artículo, el 104, que reproducía con ligeras variantes la doctrina del fallo plenario N° 8 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo dictado el 11 de julio de 1950 en los autos “Czysch, Alejandro c/Siemens Schuckert SA”⁴, texto que fue mantenido en el vigente artículo 95 de la LCT según el texto ordenado por decreto 390/76. La doctrina sentada por el referido fallo plenario establecía lo siguiente: “1) Las indemnizaciones provenientes de la ley 11.729 [entonces vigente] y la común de daños y perjuicios emergente de la ley civil en los casos de ruptura *ante tempus* de los contratos, no se excluyen. 2) En la situación antes referida –rescisión del contrato de trabajo a plazo fijo antes del término de su expiración normal– la indemnización de naturaleza común que se acuerda debe jugar en función directa de los daños y perjuicios que justifique haber sufrido quien los alegue; en caso contrario y por la sola ruptura anticipada del contrato siempre existirá un daño presuntivo, que será prudencialmente apreciado por el magistrado de acuerdo a las diversas circunstancias de autos. 3) La indemnización por omisión de preaviso (art. 157, Cód. Com. [actual art. 232, LCT]) se otorgará en función al término que falte para la expiración del contrato entendiéndose que, cuando media para que se cumpla tal extremo un plazo mayor o igual al correspondiente al plazo legal de preaviso, no corresponde el pago de esta indemnización, pues dicho término sustituye el mencionado plazo, jugando el mismo rol”.

En el texto vigente del artículo 95 de la LCT se trata también del caso de “despido injustificado” dispuesto “antes del vencimiento del plazo” tanto si éste ha sido decidido de manera directa por el empleador como si se tratare de un despido indirecto en que se coloca el propio trabajador alegando una “justa causa” en el sentido del artículo 242 de la LCT (arg. art. 246, LCT). Si la falta de ejecución del contrato y su cesación anticipada se ha debido a caso fortuito o fuerza mayor no existe responsabilidad de ninguna de las partes (art. 1730 del Código). Tampoco existirá responsabilidad en el caso de imposibilidad de cumplimiento “objetiva y absoluta no imputable al obligado” (art. 1732

⁴ CNAT, en pleno, fallo plenario N° 8, 11-7-50, en autos “Czysch, Alejandro c/Siemens Schuckert SA”, L. L. 59-323, D. T. 1950-471.

del Código). Este mismo artículo dispone que “La existencia de esa imposibilidad debe apreciarse teniendo en cuenta las exigencias de la buena fe y la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos”. Asimismo el artículo 1731 establece la eximición de responsabilidad, total o parcial, cuando “...el hecho de un tercero por quien no se debe responder...” reúne los caracteres del “caso fortuito”.

Según el artículo 95 de la LCT, la indemnización “de daños y perjuicios provenientes del Derecho común [...] se fijará en función directa de los que justifique haber sufrido quien los alegue”, lo que resulta coincidente con lo dispuesto por el artículo 1744 del Código, que luego del epígrafe *Prueba del daño* expresa: “El daño debe ser acreditado por quien lo invoca, excepto que la ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos”. Recordemos que el mismo artículo 95 de la LCT reconoce a la parte damnificada por la ruptura anticipada del contrato de trabajo los daños y perjuicios presuntos, puesto que la indemnización ha de estar integrada por los daños y perjuicios “que, a falta de demostración, fije el juez o tribunal prudencialmente, por la sola ruptura anticipada del contrato”. Como se advierte, también en este punto la norma laboral es coincidente con el artículo 1744 del Código Civil y Comercial que reconoce los daños presuntos cuando así lo autorice la ley.

La parte damnificada por la ruptura anticipada del contrato de trabajo puede ser tanto el empleador como el trabajador, lo que surgirá de lo acontecido en el desarrollo de la relación contractual y de las particularidades que emerjan de cada caso concreto.

El supuesto previsto por la norma transcrita es el del despido injustificado del trabajador, dispuesto por el empleador, antes del vencimiento del plazo pactado. Se regulan los efectos indemnizatorios que tal situación produce. Aunque literalmente el artículo se refiere al despido “directo” (dispuesto por el empleador), las consecuencias indemnizatorias son similares en caso del despido “indirecto”, es decir, el supuesto en que el mismo trabajador se da por despedido o se coloca en situación de despido.

La particularidad que introduce el artículo 95 de la LCT, en contraste con las indemnizaciones por ruptura de un contrato de trabajo por tiempo indeterminado, es la acumulación de dos tipos de indemniza-

ciones: a) la indemnización común por despido, es decir, las indemnizaciones tarifadas por la ley laboral, y b) la indemnización de daños y perjuicios provenientes del Derecho común.

Se ha puesto en cuestión la tesis de la acumulación lisa y llana de ambos tipos de indemnizaciones asignando a la norma la finalidad de remover los “obstáculos de la tarifa laboral” a fin de permitir en este supuesto la aplicación de la reparación integral. Se argumenta que nuestro sistema jurídico se basa en el criterio de la retribución proporcional al daño inferido, lo que lleva a que se indemnice “todo el daño, pero sólo el daño”, conforme al conocido aforismo del Derecho Civil. Según esta postura la expresión “además” que contiene la norma del artículo 95 de la LCT se refiere a los daños que excedan a las indemnizaciones tarifadas, y no “aparte” de las mismas⁵.

Por nuestra parte, no nos convencen las objeciones formuladas ya que participamos de la opinión generalizada en la doctrina y la jurisprudencia⁶ sobre el criterio de acumulación de ambos tipos de indemnizaciones. Estas indemnizaciones son las siguientes:

a) *Indemnizaciones comunes por despido*. En primer lugar, la ruptura injustificada y anticipada de un contrato de trabajo a plazo fijo da lugar al pago en beneficio del trabajador de la indemnización por despido o por antigüedad, esto es, la prevista en el artículo 245 de la LCT, si se dan los presupuestos de hecho contemplados en esta norma en cuanto a la antigüedad del trabajador. No son aplicables, en cambio, a la ruptura anticipada de un contrato a plazo fijo, las normas que regulan la indemnización sustitutiva del preaviso para el contrato por tiempo indeterminado, es decir, los artículos 231, 232 y 233 de la LCT, ya que la indemnización por omisión del preaviso

⁵ MACHADO, José Daniel, en VÁZQUEZ VIALARD, Antonio (dir.), *Ley de Contrato de Trabajo comentada y concordada*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, t. II, p. 21. Esta opinión se apoya asimismo en lo expresado por Mario L. Deveali al comentar el ya citado fallo plenario “Czysch c/Siemens”: “No puede hablarse de acumulación, por la sencilla razón de que la indemnización por antigüedad constituye simplemente uno de los elementos que concurren en la determinación de Derecho común...” (*Problemas que ocasiona la resolución “ante tempus” del contrato a plazo*, en D. T. 1950-471).

⁶ CNAT, sala II, 12-9-91, D. T. 1991-B-2015; sala VI, 9-2-95, T. y S. S. 1996-235.

en ese tipo de contratos está prevista especialmente en el tercer párrafo del mencionado artículo 95 de la LCT.

b) *Indemnizaciones de Derecho común*. La norma prevé, a favor del trabajador, además de las indemnizaciones comunes por despido, “la de daños y perjuicios provenientes del Derecho común”. Por “Derecho común” debe entenderse, desde luego, el Derecho regulado en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Según el artículo 95 de la LCT la indemnización debe ser fijada “...en función directa de los [daños y perjuicios] que justifique haber sufrido quien los alegue o los que, a falta de demostración, fije el juez o tribunal prudencialmente, por la sola ruptura anticipada del contrato”. Son, en este punto, aplicables no sólo las normas de los artículos 1716 a 1736 del Código Civil y Comercial que se refieren a la *Función resarcitoria*, sino especialmente las disposiciones atinentes al *Daño resarcible* regulado en los artículos 1737 a 1748 del mismo Código.

Recordemos que el artículo 1738 prescribe lo siguiente: “La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida”.

El daño emergente y el lucro cesante se determinarán según las circunstancias de cada caso. Consistirán normalmente en los salarios dejados de percibir por el trabajador hasta la finalización del plazo previsto originariamente para el contrato. En este sentido, se ha decidido judicialmente que “producido un despido *ante tempus*, sin justa causa, el trabajador tiene derecho a percibir la indemnización del artículo 245 de la LCT y, como indemnización de daños y perjuicios, las remuneraciones que hubiera percibido hasta el vencimiento del contrato de plazo cierto”⁷. Asimismo se ha resuelto que “la indemnización de Derecho común que prevé el artículo 95 de la LCT debe comprender el

⁷ CNAT, sala VI, 9-2-95, T. y S. S. 1996-235.

perjuicio efectivamente causado o la ganancia de que se privó al damnificado por el incumplimiento contractual, es decir, no sólo las remuneraciones pactadas sino también todas las demás prestaciones que derivarían de haberse agotado normalmente el plazo”⁸.

Pero también podrá, el juez o tribunal, fijar una suma mayor (por ejemplo, cuando el trabajador probare gastos de traslado efectuados con motivo de la celebración del contrato) o una menor (por ejemplo, cuando se acredite que el trabajador encontró nuevo empleo antes del vencimiento del plazo previsto para la terminación del contrato). A ese daño material acreditado deberá adicionarse el daño moral producido, al que se refiere la última parte del artículo 1738 del Código Civil y Comercial cuando determina que la indemnización: “...Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida”; asimismo la última parte del artículo 1740 del Código Civil y Comercial determina que “...En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable”. Esta situación se da especialmente en materia propia del contrato de trabajo, cuando la ocupación efectiva (art. 78, LCT) del trabajador reporta no sólo ventajas materiales para éste, sino de otra índole (caso de deportistas, actores, ejecutantes musicales u otras formas de trabajo artístico), que no caben estrictamente en aquellos involucrados en las pérdidas sufridas y utilidades materiales dejadas de percibir, tal como lo estatúa el artículo 519 del Código Civil anterior⁹. El artículo 1740 expresa que “La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie...” Con fundamento en este artículo 1740 del Código Civil y Comercial, como sucedía vigente el artículo 1083 del Código Civil

⁸ CNAT, sala II, 12-9-91, D. T. 1991-B-2015.

⁹ LÓPEZ, CENTENO y FERNÁNDEZ MADRID, *Ley de Contrato de Trabajo comentada* cit., t. I, p. 571; KROTOSCHIN, Ernesto, *Tendencias actuales en el Derecho del Trabajo*, p. 99.

anterior, el damnificado puede optar por la reparación del daño moral en base al pago de una suma de dinero¹⁰.

Como hemos señalado anteriormente, el fallo plenario de la CNAT que sirviera de fuente del artículo 95 de la LCT respecto de la indemnización por omisión de preaviso había decidido que “la indemnización por omisión de preaviso (art. 157, Código de Comercio) se otorgará en función al término que falte para la expiración del contrato, entendiéndose que, cuando media para que se cumpla tal extremo un plazo mayor o igual al correspondiente al plazo legal de preaviso, no corresponde el pago de esta indemnización, pues dicho término sustituye el mencionado plazo, jugando el mismo rol”. En consecuencia, el último párrafo del artículo 95 de la LCT dispone actualmente: “En los casos del párrafo primero de este artículo, si el tiempo que faltare para cumplir el plazo del contrato fuese igual o superior al que corresponda al de preaviso, el reconocimiento de la indemnización por daño suplirá al que corresponde por omisión de éste, si el monto reconocido fuese también igual o superior a los salarios del mismo”. Es decir, que la indemnización por falta de preaviso se fijará en función del término que falta para la expiración del contrato, entendiéndose que cuando el plazo faltante es igual o mayor al que corresponde por preaviso, la indemnización sustitutiva no procede, ya que la que se reconozca por lucro cesante sustituye al plazo de preaviso y juega el mismo rol¹¹. De otro modo, vendrían a superponerse dos indemnizaciones por la misma causa, lo que se juzga inadmisibles por la propia Exposición de Motivos de la Ley de Contrato de Trabajo¹².

Como ya lo hemos señalado anteriormente, existe consenso en la doctrina de que el plazo del contrato se considera establecido en beneficio de ambas partes¹³. Aunque no esté literalmente previsto por el

¹⁰ FERNÁNDEZ MADRID, Juan C., *Tratado práctico de Derecho del Trabajo*, La Ley, Buenos Aires, 2007, t. 1, p. 886; ACKERMAN, Mario E., *Ruptura “ante tempus” del contrato artístico a plazo fijo*, en L. T. XXIX-85.

¹¹ LÓPEZ, CENTENO y FERNÁNDEZ MADRID, *Ley de Contrato de Trabajo comentada* cit., t. I, p. 569.

¹² MEILIJ, *Contrato de trabajo*, t. I, p. 363.

¹³ LÓPEZ, CENTENO y FERNÁNDEZ MADRID, *Ley de Contrato de Trabajo comentada* cit., t. I, p. 570; DE LA FUENTE, en VÁZQUEZ VIALARD, Antonio (dir.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, t. 3, p. 541; CARCAVALLO, *El contrato a*

texto del artículo, la indemnización de daños y perjuicios también corresponde a favor del empleador. Si la decisión anticipada de ruptura del contrato ha sido por iniciativa del trabajador, éste, al retirarse sorpresivamente, puede causar graves perjuicios al funcionamiento normal de la empresa. Este riesgo es tanto mayor en cuanto más importante es la especialidad o categoría jerárquica del trabajador¹⁴.

Sin embargo, los criterios para determinar el daño presuntivo no han de ser los mismos que para el trabajador, o sea fijarse en función de los salarios dejados de percibir. En este caso deberá atenderse a la producción perdida o a las condiciones personales irremplazables del trabajador, artista, deportista, profesional o técnico especializado y los perjuicios derivados de su falta de prestación de los servicios comprometidos¹⁵.

5. La ruptura de un contrato de trabajo de temporada

El primer párrafo del artículo 97 de la LCT que se refiere a la ruptura del contrato de trabajo de temporada durante los períodos de actividad establece: “El despido sin causa del trabajador, pendiente los plazos previstos o previsibles del ciclo o temporada en los que estuviere prestando servicios, dará lugar al pago de los resarcimientos establecidos en el artículo 95, primer párrafo, de esta ley”.

Esto significa que si el despido del trabajador de temporada se dispone, sin justa causa, estando pendiente el período de actividad, la ley asimila la situación a una ruptura anticipada y arbitraria de un contrato a plazo fijo, por lo que remite a la solución prevista en el artículo 95, primer párrafo de la LCT. Por consiguiente, en este caso, el trabajador es acreedor a la indemnización por antigüedad, a la sustitutiva del preaviso y a la de daños y perjuicios, fundada en las normas

plazo fijo en la legislación argentina, en Estudios sobre Derecho individual de Trabajo. En homenaje al Prof. Mario L. Deveali, p. 466; RUSSOMANO, La extinción del contrato por plazo determinado, en Estudios sobre Derecho individual de Trabajo. En homenaje al Prof. Mario L. Deveali cit., p. 582; VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, t. I, ps. 318 y 319.

¹⁴ RUSSOMANO, *La extinción del contrato por plazo determinado* cit., p. 582.

¹⁵ FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, *Tratado práctico de Derecho del Trabajo*, 3ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2007, t. I, p. 887.

del Derecho común. Por tal razón, para determinar los daños que son objeto de reparación habría que remitirse a las ya mencionadas normas del Código que se refieren al daño resarcible.

6. La ruptura anticipada de un contrato de trabajo eventual

Como todo contrato de trabajo, el contrato de trabajo eventual puede ser motivo de rescisión anticipada por justa causa, sin obligación de indemnizar por parte del empleador.

Sin embargo, cuando el contrato fuera resuelto anticipadamente por el empleador sin justa causa, el trabajador tiene derecho a una indemnización por daños y perjuicios que debe ser prudencialmente fijada por el juez, por cuanto se entiende que el trabajador eventual, aunque transitorio, tiene estabilidad y expectativas de perdurabilidad dentro de esa transitoriedad¹⁶, en el marco del plazo incierto y previsible del contrato. Diversas normas confluyen para arribar a dicha conclusión; son las siguientes: a) el artículo 100 de la LCT que prescribe: “Los beneficios provenientes de esta ley se aplicarán a los trabajadores eventuales, en tanto resulten compatibles con la índole de la relación y reúnan los requisitos a que se condiciona la adquisición del derecho a los mismos”, por lo que esta norma conduce razonablemente a la aplicación analógica del artículo 95 de la LCT –prevista para la ruptura anticipada de un contrato a plazo fijo– al caso de la ruptura anticipada de un contrato de trabajo eventual que, al igual que el contrato a plazo fijo, es un contrato por tiempo determinado aunque no de plazo cierto sino incierto; b) el artículo 74 de la Ley Nacional de Empleo 24.013 que establece: “No procederá indemnización alguna cuando la relación laboral se extinga con motivo de la finalización de la obra o tarea asignada, o del cese de la causa que le diera origen. En cualquier otro supuesto, se estará a lo dispuesto en la Ley de Contrato de Trabajo (t. o. 1976)”. La LCT nada dice con precisión a propósito de la ruptura injustificada en el contexto de la eventualidad, pero el citado artículo 100 de la LCT permite la aplicación de los “beneficios” que “resulten compatibles con la índole de la relación”, como sin duda ocurre en

¹⁶ FERNÁNDEZ MADRID, *Tratado práctico de Derecho del Trabajo* cit., 3ª ed., t. I, p. 928.

la situación examinada¹⁷; c) una interpretación armónica de los artículos 99, 95, 100 y 11 de la LCT, en tanto este último artículo promueve como “principio de aplicación e interpretación” el de “las leyes análogas”, nos conduce directamente a la solución apuntada.

7. Responsabilidad civil del trabajador

El artículo 87 de la LCT prescribe: “El trabajador es responsable ante el empleador de los daños que cause a los intereses de éste, por dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones”.

La norma responsabiliza al trabajador sólo en aquellos casos en que el daño hubiera sido cometido por su dolo o culpa grave. No existe responsabilidad en los supuestos de simple culpa o negligencia del trabajador¹⁸. Tampoco habrá responsabilidad del trabajador en los daños no culposos, provocados por defectos de las maquinarias o de las materias primas o por el hecho de un tercero¹⁹.

a) *El concepto de dolo y de culpa grave.* El concepto de dolo no trae mayores problemas porque, según el artículo 1724 del Código Civil y Comercial: “...El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”, pero la noción de culpa grave ha suscitado serias dificultades para su delimitación. Como es sabido, ni el Código Civil anterior ni el actual admiten la gradación de la culpa. Para caracterizarla se suele remitir a la frondosa doctrina y jurisprudencia construida al interpretar el concepto de “culpa grave” incluido en el artículo 4º, inciso a, de la derogada Ley de Accidentes de Trabajo 9688. El criterio de la jurisprudencia partió de la base de definir a la culpa grave del trabajador como una conducta voluntaria y conciente, con una temeridad equivalente al dolo o inexplicable en el espíritu menos prevenido²⁰.

El artículo 87 de la LCT no distingue entre los efectos del dolo

¹⁷ MACHADO, en VÁZQUEZ VIALARD (dir.), *Ley de Contrato de Trabajo comentada y concordada* cit., t. II, p. 64.

¹⁸ MEILIJ, *Contrato de trabajo* cit., t. I, p. 340.

¹⁹ LÓPEZ, CENTENO y FERNÁNDEZ MADRID, *Ley de Contrato de Trabajo comentada* cit., t. I, p. 556.

²⁰ MEILIJ, *Contrato de trabajo* cit., t. I, p. 342.

o de la culpa grave. La doctrina laboral ha distinguido entre “dolo” y “culpa grave”. Sin embargo, el Código parece comprender ambos conceptos en el de dolo, puesto que “dolo en sentido estricto” sería para la doctrina laboral el que “se configura por la producción de un daño de manera intencional” y “culpa grave” sería la que se presenta “con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”, vale decir, lo que habitualmente se denomina “dolo eventual”. Desde luego, en este caso, por “intereses ajenos” se consideran exclusivamente los intereses del empleador, tal como lo dispone expresamente el artículo 87 de la LCT.

En todo caso incumbe a los jueces interpretar el alcance de la culpa del trabajador, cuya apreciación debe estar siempre referida a las circunstancias concretas del caso y a la posición de las partes con relación a las obligaciones que emergen del contrato²¹.

b) *Prueba del dolo o culpa grave*. Corresponde al empleador probar la existencia de dolo o culpa grave del trabajador, presumiéndose su inculpabilidad *juris tantum*²². El artículo 1734 del Código prescribe respecto de la *Prueba de los factores de atribución y de las eximentes* que “Excepto disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega”.

c) *Prueba del daño*. La prueba del daño se rige por el artículo 1744 del Código Civil y Comercial, que expresa: “El daño debe ser acreditado por quien lo invoca, excepto que la ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos”.

d) *Acción judicial del empleador*. Corresponde a los jueces con competencia en lo laboral entender en la acción promovida por el empleador, fundada en el artículo 87 de la LCT (art. 20, ley 18.345 en la jurisdicción nacional; art. 2º, ley 11.653 de la Provincia de Buenos Aires y las demás normas procesales provinciales).

El artículo 131 de la LCT establece como principio que “No podrá deducirse, retenerse o compensarse suma alguna que rebaje el monto

²¹ ALIMENTI, Jorgelina, en VÁZQUEZ VIALARD (dir.), *Ley de Contrato de Trabajo comentada y concordada* cit., t. I, p. 554.

²² LÓPEZ, CENTENO y FERNÁNDEZ MADRID, *Ley de Contrato de Trabajo comentada* cit., t. I, p. 556.

de las remuneraciones”. Sin embargo, el artículo 135 de la LCT determina como excepción, precisamente, el caso de daño a los bienes del empleador, y expresa: “Exceptúase de lo dispuesto en el artículo 131 de esta ley el caso en que el trabajador hubiera causado daños graves e intencionales en los talleres, instrumentos o materiales de trabajo. Producido el daño, el empleador deberá consignar judicialmente el porcentaje de la remuneración prevista en el artículo 133 de esta ley, a las resultas de las acciones que sean pertinentes. La acción de responsabilidad caducará a los noventa días”.

El daño debe ser cierto y no potencial (“producido el daño”, dice el art. 135, LCT).

El mismo artículo califica a los daños causados como “graves e intencionales”. En rigor, los daños sólo soportan la calificación de “graves”, es decir, “grande(s), de mucha entidad o importancia” (*Diccionario de la Lengua Española*). “Intencional” corresponde a la calificación del acto que lo causa y esta mención en el artículo 135 de la LCT parece limitar la acción del empleador sólo al daño provocado por el agente “de manera intencional” en el sentido en que lo expresa el artículo 1724 del Código Civil y Comercial. Sin embargo, ante la categórica declaración del artículo 87 de la LCT, debe entenderse que el trabajador no sólo es responsable ante el empleador de los daños que cause a los intereses de éste, por dolo, sino también por “culpa grave en el ejercicio de sus funciones”. El vocablo “intencional” debe ser interpretado, entonces, como una expresión incluida por el legislador como comprensiva tanto del “dolo” como de la “culpa grave”, en el mismo sentido con que el aforismo latino expresa *lata culpa dolo æquiparatur*, o sea con el mismo significado con que el artículo 1724 del Código Civil y Comercial extiende el concepto de “dolo” cuando se refiere a la producción de un daño “con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”.

Producido el daño, entonces, el empleador está habilitado legalmente para consignar judicialmente el porcentaje previsto por el artículo 133 de la LCT (20%) de la remuneración del trabajador, a las resultas del juicio, pero deberá promover la acción de responsabilidad dentro de los noventa días, puesto que de lo contrario su derecho caducará (art. 135, LCT).

Improcedencia de la compensación. Se ha decidido judicialmente que “corresponde rechazar el pedido de compensación articulado por un empleador, respecto de los créditos laborales adeudados al trabajador y la supuesta suma de dinero que éste retuvo indebidamente en perjuicio de aquél, cuando no se ha dado cumplimiento al procedimiento peculiar e insoslayable previsto en el artículo 135 de la LCT, pues el empleador no consignó judicialmente el veinte por ciento de los salarios adeudados ni alegó haber deducido la acción de reparación dentro del plazo de caducidad previsto en el artículo 135 *in fine* de la LCT” (CNAT, sala II, 10-4-2007, D. T. 2007-B-1007).

La solución es lógica porque en atención a la prohibición de compensar instituida en el artículo 131 de la LCT, la excepción establecida en el artículo 135 de la LCT debe interpretarse restrictivamente.

8. La indemnización sustitutiva del preaviso

El artículo 232 de la LCT, que lleva como epígrafe *Indemnización sustitutiva*, expresa: “La parte que omita el preaviso o lo otorgue de modo insuficiente deberá abonar a la otra una indemnización sustitutiva equivalente a la remuneración que correspondería al trabajador durante los plazos señalados en el artículo 231”. Como se ha señalado acertadamente, para fijar la cuantía del daño causado por la omisión del preaviso, la ley no remite a ningún promedio o remuneración precedente, sino a la misma que debería haber percibido el trabajador de haber trabajado durante el lapso de preaviso omitido²³. Si bien la indemnización fijada por el artículo guarda la apariencia de una indemnización tarifada aunque sin tope legal, como esta indemnización se ve habitualmente engrosada con la parte proporcional del sueldo anual complementario, coincide exactamente con la estimación monetaria del lucro cesante (art. 1738, CCC), vale decir, con la cuantía monetaria que el empleador privó de percibir al trabajador por omitir otorgarle el preaviso impuesto por la ley.

²³ LÓPEZ, CENTENO y FERNÁNDEZ MADRID, *Ley de Contrato de Trabajo comentada* cit., t. II, p. 1159.

9. La indemnización por antigüedad

La “indemnización por antigüedad” regulada en el artículo 245 de la LCT resulta el arquetipo de la indemnización tarifada puesto que la mencionada norma la fija sobre la base de las siguientes pautas: “un mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres meses” de la “mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor” (artículo citado, párrafo primero), con un tope máximo mensual (art. 245, párrafo segundo) y un tope mínimo absoluto (art. 245, último párrafo).

10. Reparación tarifada y daños mayores

Según lo hemos señalado más arriba, desde el origen del Derecho del Trabajo las indemnizaciones por despido han tenido un carácter tarifado, vale decir, que la ley establece una estimación monetaria de los daños ocasionados por el despido decidido sin justa causa que no se deja librada a la apreciación de los jueces sino que se encuentra tasada legalmente.

La tarifación legal de la indemnización por despido arbitrario trae aparejada como derivación ineludible que el trabajador no podrá invocar o intentar acreditar daños mayores a los fijados por la tarifa y el empleador no podrá pretender satisfacer su obligación mediante el pago de una suma menor, alegando la existencia de daños inferiores a la tasa legal. Por esta razón, la indemnización procede siempre que haya despido incausado con total independencia de los daños reales sufridos, y aun en el supuesto de que no exista daño alguno por haber hallado el trabajador una pronta y mejor ocupación²⁴. Sin embargo, algunas disposiciones generales y otras específicamente laborales han permitido la ruptura con este tradicional principio, introduciendo implícita o explícitamente la posibilidad jurídica de reconocer al damnificado un resarcimiento de daños y perjuicios, incluso con el carácter de “reparación integral” del perjuicio ocasionado. En ocasiones el fundamento

²⁴ HERRERA, Enrique, *Extinción del contrato de trabajo*, en VÁZQUEZ VIALARD (dir.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, t. 5, p. 274.

de esa reparación adicional ha sido difuso e incluso las denominaciones que ha adoptado, por ejemplo, “daños adicionales”, “daños mayores” o simplemente “daño moral”, como si las indemnizaciones tarifadas sólo estuvieran dirigidas a reparar un daño “material” o “patrimonial”. Lo que se advierte es que, en el caso, las indemnizaciones tarifadas se estiman insuficientes para reparar el daño causado por el despido y que existen daños “adicionales” o daños “mayores” que resulta necesario reparar.

El “fundamento”, el “carácter jurídico” o la “naturaleza jurídica” del despido y de las indemnizaciones por despido ha sido motivo de agudas controversias, a nuestro juicio, no saldadas hasta el presente²⁵, y, en verdad, de resolución imposible.

Recordemos que una vez sancionada la ley 11.729 que modificó el Código de Comercio e instituyó el preaviso y la indemnización por despido, uno de sus primeros comentaristas, el doctor Alejandro M. Unsain²⁶, escribía al respecto: “La indemnización por despido es nueva en nuestro Derecho aun cuando en la práctica, en no pocas casas y establecimientos era conocida. Cuando se lee a los tratadistas que explican su razón de ser, se advierte que hay disparidad de opiniones. Ello hace pensar que en vez de una son varias las razones que la justifican. Aparece vinculada, desde luego, al concepto de la desocupación. Es un preventivo del paro forzoso, porque pone un freno económico al deseo del empleador de desprenderse de personal. Remedia al menos en parte y durante un tiempo, la situación del empleado despedido, permitiéndole hacer frente a las necesidades de la vida, por lo que tiene también algún parecido –y, naturalmente, no pocas diferencias– con una de las prestaciones del seguro de desocupación. Descansa en un hecho que se va perfilando como base de nuevos derechos en el contrato de trabajo: la antigüedad. En nuestras leyes de jubilaciones la antigüedad justifica el retiro de vejez, que permite mirar con tranquilidad los días del futuro cuando la capacidad física agotada o

²⁵ Ver nuestra colaboración titulada *Estabilidad y protección contra el despido arbitrario en el empleo privado*, en ACKERMAN, Mario E. (dir.), *La relación de trabajo*, libro homenaje al profesor Jorge Rodríguez Mancini, p. 537.

²⁶ UNSAIN, Alejandro M., *Empleados de comercio. Exposición y comentario a la ley 11.729 (reformando los artículos 154 a 160 del Código de Comercio)*.

disminuida dificulta o imposibilita la obtención de salario mediante el trabajo. Responde también a la idea de una mayor solidaridad entre capital y trabajo [...] y traduce la idea de que el patrón debe a sus colaboradores de mucho tiempo, algo más que el salario de cada día o el sueldo de cada mes. Cae así, sin duda, dentro de la zona de las leyes de previsión, pero se le puede dar base jurídica recurriendo al concepto de salario diferido. El empleado, después de cierto tiempo, no gana exactamente lo que recibe, sino que su sueldo se divide en dos partes: una la que efectivamente percibe cada mes y otra la que queda a su nombre reservada que sólo percibirá si llega el caso de que sea despedido sin justa causa. Es esta segunda porción la que queda sujeta a condición, aun cuando va creciendo por la sola razón del transcurso del tiempo”²⁷. Más adelante, abordando el debate de la ley en el seno del Congreso de la Nación, agrega que “en la discusión parlamentaria de nuestra ley, todos estos conceptos fueron expuestos, no faltando alguna expresión, a nuestro juicio, equivocada: la de que esta indemnización significaba una multa para el patrón que despedía a un empleado. Mal puede incurrirse en sanción penal cuando se ejercita un derecho y el despido continúa siendo un derecho, bien sujeto a condición de indemnización”. Y finalmente arriba a una conclusión que puede cabalmente compartirse: “Estos conceptos y otros más, aparecen repetidos en los tratadistas. Unos dan predominio a las razones puramente económicas o sociales y otras al elemento jurídico y bien es sabido que en la legislación social y particularmente en el contrato de trabajo, ambas consideraciones se integran y se contemplan”²⁸.

Resarcimiento de daños mayores. Por lo general, dado el carácter tarifado de las indemnizaciones laborales, una larga tradición jurisprudencial ha negado la posibilidad de reparar el daño moral producido por el despido arbitrario, destacando que la indemnización es omnicomprensiva de todos los daños que pudiera sufrir el trabajador a consecuencia de la extinción del contrato de trabajo²⁹. En esta dirección se decidió judicialmente que “es improcedente la reparación por daño

²⁷ UNSAIN, ob. cit., ps. 157 y 158.

²⁸ UNSAIN, ob. cit., p. 158.

²⁹ HERRERA, en VÁZQUEZ VIALARD (dir.), *Tratado de Derecho del Trabajo* cit., t. 5, p. 290.

moral reclamada en el marco de una acción laboral toda vez que la indemnización prevista en el artículo 245 de la LCT, por ser tarifada, excluye toda otra reparación por causa de despido, pues es de la esencia de las reparaciones tarifadas que el titular carezca de legitimación para obtener una suma superior a la tarifa allí establecida”³⁰.

Mario E. Ackerman ya se interroga sobre esta cuestión en 1977, en su comentario *¿Ocaso de las indemnizaciones tarifadas?*, que es una nota al fallo “Mori, Susana E. c/Paparella, Elba”, de fecha 30 de setiembre de 1976, de la sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo³¹. Allí se pregunta: “¿Por qué se optó por una indemnización tarifada?”, y responde: “A nuestro criterio porque ella da seguridad jurídica. Seguridad para el trabajador, quien puede recibir así, inmediatamente, una suma de dinero cierta, de finalidad no sólo resarcitoria sino también (y casi principalmente) alimentaria. Certeza también para el empleador, quien puede ejercer de este modo un derecho que nace de su libertad de contratar y de la garantía constitucional de la propiedad, sin tener que afrontar el eventual riesgo de un reclamo judicial”. Pero más adelante concluye que cualquier acto del empleador, producido antes, durante o, incluso, después del distracto, y que implique el incumplimiento de una obligación contractual o que implique la comisión de un delito (calumnias, injurias, etc.) o un cuasidelito (cualquier daño producido por actos no delictuales), generará la obligación de resarcir el daño causado, de modo integral, independientemente de la indemnización tarifada”³².

Es así que se abrió paso a una tendencia jurisprudencial que en el momento actual de la evolución reconoce la posibilidad de acumular a las indemnizaciones tarifadas de la ley otro resarcimiento destinado a reparar el daño moral, si éste resulta consecuencia de un hecho

³⁰ CNAT, sala VIII, 19-6-2007, D. T. 2007-B-1027.

³¹ CNAT, sala III, 30-9-76, autos “Mori, Susana E. c/Paparella, Elba”, L. T. XXV-651. En este fallo, por el voto del Dr. Vázquez Vialard que llevó la voz del tribunal, se resolvió que “el trabajador tiene derecho a reclamar de acuerdo al Derecho común la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de la otra parte que no alcanzaren a ser cubiertos por las indemnizaciones tarifadas por despido, previstas en la LCT”.

³² ACKERMAN, Mario E., *¿Ocaso de las indemnizaciones tarifadas?*, en L. T. XXV-654.

distinto que la simple denuncia del contrato³³, cuando en ocasión de la ruptura del contrato o fuera de ella, el empleador incurre en conductas que causan perjuicio al trabajador desde el punto de vista de la responsabilidad extracontractual, es decir, cuando le causa un daño que resultaría indemnizable aun en ausencia de una relación laboral.

Numerosos fallos se refirieron a esta cuestión. Así, se decidió que “la indemnización por daño moral es susceptible de dos enfoques: el contractual y el extracontractual. En el contractual, todo daño moral se encuentra normalmente incluido en el concepto de injuria laboral y da derecho a una indemnización tarifada, siempre que sea invocada oportunamente en los términos del artículo 242 de la LCT. Desde el punto de vista extracontractual, el daño moral procederá cuando el hecho que lo determine fuese producido por un hecho doloso del empleador”³⁴.

Esta fundamentación carece de sustento luego de ponerse en vigencia el Código Civil y Comercial, ya que una de las características más notables del régimen de responsabilidad civil que adopta es que se disuelve la tradicional separación entre responsabilidad contractual y extracontractual.

Sin embargo, es difícil concebir que exista un retroceso en esta evolución. Lo que puede avizorarse, tal vez, es que se produzca una mutación en la fundamentación jurídica de la reparación adicional, que, por otra parte, en muchas situaciones concretas encuentra su basamento en el artículo 1° de la ley 23.592 encuadrándose como “acto” o “trato discriminatorio”, ya que, como es sabido, la mencionada norma impone la obligación, a pedido del damnificado, de “dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados”. Así, los casos de acoso laboral, *mobbing*, hostigamiento, acoso sexual, discriminación antisindical, por sexo o por nacionalidad, etcétera.

Recordemos que el artículo 1° de la ley 23.592 expresa lo siguiente: “Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos

³³ HERRERA, en VÁZQUEZ VIALARD (dir.), *Tratado de Derecho del Trabajo* cit., t. 5, p. 292.

³⁴ CNAT, sala I, 30-12-88, D. T. 1990-A-58; íd., 9-6-95, D. T. 1995-B-1616.

y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados.

”A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”.

Es necesario destacar que en los casos de discriminación antisindical sea más usual el reclamo de reinstalación, siendo en cambio habitual que en los demás casos exista un reclamo de reparación adicional, en especial de “daño moral”, que la mayoría de las decisiones tienden a fijar mediante una indemnización tarifada equivalente a un año de salarios, parámetro análogo al adoptado por la LCT para establecer las reparaciones en los casos de despido por causa de matrimonio o de embarazo, solución que coincide con la postura adoptada por la minoría en el fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 7 de diciembre de 2010, en la causa caratulada “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud SA”³⁵, en el que juzgó un caso de práctica antisindical y la mayoría del tribunal se pronunció por la reinstalación de los trabajadores afectados, declarando enfáticamente el alto tribunal que nada hay de objetable a la aplicación de la normativa de la ley 23.592 al ámbito del Derecho individual del Trabajo. Sin embargo, observamos nosotros que, tratándose de una ley genérica, pero cuya sanción tuvo motivaciones específicas derivadas de situaciones particulares que conmovieron a la opinión pública y que quedan reveladas en el articulado de la misma ley (ver arts. 4º, 5º y 6º), no existe referencia normativa concreta a su aplicabilidad en el campo del Derecho individual del Trabajo habida cuenta de las disímiles motivaciones que pueden generar en ese ámbito los actos discriminatorios y su intensidad (impedimento, obstrucción o restricción); resulta indudablemente necesaria una reglamentación legal específica que defina con la mayor precisión posible los distintos tipos de actos discrimi-

³⁵ CSJN, 7-12-2010, “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud SA”, D. T. 2011-2-327.

natorios que pueden presentarse en el ámbito laboral³⁶, puesto que algunas situaciones de discriminación ya se encuentran reguladas legalmente (por ej., embarazo, maternidad, matrimonio, representación sindical, etc.) y otras carecen de regulación legal, omisión que debería subsanarse con la mayor premura posible en resguardo de la seguridad jurídica de ambas partes de la relación laboral.

Aplicación jurisprudencial de daños mayores. Para advertir en qué casos y con qué fundamentos las decisiones judiciales aplican los daños “mayores”, “adicionales” o simplemente el “daño moral”, conviene repasar algunos de los fallos dictados y ver qué sucede en la práctica judicial.

Despido injustificado publicado en el boletín de la empresa. Se trata de un viejo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que sentó la siguiente doctrina: “Es admisible la pretensión de un expleado de Entel, despedido injustificadamente y cuyo despido fue publicado en el boletín de la empresa con relación a un sumario interno, de que se haga constar en su legajo personal y se publique en el mencionado boletín que el despido fue injustificado” (CNAT, plenario N° 168, 18-10-71, “Katez de Echazarreta, Catalina O. c/Entel”, D. T. 1971-814). Como se advierte, tomando como referencia las actuales normas, la reparación dispuesta por el fallo ha consistido en “la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso”, no por el pago en dinero sino “en especie” (art. 1740, CCC).

Daño moral. “La indemnización por daño moral es susceptible de dos enfoques: el contractual y el extracontractual. En el contractual, todo daño moral se encuentra normalmente incluido en el concepto de injuria laboral y da derecho a una indemnización tarifada, siempre que sea invocada oportunamente en los términos del artículo 242 de la LCT. Desde el punto de vista extracontractual, el daño moral procederá cuando el hecho que lo determine fuese producido por un hecho doloso del empleador” (CNAT, sala I, 30-12-88, D. T. 1990-A-58; íd., 9-6-95, D. T. 1995-B-1616). Como ya lo hemos señalado, el Código Civil y Comercial ha disuelto la distinción entre responsabilidad con-

³⁶ El artículo publicado por Jorge Rodríguez Mancini y Verónica P. Calleja, titulado *Otras discriminaciones y cómo sancionarlas* (D. T. 2011-10-2553), estimamos que apunta en el mismo sentido al expresado en el texto.

tractual y extracontractual, por lo que en la actualidad queda sólo subsistente la doctrina de que “el daño moral procederá cuando el hecho que lo determine fuese producido por un hecho doloso del empleador”. Como es sabido, en el Código “La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos...” (art. 1721, CCC); “Son factores subjetivos [...] la culpa y el dolo” y “...El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos” (art. 1724, CCC). En el primer fallo citado se rechazó el reclamo del actor que solicitaba el daño moral adicional y admitiendo el tribunal sólo la indemnización tarifada; en el segundo fallo citado, el doctor Horacio De la Fuente, en minoría, entendió que “si en el acto del despido, el empleador agravió injustificadamente al trabajador y además, sin que ninguna razón o interés legítimo lo justificara, divulgó los hechos injuriosos en la empresa y en el mercado farmacéutico en el cual actuaba el exdependiente, con grave daño para su reputación o prestigio, afectando notoriamente sus posibilidades de obtener una nueva ocupación laboral, cabe concluir que dicha divulgación es un acto ilícito extracontractual (poscontractual) en cuanto se cometió después de extinguido el contrato y constituye un verdadero ilícito civil”. En tales condiciones, de haber compartido la mayoría del tribunal la postura del doctor De la Fuente, el “daño moral” pudo fundarse en el “dolo” del empleador, quien parece haber actuado “de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”, tal como lo prescribe el Código Civil y Comercial vigente.

“En principio, el resarcimiento tarifado cubre todos los daños derivados del despido arbitrario, incluidos los padecimientos producidos por la invocación de una falsa causa. La indemnización civil sólo resulta procedente en aquellos casos excepcionales en que el despido vaya acompañado por una conducta adicional que resulte civilmente resarcible aun en ausencia de un vínculo contractual” (CNAT, sala III, 31-10-89, D. T. 1990-A-225). En esta ocasión el tribunal volvió a la tradicional distinción entre responsabilidad “contractual” y “extracontractual” y llamó “indemnización civil” a aquella que admitió agregar a la indemnización “tarifada” que es la “laboral”. El doctor Lasarte, quien llevó la voz del tribunal (voto al que adhirió el Dr. Guibourg),

expresó: “Estimo que en el caso de autos median elementos que configuran el supuesto de excepción antes aludido. Si bien es cierto que se dictó prisión preventiva y medió acusación fiscal en la causa penal reservada en Secretaría y que el sobreseimiento se dictó en razón de la prescripción, lo cierto es que la sustanciación misma del proceso penal y su detención significó un menoscabo en sus sentimientos y un desmedro o desconsideración en su persona. Las inquietudes y molestias de orden espiritual que motivan una causa penal son evidentes. Cabe considerar también el descrédito del accionante ante la naturaleza de la imputación (defraudación). Por otra parte, la accionada no se limitó a formular una mera denuncia sino que asumió el rol de querrelante, no obstante lo cual adoptó una actitud pasiva en el proceso permitiendo la extinción de la acción por la vía de la prescripción, no obstante haber imputado concretamente al actor la comisión del delito. Si, como hemos dicho, en el presente caso, la existencia del daño moral no puede discutirse, creo que debe eliminarse la posible exculpación de responsabilidad de la empresa en su comisión. Y digo esto porque si bien existían dos factores a considerar –la posible razonabilidad inicial de la denuncia que estaría dada por la prisión preventiva y la acusación fiscal y la evidente actitud omisiva de la empresa *a posteriori* y que llevó al sobreseimiento por prescripción de la acción–, esta última circunstancia debe prevalecer sobre la primera en orden a que quien causaba un daño con su actitud debió utilizar los medios razonables que justificasen precisamente lo inevitable de la vía elegida y ello como se ve no ha sucedido. En tal caso y en virtud de lo dispuesto por el artículo 1078 del Código Civil entiendo que corresponde acoger favorablemente la queja”. Ante todo, debe señalarse que la invocación del artículo 1078 del Código Civil anterior remite a la “responsabilidad civil extracontractual”, que –como hemos señalado– pertenece a una distinción que ya no existe. El mencionado artículo se refiere a la “obligación de resarcir el daño causado” por “los “actos ilícitos” y reconoce la reparación por el “agravio moral”. Con el Código Civil y Comercial actual la condena al pago de una suma adicional por “daño moral” estaría justificada por la violación del “deber de prevención del daño”. Recordemos que el artículo 1710 del Código expresa: “Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa,

de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo”. El doctor Lasarte, en su voto, destaca la actitud omisiva de la empresa que llevó al sobreseimiento por prescripción de la acción, pero hubiera podido resolver también correctamente la cuestión en virtud de la pacífica jurisprudencia laboral establecida en el sentido de que “si la empleadora imputó un delito cometido por el trabajador como causal de despido, debió efectuar la denuncia penal y obtener sentencia condenatoria en esa instancia. Ello así pues la causa de la cesantía no es un simple incumplimiento contractual, sino un hecho doloso (‘ilícito penal’), que debe probarse en dicha sede, con sentencia condenatoria”³⁷. En el caso referido la empresa actuó más que con “culpa”, con “dolo”, puesto que no se limitó sólo a formular una mera denuncia sino que asumió el rol de querellante y con su posterior omisión llevó al sobreseimiento por prescripción de la acción. Dentro de la normativa actual no sólo infringió el ya mencionado deber general de prevención del daño (art. 1710, CCC), sino que con su “acción” –la denuncia penal contra el trabajador y la asunción de la condición de parte querellante– y con su posterior “omisión” –no impulsar el procedimiento penal para obtener sentencia condenatoria– incurrió en una conducta “antijurídica” que no estuvo “justificada”, causando un daño a otro (art. 1717, CCC), que le imponía el deber de reparar (art. 1716, CCC) el “daño moral” causado que actualmente está descripto como reparación de las “consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida” (art. 1738, CCC).

También en el caso resuelto por la CNAT, sala VI, del 21-8-2003, en los autos “Peruyero Aladro, María Virginia c/Fundación

³⁷ CNAT, sala I, 12-4-94, D. T. 1994-B-1760; íd., 22-8-96, D. T. 1997-A-776; sala IX, 31-12-97, D. T. 1998-B-1677, entre muchos otros.

Exportar”, D. T. 2004-A-514, el tribunal por voto del doctor De la Fuente, al que adhirió el doctor Fernández Madrid, reconoció a la actora un resarcimiento adicional por “daño moral”. En este fallo se decidió que “corresponde hacer lugar al reclamo por el daño moral sufrido por la actora con motivo de las expresiones vertidas por la accionada en una comunicación que le enviara poco después de extinguida la relación laboral habida entre ellas, ya que resultan objetivamente injuriosas, en tanto se le enrostra a la actora de un modo encubierto el haber participado como beneficiaria y cómplice de un acto irregular cometido por un exfuncionario, en un accionar dirigido a estafar al Estado a través del cobro de una indemnización que no correspondía”, y se agrega que “la falsa imputación de hechos agraviantes e injuriosos afecta los bienes más valiosos que puede tener una persona (honor, reputación, dignidad), en cuanto se cuestiona y descalifica falsa e injustamente la conducta de la actora al atribuírsele –veladamente– la participación en maniobras dolosas dirigidas a perjudicar el erario público, en una comunicación que la accionada le envió poco después de extinguida la relación laboral, actuando en la emergencia con dolo, con clara intención de agraviar, por lo que corresponde hacer lugar a la indemnización por daño moral”³⁸. Para fundamentar la condena al pago de esa indemnización “adicional” por “daño moral”, el tribunal lo fundamentó en que “surge de los hechos mismos –prueba *re ipsa*– que las graves acusaciones afectaron también otros valiosos bienes personales de la actora (paz, tranquilidad, bienestar), produciéndose un sufrimiento moral que se manifestó en indignación, humillación, amargura, preocupación por su futuro laboral, etcétera. Y aunque no se acreditó que la comunicación injuriosa tuviera difusión pública y fuera conocida por los funcionarios y empresarios vinculados con la actividad de la actora –como ésta afirma–, es evidente que los agravios fueron conocidos en el ámbito de su trabajo (la comunicación fue oficial y no reservada), teniendo sobre todo en cuenta el alto cargo que la misma desempeñaba, además de la segura incorporación del instrumento injurioso a su legajo personal. Conocimiento público –si bien limitado– que agra-

³⁸ CNAT, sala VI, 21-8-2003, autos “Peruyero Aladro, María Virginia c/Fundación Exportar”, D. T. 2004-A-514.

vó y profundizó la lesión a los bienes personales de la actora”. El tribunal condenó a la demandada a reparar el daño inferido con fundamento en el artículo 1078 del Código Civil anterior. Para graduar el monto indemnizatorio tuvo en cuenta “en primer lugar, la situación de la víctima, en especial la índole y magnitud de los agravios inferidos y que normalmente el daño moral causado es mayor cuanto más grave sea el grado de culpabilidad, en especial cuando media, como en el caso *sub examen*, la intención de ofender, situación en la cual la lesión en los sentimientos suele ser más profunda”. Y agregó el juez de Cámara que llevó la voz del tribunal: “En segundo lugar, consideraré también todas las circunstancias relativas al infractor, en especial la gravedad de la falta cometida, ya que siempre debe tenerse en cuenta que la indemnización, en el ámbito de la responsabilidad civil, cumple también una función sancionatoria, de modo que la extensión del resarcimiento dependerá en buena medida del grado de culpabilidad (art. 902, Cód. Civ.). Ofensa que en el caso concreto resulta más grave aún si se considera que proviene de un ente público muy conocido en el medio en que actúa –que es también el de la actora–, por lo que su descalificación, aun en un ámbito limitado, adquiere una especial gravedad. De allí que la indemnización debe ser relevante para que constituya una sanción efectiva que pueda producir los efectos disuasivos y punitivos que se persiguen”. El fallo suscita interés no sólo por el minucioso análisis de la situación planteada que efectúa el tribunal sino por su fundamentación jurídica ya que invoca el artículo 1078 del Código Civil anterior que remite a la “responsabilidad civil extracontractual”, que –como ya hemos señalado– pertenece a una distinción actualmente inexistente. Además, para tener en cuenta el grado de culpabilidad como factor que incide en la extensión del resarcimiento, menciona el artículo 902 del anterior Código que expresaba: “Cuanto 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”, norma que, en el Código actual, puede asimilarse con el primer párrafo del artículo 1725 que, luego del epígrafe de *Valoración de la conducta*, dispone que “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 previ-

sibilidad de las consecuencias”. En cuanto a la calificación de la conducta de la empresa, es evidente que el tribunal la ha juzgado “dolosa” en tanto considera que la “producción del daño” ha sido realizada de “manera intencional” (art. 1724, CCC). Asimismo la referencia del tribunal a que en el ámbito de la responsabilidad civil, la indemnización cumple también una función sancionatoria, de modo que la extensión del resarcimiento dependerá en buena medida del grado de culpabilidad, se vincula también a la “sanción pecuniaria disuasiva”, prevista en el artículo 1714 del Proyecto que fue finalmente suprimida en la sanción definitiva del Congreso de la Nación.

En otro fallo dictado por la CNAT, sala X, del 26-2-2004, en los autos “Núñez Acosta, Fabián J. c/Telefónica de Argentina SA y otro”³⁹, se decidió igualmente que “si bien el despido incausado no genera otra obligación que la de resarcir el daño en la forma prevista en la Ley de Contrato de Trabajo, cabe apartarse de tal principio cuando el empleador realiza conductas injuriantes autónomas, agraviantes o lesivas del honor de su dependiente –en el caso, haber permitido que se lo acusara públicamente de defraudación–, debiendo indemnizarse dicho perjuicio, desde la perspectiva de la responsabilidad extracontractual, como si no hubiera existido vínculo alguno”. El juez que llevó la voz del tribunal, doctor Scotti, voto al que adhirió el doctor Corach, expresó, para fundamentarla, que “...una interpretación diferente llevaría a que el Derecho del Trabajo –concebido para proteger al empleado como parte más débil del contrato– privase a sus protegidos de ciertos derechos y garantías que les competen como simples ciudadanos y no ya como trabajadores, desde que no se discute la reparación de una injuria autónoma en el Derecho Civil”, agregando que “...cuando el empleador incurre en conductas que causan perjuicio al trabajador desde el punto de vista extracontractual, esto es, cuando le causa un daño que sería indemnizable aun en ausencia de una relación laboral, tal responsabilidad debe resarcirse⁴⁰, más aún cuando las mismas se encuentran vinculadas con el desempeño del dependiente en

³⁹ CNAT, sala X, 26-2-2004, autos “Núñez Acosta, Fabián J. c/Telefónica de Argentina SA y otro”, D. T. 2004-A-524.

⁴⁰ El tribunal cita aquí el fallo dictado por la CNAT, sala V, 22-3-95, en autos “S. M. A. c/La Universal SA”, D. T. 1995-B-1254.

el marco de la relación mantenida”. Y prosigue: “En el supuesto de marras, la demandada cometió un acto injurioso y agravante al honor del actor, al haber permitido que fuera acusado públicamente de haber cometido defraudación hacia su empleadora (repárese que de los testimonios colectados [...] se desprende que tanto los jefes de la empresa cuanto la nueva encargada del local efectuaron comentarios en tal sentido no sólo dentro de la demandada sino también a todos los clientes que preguntaban por Núñez), situación ésta que, a mi ver, torna aplicable lo establecido por los artículos 522 y 1078 del Código Civil”. En la fundamentación de este fallo se destaca la mención simultánea de los artículos 522 y 1078 del Código Civil anterior, que regían el “daño moral” en el ámbito contractual y extracontractual, respectivamente. La conclusión que puede extraerse es la de considerar un acierto la unificación de ambos aspectos en la regulación de la responsabilidad civil en el nuevo Código Civil y Comercial.

Numerosos fallos reconocen una reparación adicional (vale decir, además de las indemnizaciones tarifadas) por “daño moral” en diversas situaciones. Así se reconoció en los casos de imputación al dependiente de prácticas homosexuales no acreditadas en autos⁴¹, en la publicidad realizada por la empleadora luego de la rescisión del contrato que le imputaba una conducta que no fue acreditada⁴², en la imputación de un delito de acción pública⁴³, en la conducta del empleador que profirió insultos al trabajador aludiendo de manera despectiva a su color de piel y nacionalidad⁴⁴, en el acoso laboral padecido por una trabajadora⁴⁵, en casos de *mobbing*⁴⁶, de acoso laboral y sexual⁴⁷, de rebaja de categoría de la supervisora como represalia por negarse a cumplir órdenes respecto del personal que estaba llevando a cabo medidas de fuerza⁴⁸,

⁴¹ CNAT, sala VII, 26-5-93, D. T. 1994-A-33.

⁴² CNAT, sala IV, 24-4-2001, D. T. 2002-A-81.

⁴³ CNAT, sala V, 14-3-2005, D. T. 2005-B-1776.

⁴⁴ CNAT, sala VII, 27-3-2006, D. T. 2006-B-1354.

⁴⁵ CNAT, sala III, 12-7-2007, D. T. 2007-B-1355, en el que se fijó como reparación un año de salarios como en los despidos por causa de matrimonio o de embarazo.

⁴⁶ CNAT, sala VII, 19-2-2010, T. y S. S. 2010-479; íd., 24-6-2010, T. y S. S. 2010-722.

⁴⁷ CNAT, sala VI, 21-9-2010, T. y S. S. 2010-908.

⁴⁸ CNAT, sala III, 16-5-2008, T. y S. S. 2008-698.

por las represalias contra la trabajadora que formó parte de un reclamo colectivo⁴⁹, por la publicación en un medio periodístico de imputaciones que no fueron acreditadas⁵⁰, despido del trabajador con cáncer⁵¹, vaciamiento del puesto de trabajo⁵², violencia laboral configurada por la conducta persecutoria y discriminatoria al que un superior jerárquico sometió a un trabajador⁵³, imputación de la supuesta comisión de un delito⁵⁴, daño psicológico sufrido por el trabajador por trato persecutorio, malos tratos, insultos, discriminación y amenazas de despido⁵⁵, discriminación por razones sindicales⁵⁶, no reincorporación en sus tareas habituales a un jefe de una sucursal luego de una licencia médica⁵⁷, daño psicológico por maltrato laboral⁵⁸, daño moral padecido por el docente que fue postulado por el establecimiento para el cargo de director y finalmente no ocupó el cargo⁵⁹, malos tratos y acoso por parte de superior jerárquico⁶⁰, vulneración de derechos inherentes a la persona (dignidad, integridad psicofísica, honor, tranquilidad, bienestar, etc.)⁶¹, daño psíquico sufrido por hostigamiento laboral (*mobbing*)⁶², despido de la trabajadora durante la realización de un tratamiento de fertilización asistida⁶³, daño moral sufrido por el piloto de línea aérea que fue incluido en una lista del sindicato como disidente consintiendo la empresa su difusión y configurando una conducta persecutoria, dis-

⁴⁹ CNAT, sala VIII, 31-10-2008, RDLSS (Abeledo-Perrot) 2009-A-228.

⁵⁰ CNAT, sala IX, 13-5-2009, D. T. 2009-8-915.

⁵¹ CNAT, sala X, 10-2-2010, D. T. 2010-5-2010.

⁵² CNAT, sala VII, 30-3-2009, T. y S. S. 2009-685.

⁵³ CNAT, sala I, 31-8-2011, D. T. 2011-11-3103.

⁵⁴ CNAT, sala VIII, 24-8-2011, D. T. 2012-1-97.

⁵⁵ CNAT, sala III, 21-10-2011, D. T. 2012-2-246.

⁵⁶ CNAT, sala V, 30-11-2011, D. T. 2012-2-273.

⁵⁷ CNAT, sala VII, 23-11-2011, T. y S. S. 2012-46.

⁵⁸ CNAT, sala III, 30-11-2011, D. T. 2012-3-575.

⁵⁹ CNAT, sala IV, 30-11-2011, D. T. 2012-4-863.

⁶⁰ CNAT, sala VII, 24-10-2011, D. T. 2012-4-910, con nota de Liliana Hebe Litterio.

⁶¹ CNAT, sala VIII, 20-3-2012, D. T. 2012-6-1534, con nota de Carlos Pose.

⁶² CNAT, sala VII, 23-11-2011, D. T. 2012-7-1744, con nota de Rodolfo Capón Filas.

⁶³ CNAT, sala VI, 31-5-2012, T. y S. S. 2012-714, D. T. 2013-1-38, con nota de María Eugenia Plaza.

criminatoria, abusiva e injuriosa de violencia laboral⁶⁴, trabajador analfabeto que fue llevado por personal jerárquico al correo para presentar su renuncia⁶⁵, daño moral por acto discriminatorio con grave detrimento del respeto que toda persona merece⁶⁶, resarcimiento adicional por daño moral por trato remuneratorio discriminatorio⁶⁷, acoso sexual por superior jerárquico⁶⁸, despido discriminatorio de la trabajadora por su actividad sindical clandestina⁶⁹, conducta discriminatoria asumida en la etapa de selección de personal con una persona que padece HIV⁷⁰, paciente oncológico trasladado por el empleador a más de 50 kilómetros de su domicilio⁷¹, daño moral por una situación de hostigamiento y *mobbing* por conductas cumplidas durante el desarrollo del contrato⁷², discriminación y violencia de género contra la dependiente a quien en su sector de trabajo se la segregaba por ser mujer (ley 26.485, llamada “Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales”)⁷³, reparación de los perjuicios materiales y morales por despido discriminatorio decidido en represalia a los reclamos judiciales del trabajador (art. 1º, ley 23.592)⁷⁴, daño moral sufrido por la trabajadora que debió cumplir sus funciones en un ámbito de trabajo hostil recibiendo malos tratos e insultos de sus superiores⁷⁵, acto discriminatorio en el acceso al trabajo al darse prioridad a los

⁶⁴ CNAT, sala I, 11-6-2012, D. T. 2012-9-2393, con nota de Claudio Aquino.

⁶⁵ CNAT, sala VI, 22-6-2012, D. T. 2012-9-2420, con nota de Liliana Hebe Litterio.

⁶⁶ SCJBA, 8-8-2012, T. y S. S. 2012-785.

⁶⁷ CNAT, sala VII, 9-10-2012, T. y S. S. 2012-997.

⁶⁸ CNAT, sala V, 7-8-2012, T. y S. S. 2013-51.

⁶⁹ CNAT, sala IX, 14-9-2012, T. y S. S. 2013-71 (en el caso se determinó una indemnización de un año de remuneraciones por analogía con los supuestos de despido por causa de embarazo o matrimonio).

⁷⁰ CNAT, sala I, 30-10-2012, D. T. 2013-2-291, con nota de Juan José Etala (h).

⁷¹ CNAT, sala VII, 18-10-2012, D. T. 2013-3-521, con nota de Liliana Hebe Litterio.

⁷² CNAT, sala VI, 17-10-2012, D. T. 2013-4-839.

⁷³ CNAT, sala I, 18-2-2013, T. y S. S. 2013-229, D. T. 2013-8-1905, con nota de Claudio Aquino.

⁷⁴ CNAT, sala I, 25-2-2013, T. y S. S. 2013-242.

⁷⁵ CNAT, sala IV, 28-2-2013, D. T. 2013-7-1662.

trabajadores afiliados a los sindicatos, caso en que se indemnizó utilizando la pauta de la reparación agravada que contempla la LCT consistente en un año de remuneraciones⁷⁶; daño moral por imputación al trabajador no acreditada de la desaparición de dos teléfonos celulares⁷⁷, indemnización por daño moral a la trabajadora que no concurrió a control médico por padecer un trastorno de agorafobia que afectó su vida familiar y excede los límites de la indemnización tarifada⁷⁸, indemnización por daño moral y daño psicológico al trabajador despedido que padece una enfermedad de índole degenerativa –esclerosis múltiple– con fundamento en el artículo 1° de la ley 23.592 por tratarse de un despido discriminatorio⁷⁹, indemnización por daño moral al trabajador por despido discriminatorio sufrido por su quehacer sindical⁸⁰, indemnización por daño moral otorgada a una trabajadora por los padecimientos y vicisitudes sufridos durante el transcurso de la relación laboral que vulneraron los derechos inherentes a su persona (dignidad, integridad psíquica, honor, tranquilidad, bienestar, etc.)⁸¹, indemnización por daño moral otorgada a un trabajador por hostigamiento de su empleador, quien lo discriminaba por su nacionalidad y color de piel, conducta que configura un acto ilícito civil⁸²; indemnización por daño moral derivado de las angustias y aflicciones íntimas sufridas por el trabajador que padecía un accidente isquémico transitorio por el despido decidido por una causal de reestructuración cuando era de conocimiento generalizado en la empresa la afección que sufría el trabajador⁸³, indemnización por el daño moral ocasionado a la trabajadora a quien su empleadora modificó intencionadamente sus condiciones de trabajo durante la licencia por maternidad⁸⁴, indemnización debida a un empleado de casino afectado por un cuadro psicológico

⁷⁶ CNAT, sala VI, 6-8-2013, T. y S. S. 2013-703, D. T. 2013-10-2620.

⁷⁷ CNAT, sala VI, 9-4-2013, D. T. 2013-9-2256, con nota de Diana Dubra.

⁷⁸ CNAT, sala III, 16-4-2013, D. T. 2013-9-2315.

⁷⁹ CNAT, sala II, 28-2-2013, D. T. 2013-11-2845, con nota de Claudia Priore.

⁸⁰ CNAT, sala II, 31-5-2013, D. T. 2013-11-2878, con nota de Juan José Etala (h).

⁸¹ CNAT, sala VIII, 30-8-2013, D. T. 2013-12-3201, con nota de Hugo Roberto Carriaga.

⁸² CNAT, sala VI, 28-6-2013, D. T. 2013-12-3279.

⁸³ CNAT, sala II, 30-8-2013, D. T. 2014-1-105.

⁸⁴ CNAT, sala II, 30-12-2013, D. T. 2014-1-108.

de *stress* laboral agudo y de acoso moral agravado por el hacinamiento del hábitat en donde trabajaba y las expresiones despectivas por su condición de homosexual y sufrir amenazas de despido⁸⁵, daño moral sufrido por un trabajador despedido sin causa después de sufrir un ACV⁸⁶, indemnización por daño moral otorgada al trabajador que sufrió la cesantía luego de prestar declaración testimonial en el proceso laboral seguido por un excompañero de trabajo contra la empresa⁸⁷, daño moral por despido discriminatorio decidido por la empleadora a una trabajadora a quien le fue diagnosticada una enfermedad conocida por la empresa y que se produjo al poco tiempo de conocerse esa patología y sin que existieran otras razones objetivas que lo justificaran⁸⁸, indemnización por daño moral otorgada a una profesora fundada en la actitud del colegio empleador de no respaldarla en su decisión de demandar penalmente a una alumna que la amenazó de muerte, conducta susceptible de haber afectado la dignidad de la trabajadora por no haber adoptado su empleadora las medidas de protección adecuadas⁸⁹; indemnización por daño moral otorgada a una trabajadora que sufrió *stress* laboral y debió ser derivada a psiquiatría y sometida a tratamiento cardiológico y endocrinológico, hechos que le ocasionaron molestias e inconvenientes en su vida de relación⁹⁰; indemnización por daño moral otorgada a la trabajadora que sufrió discriminación y su posterior despido sin invocación de causa objetiva por expresar su opinión en diversas reuniones habidas en el lugar de trabajo haciendo valer el derecho a la salud y a un trabajo digno y en condiciones seguras⁹¹; configura un daño civilmente resarcible el despido discriminatorio sufrido por una trabajadora que fue despedida luego de haber contraído cáncer de colon y después de la licencia por maternidad, con complicaciones de la lactancia por el tratamiento

⁸⁵ CNAT, sala IX, 30-7-2013, D. T. 2014-1-147, con nota de Horacio Schick.

⁸⁶ CNAT, sala II, 9-9-2013, D. T. 2014-1-184, con nota de Emiliano A. Gabet.

⁸⁷ CNAT, sala VIII, 25-2-2013, D. T. 2014-2-303, con nota de Matías M. Carellano.

⁸⁸ CNAT, sala II, 12-7-2013, D. T. 2014-2-381.

⁸⁹ CNAT, sala V, 6-9-2013, D. T. 2014-4-961.

⁹⁰ CNAT, sala IV, 30-9-2013, D. T. 2014-4-999, con nota de Miguel Baldo.

⁹¹ CNAT, sala VIII, 23-10-2013, D. T. 2014-5-1205, con nota de Emiliano A. Gabet.

de la enfermedad⁹²; indemnización por daño moral otorgada a la trabajadora que fue víctima de acoso laboral por haber sufrido situaciones de maltrato y hostigamiento por parte de sus superiores jerárquicos y la situación de desprotección en la que la colocó su empleador frente a la denuncia que formulara al respecto⁹³, despido discriminatorio del trabajador por padecer sida, admitiendo la sentencia la pretensión resarcitoria del daño emergente, el lucro cesante y el daño moral⁹⁴; indemnización por daño moral en razón del despido discriminatorio del trabajador dispuesto por el empleador luego de su reintegro de una prolongada licencia por enfermedad inculpable⁹⁵, indemnización por daño moral a favor del trabajador por el clima general de hostigamiento creado a fin de lograr una mayor producción por parte de quienes debían supervisar el trabajo⁹⁶, indemnización adicional por daño moral por el despido del trabajador acusado de un delito por el que fue sobreseído en sede penal⁹⁷, indemnización por daño moral otorgado al trabajador por el hostigamiento sufrido por la prestación de servicios sin los elementos mínimos durante los últimos diez días de la relación como represalia ante su negativa a firmar un acuerdo de desvinculación ante escribano⁹⁸, indemnización por daños y perjuicios derivados de la situación de acoso y malos tratos proveniente del empleador si quedaron acreditadas agresiones verbales, tratos degradantes, sometimientos y persecuciones⁹⁹, indemnización por daño moral a un trabajador sin antecedentes disciplinarios que fue despedido por su empleador luego de haber tomado conocimiento del padecimiento de una enfermedad neurológica¹⁰⁰, indemnización por daño moral otorgada a una trabajadora si se encuentra acreditado que trabajó en un ambiente laboral hostil, que fue excluida

⁹² CNAT, sala VI, 24-9-2013, D. T. 2014-5-1225, con nota de Alejandro Gabet.

⁹³ CNAT, sala II, 28-4-2014, D. T. 2014-9-2471.

⁹⁴ CNAT, sala V, 14-5-2014, D. T. 2014-9-2478.

⁹⁵ CNAT, sala V, 23-5-2014, D. T. 2014-10-2738, con nota de Juan José Etala (h).

⁹⁶ CNAT, sala V, 28-5-2014, D. T. 2014-10-2810.

⁹⁷ CNAT, sala VII, 10-6-2014, D. T. 2015-2-315, con nota de María Eugenia Elizabeth Plaza.

⁹⁸ CNAT, sala II, 28-8-2014, D. T. 2015-1-93.

⁹⁹ CNAT, sala IX, 15-8-2014, D. T. 2015-1-163.

¹⁰⁰ CNAT, sala X, 14-10-2014, D. T. 2015-6-1228.

de reuniones, que existió silencio a sus reclamos, se le cambió de lugar *in pejus*, se le eliminaron elementos de trabajo como el teléfono y el sistema informático, y todo ello le causó daños en su salud psíquica¹⁰¹.

Conclusión

Lo expuesto precedentemente en relación con las indemnizaciones tarifadas y no tarifadas previstas en la ley laboral y el creciente aumento de las indemnizaciones fundadas en el Derecho común y, por consiguiente, no tarifadas, otorgadas sobre todo al momento de la extinción de la relación laboral, pone en evidencia no sólo el avance del Derecho común en el ámbito de las relaciones laborales sino también las distintas fundamentaciones elaboradas para justificar su aplicación en este campo, la diversidad de casos que son habitualmente materia de decisión y los distintos criterios para evaluar las reparaciones que se otorgan.

Esta situación merece un detenido análisis por cuanto las distintas soluciones adjudicadas por los tribunales competentes a la diversidad de situaciones que usualmente se plantean han generado la convicción de que corresponde racionalizar y tipificar legislativamente las distintas situaciones y sus correspondientes soluciones con la valiosa finalidad de otorgar un mayor grado de certeza y seguridad jurídica a ambas partes de la relación contractual laboral.

¹⁰¹ CNAT, sala II, 29-5-2015, D. T. 2015-10-2180.

INDEMNIZACIONES Y MULTAS POR FALTA DE REGISTRO O DEFICIENCIAS REGISTRALES

por SILVIA E. PINTO VARELA

SUMARIO: I. Breve introducción. II. Normativa referida a la registración laboral. III. La ley 24.013: un cambio relevante en materia de registración laboral. A. Generalidades. Situaciones legales previstas. B. Recaudos. 1. Vigencia del contrato de trabajo. 2. Intimación al empleador. 3. Plazo. 4. Notificación a la AFIP. 5. Reclamo de una multa distinta a la acreditada. 6. Rebeldía procesal. IV. Cálculo de las indemnizaciones de los artículos 8° a 10 de la ley 24.013. V. Agravamiento de las indemnizaciones derivadas del despido: artículo 15 de la LNE y artículo 1° de la ley 25.323. VI. Reducción de las indemnizaciones prevista en el artículo 16 de la LNE. VII. Prescripción.

I. Breve introducción

Uno de los flagelos eternos, como el agua y el aire, que existen en el mundo del trabajo es el empleo clandestino. En efecto, si bien no contamos con datos suficientemente precisos del porcentaje de trabajadores no registrados que existen en nuestro país, sabemos que cuanto menos, tanto en la Ciudad de Buenos Aires como en las distintas provincias de nuestra Argentina, el porcentaje supera el 30% de los trabajadores activos¹. Es evidente que, más allá del intento a través

¹ Sin soslayar los cuestionamientos que se han efectuado en materia de estadística, a modo de pauta cabe tener en consideración que la Encuesta Permanente de Hogares del INDEC en el período 2014/2015 establece porcentajes de empleo no registrado que oscila entre el 34% y 31%; en todos ellos puede observarse que el porcentaje es mayor en mujeres que en varones; es mayor también en jóvenes de hasta 24 años y con nivel educativo bajo, esto es primario incompleto y en establecimientos de hasta cinco personas.

de algunas normas de morigerar esta situación angustiante que no sólo afecta al propio/a trabajador/a sino también a su familia y alcanza asimismo a toda la comunidad, lo cierto es que no ha disminuido el piso al que antes hice referencia. A ello se suman los dependientes registrados de modo deficiente, ya sea con una fecha de ingreso posterior a la real o con salarios inferiores a los efectivamente abonados.

Si bien es hartamente sabido, no por ello deja de ser cierto: la falta de registro trae consigo perjuicios concretos y directos al dependiente y a su familia pues les impide tener una obra social, carece de Aseguradora de Riesgos del Trabajo para el supuesto de accidentes o enfermedades laborales, se ve imposibilitado de acceder a préstamos personales y/o hipotecarios, no se le abonan las asignaciones familiares, no tiene los derechos de licencia propios de cualquier trabajador registrado, entre ellas la licencia anual; en numerosos casos no se cumple con los salarios mínimos de convenio ni se abonan todos los rubros correspondientes, como el sueldo anual complementario; en caso de que se encuentre parcialmente registrado ello afecta directamente la percepción de rubros salariales vinculados a la antigüedad –cuando está registrado con una fecha posterior– o a ítems relacionados con el salario mensual, tales como el SAC o las vacaciones. Lo expresado es una mera enumeración de algunos de los perjuicios que se sufre, a lo que cabe agregar que también se ve afectada la sociedad toda pues se trata de trabajadores cuyos empleadores no contribuyen o lo hacen parcialmente con la seguridad social.

¿Cuál es el camino para conjurar esta situación? El Estado, a través de sus tres poderes, tiene herramientas: el Poder Legislativo, mediante el dictado de normas que tiendan a prevenir situaciones fraudulentas de este tipo, debe intentar disuadir a los empleadores; el Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Trabajo de la Nación y de las provincias, para controlar, inspeccionar los establecimientos a fin de observar si se cumple o no con la obligación de registrar correctamente a los dependientes, y el Poder Judicial sancionando las conductas acreditadas en las causas, mediante la aplicación de las normas correspondientes.

Resulta indispensable el control de las autoridades nacionales y provinciales del cumplimiento de las normas; para ello es necesario un servicio de inspección eficiente que cuente con personal idóneo y

numeroso que pueda ejercer tan importante función, máxime teniendo en cuenta los nefastos efectos que trae consigo el empleo clandestino.

II. Normativa referida a la registración laboral

Entre las obligaciones del empleador se encuentra la de registrar a su dependiente; en efecto, dentro del genérico deber de diligencia previsto en el artículo 79 de la Ley de Contrato de Trabajo cabe incluir el de registro. Ahora bien, ¿de qué modo y dónde debe ser registrado el dependiente?

Al respecto cabe señalar que a lo largo del siglo pasado y antes de que se dictara la Ley de Contrato de Trabajo, numerosas disposiciones legales previeron la anotación de los dependientes en determinados registros, en algunas actividades. Incluso, respecto de los menores, la ley 11.317 –una de las primeras normas en materia de Derecho del Trabajo– establecía la obligación del empleador de crear un archivo de certificados del Registro Civil o documentos equivalentes para la contratación de menores de 18 años en establecimientos comerciales o industriales; además debía llevar un registro general de esos menores; el Registro emitía una libreta al menor en la cual el empleador debía registrar las condiciones de trabajo.

Asimismo, en determinadas actividades como choferes particulares, periodistas profesionales, encargados de casa de renta, prevenían o preven aún hoy distintas o complementarias formas de registración o entrega de libretas de trabajo². Aunque cabe señalar, a los efectos de

² En este sentido, ya vigente la Ley de Contrato de Trabajo, la reglamentación de la ley 22.250 referida al personal de la industria de la construcción, el decreto 1309/1996, sustituyó el Registro Nacional de la Industria de la Construcción por el Instituto de Estadística y Registro de la Industria de la Construcción (IERIC) como un ente autárquico, no estatal, con atribuciones en lo registral: a través de una Libreta de Aportes expedida por el IERIC que representa la constancia fehaciente de la inscripción del trabajador. El régimen legal prevé multas especiales al trabajador que empleare a trabajadores sin la libreta correspondiente. Asimismo, otro libro especial es el determinado por el art. 6° de la ley 12.713 de trabajo a domicilio y su decreto reglamentario. Asimismo el decreto 1694/2006 que reglamenta el art. 29 bis de la Ley de Contrato de Trabajo y los arts. 75 a 80 de la Ley Nacional de Empleo prevé un registro laboral especial tanto para la empresa de servicios eventuales como para las empresas usuarias: debe llevar una sección particular del libro del art. 52, LCT;

determinar si resulta o no aplicable las consecuencias indemnizatorias de la ley 24.013, que la pauta está determinada por las exigencias del artículo 7° de la LNE, sin perjuicio de las consecuencias previstas en otras normas por el incumplimiento a los recaudos específicos por cada actividad o profesión.

En este sentido, el artículo 7° de la ley 24.013 expresamente señala que se entiende que el vínculo ha sido registrado cuando el empleador ha inscripto al trabajador: a) en el libro especial del artículo 52 de la LCT o documentación laboral que haga sus veces, según los regímenes jurídicos particulares; b) en los registros mencionados en el artículo 18, inciso a, que conforman el Sistema Único de Registro Laboral³. El decreto reglamentario 2725/91, en su artículo 2°, aclara que ambos recaudos se deben cumplir en forma conjunta. De este modo, son necesarias ambas inscripciones para entender que el trabajador ha sido debidamente registrado y la ausencia de alguna de ellas impedirá tener por cumplido el recaudo legal mencionado y así lo ha entendido la jurisprudencia⁴.

Lo expresado complementa el ya citado artículo 79 de la LCT en cuanto establece el deber de diligencia e iniciativa del empleador, disponiendo –como lo ha sostenido la doctrina– que éste deberá cumplir

el art. 6° de la ley 23.947 prevé un libro en el caso de peluqueros; la ley 14.546, esto es el estatuto de viajantes de comercio, prevé que los empleadores deben llevar un libro especial en el que deben constar los datos detallados en el art. 10 de dicha normativa, etc. Otras actividades regulan que hay que llevar libretas y planillas de trabajo (como el trabajo marítimo) o algún carnet o licencia que acredite su inscripción en un registro de control. Por último cabe mencionar que la ley 24.467 –estatuto para la pequeña y mediana empresa– establece un registro especial para su personal que unifica libros, planillas y demás elementos de contralor, donde se deben consignar los datos del trabajador.

³ Allí se concentra la información sobre empleadores, trabajadores, asignaciones familiares. El SURL fue creado en el marco de la Ley Nacional de Empleo y del decreto reglamentario, derogando y sustituyendo al Instituto de Previsión Social y a las Cajas de Subsidios Familiares. Así, el sistema ha sido integrado con el registro de empleadores y trabajadores a través de la Clave Única de Identificación Tributaria y el Código Único de Identificación Laboral.

⁴ Ver, al respecto, CNAT, sala I, SD 85.878 del 27-4-2010, en autos “Tévez, José Osvaldo c/Kisman, Adriana Leonor”; sala IV, SD 96.916 del 28-2-2013, en autos “Retamoso, Juan Rubén c/Perdoinici, Daniel”.

con todas las disposiciones contractuales, convencionales y legales con el fin de que el trabajador pueda gozar de sus derechos, poniendo a cargo del empleador el deber de registrar el contrato y de gestionar la inscripción ante el Sistema Único de Seguridad Social, para lo cual tiene que tomar la iniciativa de requerir al dependiente los datos y documentación respectiva, no siendo admisible que deje de cumplir tales deberes formales con la excusa de que éste no le aportó la información o no le adjuntó la documentación⁵. Ello resulta relevante a los fines de examinar los supuestos de contratos de trabajo celebrados con trabajadores migrantes que carecen de la documentación necesaria para llevar a cabo la registración⁶.

Numerosas fueron las resoluciones y disposiciones dictadas por la AFIP a fin de reglamentar el registro de empleo y con una tendencia clara a simplificar el trámite de inscripción, pues entre las críticas que efectuaban los empleadores estaba la complejidad que tenía la registración de dependientes. En el año 2000 se dispuso la obligación de la contratación mediante “Alta Temprana”, de modo tal que el empleador tenía la obligación de inscribir al dependiente con carácter previo a la prestación de tareas ante la ANSES, por vía de la AFIP.

Pero, ante todo, cabe mencionar una norma relevante al respecto: la ley 25.212. En efecto, en esta norma, conocida como Pacto Federal, las provincias, la Ciudad de Buenos Aires y el Estado nacional establecen que “para asegurar la unidad y seguridad jurídica de la Nación en materia laboral, alcanzando también una más adecuada coordinación

⁵ Conf. *Ley de Contrato de Trabajo comentada*, dir. por Miguel A. Maza, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 135.

⁶ Al respecto se ha sostenido que el art. 56 de la ley 25.871 (Ley de Migraciones) establece que “La aplicación de la presente ley no eximirá al empleador o dador de trabajo del cumplimiento de las obligaciones emergentes de la legislación laboral respecto del extranjero, cualquiera sea su condición migratoria; asimismo, en ningún modo se afectarán los derechos adquiridos por los extranjeros, como consecuencia de los trabajos ya realizados, cualquiera sea su condición migratoria”. Así, y sin soslayar que la contratación laboral de inmigrantes en situación irregular se encuentra prohibida (cfr. art. 53, ley 25.871), los efectos de la nulidad que establece aquella norma son idénticos a los regulados en la LCT para el contrato de objeto prohibido, es decir, se producen hacia el futuro (cfr. art. 42) (CNAT, sala IV, SD 97.173 del 26-6-2013, en autos “Sánchez Almada, Eva c/Montaña Valdez s/Despido”).

de la actividad de fiscalización del cumplimiento de la legislación laboral, es preciso unificar el régimen general de sanciones por infracciones laborales...”, y para ello las partes acuerdan propiciar e impulsar los proyectos, planes y programas que mencionan en los Anexos, entre los que se encuentran los referidos a las infracciones laborales. Así, clasifica los distintos incumplimientos en que puede incurrir el empleador y los distingue en sanciones leves, graves y muy graves. Así, en el artículo 4º incluye, como “infracción muy grave”: “...c) La falta de inscripción del trabajador en los libros de registro de los trabajadores, salvo que se haya denunciado su alta a todos los organismos de seguridad social, incluidas las obras sociales, en la oportunidad que corresponda, en cuyo caso se considerará incluida en las infracciones previstas en el artículo 3º, inciso a...” A su vez el artículo 5º establece cuáles son las sanciones por tales incumplimientos, que son graduadas según el tipo de infracción; de este modo prevé que “las infracciones muy graves serán sancionadas con multa del cincuenta por ciento (50%) al dos mil por ciento (2.000%) del valor mensual del Salario Mínimo, Vital y Móvil vigente al momento de la constatación de la infracción, por cada trabajador afectado...” Y, en caso de reincidencia respecto de las infracciones consideradas muy graves: “...a) Se podrá clausurar el establecimiento hasta un máximo de diez (10) días, manteniéndose, entre tanto, el derecho de los trabajadores al cobro de las remuneraciones. En caso de tratarse de servicios públicos esenciales, deberán garantizarse los servicios mínimos...” Además, la ley 26.941 del año 2014 agregó: “...b) El empleador quedará inhabilitado por un (1) año para acceder a licitaciones públicas y será suspendido de los registros de proveedores o aseguradores de los Estados nacional y provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires...” La norma establece que cada jurisdicción aplicará sus normas de procedimiento para las previsiones de la ley 25.212 aunque le exige que se garantice la eficacia del régimen y el derecho de defensa, y que el procedimiento administrativo, incluida la iniciación de la etapa ejecutoria, se concluya en un plazo no mayor de 150 días hábiles a contar desde el acta de infracción o dictamen acusatorio. La norma mencionada explica con claridad las facultades de los inspectores para llevar a cabo su función.

En el Anexo III de la ley se prevé un “Plan Nacional de Mejoramiento de la Calidad de Empleo” coordinado por el Consejo Federal del Trabajo con la participación y cooperación de otros organismos nacionales y provinciales; entre sus finalidades se encuentra la “regularización del empleo”. A tal fin se establece la implementación de un Programa de Regulación del Empleo no Registrado coordinado con otros organismos nacionales; el apoyo a la actuación de los servicios provinciales de inspección de trabajo, especialmente en la atención de las denuncias por incumplimiento a la normativa laboral; el impulso de medidas de otros organismos gubernamentales que estimulen la regulación del empleo, “la simplificación administrativa de trámites y procedimientos para el registro del empleo y la fiscalización del cumplimiento de la normativa laboral...”; el desarrollo de un “programa informático que permita organizar un régimen centralizado de compilación de datos, en el marco de un sistema uniforme y coordinado de estadísticas laborales...”, el fomento de la cooperación de las organizaciones de empleadores y trabajadores y el estímulo a la intervención de la sociedad civil para la regularización del empleo asalariado y autónomo; también menciona la necesidad de “comprometer la participación de otras instituciones sociales, como los colegios profesionales y las universidades, en acciones dirigidas a estimular la regularización laboral...”

Años después se sanciona la ley 25.877, la cual, en el Capítulo II, *Simplificación registral*, artículo 39, se dispuso que el Ministerio de Trabajo establecerá un organismo encargado de la registración y procurará la simplificación y unificación de procedimientos en materia de inscripción laboral y en la seguridad social con el objeto de que el registro de empleadores y trabajadores se cumpla en un trámite.

En cuanto a la búsqueda de simplificar los trámites de registración cabe señalar que en el año 2006 se dicta una resolución general 1891 que estableció los procedimientos inherentes a la registración laboral y de la seguridad social en el marco del Programa de Simplificación y Unificación Registral creado por resolución conjunta 1887 (AFIP) y 440/2005 (MTEySS), a fin de implementar un trámite único que reemplace a los que le requieren a los empleadores las normas labo-

rales y de la seguridad social. Mediante resolución general 2988 del 2-12-2010 de la AFIP se aprueba el sistema denominado “Mi Simplificación II”, que luego fue modificada por resolución general 3489/2013 de la AFIP de abril de 2013, en el que se cambia la denominación por “Simplificación Registral”.

El sistema está destinado a que se formalicen las comunicaciones en el “Registro de Altas y Bajas en Materia de Seguridad Social”; de este modo los empleadores comprendidos en el Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA) tienen la obligación de ingresar en el Registro los datos que se detallan en la resolución 1891, lo que permite comunicar a la AFIP el alta o baja del trabajador y todas las modificaciones o novedades sobre el vínculo.

La resolución 2988 citada prevé en su artículo 25 que “los empleadores que incumplan –total o parcialmente– las obligaciones dispuestas por esta resolución general serán pasibles de las sanciones correspondientes con arreglo a las pautas fijadas por la resolución general 1566” (texto sustituido en 2010).

En el año 2008 se dictó la ley 26.476, en cuyo Título II referido al *Régimen especial de regularización del empleo no registrado y promoción y protección del empleo registrado*, se dispuso en el artículo 11 que “La registración en los términos del artículo 7° de la ley 24.013, la rectificación de la real remuneración o de la real fecha de inicio de las relaciones laborales existentes a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley...”, producirá, entre otros, la “liberación de infracciones, multas y sanciones de cualquier naturaleza, correspondientes a dicha regularización, previstas en las leyes 11.683, 17.250, 22.161, 24.769, 25.212, 25.191 y Capítulo VII de la ley 22.250, firmes o no y que no hayan sido pagadas o cumplidas con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de esta ley...”, y “para la regularización de hasta diez (10) trabajadores, inclusive, la extinción de la deuda –capital e intereses– originada en la falta de pago de aportes y contribuciones con destino a los subsistemas de la seguridad social...” de las leyes 24.241, 19.032, 23.661, 23.660, 24.013, 24.714, 25.191 y 24.557; este beneficio también comprende a la deuda –capital e intereses– en concepto de cuotas sindicales correspondientes a las cotizaciones ordinarias y extraordinarias de los afiliados y de contribuciones de so-

lidaridad, pactadas en los términos de la ley de convenciones colectivas. En el artículo 12 se establecen pautas distintas en el caso de regularización de trabajadores a partir del número once (11) inclusive, en cuyo caso se exige que por dichos empleados se cancelen las deudas en concepto de aportes y contribuciones con destino a los subsistemas de la seguridad social detallados en los puntos 1 a 7 del inciso b, del artículo 11.

La norma preveía un plazo máximo para la regularización: debía efectivizarse dentro de los 180 días corridos desde la entrada en vigencia de la reglamentación. El decreto 1018 del año 2009 lo prorrogó desde el 1° de agosto de 2009 por 180 días corridos más. Asimismo, en el Capítulo II referido a la *Promoción y protección del empleo registrado*, preveía la reducción por 24 meses a partir del inicio de una nueva relación laboral, o de la regularización de una preexistente, de las contribuciones vigentes del: a) Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, ley 24.241 y sus modificaciones; b) Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, ley 19.032 y sus modificaciones; c) Fondo Nacional de Empleo, ley 24.013 y sus modificaciones; d) Régimen Nacional de Asignaciones Familiares, ley 24.714 y sus modificaciones; e) Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores, ley 25.191. El beneficio consistirá en que durante los primeros doce (12) meses sólo se ingresará el cincuenta por ciento (50%) de las citadas contribuciones y por los segundos doce (12) meses se pagará el setenta y cinco por ciento (75%) de las mismas⁷. La norma establecía los recaudos para que el empleador goce de ese beneficio y los supuestos en que no iba a poder recurrir a lo allí dispuesto.

Dicha disposición legal fue prorrogada primero por el decreto 2166/2009, y luego por decreto 68/2011, decreto 298/2011 y decreto 125/2012 que dispuso la prórroga hasta el 31 de diciembre de 2013.

En el año 2014 se sanciona la ley 26.940 denominada “Promo-

⁷ No se encuentran comprendidas dentro del beneficio dispuesto en este artículo las contribuciones con destino al Sistema de Seguro de Salud previstas en las leyes 23.660, 23.661 y sus respectivas modificaciones, como tampoco las cuotas destinadas a las Administradoras de Riesgos del Trabajo, ley 24.557 y sus modificaciones.

ción del Trabajo Registrado y Prevención del Fraude Laboral” en la que se crea el Registro Público de Empleadores con Sanciones Laborales (REPSAL) en el ámbito del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, destinado a que allí se incluyan y publiquen las sanciones firmes impuestas por el Ministerio de Trabajo, por la AFIP, por autoridades provinciales y la CABA, por la Superintendencia de Riesgos del Trabajo y las sentencias firmes o ejecutoriadas en las que se establezcan relaciones laborales no registradas o con fecha de ingreso que difiera de la inscripción (cfr. art. 132 de la ley 18.345); luego establece el lapso por el cual permanecerá en el Registro según las distintas situaciones que contemplan los artículos 9° a 12 de la ley y los efectos que ello trae aparejado.

En el Título II hace referencia a *Regímenes Especiales de Promoción del Trabajo Registrado* en el que prevé reducciones a las contribuciones patronales a aquel empleador que ingrese trabajadores por tiempo indeterminado, en los subsistemas que enumera. Hace referencia a los que llama “microempleadores”, que abarca a aquellos que empleen hasta cinco trabajadores y no superen determinada facturación anual; y en el artículo 24 menciona a aquellos que tengan hasta ochenta trabajadores, estos últimos por el término de 24 meses. Si bien el beneficio iba a regir por doce meses, ha sido prorrogado por el decreto 1801/2015 desde el 1° de agosto de 2015 y por el término de doce meses más (hasta el 1-8-2016).

He intentado mencionar las principales disposiciones legales y reglamentarias referidas a la registración, a las sanciones por su ausencia o deficiencia y aquellas destinadas a promover dicha registración, aunque no debemos soslayar que, como lo mencionamos al comienzo de este apartado, a los efectos de cumplir con las obligaciones registrales consagradas en el artículo 7° de la ley 24.013 no sólo debe efectuarse el alta ante la AFIP sino que es necesario que se lo incluya en el libro del artículo 52 de la LCT.

Dicha documentación laboral que, como sabemos, debe estar rubricada y registrada, debe contener todos los datos del trabajador que describe el mencionado artículo y las consecuencias de su ausencia, ante una demanda en la Justicia del Trabajo, son relevantes: genera una presunción *iuris tantum* a favor de las afirmaciones expuestas por

el trabajador en su demanda. En efecto, si bien la literalidad del artículo 55 de la LCT señala que ante la “falta de exhibición” de la documentación laboral nace dicha presunción, no hay discusión en doctrina y jurisprudencia sobre que también trae aparejada dicha consecuencia procesal el supuesto en que, exhibido el libro del empleador, el trabajador no aparece registrado en dicha documentación y, por otros elementos de prueba, se acredita la existencia de un contrato de trabajo.

Ahora bien, en los casos en que se invoque registración deficiente –ya sea una fecha posterior a la que se denuncia o un salario mayor al que aparece en la documentación laboral– y el empleador exhibe los libros laborales, resulta poco relevante lo allí informado pues justamente lo que se pretende acreditar es que dicha documentación no refleja la realidad de la relación. En tales casos, si bien la demostración de pagos clandestinos no requiere de una prueba más terminante ni asertiva que la requerida para cualquier otro hecho controvertido, claro es que está en cabeza de quien lo invoca acreditar tales extremos. De igual modo es el dependiente el que debe demostrar que comenzó a trabajar con anterioridad a la fecha que aparece en los registros. De este modo será el juez el que, analizando las pruebas aportadas y producidas en la causa, en ejercicio de la sana crítica (art. 386, CPCC), determinará si se encuentra probado el aserto del escrito de demanda.

En cuanto a la presunción, cabe tener en consideración que admite prueba en contrario, con lo cual, con cualquiera de los medios probatorios previstos en la norma adjetiva (LO y CPCC) puede ser desvirtuada dicha presunción adjetiva, a la luz de la ya mencionada sana crítica.

Cabe señalar, asimismo, que puede ocurrir que el libro del artículo 52 de la LCT presente alguna deficiencia, en cuyo caso la valoración de dicha prueba debe ser examinada por el juez conforme lo previsto en los artículos 53 y 54 de la LCT, esto es, en función del tipo de deficiencia que se observe en dicha documentación; a modo de ejemplo, si se discute la fecha de ingreso y el libro presenta interlineaciones o datos confusos al respecto, es posible que ello sea un elemento importante a favor de la tesis del trabajador; en cambio si la deficiencia

está referida a una cuestión formal o de datos del trabajador y/o del empleador que no tienen vinculación directa con lo discutido en la causa, ello no puede traer consigo la aplicación de las consecuencias emanadas del artículo 55 de la LCT⁸.

III. La ley 24.013: un cambio relevante en materia de registración laboral

A. Generalidades. Situaciones legales previstas

En 1991 se dicta la ley 24.013, norma controvertida, extensa, que incorpora por primera vez un régimen legal a través del cual se intenta incentivar la registración legal de los contratos de trabajo poniendo en cabeza del trabajador la facultad de emplazar al empleador a fin de que registre el vínculo o lo rectifique informando los datos reales de la relación en materia de fecha de ingreso y de salario; todo ello bajo apercibimiento de que –en caso de incumplimiento– se genere a favor del trabajador una indemnización. Como sostuve en un trabajo anterior⁹, más allá de varios aspectos cuestionables de la denominada Ley Nacional de Empleo –tal como los tristemente llamados “contratos basura” de los artículos 43 a 63, hoy derogados–, el Título II referido a la regularización del empleo no registrado ha sido una medida positiva cuya finalidad era lograr una disminución de los empleos total o parcialmente clandestinos, con las graves consecuencias que ello trae aparejado. De este modo por primera vez, como señala Onaindia, se intenta

⁸ Cabe tener en consideración que la jurisprudencia ha señalado que el libro del art. 52 no tiene la eficacia probatoria que el art. 63 del Código de Comercio asignaba a los asientos de los libros de comercio, sino que actúa como un “principio de prueba” (ver, al respecto, *Ley de Contrato de Trabajo. Comentada y concordada*, coord. por R. Ojeda, coment. al art. 52, LCT de Liliana Rodríguez Fernández, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, t. I, ps. 388 y ss.). En este sentido, la sala III con fecha 31-5-2002 ha sostenido que asignar otro carácter a los libros correctamente llevados implicaría que la empleadora pudiera valerse de un medio probatorio que ella misma ha elaborado, sin posibilidad de control real por parte del trabajador (en autos “Kolankowsky, Diana Miriam c/Editorial Abril SA”, SD 57.962).

⁹ *El trabajo no registrado. Estado actual de la jurisprudencia en la CNAT a la luz de las leyes 24.013 y 25.323*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2014-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

compensar al trabajador por los perjuicios sufridos por el incumplimiento y se castiga pecuniariamente al empleador que evade sus obligaciones¹⁰.

En efecto, entre los objetivos de la ley 24.013 se menciona, en el artículo 2º, inciso j, “promover la regularización de las relaciones laborales desalentando las prácticas evasoras”. Asimismo, en el artículo 3º se prevé como política de empleo las acciones de prevención y sanción del empleo no registrado. En este sentido se ha dicho que la finalidad de la norma ha sido lograr un cambio de conductas y comportamientos de los empleadores para conseguir un sistema organizado y transparente que garantice las relaciones laborales, no su ruptura, por lo que las indemnizaciones que se previeron no representan otra cosa que el mero estímulo para el trabajador que colabora en la consecución de esas metas¹¹.

Podríamos preguntarnos qué efectos produjo en nuestro país y si efectivamente logró su objetivo: disminuir el trabajo total o parcialmente clandestino. Quizá la respuesta es desalentadora pues, como sostuve al comienzo, aun sin datos concretos, lo cierto es que, al menos en los tribunales laborales siguen existiendo numerosos reclamos en los que se invocan y luego acreditan deficiencias o ausencias registrales. Podría sostenerse que la norma ha ayudado a disminuir tales conductas pero, claro es, esta conclusión es contrafáctica y sólo queda señalar que, teniendo en consideración los altos montos que deben abonarse en caso de demostrarse el empleo clandestino, es posible que haya ayudado a desalentar las prácticas evasoras, aunque de modo harto insuficiente.

Ahora bien, la norma circunscribe las conductas a sancionar a tres situaciones concretas: ausencia de registración, registración de una fecha de ingreso al empleo posterior a la real y registración de un salario menor al abonado al dependiente; así el artículo 8º se refiere al empleo clandestino y los artículos 9º y 10 regulan los supuestos de registración deficiente.

¹⁰ ONAINDIA, José Miguel, *Ley Nacional de Empleo comentada*, 3ª ed. act., Errepar, Buenos Aires, 1993, ps. 20 y ss.

¹¹ Del voto del Dr. Vázquez –la mayoría del alto tribunal declaró inadmisibile el recurso extraordinario– en autos “Fernández, Ireneo c/SIPEM SRL”, del 16-5-2000.

B. *Recaudos*

En cuanto a los recaudos formales que debe cumplir un trabajador víctima de alguno de los supuestos mencionados en el párrafo anterior, para tener acceso a las indemnizaciones previstas en la norma, el artículo 11 prevé que el trabajador o la asociación sindical que lo represente¹² debe intimar en forma fehaciente al empleador a que proceda a registrarlo o a subsanar la deficiencia registral vinculada a la fecha de ingreso o a su salario –debe hacerlo por el plazo de treinta días y debe explicar las “circunstancias verídicas” de contratación con la real fecha de ingreso– y debe notificar en forma inmediata y, en todo caso, no después de las 24 horas hábiles siguientes, a la AFIP enviándole copia del requerimiento efectuado al empleador.

1. *Vigencia del contrato de trabajo*

La intención del legislador ha sido lograr la registración de las relaciones laborales que ya existían con anterioridad a su dictado (y disuadir de nuevos contratos clandestinos), para lo cual expresamente dispone de un plazo para que el empleador lo efectúe en forma espontánea, sin sanción¹³; todo ello con la finalidad de mantener vigentes los vínculos. En efecto, el fin que se perseguía era que se regularizaran vínculos existentes al momento del dictado de la norma sin que se extinguiera la relación. De hecho, el artículo 14 de la ley señala expresamente que para la percepción de las indemnizaciones previstas en los artículos 8º, 9º y 10 de la ley no será requisito necesario la previa extinción de la relación laboral. Y tan claro es que el legislador pretendía regularizar situaciones laborales y no sólo aumentar las indemnizaciones de quienes sufrían la extinción del vínculo parcial o totalmente clandestino, que el decreto reglamentario, en el artículo 3º,

¹² Cabe recordar que en tal supuesto la asociación sindical, ya sea simplemente inscripta o con personería gremial, toda vez que implica representar derechos individuales del trabajador, debe contar con el consentimiento por escrito del dependiente, conforme lo dispuesto por el art. 22 del decreto 467/88 que reglamenta la ley 23.551.

¹³ Es más, el art. 12 de la ley preveía la eximición del pago de aportes y contribuciones adeudadas.

inciso a, señaló que “La intimación [del art. 11] para que produzca los efectos previstos en este artículo deberá efectuarse estando vigente la relación laboral”.

Hubo, en varias oportunidades, planteos acerca de la validez constitucional de dicha norma, pero la jurisprudencia ha sido pacífica en descartar la invalidez constitucional de dicha disposición reglamentaria. Al respecto se ha dicho que “corresponde desestimar el planteo de inconstitucionalidad del decreto 2725/91 si el dependiente practicó la intimación prevista en el artículo 11 de la ley 24.013 con posterioridad a la extinción del contrato de trabajo, toda vez que esta norma reglamentaria es coherente con la finalidad perseguida por el Título II de la Ley Nacional de Empleo cual es la regularización del empleo no registrado [...] aquellos trabajadores que fueron partícipes de vinculaciones extinguidas, no justifica hacia el futuro la exigencia de registración y este encuadre legal conduce a concluir que, en tales casos, no se advierte configurada una violación de garantías constitucionales”¹⁴. En el mismo sentido se ha sostenido que “el agravio constitucional debe ser desestimado. La reglamentación cuestionada resulta razonable teniendo en cuenta los fines perseguidos por la ley, en especial el referido a la ‘promoción de la regularización de las relaciones laborales, desalentando prácticas evasoras’ (art. 2º, inc. j, de la ley citada), objetivo que difícilmente se alcanzaría [...] si se admitiese que los dependientes pudiesen reclamar la regularización de sus respectivas relaciones cuando éstas ya hubiesen concluido. Cabe destacar, además, que la CSJN ha señalado que las facultades de reglamentación que confiere el artículo 99, inciso 2º de la Carta Magna habilitan para establecer condiciones o requisitos, limitaciones o distinciones que, aun cuando no hayan sido contempladas por el legislador de manera expresa, cuando se ajustan al espíritu de la norma reglamentada o sirven, razonablemente, a la finalidad esencial que ella persigue (*Fallos*: 301:214), son parte integrante de la ley reglamentada y tienen su misma validez y eficacia (*Fallos*: 190:301, 202:193, 237:636, 249:189, 308:688 y 316:1239)”¹⁵.

¹⁴ CNAT, sala II, “Díaz, Silvia c/Centro de Estudios Brasileños”, D. T. 1999-B-2549.

¹⁵ CNAT, sala III, SD 84.327 del 29-11-2002, en autos “Romero, Julio c/Greenes SRL y otros s/Despido”.

2. *Intimación al empleador*

En cuanto a la intimación, cabe señalar que, como manifestación del principio de buena fe (arts. 62 y 63 de la LCT) debe ser clara, de modo que pueda determinarse qué irregularidad registral le imputa a su empleador, dentro de las contempladas en la Ley de Empleo. De tal modo, si está en discusión la fecha de ingreso, debe invocarse cuál es, en la tesis del dependiente, la real fecha de inicio del vínculo. Asimismo, en caso que se controvierta el monto del salario, debe informar qué suma de su ingreso es percibida fuera de los registros laborales¹⁶. Por tales razones, la mera indicación de “deficiente registración” sería insuficiente.

Puede suceder que se trate de una relación no registrada. En tal supuesto comparto lo afirmado por Piroló y Murray en cuanto señalan que en tales casos la manifestación de “falta de registración” es suficiente porque, ante la ausencia de registro, la indicación de la fecha de ingreso alcanza para el cumplimiento de la exigencia legal¹⁷. En este sentido se ha dicho en materia jurisprudencial que “las exigencias formales del artículo 11 de la LNE en cuanto al recaudo de expresar ‘la real fecha de ingreso y las circunstancias verídicas’ en la intimación tiene por única finalidad la de asegurar el contradictorio en el intercambio telegráfico. De allí que no cabe reprochar al trabajador el incumplimiento de alguna de tales exigencias en los supuestos de falta de registración y/o negativa de la existencia del contrato de trabajo cuando dichas circunstancias fueran acreditadas”¹⁸.

Ahora bien, se discute en doctrina y jurisprudencia las consecuencias que trae consigo si la fecha de ingreso o el salario denunciado en el emplazamiento no se verifica luego en la causa. Para alguna jurisprudencia, si el registro es defectuoso, aun cuando no se pruebe el salario denunciado en el telegrama o la fecha de inicio del vínculo,

¹⁶ CNAT, sala X, 10-8-2000, “Malico Macadar, Alejandro c/Aboud, Elías y otro s/Despido”; en igual sentido sala IV, SD 90.951 del 24-11-2005, en autos “Fernández, Claudia c/Pecom Agra SA”, etc.

¹⁷ PIROLO, Miguel Ángel y MURRAY, Cecilia, *Derechos y deberes de las partes del contrato de trabajo*, La Ley, Buenos Aires, 2013, ps. 341 y ss.

¹⁸ CNAT, sala X, SD 15.797 del 21-12-2007, “Maron, Rubén Darío c/Argos Cía. Argentina de Seguros Generales SA”.

resultan procedentes las indemnizaciones de la Ley de Empleo¹⁹; en cambio para otro sector, si no se tuvo por demostrados los extremos invocados en el emplazamiento, no serían admisibles las multas²⁰.

En este sentido se ha expuesto: “No corresponde la indemnización fundada en el artículo 10 de la ley 24.013 cuando el demandante no cumplimentó debidamente con lo requerido en el artículo 11 de la norma citada, al haberse limitado a denunciar sólo el valor horario, sin brindar otro parámetro en orden a la registración correcta por la cual intimaba, sin indicar su remuneración mensual ni cuál era el horario cumplido, máxime si se argumentaba el cumplimiento de una jornada superior a la legal”²¹.

3. Plazo

Respecto del plazo, Etala señala que el artículo 11 tiene uno deliberadamente prolongado de treinta días pues está dirigido a posibilitar al empleador a que efectúe una reflexión racional sobre su accionar futuro y no a provocar la ruptura, apartándose así del exiguo plazo del artículo 57 de la LCT. Por ello, señala, si el trabajador intima por dos días, podrá considerarse despedido pero quedará al margen de la ley 24.013²². Ahora bien, sin soslayar lo expresado en el cuarto párrafo del artículo 11 en cuanto establece que si el empleador contestare y diere total cumplimiento a la intimación dentro del plazo de treinta días, quedará eximido del pago de las indemnizaciones antes indicadas,

¹⁹ CNAT, sala X, 10-8-2000, “Malico Macadar, Alejandro c/Aboud, Elías”: “Si bien el actor intimó a su empleador a los efectos de que procediera a su registración con una fecha de ingreso diferente a la que luego quedara admitida, es necesario acoger favorablemente la viabilidad de la multa contemplada en el art. 8° de la Ley de Empleo, por cuanto no corresponde atenerse rigurosamente a las palabras de la ley, cuando la interpretación razonable y sistemática así lo requiere”.

²⁰ CNAT, sala II, 31-8-2006, *in re* “Díaz, Roberto c/Pronto Wash SA y otro”: “La intimación que exige el art. 11 de la ley 24.013 no puede considerarse cumplimentada si el actor indica un monto de la remuneración que –en rigor– no es la real porque no fue acreditada en autos”.

²¹ CNAT, sala I, SD 81.023 del 15-9-2003, “Roca, Omar c/Benavent Hnos. SA y otro s/Despido”, expte. 23.646/02.

²² ETALA, Carlos, *La regularización del empleo no registrado. Blanqueo laboral y trabajo “en negro” en la Ley de Empleo*, Errepar, Buenos Aires, 1993, ps. 90 y ss.

lo cierto es que deviene esencial la conducta asumida por el empleador frente al emplazamiento de su dependiente. En efecto, no siempre ha de ser necesario para el trabajador la espera de treinta días para luego tener derecho a las indemnizaciones de la Ley de Empleo, sino que habrá que tener en consideración la posición adoptada por el empleador. De este modo, si frente a la intimación del trabajador, rechaza y niega las imputaciones efectuadas por su empleado en materia registral o, como en otros supuestos, niega directamente la relación laboral, no resulta necesario para el dependiente la espera de treinta días pues es claro que no ha de registrar el vínculo.

De este modo, la jurisprudencia ha establecido que “Si bien entre la intimación efectuada en los términos del artículo 11 de la ley 24.013 y el despido no transcurrió el plazo de 30 días a que hace referencia el artículo mencionado, en la respuesta que la demandada remitió quedó patentizada su voluntad de no registrar la real fecha de inicio de la relación y, dado que la decisión resolutoria adoptada por la accionante –entre otras razones– estuvo basada en la falta de voluntad del empleador de avenirse a registrar correctamente la fecha de inicio y la extensión temporal del vínculo, que intimó fehacientemente a la empleadora para que registrara la relación laboral de acuerdo a su real fecha de ingreso y remitió la respectiva comunicación a la AFIP sin que la demandada se aviniera a regularizar la anómala situación que implicaba el incorrecto registro de la real fecha de ingreso, es evidente que resulta procedente la indemnización establecida en el artículo 9º de la LNE”²³. De igual modo se ha afirmado que “Es procedente otorgar a un viajante de comercio con motivo de su despido, las indemnizaciones previstas en la ley 24.013 ya que habiendo cursado intimación a la AFIP y habiendo intimado a su empleador de conformidad a lo dispuesto por el artículo 11 de la misma ley, resultaba innecesario que esperara los treinta días que dispone la norma para considerarse despedido en tanto la respuesta del empleador frente a la intimación mostraba a las claras que no tenía voluntad de registrar correctamente el vínculo”²⁴. También se ha expuesto que “en modo alguno

²³ CNAT, sala II, SD 96.995 del 18-8-2009, “Baldesari, Miguel Antonio c/Wurth Argentina SA s/Despido”, expte. 20.923/07.

²⁴ CNAT, sala III, 28-12-2009, “Pimienta, Paula c/Selamar SA”, L. L. Online.

puede exigirse al trabajador que mantenga la ruptura en suspenso por treinta días para hacerse acreedor a las indemnizaciones de la ley 24.013 cuando la negativa de los términos denunciados por parte del principal importó la clara decisión de no regularizar la relación laboral (arts. 57 y 63 de la LCT), lo que resultó confirmado por la conducta de la accionada”²⁵.

Asimismo, en caso de silencio del empleador se ha señalado que “es improcedente la defensa de la empleadora respecto de que el actor se consideró despedido sin esperar el plazo previsto en el artículo 11 de la ley 24.013 pues no rige ninguna norma que obligue a mantener la relación laboral hasta que se haya cumplido dicho plazo, máxime si resulta justificado el despido indirecto ante el silencio que guardó aquélla respecto de la intimación del empleado a abonar remuneraciones debidas y a registrar la relación laboral”²⁶.

4. *Notificación a la AFIP*

Como antes dijimos, otro de los recaudos previstos en el artículo 11 de la citada ley es la notificación a la AFIP en forma inmediata al emplazamiento al empleador o dentro de las 24 horas hábiles. Dicho requisito fue incorporado por la ley 25.345 y si bien fue cuestionado constitucionalmente, la jurisprudencia, al menos en Capital Federal, rechazó los planteos²⁷. Como sostienen Pirolo y Murray²⁸, la finalidad de la reforma está dirigida a que el organismo fiscal recaudador tome conocimiento de la presunta existencia de empleo no registrado o mal registrado desde el mismo momento en que el trabajador pone en movimiento el mecanismo legal de regularización, a través de la intimación prevista en el artículo 11.

Cabe recordar que el alto tribunal sostuvo que “la exigencia establecida en el artículo 11 de la ley 24.013 –según la modificación

²⁵ CNAT, sala X, 26-10-2009, “Seoane, José c/Clasco, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales”, L. L. Online.

²⁶ CNAT, sala VI, 19-7-2006, “Delvalle, Marcos Antonio c/Tioram SA”, L. L. Online.

²⁷ Ver, entre otros, CNAT, sala VI, SD 59.012 del 21-7-2006, “Liguori, Natalia c/Rabedra, Hugo y otro s/Despido”, expte. 13.522/02.

²⁸ Ob. cit., p. 342.

introducida por la ley 25.345– consistente en notificar fehacientemente a la Administración Federal de Ingresos Públicos respecto de la intimación de regularización formulada por el trabajador al empleador, sólo alcanza a las multas de los artículos 8º, 9º y 10 de la citada ley, por lo cual su falta de realización en modo alguno obsta la duplicación a la cual alude el artículo 15, siempre y cuando se hubiere cursado la intimación dirigida al empleador, de manera plenamente justificada” (del dictamen del procurador fiscal que la Corte hace suyo en autos “Di Mauro, José c/Ferrocarriles Metropolitanos SA”, del 31-5-2005, *Fallos*: 328:1745). Desde tal orden de saber, si falta la comunicación a la AFIP el dependiente carecerá de derecho a reclamar las multas de los artículos 8º a 10 de la LNE pero ello no obsta a la procedencia de la duplicación contemplada en el artículo 15 de la LNE.

En este sentido, se observa que la jurisprudencia ha sido conteste en no admitir la procedencia de las indemnizaciones de los artículos 8º a 10 de la LNE en caso de ausencia de comunicación a la AFIP²⁹ y se ha sostenido que debe haber sido recibido por dicho organismo. Así se sostuvo que “siendo que el telegrama por el cual el trabajador notificó, en los términos del artículo 11 de la ley 24.013, a la AFIP la intimación cursada al empleador a los fines de requerirle su correcta registración laboral, fue devuelto por el agente distribuidor con la observación ‘dirección insuficiente’, debe concluirse que no fue remitido correctamente, lo cual provoca el rechazo del rubro previsto en el artículo 8º de la mencionada norma”³⁰. De este modo se aplican los principios generales en materia de comunicación entre ausentes y quien elige un medio de notificación corre con los riesgos propios de dicha elección. Aunque existen controversias respecto del alcance del telegrama enviado a la AFIP en caso en que no se produjo la prueba

²⁹ CNAT, sala III, 14-4-2008, “Mecilla, Alejandro Gaspar c/Borcal SA”, L. L. Online.

³⁰ CNAT, sala V, 29-5-2009, “Sosa, Domingo Valentín c/Ortega, Antonio”. En sentido similar se dijo que “Es improcedente el reclamo de la indemnización prevista en el art. 9º de la ley 24.013 pues la remisión exigida por el art. 11 de la citada ley debe llegar a conocimiento de la AFIP a fin de que ese organismo disponga las medidas tendientes a investigar y sancionar la evasión fiscal” (CNAT, sala V, 10-6-2009, “Álvarez, Nicolás Carlos c/Sistema Nacional de Medios Públicos Soc. del Estado”, L. L. Online).

informativa a fin de corroborar su recepción y el trabajador adjuntó en la causa un telegrama colacionado enviado a dicha repartición estatal. Al respecto la sala VII de la CNAT afirmó que “aun cuando la actora acompañó la copia de un despacho telegráfico mediante el cual puso en conocimiento de la AFIP el tenor de su intimación registral dirigida a su empleador, la falta de cumplimiento de la carga de demostrar la efectiva recepción del despacho afecta la procedencia de la indemnización del artículo 8° de la LNE”³¹. Por otro lado se ha señalado que “el telegrama colacionado con aviso de recepción y la carta documento con aviso de retorno constituyen instrumentos públicos que no sólo prueban su contenido sino también que el destinatario la ha recibido y su ataque requiere la redargución de falsedad”³².

Se puede observar en algunas causas que la parte actora pone en conocimiento de la AFIP la intimación cursada a su empleador pero no lo hace a través de un telegrama o carta documento sino presentándose ante alguna de las sucursales de dicho organismo e iniciando un expediente. En este sentido, se ha dicho que “se ha dado cumplimiento con lo dispuesto por el inciso b, del artículo 11 de la LNE, según el cual debe realizarse la comunicación a la AFIP ‘de inmediato y, en todo caso, no después de las veinticuatro (24) horas hábiles siguientes’ [...] en función de la naturaleza de los instrumentos acompañados –que llevan constancia de recepción de la Agencia N° 14 de AFIP con idéntica fecha de imposición que los telegramas colacionados dirigidos a los accionados...– ellos no podrían quedar desvirtuados por el simple desconocimiento de los aquí accionados, quienes para ello debieron aportar elementos de juicio suficientes, aspecto que no advierto cumplido –ni aun tardíamente– en la especie...”³³

También existen precedentes divergentes en cuanto a la exigencia del cumplimiento estricto del plazo previsto en la norma, esto es que

³¹ CNAT, sala VII, 26-10-2006, “Pignataro, María c/Canadian Line Argentina SA”, L. L. Online.

³² CNAT, sala IV, SD 96.022 del 30-12-2011, “Bacigaluppi, Adriana c/Bian Tours SRL y otros s/Despido”; íd., SD 96.653 del 17-10-2012, “Britez del Valle, Silvio c/Mauser SA”.

³³ CNAT, sala IV, SD 98.682 del 27-2-2015, en autos “Martínez, Ángel c/Sanctis Santo y Compañía SA s/Despido”.

la comunicación se efectúe en forma inmediata o en un plazo no superior a 24 horas hábiles del requerimiento efectuado al empleador. Así, se ha dicho que “la falta de comunicación en forma inmediata o en un plazo no superior a 24 horas del requerimiento al empleador tendiente a la regularización de la relación laboral no registrada a fin de que proceda a su inscripción, resulta un impedimento formal que obstaculiza la procedencia de las indemnizaciones de la ley 24.013”³⁴. De igual modo la sala VII ha establecido que “Es improcedente otorgar al trabajador el agravamiento indemnizatorio dispuesto en el artículo 8° de la ley 24.013 si no acreditó que, en el término de 24 horas desde que remitió el requerimiento al empleador para que regularizara la relación laboral, hubiera enviado copia de ella a la AFIP”³⁵. Por el contrario, se ha afirmado que “si bien con relación a la multa del artículo 8° de la ley 24.013 debe ponderarse que el artículo 47 de la ley 25.345 incorporó al artículo 11 de la Ley Nacional de Empleo como requisito para la procedencia de dicha indemnización que el trabajador o la asociación sindical que lo represente envíe dentro de las 24 horas siguientes a efectuar el requerimiento al empleador para regularizar su relación laboral, copia a la AFIP de dicho requerimiento, el hecho de que la trabajadora hubiera dejado transcurrir tres días no obsta a la procedencia de la multa. Es que el fin perseguido por el legislador es promover la regularización de las relaciones laborales no registradas, desalentando las prácticas evasoras, por lo que la finalidad legal de la norma en cuestión ha quedado cumplimentada...”³⁶

³⁴ Ver, en este sentido, CNAT, sala I, 31-5-2005, “Sayagua, Miguel c/Instituto Nacional de Resaseguros”, L. L. 2006-A-392.

³⁵ CNAT, sala VII, 31-3-2010, “Ledo, Juan Carlos c/Ferrotecnia SRL”. Por su parte la sala IV ha sostenido que “resulta improcedente el reclamo indemnizatorio previsto en los arts. 8° a 10, LNE si el trabajador no envió en tiempo oportuno la comunicación a la AFIP [...] pues si bien intimó la regularización de la inscripción laboral, recién emitió comunicado cuatro meses después de aquella intimación, de manera que su conducta no se ajustó a lo dispuesto en la norma aplicable” (11-7-2008, “Cicarelli, Fabiana c/Pegla SA”).

³⁶ CNAT, sala II, SD 95.217 del 11-9-2007, “Kabakeris, Silvia c/Raz y Cía. SA” (voto del Dr. Maza por mayoría). Por la minoría el Dr. Pirolo sostuvo que “luego de la reforma introducida por la ley 25.345, el art. 11, LNE exige que el trabajador no sólo intime la regularización y el adecuado registro al empleador sino además que remita a la AFIP copia del requerimiento dentro de las 24 horas hábiles siguientes a

5. Reclamo de una multa distinta a la acreditada

Ahora bien, ¿qué consecuencias puede traer aparejadas el reclamo de una multa distinta a la que se corresponde con la situación de hecho que luego se acredita en la causa? La jurisprudencia ha dicho, en tal sentido, que “En el caso concreto, la accionada inscribió la relación habida entre las partes con una fecha de ingreso posterior a la real, no verificándose el supuesto previsto en el artículo 8° de la LNE (ausencia total de registro), por lo que corresponde su rechazo. Dado que en la demanda no se reclamó el incremento previsto en el artículo 9° de la citada norma sino la aplicación de la sanción prevista en el artículo 8°, la posibilidad de aplicar el agravamiento previsto en el citado artículo 9° de la ley 24.013 constituiría una cuestión ajena al objeto del litigio (conf. arts. 34, inc. 4°, 163, inc. 6°, y 277, CPCCN) pues dicha indemnización no integró el objeto de la litis y admitir la viabilidad de una indemnización con base en el artículo 9° podría implicar fallar *extra petita*, soslayar el principio de congruencia (cfr. arts. 34, inc. 4° y 163, inc. 6°, del CPCCN); y, por esa vía, afectar la garantía al derecho de defensa en juicio de la contraparte (cf. art. 18, CN)”³⁷.

6. Rebeldía procesal

En algunas oportunidades, y ante la rebeldía procesal de la demandada en una causa judicial, se ha discutido acerca de la procedencia de las indemnizaciones y multas derivadas de la Ley de Empleo, ante la inexistencia de prueba alguna en el expediente y la falta de remisión

su concreción. La Corte Suprema [...] al pronunciarse en los autos ‘Di Mauro...’ estableció que la previsión contenida en el art. 11, inc. b, LNE referida a la comunicación a la AFIP está relacionada con las indemnizaciones previstas en los arts. 8°, 9° y 10, LNE: ambos recaudos son acumulativos y su cumplimiento conjunto es ineludible a fin de que pueda considerarse correctamente efectuada la intimación que exige el art. 11 como condición de procedencia de las indemnizaciones previstas en los arts. 8° a 10, LNE. Por eso no procede la multa prevista en el art. 8°, LNE en el caso en que el trabajador dejó transcurrir tres días para formular la comunicación a la AFIP”.

³⁷ CNAT, sala II, SD 95.606 del 14-3-2008, “Voichuk, Ángela Beatriz c/Laboratorios Domínguez SA s/Despido”, expte. 15.960/06.

de oficio al correo para verificar la notificación a la AFIP. Sin embargo, comparto la jurisprudencia que ha dicho que, en función de la claridad del artículo 71 de la LO y la presunción *iuris tantum* que emana de la norma, que implica tener por ciertos los hechos expuestos en el escrito inicial, no existe óbice para admitir estas indemnizaciones, siempre y cuando del relato de los hechos resulte que se cumplieron los recaudos formales y que se dan los presupuestos para la admisión de dichos rubros³⁸.

IV. Cálculo de las indemnizaciones de los artículos 8° a 10 de la ley 24.013

Los tres artículos referidos a la falta de registración y registración

³⁸ En este sentido se ha señalado que “Dado que según los términos del art. 71, LO, corresponde presumir como ciertos los hechos expuestos en la demanda, salvo prueba en contrario, y atento la inactividad procesal de la accionada, no existen motivos que enerven dicha presunción. En el caso, cabe destacar que el principio general de la ley 24.013 es que el incumplimiento debe ser sancionado por lo cual, la reducción o eliminación de la sanción en ella establecida, debe ser solicitada y fundada por el empleador, pues se trata de una facultad que debe ser utilizada prudencial y excepcionalmente, luego de efectuar el análisis de los hechos y comprobar la posibilidad de duda razonable respecto de la situación entre una relación de dependencia o autónoma. En consecuencia, corresponde dejar sin efecto la eximición de las multas dispuesta en la sede de grado, no sólo por la situación en la que se encuentra incurso la demandada sino además, por no existir elementos jurídicos ni fácticos que legitimen la eliminación de las multas establecidas en la ley 24.013” (CNAT, sala VII, SD 43.489 del 14-4-2011, “Alzaga, Ezequiel Sebastián c/Colialco SA s/Despido”, expte. 38.312/09). Asimismo se ha afirmado que “Dado que en el escrito inicial el accionante invocó haber cursado el mismo día en que requirió a su exempleadora la correcta registración de la fecha de ingreso y monto del salario, la comunicación a la AFIP que prescribe el art. 11, inc. b, de la LNE e indicó el número de la carta documento y, puesto que los demandados se encuentran incurso en la situación de rebeldía prevista en el art. 71 de la LO, es de aplicación al caso la presunción de veracidad de la circunstancia fáctica descripta ya que fue claramente explicada en el escrito constitutivo y además, el extremo relativo a la comunicación al organismo impositivo no resulta inverosímil y, en la especie, no se produjo prueba en contrario, por lo que la directriz establecida en el art. 71, LO (la cual es imperativa y terminante, además de constituir una directiva ineludible para el juez) lleva a tener por acreditado que la trabajadora cumplió con el recaudo previsto en el art. 11, inc. b, LNE” (CNAT, sala II, SD 97.223 del 30-9-2009, “Flores Villarroel, Erlinda c/Mena, Eduardo Nazario y otro s/Despido”, expte. 14.462/08).

deficiente crean una indemnización tarifada, cuya base está supeditada –como es común en nuestro Derecho del Trabajo– al salario del dependiente. En efecto, para el cálculo de las indemnizaciones deben computarse las “remuneraciones devengadas”: en el artículo 8º, desde el comienzo de la vinculación; en el artículo 9º, desde la fecha de ingreso hasta la fecha del registro tardío, y en el artículo 10, se tomarán las remuneraciones devengadas y no registradas. A dichos salarios se los divide por cuatro y se lo multiplica por el tiempo que duró el vínculo (art. 8º), que permaneció sin registrar (art. 9º) o el período en que percibió parte de su salario de modo clandestino.

El artículo 8º de la LNE tiene un mínimo de tres veces el importe mensual del salario que resulte de la aplicación del artículo 245 de la LCT.

Ahora bien, como ya lo examiné en el trabajo antes citado³⁹, el texto de las normas mencionadas, al hacer referencia a las remuneraciones devengadas, y luego disponer que deben computarse “...a valores reajustados de acuerdo a la normativa vigente...” (arts. 8º y 9º) y “...debidamente reajustadas desde la fecha en que comenzó a consignarse indebidamente el monto de la remuneración” (art. 10), dio origen a posturas jurisprudenciales encontradas respecto de cuál debía ser la base de cálculo.

Al respecto se ha dicho que “para el cálculo de esta indemnización (art. 9º, LNE) debe considerarse el valor de la remuneración que corresponda al trabajador al momento en que debe ser practicada; calcular el 25% y esta cuarta parte del salario debe ser multiplicada por la cantidad de períodos devengados. No corresponde sumar los montos históricos percibidos o devengados por el dependiente a lo largo de la relación laboral [...] Repárese en que lo que hace el legislador es establecer una pauta objetiva para el cálculo de una sanción que le impone al empleador que, a pesar de haber sido intimado a regularizar el contrato de trabajo ya sea por falta de registro o deficiencia registral vinculada a la fecha de ingreso o al salario, no lo hace dentro de los plazos previstos en la ley o niega ab initio todo vínculo (en el caso del art. 8º, LNE); y a tal fin adopta como elemento objetivo el salario

³⁹ *El trabajo no registrado. Estado actual de la jurisprudencia...* cit.

del dependiente y menciona la frase ‘a valores reajustados a la normativa vigente’. Así las cosas, frente a los términos de las leyes 23.928 y 25.561, normas de orden público que prohíben expresamente la indexación, resulta lógico que se tome el salario del empleador al momento de calcular la multa” (voto de la Dra. Pinto Varela). En dicho precedente también se ha dicho que “la llave para desentrañar (este aspecto) [...] es la referencia final de la norma en cuanto establece que las remuneraciones para determinar el resarcimiento deben computarse ‘a valores reajustados de acuerdo a la normativa vigente...’ En tal sentido aunque se admita que [...] ese reajuste se refiere a la actualización monetaria vigente a la fecha de sanción de la ley 24.013, mecanismo de indexación derogado por la ley 23.928 y que se mantiene hasta hoy en día por la ley 25.561, esta situación no puede beneficiar al empleador que mantuvo una relación irregular en perjuicio del trabajador, que en definitiva es el sujeto al que tiende a proteger el Derecho del Trabajo. En este contexto, si estando vigente el régimen de actualización, las remuneraciones debían tomarse a valores reajustados, es lógico, razonable y responde a un criterio de estricta justicia frente a los valores en juego que al no regir un método de corrección de la depreciación de la moneda, se considere el salario que corresponda al momento de ser practicada la liquidación...” (del voto de la Dra. Marino, integrante de la mayoría)⁴⁰.

En similares términos se ha pronunciado la sala II de la CNAT en autos “Ávila, Mónica Graciela c/Pami”, SD 98.030 del 8-5-2010; SD 95.450 del 10-12-2007, *in re* “Peralta, María Soledad c/Buenos Aires Alimentos SA y otros”.

En sentido contrario al expuesto cabe destacar el voto –en minoría– del doctor Guisado en el precedente de la sala IV citado en párrafos anteriores⁴¹, el cual afirma que “el artículo 9º de la ley 24.013 establece como base de cálculo del resarcimiento allí previsto ‘las remuneraciones devengadas desde la fecha de ingreso hasta la fecha falsamente consignada’, lo que [...] obsta a la posibilidad de tomar en cuenta otras

⁴⁰ CNAT, sala IV, SD 97.143 del 31-5-2013, “Luciani, Marina Alejandra c/Telecom Argentina SA”.

⁴¹ En autos “Luciani c/Telecom”.

remuneraciones correspondientes a períodos distintos de los expresamente indicados en la norma en examen. Si bien es cierto que el mismo precepto agrega que aquellas remuneraciones deben computarse a ‘valores reajustados de acuerdo a la normativa vigente’, considero que ello no influye en la decisión del presente caso pues, como explica Capón Filas, ese reajuste se refiere a la actualización monetaria mediante índice de precios minoristas prevista en el artículo 276 de la LCT hasta el 1º de abril de 1991, fecha en que entró en vigencia la convertibilidad del austral [...] el artículo 8º de la ley 23.928 es terminante al respecto [...] en igual sentido el artículo 10 de la misma ley [...] ello implica que las sumas devengadas a partir del mencionado día se computan a valores nominales, es decir sin actualización alguna...”

Al igual que el voto parcialmente transcrito en el párrafo anterior, la sala I de la CNAT ha rechazado la pretensión de que se tome la mejor remuneración del último año trabajado para el cálculo del artículo 8º de la LNE pues consideró que tal pretensión no se compadece con lo establecido en dicho precepto que alude a remuneraciones devengadas mes a mes y no a la mejor del último año. Señaló que “la referencia contenida en la norma acerca de ‘valores reajustados de acuerdo a la normativa vigente’ implica una metodología de actualización o reajuste por el transcurso del tiempo que no se compadece con la prohibición contenida en la ley 23.928 y que fuera mantenida por la ley 25.561”⁴².

Suele verse discutido en los recursos la inclusión del sueldo anual complementario en el cálculo de las indemnizaciones en cuestión. Sin embargo, las normas hacen referencia al importe de las “remuneraciones” devengadas en los períodos consignados. Así las cosas, a mi juicio, teniendo en consideración que “el sueldo anual complementario integra las remuneraciones devengadas por el trabajador en el período en el que todavía no había sido registrado [...] (cabe) incluir dicho salario diferido en el cálculo del artículo 9º de la LNE”⁴³.

⁴² CNAT, sala I, 23-12-2009, “Rodríguez, Valeria c/Fundación Olimpiada Matemática Argentina”.

⁴³ CNAT, sala IV, “Luciani c/Telecom” ya citado.

**V. Agravamiento de las indemnizaciones derivadas del despido:
artículo 15 de la LNE y artículo 1º de la ley 25.323**

Además de las “multas” contempladas en los artículos 8º a 10 de la ley 24.013, dicha norma, en su artículo 15, también prevé el agravamiento de las indemnizaciones derivadas del despido en el supuesto en que la extinción del vínculo se produjere por decisión del empleador –sin justa causa– dentro de los dos años desde que el dependiente lo intimó a regularizar su contrato de trabajo, o por el trabajador cuando la causa tuviese vinculación con los supuestos previstos en los artículos 8º a 19 de la LNE. En el caso del despido directo, tal como señala Onaindia en la obra ya citada, se crea una presunción de que el despido sin causa producido dentro de los dos años posteriores a que el trabajador cursó la intimación prevista en el artículo 11 de la LNE obedece a dicho emplazamiento y se lo castiga duplicando las indemnizaciones derivadas del despido, incluyendo el preaviso.

Cabe señalar que el artículo 5º del decreto reglamentario 2725/91 subsana una omisión de la ley al sostener que en el caso de los trabajadores comprendidos en el estatuto de la construcción, la duplicación a que se refiere el artículo 15 de la LNE consistirá en el pago por el empleador “de una suma igual a la que correspondiere al trabajador en concepto de fondo de desempleo”.

Asimismo, el artículo 1º de la ley 25.323 también prevé un agravamiento indemnizatorio al establecer que “Las indemnizaciones previstas por las leyes 20.744, artículo 245, y 25.013, artículo 7º, o las que en el futuro las reemplacen, serán incrementadas al doble cuando se trate de una relación laboral que al momento del despido no esté registrada o lo esté de modo deficiente...”; sabido es que el artículo 7º de la ley 25.013 ha sido derogado, con lo cual ha quedado limitado a la duplicación del artículo 245 de la LCT.

Como puede observarse, el artículo 1º de la ley 25.323 no da precisión alguna de lo que entiende como “relación no registrada o registrada de modo deficiente”. Ello dio lugar a controversias doctrinarias y jurisprudenciales respecto de la aplicación de la norma en los casos en que ninguno de los tres supuestos antes mencionados se encuentra dado pero el trabajador ha sido registrado con una categoría distinta

a la que le correspondía en función de sus tareas o con una jornada que no se corresponde con la real o se le adeudan rubros como horas extras o comisiones, oportunamente devengadas. Piroló sostiene que el asiento de una categoría errónea o de una jornada que no se corresponde con la real o la circunstancia de que el trabajador acredite que se le adeudan diferencias salariales no puede considerarse que constituyan supuestos de la clandestinidad que sancionan ambas leyes⁴⁴. Al respecto se ha señalado que “dado que en el caso no se verificó la situación de clandestinidad descripta en la LNE pues la codemandada [...] registró la relación, el hecho de que no hubiera registrado la categoría en la que correspondía encuadrar la actividad desarrollada por la actora (viajante de comercio) no es suficientemente demostrativo de la ‘clandestinidad’ que busca sancionar la normativa en análisis. En consecuencia si bien la codemandada no registró la correcta categoría, tal incumplimiento no constituye un presupuesto del sistema sancionatorio contemplado por las leyes 25.323 y 24.013”⁴⁵. De igual modo se afirmó que “corresponde rechazar el reclamo por las indemnizaciones previstas en los artículos 8º, 9º y 10 de la ley 24.013 ya que si bien el actor sostuvo que se le habría asignado una categoría inferior a la que supuestamente realizaba, lo que redundaría en una remuneración menor, el error en el encuadre convencional no justifica las mencionadas indemnizaciones”⁴⁶.

Tal como lo señala Guisado⁴⁷, el informe del autor del proyecto

⁴⁴ *Tratado jurisprudencial y doctrinario de Derecho del Trabajo. Relaciones individuales*, dir. por Miguel A. Piroló, La Ley, Buenos Aires, t. I, vol. I, p. 262.

⁴⁵ CNAT, sala II, SD 95.450 del 10-12-2007, “Peralta, María Soledad c/Buenos Aires Alimentos SA y otros s/Despido”, expte. 2411/06.

⁴⁶ CNAT, sala IV, 31-3-2010, “Fernández Saavedra, Daniel c/Vázquez SA”, L. L. Online. En similar sentido, la sala I señaló que “se considera que el concepto de relación registrada de modo deficiente no se configura cuando el empleador había asentado en los libros una categoría laboral diferente de la que correspondía. Cabe remitirse a las definiciones contenidas en la ley 24.013, arts. 9º y 10, que la hipótesis contemplada en el art. 10 de esa ley sólo se concreta cuando el empleador abona una suma determinada y asienta en los registros una cantidad menor, pero no cuando abona una suma inferior a la debida o se atrasa en el pago de salarios” (CNAT, sala I, 29-6-2011, “Croxatto, Luciana c/Atento Argentina SA s/Despido”; en igual sentido esa misma sala en “Torres, Manuel c/Industrias del Plástico Landi y Cía. SA”, del 23-8-2011).

⁴⁷ GUIADO, Héctor, *El incremento indemnizatorio del artículo 1º de la ley 25.323*, en D. T., 2010 (julio), p. 1679.

(que la Comisión de Legislación del Trabajo de la Cámara de Diputados utilizó para fundar su dictamen) expresa claramente que las “deficiencias” que pueden dar lugar al recargo indemnizatorio no son otras que las definidas en los artículos 9º y 10 de la LNE pues vino a suplir un vacío legislativo que se presentaba en los casos en que el trabajador (por temor a perder el empleo o por ignorancia de la norma) perdía el derecho a reclamar las indemnizaciones de la Ley de Empleo porque no había intimado la regularización del contrato durante la vigencia de la relación laboral.

En cambio Ackerman⁴⁸ hace hincapié en que el artículo 1º de la ley 25.323 no efectúa precisión alguna acerca del alcance de relaciones deficientemente registradas y frente a ello considera que queda abierta la posibilidad de considerar que hay “deficiencia en el registro en hipótesis distintas de las contempladas en los artículos 9º y 10 de la ley 24.013...”, y da como ejemplo “cuando la relación se hubiera registrado como de tiempo parcial, cuando en la realidad superaba los límites impuestos por el artículo 92 ter de la LCT (según ley 26.474)...”

A mi juicio, tal como lo funda Guisado en el trabajo citado, la norma nació a fin de extender el derecho a percibir un resarcimiento a aquellos trabajadores que, si bien se encontraban en alguno de los supuestos previstos en los artículos 8º a 10 de la ley 24.013, no llegaron a intimar a su empleador vigente el contrato pues fueron antes despedidos; de este modo la norma intenta extender el agravamiento de la indemnización por despido respecto de aquellos empleadores que o no registraron o registraron una fecha posterior a la real o un salario inferior al efectivamente abonado a su dependiente, más allá de la vigencia o no del contrato.

Cabe destacar que algún sector de la jurisprudencia ha considerado que el artículo 1º de la ley 25.323 no se limita a los supuestos previstos en la Ley de Empleo sino que alcanza también a otras deficiencias. Así se ha sostenido que “verificada la defectuosa registración de la relación, la multa prevista por el artículo 1º de la ley 25.323 resulta procedente debido a que la norma en cuestión no limita su aplicación

⁴⁸ ACKERMAN, Mario, *El artículo 1º de la ley 25.323*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2009-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 269.

a la demostración de la existencia de las irregularidades contempladas en los artículos 8º, 9º y 10 de la ley 24.013. El trabajador estaba registrado con una categoría inferior a la que le correspondía por las tareas realizadas”⁴⁹. En similar sentido se dijo que “cabe revocar el rechazo del reclamo de la indemnización del artículo 1º de la ley 25.323 toda vez que las horas extras devengadas y no abonadas, las diferencias pertinentes en concepto de reintegro por meriendas y de la remuneración del día de gremio y la proyección de esos rubros sobre el SAC y vacaciones no gozadas configuran en el *sub lite* un supuesto de defectuosa registración en los términos de la norma precitada”⁵⁰.

Ahora bien, otro de los supuestos que suelen plantearse en los tribunales es el relativo a la procedencia de las multas en los casos de intermediación fraudulenta en los términos del artículo 29 de la LCT. En efecto, en numerosos supuestos se verifica dicha intermediación fraudulenta cuando una empresa de servicios eventuales intermedia en la contratación de un trabajador y lo envía a una empresa “usuaria” que no le otorga tareas “eventuales” sino normales y ordinarias de la empresa, lo que torna aplicable el primer párrafo del artículo 29 citado; en tales supuestos si bien la ESE registró al dependiente, no lo había hecho quien fue el real empleador (empresa usuaria). De acuerdo con lo establecido en el fallo plenario N° 323 dictado en la causa “Vásquez, María Laura c/Telefónica de Argentina y otro” (30-6-2010), resulta admisible la sanción del artículo 8º de la LNE cuando el trabajador es considerado empleado directo de la empresa usuaria de servicios (art. 29, LCT) aun cuando el contrato hubiera sido inscripto por la agencia intermediaria. No soslayo que la ley 26.853 (B. O. del 17-5-2013) dispone en su artículo 12 la derogación del artículo 303 del CPCC; sin embargo he sostenido en varias oportunidades que, conforme lo establecido en el artículo 15 de dicha norma y en tanto no se constituya la Cámara de Casación, cabe considerar que se mantiene vigente la obligatoriedad de la doctrina emanada de los fallos

⁴⁹ CNAT, sala VII, SD 43.648 del 29-6-2010, “Zalazar, Víctor Hugo c/Cladd Industria Textil Argentina s/Despido”.

⁵⁰ CNAT, sala VI, SD 69.275 del 27-2-2007, “Linares, Gabriel Carlos c/Hedifam SA”.

plenarios conforme dicha norma procesal que, de hecho, refleja los criterios mayoritarios del tribunal y constituye una valiosa fuente material de derecho⁵¹.

También puede suceder que hubiere existido una transferencia de establecimiento o una cesión de personal (conforme arts. 225 a 229, LCT). Al respecto se ha dicho que “no obstante lo dispuesto en el artículo 229 de la LCT no puede exigirse al cesionario que reconozca a favor del trabajador una fecha de ingreso diferente a la consignada en los recibos de sueldo cuando, por el período anterior, el contrato se encontró registrado bajo la titularidad del antiguo empleador; ello así, al resultar inadmisibles un doble registro por el mismo período, no corresponde la indemnización prevista en el artículo 9° de la ley 24.013”⁵².

¿Qué pasa si el sujeto “empleador” es plural pues está integrado por varias personas físicas y/o jurídicas (art. 26, LCT)? La registración efectuada por una de ellas en sus libros y ante el SURL –aunque el resto no lo hubiese hecho– impide considerar que existió clandestinidad. Como afirma Pirolo⁵³, podría sostenerse que se trató de una registración que posee un defecto formal pero ello no implica que la relación no haya estado registrada ya que uno de los deudores solidarios en su rol de “empleador” cumplió con la obligación y ello torna aplicable lo dispuesto en los artículos 715 y concordantes del Código Civil de Vélez Sársfield.

Ahora bien, seguidamente he de efectuar un cotejo de ambos resarcimientos. No está en discusión que tanto el artículo 15 de la LNE como el artículo 1° de la ley 25.323 incrementan las indemnizaciones derivadas del despido cuando, al momento de la extinción, el contrato no hubiese sido registrado o estuviera defectuosamente registrado, con las diferentes opiniones doctrinarias y jurisprudenciales antes mencio-

⁵¹ Ver, al respecto, CNAT, sala IV, SD 97.360 del 30-9-2013, en autos “Ramos, María c/Banco Macro SA s/Despido”; en igual sentido, sala II, SD 101.989 del 31-7-2013, en autos “Valenzuela, Lorena Marisel c/AXA Assistance Argentina SA y otro s/Despido”.

⁵² CNAT, sala IV, 16-10-2008, “Martínez, Elizabeth c/Prevención Médica Empresaria SA”, www.rubinjal.com.ar; en similar sentido, sala II, 3-12-2003, “Salinas, Segundo c/Rodríguez, Alberto y otros”.

⁵³ PIROLO (dir.), *Tratado jurisprudencial y doctrinario...* cit., t. I, p. 263.

nadas en cuanto al alcance de la segunda norma. Sin embargo, conforme lo he expresado en el trabajo antes citado, existen diferencias entre ambas indemnizaciones:

1. El artículo 15 de la LNE sólo podrá reclamarse si la intimación efectuada en los términos de los artículos 8° a 19 de la LNE al empleador se efectuó vigente el contrato de trabajo; a diferencia del artículo 1° de la ley 25.323 que puede solicitarse extinguido el vínculo laboral. Es más, el artículo 1° de la ley 25.323 no exige, para su procedencia, intimación alguna⁵⁴. Se ha discutido si es posible reclamar la indemnización del artículo 15 de la LNE en aquellos supuestos en que se invoca un despido verbal. A mi juicio, de no estar debatido o haberse acreditado que la extinción se produjo por despido verbal y la intimación se cursó con posterioridad a ese acto, es claro que no procederían las indemnizaciones derivadas de la Ley de Empleo. Repárese en que la extinción es un acto jurídico unilateral que produce plenos efectos al entrar en la esfera de conocimiento del otro sujeto; por ende, si bien un despido verbal siempre ha de ser injustificado por no cumplir con los recaudos del artículo 243 de la LCT, lo cierto es que tiene plenos efectos extintivos. En tal sentido se ha pronunciado la jurisprudencia⁵⁵.

2. El artículo 15 de la LNE requiere que se haya intimado, como ya dijimos, en los términos del artículo 11 de la LNE y que el despido se haya producido dentro de los dos años posteriores a dicho empla-

⁵⁴ CNAT, sala II, SD 95.402 del 16-11-2007, “Ronconi, Carlos Antonio c/Meyl SA”, donde se dijo que “la sanción prevista en el art. 1° de la ley 25.323 no está condicionada a un requerimiento o intimación y corresponde [...] cuando se trate de una relación laboral que al momento del despido no esté registrada o lo esté de modo deficiente...”

⁵⁵ En este sentido se ha pronunciado la sala IV de la CNAT al sostener que “Si el contrato se extinguió por despido verbal, la intimación cursada por el trabajador varios días después resultó manifiestamente ineficaz. Al respecto, esta sala tiene dicho que si el actor manifestó que solicitó el blanqueo de su situación tras haber sido víctima de un despido verbal por parte de la empleadora, su conducta está en pugna con los preceptos de la legislación, que sólo autorizan a abrir el esquema indemnizatorio de la ley 24.013 cuando se persigue la regularización de una relación de trabajo vigente (ver art. 3°, decreto 2725/91, reglamentario del art. 11 de la ley 24.013) (esta sala, 30-11-2005, sent. 90.983, ‘Tontarelli, Guillermo c/Videla, Graciela s/Despido’; sala V, 5-10-2001, sent. 64.964, ‘Oyarzábal, Christian c/Bayland SA s/Despido’)” (en la SD 91.187 del 28-2-2006, “Funes, Héctor c/Baldino, Pedro y otro s/Despido”).

zamiento o la decisión del trabajador de considerarse despedido debe estar fundada en las causales de los artículos 8° a 10 de la LNE⁵⁶; en cambio para la admisión del artículo 1° de la ley 25.323 basta que se verifique la ausencia total de registración o el registro defectuoso de la fecha de ingreso o del verdadero salario percibido por el dependiente y que el contrato se encuentre extinguido con derecho a la percepción de la indemnización del artículo 245 de la LCT. Cabe señalar que, como resulta de la norma, para que prospere la indemnización del artículo 15 de la LNE el despido debió disponerse, dentro del plazo de dos años de la intimación, sin justa causa; de tal modo se ha sostenido, teniendo en consideración el principio de buena fe, que “corresponde desestimar el artículo 15 de la mencionada ley [...] pues al momento de enviar la misiva extintiva, la accionada aún no había recibido las intimaciones para la regularización del vínculo, por lo que no cabe concluir que el distracto haya estado relacionado con la intimación en cuestión...”⁵⁷ Ahora, si la notificación del emplazamiento fue cursada durante el preaviso y se logra acreditar la deficiencia registral, si bien –de no ser rectificado por el empleador en tiempo oportuno– serían admisibles las multas, lo cierto es que no correspondería admitir el artículo 15 de la LNE pues el despido, si bien aún no se había perfeccionado, no estaba vinculado con el emplazamiento; así lo ha sostenido la jurisprudencia⁵⁸.

⁵⁶ Se ha afirmado que “si al momento de adoptar la decisión de ruptura, la empleadora aún no había recibido la intimación de regularización enviada por la trabajadora, no puede considerarse que el despido tenga por causa dicha intimación, en tanto la decisión de despedir no se adoptó luego de haber sido intimada la empleadora, sino antes, por lo que no se verifica el art. 15, LNE para la sanción” (CNAT, sala II, 17-12-2009, “Ortelli, Mirta Elena c/Uniplus Telefonía SA”).

⁵⁷ CNAT, sala IV, SD 100.142 del 29-2-2016, en autos “Stadelman, Alicia c/Tecnología de Equipamientos Profesionales”.

⁵⁸ Así se ha dicho que “Dado que la interpelación remitida por el trabajador coincide con la fecha de finalización del vínculo, de acuerdo a la notificación del preaviso realizada oportunamente por el empleador, y puesto que éste no aportó pruebas para desvirtuar que la misma fue recepcionada durante el transcurso de esa jornada, debe recordarse que durante el transcurso del preaviso el contrato laboral subsiste a todos los efectos legales, por lo que la intimación efectuada antes de su finalización tiene plena eficacia. En consecuencia, correspondería admitir la procedencia de la multa prevista en el art. 10 de la ley 24.013. Sin embargo, en el caso, no procedería

3. El artículo 15 de la ley 24.013, para los trabajadores cuyas indemnizaciones se rigen por lo dispuesto en la Ley de Contrato de Trabajo, incluye la indemnización sustitutiva del preaviso (art. 232, LCT), integración del mes de despido (art. 233, LCT) e indemnización por antigüedad (art. 245, LCT); a diferencia del artículo 1° de la ley 25.323 que sólo duplica el artículo 245 de la LCT. Cabe agregar, en este sentido, que la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en el fallo plenario N° 302 del 19-10-2001 dispuso que “La duplicación a que alude el artículo 15 de la ley 24.013 incluye la suma prevista en el artículo 233, 2° párrafo de la LCT”; de este modo conjuró las distintas interpretaciones jurisprudenciales que se efectuaban al respecto.

Ahora bien, el artículo 15 de la LNE –a diferencia del artículo 1° de la ley 25.323 que expresamente se refiere al artículo 245– menciona “indemnizaciones que le hubieran correspondido como consecuencia del despido”; ello permite considerar que el ámbito de aplicación del artículo 15 de la LNE es más amplio que el artículo 1° de la ley 25.323. Ello así pues en el caso de los estatutos profesionales que prevén un régimen extintivo propio (como periodistas –ley 12.908– o encargados de casa de renta –ley 12.981–) es posible reclamar el artículo 15 de la LNE; en cambio no sería admisible el artículo 1° de la ley 25.323 que sólo duplica el artículo 245 de la LCT. En este sentido ha dicho Ackerman⁵⁹ que la limitada y precisa referencia al artículo 245 no sólo cancela en forma inequívoca toda posibilidad de

la sanción emergente del art. 15 de dicha normativa pues cabría concluir que la causa del despido no guarda relación con la intimación efectuada por el accionante –en el caso un mes y medio después de haber sido notificado del distracto y contemporáneamente con la extinción del contrato laboral–, debiendo memorarse que el preaviso en definitiva es el lapso durante el cual la denuncia de la relación laboral ya perfeccionada tiene su efecto propio (disolutivo) suspendido (conf. Justo López, en *Ley de Contrato de Trabajo comentada*, redactada con la colaboración de los Dres. Centeno y Fernández Madrid, Contabilidad Moderna, t. II, p. 938), por lo que mal puede inferirse que la decisión rescisoria adoptada por la principal guarda alguna vinculación con la intimación realizada por el dependiente a los fines de regularizar su registración laboral, de conformidad con las previsiones de los arts. 11 y 15 de la LNE” (CNAT, sala II, SD 90.751 del 8-8-2001, “Tagliaferro, Fernando c/Banne SA s/Despido”, expte. 24.686/00).

⁵⁹ ACKERMAN, *El artículo 1° de la ley 25.323* cit., ps. 266 y ss.

que se duplique también alguna otra indemnización que pueda ser debida como consecuencia del despido –por ejemplo, la indemnización sustitutiva del preaviso–, sino que también debería interpretarse en el sentido de que la norma sólo es aplicable a las relaciones de trabajo regidas por la LCT en las que, como consecuencia del despido, deba abonarse aquella indemnización.

En algunos planteos judiciales se ha pretendido incluir en el cálculo del resarcimiento contemplado en el artículo 15 de la LNE a las indemnizaciones agravadas por matrimonio o por maternidad. Sin embargo, en mi criterio, la norma es clara en cuanto se limita a los resarcimientos previstos por la pérdida del empleo sin que corresponda incluir indemnizaciones agravadas (arts. 178, 182, LCT o art. 14, ley 14.546). En este sentido se ha expedido la jurisprudencia⁶⁰. También debe destacarse que no corresponde incluir las vacaciones proporcionales dentro del cálculo del resarcimiento⁶¹.

4. El artículo 1º de la ley 25.323 aclara en su último párrafo que el agravamiento allí contemplado no es acumulable a las indemnizaciones previstas por los artículos 8º, 9º, 10 y 15 de la ley 24.013. Ello explica el alcance que cabe asignarle, acotado a la ausencia registral o a las deficiencias registrales contempladas en los artículos citados de la Ley Nacional de Empleo.

5. El artículo 15 de la LNE se refiere tanto al despido directo como

⁶⁰ Así se ha dicho que “para el cálculo de la indemnización del art. 15, LNE no cabe considerar incluidas las indemnizaciones agravadas por matrimonio y embarazo. El texto de la mencionada norma no permite interpretar que procede su duplicación, pues alude sólo a las indemnizaciones que corresponden a raíz del despido, vale decir, aquellas que tienden a reparar la pérdida del empleo. Por lo demás, aceptar lo contrario conduciría a que por el mismo incumplimiento (violación de la carga de registración) resultarían altamente beneficiados los representantes gremiales, las mujeres casadas o embarazadas, en comparación con el resto de los trabajadores, sin que se advierta la existencia de norma alguna que lo disponga” (CNAT, sala X, SD 3571, “Chusit, Perla c/Uxer SA s/Despido”).

⁶¹ Así se ha dicho que “No resulta procedente, a los fines de la indemnización establecida por el art. 15 de la LNE, la petición de la actora para que se duplique el concepto vacaciones proporcionales, ya que dicho concepto no es debido como consecuencia del despido, sino que procede cualquiera sea el modo de extinción de la relación laboral” (CNAT, sala I, SD 81.921 del 20-8-2004, “Álvarez Fernández, Modesta c/Faciano, Sergio y otro s/Despido”, expte. 26.334/02).

al indirecto; en cambio el artículo 1º de la ley 25.323 sólo hace referencia al primero. Aunque resulta lógico concluir que podrá reclamarse este rubro también en supuestos de despido indirecto⁶² o en casos de despidos con invocación de justa causa no probada o no admitida, y así lo ha entendido la jurisprudencia.

6. También he de destacar que el artículo 1º de la ley 25.323 no contempla una regla de flexibilidad como la establecida en el artículo 16 de la ley 24.013. Cabe recordar que el mencionado artículo 16 faculta a los jueces a reducir o incluso eliminar el monto indemnizatorio del artículo 15 en caso en que de las constancias de causa surja que la naturaleza de la relación habida entre las partes pudo haber creado dudas razonables acerca de su carácter laboral (también prevé la reducción del art. 8º, LNE). Con lo cual, aun de darse tales extremos, a la luz del artículo 1º de la ley 25.323, el juez carece de la facultad concedida en la Ley de Empleo.

Existe discrepancia en los fallos dictados por los tribunales del trabajo respecto de la aplicación del artículo 1º de la ley 25.323 en aquellos supuestos en que se reclamaron las multas e indemnizaciones de la Ley de Empleo pero por alguna razón formal de las antes descriptas no puede admitirse dicho planteo. En efecto, en función de la estrecha vinculación entre ambos regímenes, algún sector de la doctrina y de la jurisprudencia entiende que, con sustento en el principio *iura novit curia* se puede admitir el artículo 1º de la ley 25.323 de darse las situaciones fácticas allí previstas.

En este aspecto he de destacar lo resuelto por la sala II de la CNAT en autos “Ronconi, Carlos Antonio c/Meyl SA”⁶³, sentencia en la cual el voto de la mayoría del doctor Maza sostuvo que “...si bien el accionante no reclamó específicamente la multa del artículo 1º de la ley 25.323 sino las propias de la ley 24.013, las circunstancias fácticas

⁶² En este sentido la sala X de la CNAT se ha pronunciado: “No existe diferencia entre el despido directo y aquel por el cual el trabajador se considera despedido frente a una conducta del empleador que, valorada prudencialmente de acuerdo con el art. 242 de la LCT, yace imposible continuar la relación laboral ya que en ambos supuestos el despido es imputable al empleador y constituye un acto ilícito” (SD 18.267 del 14-3-2011, “Chebuk, María Gabriela c/Teleservicios y Marketing SA”).

⁶³ SD 95.402 del 16-11-2007.

que brindan fundamento a ambos regímenes sancionatorios del trabajo clandestino son análogas, por lo que el sentenciante aplicó el principio *iura novit curia* iluminando el caso verificado –contrato de trabajo clandestino– con la otra regla legal de posible aplicación (art. 1º, ley 25.323), cuya extensión y modalidad no fue cuestionada por la recurrente. El dependiente que reclama un resarcimiento por el trabajo clandestino en los términos de la ley 24.013 y dicha sanción no procede por no haber cumplido aquél con la intimación del artículo 11 de la mencionada ley, se interpreta que el artículo 1º de la ley 25.323 contempla idéntica situación y consecuentemente por aplicación del principio *iura novit curia* se torna procedente su aplicación”. En ese mismo fallo, en contra de esa posición, el doctor Pirolo ha señalado que “En la demanda no se reclamó el incremento previsto en esa norma sino la aplicación de otras sanciones, por lo que la posibilidad de aplicar el agravamiento previsto en el citado artículo 1º de la ley 25.323 constituye una cuestión ajena al objeto del litigio (conf. arts. 34, inc. 4º, 163, inc. 6º y 277, CPCC). Obsérvese que el actor no reclamó en forma concreta, ni siquiera subsidiariamente, el referido agravamiento, por lo que dicho rubro no integra el objeto de esta litis. Desde esta perspectiva, estimo que admitir su viabilidad puede implicar fallar *extra petita*, soslayar el principio de congruencia y configurar por esa vía una afectación a la garantía al derecho de defensa en juicio de la contraparte (art. 18, CN). Por otra parte, al tratarse de una cuestión que no fue sometida a decisión del juez de la primera instancia, su consideración en esta Alzada implicaría apartarse de la directiva explícita del artículo 277 del CPCC”.

VI. Reducción de las indemnizaciones prevista en el artículo 16 de la LNE

El artículo 16 de la LNE, al igual que otras disposiciones del Código Civil y del actual Código Civil y Comercial y otras previstas en la propia Ley de Contrato de Trabajo y en otras normas (tal como el art. 2º de la ley 25.323), le otorga facultades a los jueces para morigerar la sanción del artículo 8º y disminuir e incluso eliminar la prevista en el artículo 15 de la Ley de Empleo. Ahora bien, para que pueda ejercer

esta facultad debió tratarse de una vinculación entre las partes cuyas “características” pudieron haber generado en el empleador una “razonable duda” acerca de la aplicación de la Ley de Contrato de Trabajo⁶⁴.

Ahora bien, ¿a qué tipo de vinculación se refiere la norma? Apunta, claramente, a aquellas relaciones inmersas en “zonas grises”, vinculaciones que, por sus particularidades, llevan al intérprete a considerar que pudo el empleador –considerado así luego de la sentencia judicial– entender que el vínculo no encuadraba en la figura del contrato de trabajo.

Éste constituye, a mi juicio, uno de los grandes temas y desafíos actuales del Derecho del Trabajo, cuyos límites, frente a los cambios tecnológicos –fundamentalmente– y de paradigmas a partir de la segunda parte del siglo XX, trajo consigo relaciones nuevas que cuesta, en algunos casos, incluirlas dentro de lo que se denominó las “fronteras del Derecho del Trabajo”. Supera con creces la finalidad de este trabajo adentrarnos en la enmarañada realidad de las vinculaciones laborales del siglo XXI⁶⁵, con lo cual sólo hemos de señalar que jurisprudencialmente, en forma restrictiva, se han admitido planteos fundados en el artículo 16 de la LNE. En efecto, se ha dicho que “Aun cuando en el caso resulta de aplicación el plexo normativo previsto en la ley 24.013 ante el puntual desconocimiento de la relación subordinada y

⁶⁴ Cabe destacar que se ha dicho que “Cuando existen en la causa elementos de juicio idóneos como para tener por acreditado el extremo requerido por el art. 16 de la LNE, corresponde habilitar la reducción de las multas de los arts. 8° y 15 de la ley 24.013. En efecto, en el caso, existen en la causa circunstancias que permitirían considerar verosímil que la empleadora pudo dudar acerca de la aplicación de las normas laborales en la relación mantenida con el actor, quien no revestía las características de un empleado normal (era presidente de la empresa con la que se asoció la accionada). El caso se encuadraría en el supuesto previsto por el art. 16 ya mencionado y cabría modificar el decisorio apelado debiendo reducirse la multa del art. 8° al mínimo allí previsto (dos veces el importe mensual del salario que resulte de la aplicación del art. 245, LCT) y eliminar la multa prevista en el art. 15 de conformidad con lo dispuesto en el último párrafo de la norma de mención” (CNAT, sala II, SD 89.155 del 20-3-2001, “Di Lacio, Fermín c/Lanza Air Transport SA s/Despido”, expte. 7161/97).

⁶⁵ Algunas consideraciones he efectuado recientemente en *El contrato de locación de servicios y el contrato de trabajo frente a la normativa del Código Civil y Comercial*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2016-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

dependiente (pues la intimación cursada es susceptible de ser calificada como ‘fehaciente’ y mientras la relación de trabajo estaba aún vigente; conf. art. 11 y decreto 2725/91), sería justo atenuar dicho incumplimiento dadas las particulares circunstancias que rodearon a la relación (sujetos, modalidades de la prestación, etc.), para lo cual debería establecerse el mínimo punible para el caso (dos salarios del trabajador calculados conforme el art. 245 de la LCT) y sin la duplicación de los conceptos indemnizatorios (conf. art. 16 del texto legal citado)”⁶⁶.

Ahora bien, cabe tener claro que la norma, respecto de la sanción del artículo 8° de la LNE, sólo admite la reducción y le pone un piso: no puede ser inferior a dos veces el importe mensual del salario que resulte de la aplicación del artículo 245 de la LCT, o sea la mejor remuneración mensual, normal y habitual que se tome como base para el cálculo de la indemnización por antigüedad. En cambio admite que el artículo 15 de la LNE pueda ser reducido o inclusive eliminado, de darse los presupuestos mencionados: que efectivamente pudo tener el empleador una “razonable duda”. Queda, pues, en la prudencia y razonabilidad de los jueces la aplicación de esta disposición legal que, por sus características, debe ser interpretada restrictivamente⁶⁷.

⁶⁶ CNAT, sala VII, SD 36.593 del 4-4-2003, “Cabrera, Orlando c/Asociación Genovesa Argentina Carboneros Unidos s/Despido”, expte. 855/02.

⁶⁷ En efecto, se ha afirmado que “Si bien la facultad de reducir la indemnización prevista en el art. 8° de la ley 24.013 establecida en el art. 16 de dicho cuerpo normativo requiere ser utilizada prudencial y excepcionalmente por los magistrados, por constituir una excepción al principio de que el incumplimiento debe ser sancionado, las características de la relación habida entre las partes llevan a tener por comprobada la posibilidad de que hubiera existido ‘duda razonable’ en el empleador acerca de la naturaleza jurídica de la relación. En tal sentido, debe tenerse en cuenta que en el caso de las profesiones liberales la subordinación no se presenta con la claridad con que puede plantearse en otras actividades, ya que las características de éstas brindan al profesional una independencia que exige valorarla conjuntamente con otros elementos. Asimismo, en el caso de los reclamantes surge que han prestado servicios trabajando una vez por semana, cumpliendo una guardia de 24 horas y sin haber requerido la regularización de la relación laboral durante los años que duró la relación de cada uno y, si bien ello no obsta para el reconocimiento de la relación laboral –como se ha decidido en autos–, el silencio observado pudo generar en la demandada una duda razonable acerca de la aplicación de las disposiciones de la Ley de Contrato

VII. Prescripción

En materia de prescripción cabe estar a lo dispuesto por el artículo 256 de la LCT. Ahora bien, tal como lo señaláramos en un trabajo anterior ya citado⁶⁸, a veces se observan planteos de empleadores en los que se opone defensa de prescripción respecto de las indemnizaciones de los artículos 8° a 10 de la LNE, fundándose en el tiempo en que el trabajador permaneció sin registrar o deficientemente registrado, que supere los dos años. Ello obedece, en algunos casos, a cierta confusión entre el nacimiento de la indemnización –y por ende del plazo de dos años del artículo 256 de la LCT– y la forma de cálculo de dichos resarcimientos. La acción para reclamar las indemnizaciones nace una vez vencido el plazo de la intimación cursada en los términos del artículo 11 de la LNE. El hecho de que el legislador hubiese optado por un resarcimiento que toma como parámetro el salario y el tiempo en que laboró el dependiente en forma clandestina o parcialmente registrado no afecta los principios básicos que rigen el instituto de la prescripción.

Así, se ha dicho que “la indemnización del artículo 8°, ley 24.013, sólo resulta exigible a partir del momento en que vence el plazo del artículo 11 de dicho cuerpo legal, sin que se proceda a la registración de la relación, y por consiguiente, ése es el momento a partir del cual comienza a correr el plazo de prescripción de la acción correspondiente a ese rubro con prescindencia de los meses que resulten computables en su base de cálculo”⁶⁹.

En efecto, cabe señalar que salvo la disposición establecida en el artículo 11, *in fine* de la ley 24.013 –según la cual a efectos de calcular las indemnizaciones de los artículos 8°, 9° y 10 sólo se computarán las remuneraciones devengadas hasta los dos años anteriores a la fecha de entrada en vigencia de la Ley Nacional de Empleo–, no existe para atrás límite alguno en el cómputo de los salarios, ya que éstos funcionan

de Trabajo a los actores y, por ende, se justifica la aplicación de dicha normativa” (CNAT, sala I, SD 86.373 del 15-2-2011, *in re* “Cassinotti, Daniel c/PAMI s/Registración ley 24.013”).

⁶⁸ PINTO VARELA, *El trabajo no registrado. Estado actual de la jurisprudencia...* cit.

⁶⁹ CNAT, sala II, 29-8-2008, “Castagnino, Pablo Ariel c/Asociación del Fútbol Argentino”, Oficina de Jurisprudencia de la CNAT.

sólo como módulo de cálculo y, al no ser créditos ni derechos, no se encuentran sujetos a extinguirse por prescripción (CNAT, sala IV, 30-12-2011, SD 96.007, “Vélez, José Alberto c/Productos Lipo SA y otro s/Despido”; íd., 21-6-2012, SD 96.380, “Palacio, Isabel Delia c/Milkaut SA s/Despido”; sala X, 18-6-2003, “Lucano, Marcelo A. c/Asociación Mutual Trabajadores de las Universidades Nacionales”, LNL 2004-7-435; íd., 25-6-2012, SD 19.947, “Sánchez, Andrea Soledad c/Lalah SRL y otro s/Despido”).

En igual sentido se ha señalado que “los artículos 8º, 9º y 10 de la ley 24.013 no establecen obligaciones de tracto sucesivo que puedan ser divididas en períodos, sino indemnizaciones únicas que, de conformidad con lo establecido por el artículo 256 de la LCT, comienzan a prescribir a partir de su exigibilidad (esta sala, SD 90.800 del 21-9-2005, ‘Carrasco Delfino, Martha Guadalupe c/Beautimax SR s/Despido’; íd., SD 91.710 del 20-6-2006, ‘Ortiz, Alfredo Aurelio c/Soler, Roberto Claudio s/Despido’ y CNAT, sala X, 18-6-2003, ‘Lucano, Marcelo A. c/Asociación Mutual Trabajadores de las Universidades Nacionales’, LNL 2004-7-435). Salvo lo establecido en el artículo 11, *in fine* de la misma ley –según la cual a efectos de calcular las indemnizaciones de los artículos 8º, 9º y 10 sólo se computarán las remuneraciones devengadas hasta los dos años anteriores a la fecha de entrada en vigencia de la Ley Nacional de Empleo–, no existe para atrás límite alguno en el cómputo de los salarios, ya que éstos funcionan sólo como módulo de cálculo y, al no ser créditos ni derechos, no se encuentran sujetos a extinguirse por prescripción (CNAT, sala X, causa ‘Lucano’, citada precedentemente; Etala, Carlos A., *La regularización del empleo no registrado*, p. 97; García Vior, Andrea E., *La naturaleza de las multas de la Ley Nacional de Empleo y la facultad de intimar prevista en el artículo 11. Su vinculación con el instituto de la prescripción*, en LNL 2004-7-438). De ahí que el término de prescripción de las obligaciones derivadas de las indemnizaciones previstas en los citados artículos 8º, 9º y 10 de la ley 24.013 comienza a correr al vencimiento del plazo establecido en el artículo 11 de la misma ley y no desde la exigibilidad de cada una de las remuneraciones que sirven de base para su cálculo”⁷⁰.

⁷⁰ CNAT, sala IV, SD 93.037 del 29-2-2008, “Neira, Daniel Ángel c/Asociación

En definitiva, a mi juicio, a los efectos de determinar si el reclamo referido a las indemnizaciones de la Ley de Empleo se encuentra o no prescrito, debe computarse el plazo de dos años tomando como punto de partida el vencimiento del plazo previsto en el artículo 11 de la LNE y, en el caso de las indemnización del artículo 15 de la LNE, en la fecha de extinción del vínculo. Ello, claro está, sin perjuicio de las causales de suspensión y/o interrupción del plazo prescriptivo, ya sea por interposición de demanda, aun defectuosa, por intimación fehaciente al deudor o por inicio del trámite ante el SECCLO que deberán tenerse en consideración a los efectos de determinar la prescripción o no del crédito en cuestión.

Civil Club Atlético Chacarita Juniors s/Despido”, expte. 26.844/06; en similar sentido se ha pronunciado la sala I, SD 85.429 del 26-3-2009, “León Hakimian, Margarita c/Embajada de la República Argelina Democrática y Popular s/Despido”, expte. 29.645/06; sala II, SD 96.822 del 23-6-2009, “Facal, Diego Concepción c/Surmar SA s/Despido”, expte. 15.655/07.

INDEMNIZACIÓN POR FALTA DE CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES EXIGIBLES AL MOMENTO DE LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

por ELSA PORTA

SUMARIO: 1. Finalidad. 2. Carácter. 3. Ámbito de aplicación temporal. 4. Requisitos para su procedencia. a) Intimación fehaciente del trabajador. b) Inicio de actuaciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio. 5. Ámbito de aplicación personal. 6. Prescripción. 7. Criterios para la aplicación de la norma. 8. Casos en que procede el incremento. 9. Supuestos en que no resulta aplicable el plus en estudio. 10. Créditos sobre los cuales se aplica el agravamiento. 11. Pago insuficiente. 12. Reducción o eximición del recargo. 13. Compatibilidad con otras sanciones. 14. Conclusión.

El 11 de octubre del año 2000 se publicó en el Boletín Oficial la ley 25.323, que en su artículo 2º establece:

“Cuando el empleador, fehacientemente intimado por el trabajador, no le abonare las indemnizaciones previstas en los artículos 232, 233 y 245 de la Ley 20.744 (texto ordenado en 1976) y los artículos 6º y 7º de la Ley 25.013¹, o las que en el futuro las reemplacen, y, consecuentemente, lo obligare a iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibir las, éstas serán incrementadas en un 50%.

”Si hubieran existido causas que justificaren la conducta del empleador, los jueces, mediante resolución fundada, podrán reducir pru-

¹ Las reparaciones previstas por los arts. 6º y 7º de la ley 25.013 fueron derogadas por la ley 25.877 (B. O. del 19-3-2004).

dencialmente el incremento indemnizatorio dispuesto por el presente artículo hasta la eximición de su pago”.

1. Finalidad

El objetivo perseguido por el legislador es compeler al empleador a pagar en tiempo y forma las indemnizaciones por despido evitando litigios innecesarios y, a la vez, conjurar los perjuicios que causa al trabajador la falta de pago oportuno de dichas reparaciones, atento a su naturaleza alimentaria y la circunstancia “...de que se devengan, generalmente, en situaciones de emergencia para el empleado...”²

Se ha puntualizado que “...el dispositivo legal no reconoce otro propósito que desalentar la litigiosidad innecesaria, en aras de restituir a la ecuación transaccional primigenia una de sus variables, esto es, la que computa como beneficio de la clase trabajadora (que compensa la reducción de los daños ínsita en la tarifa legal) el hecho de la automaticidad de la liquidación y el de la celeridad en su cobro...”³

Horacio De la Fuente señala que la norma en cuestión –como toda ley laboral– se sancionó con el claro propósito de proteger a los trabajadores en momentos especiales de crisis y desocupación (en octubre del año 2000) buscando asegurar, a través del incremento del 50%, el pago oportuno de las indemnizaciones por despido en momentos en que los empleadores demoraban –voluntaria o involuntariamente– su efectivización. Situación que por cierto ocasionaba graves perjuicios a la parte más débil de la relación, los trabajadores, cuando la necesidad de percibir su crédito era mayor por encontrarse sin empleo y con dificultad para obtener una nueva ocupación, lo cual los obligaba muchas veces a transar y aceptar sumas muy inferiores a las debidas⁴.

² CSJN, 6-7-82, en autos “Carrizo, Domingo y otros c/Administración General de Puertos”, *Fallos*: 304:972.

³ MACHADO, José D.; OJEDA, Raúl H. y ACKERMAN, Mario E., *Las indemnizaciones debidas como consecuencia de la extinción de la relación de trabajo*, en ACKERMAN, Mario E. (dir.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, t. IV, ps. 459 y ss.

⁴ DE LA FUENTE, Horacio H., *Interpretación extensiva o literal (A propósito del plenario “Casado”)*, en L. L. del 21-9-2007, D. T., 2007 (noviembre), p. 1235.

2. Carácter

Machado sostiene que este recargo tiene el carácter de una sanción y no de una indemnización, pues el párrafo segundo de dicho artículo faculta a los jueces a reducir el incremento en caso de que existieran causas que justificaren la conducta del agente. El autor citado señala que es inherente a todo sistema penal atender decisivamente al factor de atribución subjetivo y a la proporcionalidad entre la gravedad del proceder antijurídico y la sanción, apreciando el comportamiento del agente, mientras los sistemas resarcitorios modernos atienden especialmente a la entidad del daño sufrido desde la perspectiva de la víctima, por lo que la norma en análisis se inscribe dentro de la primera lógica⁵.

Como jueza de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo he sostenido que "...la ley 25.323 mediante el artículo 2º tiende a resarcir otro tipo de daños, distintos y autónomos de los que causa la cesantía en sí. La norma procura indemnizar los perjuicios que sufre el trabajador como consecuencia de la falta de pago en tiempo oportuno de las reparaciones consagradas por la LCT y pretende que el acreedor laboral sea satisfecho de modo inmediato en atención al carácter alimentario de sus créditos. La ley establece una indemnización tarifada pues parte del supuesto de que el trabajador que es obligado a litigar sufrirá una serie de perjuicios con una pérdida de tiempo útil y mayores gastos. De tal modo se desalientan las conductas dilatorias de los empleadores y podría inferirse que el legislador entendió que tales perjuicios no resultan suficientemente conjurados con los intereses moratorios, toda vez que se exige algo más que la mora del deudor, se

⁵ MACHADO, José Daniel, *Teoría y práctica del artículo 2º de la ley 25.323*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2009-2, *Contratación y registración laboral*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 403. En el mismo sentido: VIDAL MAURIZ, Luciano y PEREIRA, Graciela B., *Incrementos indemnizatorios (ley 25.323)*, en PIROLO, Miguel Ángel (dir.), *Legislación usual comentada. Derecho Laboral. Estatutos especiales. Legislación complementaria aplicable a la relación individual*, Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2015, t. II, p. 526. También Enrique Arias Gibert, su voto en el fallo plenario N° 326 de la CNAT en autos "Gauna, Edgardo Dionisio c/Explotación Pesquera de la Patagonia SA s/Despido", del 9-5-2011.

requiere la circunstancia de que el acreedor laboral hubiera tenido que recurrir a la instancia conciliatoria o judicial para hacerse del crédito...”⁶

El tema es opinable, pero no puede soslayarse que el texto legal claramente expresa, refiriéndose a las indemnizaciones previstas en los artículos 232, 233 y 245 de la ley 20.744 (texto ordenado en 1976), que “...éstas serán incrementadas en un 50%...”, por lo tanto es válido concluir que este incremento participa de la misma naturaleza resarcitoria.

3. Ámbito de aplicación temporal

El incremento previsto por la norma resulta aplicable a partir del 20 de octubre de 2000 (conf. art. 2º del Cód. Civ., por entonces vigente) y no tiene efectos retroactivos. Como no se trata de una consecuencia del despido incausado, sino de la mora del empleador respecto del pago de las indemnizaciones previstas por la Ley de Contrato de Trabajo para tal supuesto, sólo es necesario que la intimación que establece la norma en estudio se realice durante la vigencia de la ley 25.323 y que la falta de pago de dichas reparaciones subsista con posterioridad a la fecha precedentemente indicada⁷.

Por lo tanto, resulta indiferente si el despido acaeció antes de su vigencia temporal⁸.

El tiempo de cumplimiento del empleador es incierto, ya que se exime del recargo si abona al trabajador las indemnizaciones (o las consigna judicialmente) antes de que éste inicie acciones administrativas o judiciales.

En consecuencia, el artículo 2º de la ley 25.323 se aplica al empleador que no paga la indemnización por despido, pese a haber sido fehacientemente intimado a ello, y siempre y cuando esa renuencia hubiera obligado al trabajador a iniciar acciones administrativas o judiciales.

⁶ CNAT, sala III, 18-6-2002, autos “Martínez, María c/Kapelusz Editora SA s/Despido”.

⁷ CNAT, sala VIII, 6-9-2002, “Bertolini, Miguel c/SAP SA”.

⁸ En el mismo sentido, RUIZ, Álvaro, *Los alcances de la ley 25.323. Algunas definiciones necesarias*, en D. T. 2000-B-2271.

4. Requisitos para su procedencia

En mi opinión, dos son las exigencias que establece el precepto legal para que se genere el derecho al incremento previsto por la norma. Por un lado, la intimación fehaciente del trabajador reclamando el pago de las reparaciones que taxativamente enumera la ley, y por otro, el inicio de acciones judiciales o administrativas para obtener la cancelación de tales créditos⁹. Por lo tanto, si el empleador al ser intimado satisface en forma íntegra el pago de las indemnizaciones derivadas del despido antes de que el trabajador comience el trámite administrativo o judicial, se libera del pago del plus que establece el citado artículo 2º de la ley 25.323.

En sentido contrario se manifiesta Vázquez Vialard, quien señala que la redacción de la norma que hace referencia a que la actitud del empleador obligare al trabajador a "...iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibir las, permite formularse la pregunta: ¿Qué ocurre si el pago (lo que supone la aceptación del acreedor) se realizó antes de que el trabajador pusiera en funcionamiento cualquiera de esas instancias?" Al respecto responde que "El tema se refiere a determinar cuándo se ha generado el crédito. A nuestro juicio –agrega–, ello ocurre una vez vencido el plazo de la intimación, por lo que la percepción del crédito sin el plus indemnizatorio está sujeta a la directiva que surge del artículo 260 de la LCT o sea que se considera como un pago a cuenta..."¹⁰

a) *Intimación fehaciente del trabajador*

Se requiere ineludiblemente la intimación fehaciente del trabajador, vale decir que debe hacerse por escrito (mediante carta documento, telegrama, escritura pública) a fin de que posteriormente pueda demostrarse tanto el emplazamiento como su recepción por parte del destinatario.

⁹ En igual sentido, CNAT, sala VII, SD 37.540 del 19-5-2004, "Medina, Edith c/Promotion & Fun SA s/Despido".

¹⁰ VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *Régimen de indemnización por despido incausado y sanciones con motivo de la ausencia o deficiente registro del empleado*, en *Revista de Derecho Laboral*, Número extraordinario, *La reforma laboral – II. Leyes 25.323, 25.344 y 25.345 y decreto reglamentario*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, p. 22.

Este requerimiento también puede ser realizado por la asociación sindical que represente al trabajador, con el consentimiento por escrito de éste. Si bien de conformidad con el artículo 31, inciso a, ley 23.551, las entidades sindicales con personería gremial –en forma exclusiva– tienen derecho a defender y representar ante el Estado y los empleadores los intereses individuales y colectivos de los trabajadores, lo cierto es que la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la inconstitucionalidad de la citada norma en cuanto restringe tal derecho sólo a las referidas asociaciones profesionales, por lo que es válido concluir que también les asiste dicha facultad a las entidades simplemente inscriptas¹¹.

Este emplazamiento no es necesario para constituir en mora al empleador, sólo tiene por objetivo evidenciar su renuencia a cumplir con la obligación a su cargo, ya que tratándose de créditos laborales la mora es automática, vale decir se produce por el solo vencimiento de los plazos fijados por ley para su cancelación (arts. 137, 128 y 149, LCT).

Al respecto, es necesario recordar que la ley 26.593 (B. O. del 26-5-2010) incorporó como artículo 255 bis de la ley 20.744 (t. o. 1976) el siguiente texto: “El pago de las remuneraciones e indemnizaciones que correspondieren por la extinción del contrato de trabajo, cualquiera sea su causa, se efectuará dentro de los plazos previstos en el artículo 128 computados desde la fecha de extinción de la relación laboral”.

Por lo cual, la mora respecto de los resarcimientos contemplados por el referido artículo 2º de la ley 25.323 se produce a los cuatro días hábiles de operada la extinción del vínculo (art. 128, LCT).

La intimación debe ser precisa, pues debe requerir el pago de las indemnizaciones por despido o el pago de cualquier diferencia de estas reparaciones, sin que pueda considerarse cumplido este requisito mediante el empleo de expresiones ambiguas o por medio de un reclamo genérico, como cuando se exige el pago de la “liquidación final” o se hace “reserva de derechos” o de “reclamar ante el Ministerio de Trabajo” o “ante quien corresponda”.

¹¹ CSJN, 18-6-2013, en autos “ATE c/Municipalidad de Salta s/Recurso de inconstitucionalidad”, A.598.XLIII.

Como la norma no establece un plazo por el cual se debe cursar la intimación, es válido concluir que debe hacerse por un plazo razonable, que nunca puede ser inferior a dos días hábiles (art. 57 de la LCT)¹².

La jurisprudencia mayoritaria de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo reconoce eficacia a la intimación realizada en la misma comunicación, por medio de la cual el trabajador notifica que se da por despedido, aun cuando esa intimación sólo puede surtir efectos una vez que haya vencido el plazo del artículo 128 de la LCT computado desde la fecha de extinción de la relación laboral, plazo este último conferido al deudor para extinguir la obligación sin consecuencias desfavorables¹³.

El artículo 2º de la ley 25.323 exige la realización de una intimación fehaciente al empleador para que abone las indemnizaciones provenientes del despido, pero en modo alguno la normativa requiere que dicha interpelación se lleve a cabo en forma separada de la pieza mediante la que se comunicó el despido, bastando para ello que se practique en forma clara, eficaz y posteriormente a la denuncia contractual, aun dentro de una misma misiva¹⁴.

Sin embargo, una postura minoritaria sostiene que el emplazamiento sólo puede realizarse después de haber extinguido el vínculo y no simultáneamente¹⁵.

Considero que la intimación fehaciente que exige la norma en estudio debe ser previa a toda acción judicial o trámite administrativo porque el texto legal diferencia claramente ambas exigencias y ambas constituyen el presupuesto fáctico para la aplicación del recargo¹⁶.

¹² VÁZQUEZ VIALARD, ob. cit., p. 21.

¹³ CNAT, sala V, SD 73.921 del 28-2-2012, "Dayan, Alejandra Gabriela c/Bayton SA y otro s/Despido".

¹⁴ CNAT, sala II, 17-7-2002, "Franco, Norma Beatriz c/Betman, Daniel y otro".

¹⁵ CNAT, sala X, SD 14.584 del 13-9-2006, "González, Hugo c/Asociación Civil Club Atlético Huracán s/Despido".

¹⁶ Aspecto claramente destacado por CONFALONIERI (h), Juan A., *Artículo 2º de la ley 25.323: ¿Cuándo debe intimar el trabajador al empleador para que proceda el incremento indemnizatorio previsto en dicha norma en los casos de despido indirecto?*, en *Trabajo y Seguridad Social*, t. XXXII, 2005, ps. 41 y ss.

Machado señala que la intimación al deudor constituye una condición del nacimiento mismo de la obligación, que por así decirlo se agrega a la obligación original en mora. Se trata de dos cuestiones conexas pero autónomas, y puntualiza: "...Ello resulta de la proposición típica 'y consecuentemente lo obligare a iniciar acciones judiciales', de lo que se sigue que es dicha circunstancia y no la falta de pago en sí la que da origen al incremento. Por lo tanto, concluye que no hay infracción punible, según la ley, sin renuencia previa que consecuentemente obligare a *promover el juicio*. De modo que en este escenario (la intimación) es una exigencia constitutiva de la tipicidad de la infracción y que debe diferenciarse de la demanda..."¹⁷

La jurisprudencia tampoco es unánime al respecto. Algunas salas de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo consideran que el reclamo ante el Seclo o su inclusión en la demanda judicial satisfacen el requisito de la intimación fehaciente que exige el artículo 2º de la ley 25.323¹⁸. Sin embargo, la mayoría de las salas entiende que tal requisito no puede considerarse cumplido cuando el reclamo se hace al promover el trámite ante el Seclo (por ejemplo, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), o con la interposición de la demanda; el requerimiento debe ser efectuado con posterioridad al distracto y con anterioridad a la etapa de conciliación previa¹⁹.

Otra cuestión que también cabría plantearse es la referida a la legitimación de los derechohabientes del trabajador fallecido para cursar la intimación fehaciente cuando ésta no ha sido practicada por aquél. En un caso en que fue la conviviente quien realizó el emplazamiento, los jueces consideraron que no se había cumplido el requisito exigido por la ley, porque se trata de un concepto o rubro a cuyo reclamo está

¹⁷ MACHADO, ob. cit. p. 406.

¹⁸ CNAT, sala III, SD del 17-8-2011, en autos "Torres, Carmen c/Chignon SRL s/Despido"; sala V, SD del 28-4-2015, en autos "Alegre, Maximiliano E. c/Clínica Modelo Los Cedros SA y otros s/Despido".

¹⁹ CNAT, sala VIII, SD 31.100 del 7-3-2003, "Migdal, Damián c/Sempre SA y otro s/Despido"; sala II, SD 98.312 del 5-8-2010, "Jara Palacio, Edgardo Rubén c/Le Groupe SRL y otros s/Despido"; sala X, SD 12.847 del 13-7-2004, "Brandan, Ramona c/Consortio de Propietarios Pte. Perón 2185 s/Despido".

legitimado el trabajador, y por tratarse de una penalidad, no es susceptible de interpretaciones extensivas o analógicas²⁰.

Considero que, en general, los beneficios que las leyes reconocen a los trabajadores se han hecho extensivos a sus causahabientes, por lo tanto, y en atención a la finalidad de la norma en examen, no encuentro ninguna razón que justifique apartarse de tal regla cuando son evidentes los perjuicios que sufren los familiares directos del trabajador ante la falta de pago oportuno de las indemnizaciones derivadas del despido.

b) *Inicio de actuaciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio*

Es claro que el legislador pretende incentivar al empleador a cumplir con el pago de las indemnizaciones que tienen por causa la extinción de la relación y evitar así la promoción de juicios por parte de los trabajadores con dicho objeto. En la Ciudad de Buenos Aires, con el inicio de la conciliación obligatoria precluye la etapa para efectuar la intimación previa que exige el artículo 2º de la ley 25.323 y determina la procedencia del recargo que establece la ley. En el resto del país será la promoción de la demanda judicial el límite para cursar la referida intimación.

Para evitar la aplicación del incremento, no basta que la empleadora exprese que la liquidación final está a disposición del trabajador.

La “puesta a disposición de fondos” adeudados no es más que una mera exteriorización de una conducta pasiva que no pasa de la esfera de la intimidad del oferente, pero que no sirve como prueba positiva de intención de abonar efectivamente. Sólo adquiere valimiento con sentido negativo para los intereses de quien la formula, pues lleva implícito el reconocimiento de la existencia de un deber obligacional incumplido al momento de hacer la oferta²¹.

En la hipótesis de que el empleador comunique dicha puesta a disposición de las sumas adeudadas al trabajador y éste se niegue a recibirlas, deberá consignarlas judicialmente para liberarse de su obli-

²⁰ CNAT, sala II, SD 94.602 del 2-11-2006, “Graib Kehoe, María por sí y en representación de su hija menor c/Produmet San Luis SA y otros s/Despido”.

²¹ CNAT, sala VII, SD 19.555 del 30-4-91, “Rey, Olga c/López, Maximiliano”.

gación (arts. 904 y ss. del Código Civil y Comercial unificado)²² o depositarlas en la cuenta sueldo del dependiente (conf. art. 124 de la LCT, texto según ley 26.590 –B. O. del 5-5-2010–).

5. **Ámbito de aplicación personal**

Dado que la ley contempla como presupuesto fáctico la falta de pago de indemnizaciones previstas por la Ley de Contrato de Trabajo, es válido concluir que el recargo que establece no se aplica a aquellos trabajadores excluidos del ámbito de aplicación personal de la normativa citada en último término. Vale decir a “los dependientes de la Administración Pública Nacional, Provincial o Municipal, excepto que por acto expreso se los incluya en la misma o en el régimen de las convenciones colectivas de trabajo” (art. 2º, 2º párr., inc. a, LCT).

Tampoco se aplica al personal de casas particulares, dado que el artículo 72, inciso d, de la ley 26.844²³ expresamente dispone que “No serán aplicables al presente régimen las disposiciones de las leyes 24.013 y sus modificatorias, 25.323 y 25.345”.

En cambio, el agravamiento de la ley 25.323 (art. 2º) resulta aplicable en el caso del contrato de trabajo agrario permanente de prestación continua, pues el artículo 16 de la ley 26.727²⁴ establece que su extinción se regirá por lo dispuesto en el Título XII de la ley 20.744 (t. o. 1976) y sus modificatorias y el artículo 108 dispone que serán de aplicación supletoria al régimen del trabajo agrario las disposiciones establecidas en las leyes 24.013, 25.013, 25.323 y 25.345 o las que en el futuro las reemplacen.

En cuanto a los trabajadores amparados por estatutos específicos, considero que el incremento sólo será procedente si los mismos establecen una mera remisión a las indemnizaciones comunes por despido previstas en la Ley de Contrato de Trabajo²⁵.

²² CNAT, sala II, SD 96.788 del 12-6-2009, “Semino, Gladis Noemí c/Toso SRL s/Despido”.

²³ B. O. del 12-4-2013.

²⁴ B. O. del 28-12-2011.

²⁵ CNAT, sala II, SD 92.723 del 9-8-2004, “Rotryng, Santiago c/Editorial Atlántida SA s/Despido”.

Por el contrario, considero que el recargo en examen no es aplicable cuando los regímenes especiales prevén indemnizaciones específicas para el supuesto de despido sin causa.

Comparto el criterio expuesto por Carlos A. Etala, quien señala que la Ley de Contrato de Trabajo no es aplicable si se trata de una institución contemplada de modo diferente en el régimen estatutario (aun en términos menos favorables para el trabajador). Se aplica la Ley de Contrato de Trabajo cuando la institución de la ley general no haya sido reglada por la ley especial y sea compatible. Estimamos en tal sentido que si se trata de estatutos profesionales que establecen una mera remisión a las indemnizaciones comunes por despido (caso de viajantes de comercio, art. 3º, ley 14.546, excluida la indemnización por clientela del art. 14, docentes particulares, ley 13.047, choferes particulares, ley 12.867), la norma les es aplicable y, por consiguiente, corresponde la duplicación de la indemnización por antigüedad. En cambio, si el estatuto en cuestión establece una indemnización o un mecanismo reparatorio distinto al establecido por el artículo 245 de la LCT, la duplicación no es procedente, como en el caso del estatuto de periodistas profesionales, ley 12.908, de la industria de la construcción, ley 22.250, de jugadores profesionales de fútbol, ley 20.160, de encargados de casas de renta, ley 12.981²⁶.

Así lo expuse, como integrante de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, al dictarse los fallos plenarios “Casado, Alfredo A. c/Sistema Nacional de Medios Públicos”²⁷ e “Iurleo, Diana Laura c/Consortio de Propietarios del Edificio Luis Sáenz Peña 1195 s/Despido”²⁸. En el primer caso, respecto de las indemnizaciones dispuestas en el artículo 43, incisos b, c, y d, de la ley 12.908, y en el segundo en relación con las reparaciones previstas por la ley 12.981 (art. 6º, 4º y 5º párrafos).

He fundamentado dicha opinión en que el texto del artículo 2º de la ley 25.323 es claro en cuanto a que sólo comprende los casos en que las indemnizaciones debidas son “...las previstas en los artícu-

²⁶ ETALA, Carlos Alberto, *Las nuevas normas de la ley 25.323*, en D. T. 2000-B-2085.

²⁷ Fallo plenario N° 313 de fecha 5-6-2007.

²⁸ Fallo plenario N° 320 de fecha 10-9-2008.

los 232, 233 y 245 de la ley 20.744 (t. o. 1976), dado que frente a la claridad de la ley no corresponde acudir a interpretaciones analógicas, más allá de las consideraciones que se podrían formular acerca de la conveniencia de que la solución prevista en la norma en estudio alcanzase también, en lo que a indemnizaciones por despido se refiere, a los trabajadores amparados por regímenes especiales...” Asimismo he señalado que el artículo 19 de la Constitución Nacional establece que “...nadie está obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe...”, por consiguiente, no puede imponerse al empleador un agravamiento de las indemnizaciones no previsto por la ley. El intérprete no puede sustituir al legislador y no cabe presumir que éste hubiera incurrido en un olvido o en una omisión no querida (*Fallos*: 308:164).

Este criterio lo expresé –como jueza también– respecto de otros trabajadores amparados por estatutos especiales que establecen un mecanismo reparatorio propio y distinto del establecido por el artículo 245 de la LCT. Así, por ejemplo, en los casos en que resultaba de aplicación el estatuto de empleados administrativos de empresas periodísticas (decreto-ley 13.839/1946; ver SD 84.959 del 24-6-2003, “Boscoso, Fernando Omar c/Bae Negocios SA s/Despido”), el régimen para la industria de la construcción, ley 22.250 (ver SD 88.143 del 29-9-2006, “Varela, Rodolfo Ernesto c/Agudía SRL y otro s/Ley 22.250”; SD 91.685 del 15-2-2010, “Miranda Chávez, Isidro c/Technicals SRL y otro s/Despido”), la ley 12.981 para encargados de casas de renta (SD 83.771 del 27-6-2002, “Ayuse, José Francisco c/Consortio de Propietarios del Edificio José Bonifacio 1750 s/Despido”, todas de la sala III de la CNAT, que tuve el honor de integrar).

De modo reiterado también he sostenido que las normas que imponen agravamientos indemnizatorios deben interpretarse restrictivamente (SD 85.555 del 30-12-2003, “Sánchez, Alberto Nicolás c/Corporación General de Alimentos SA s/Despido”; SD 86.185 del 12-10-2004, “Bichman, Diego Gregorio c/Transportes Metropolitanos General Roca SA”; SD 86.056 del 11-8-2004, “Sánchez, Juan Carlos c/Cliba Ingeniería Urbana SA”, de la misma sala).

Horacio De la Fuente, a propósito del plenario “Casado”, expuso que “...la interpretación a que arriba la mayoría de los jueces en el

mencionado plenario, sin desconocer la seriedad de sus fundamentos, conduce a un resultado injusto, disvalioso y discriminatorio que no se puede aceptar –menos en Derecho del Trabajo– en cuanto contradice la voluntad del legislador y el *espíritu legis*, de los que surge claramente –al margen de la deficiente expresión literal– el propósito de proteger a todos los trabajadores que se encuentren ante la misma contingencia de la demora en el pago de las indemnizaciones por despido, sin ninguna exclusión. Todo ello justifica que se deje de lado la interpretación gramatical de la norma para hacer prevalecer la finalidad legal, extendiéndose el texto literal para que se acomode a la *ratio*, incluyendo así en el ámbito de protección a todos los trabajadores, sin excepción (interpretación extensiva), lo cual resulta congruente, como se dijo, con los principios constitucionales de protección, igualdad y justicia...”²⁹

Posteriormente, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo cambió su criterio y en relación con los trabajadores marítimos fijó la siguiente doctrina plenaria: “...El recargo previsto en el artículo 2° de la ley 25.323 se aplica a las indemnizaciones previstas para los trabajadores marítimos, sujetos de relaciones reguladas por el Libro III del Código de Comercio y por la ley 20.094...” (plenario N° 326 del 9-5-2011, “Gauna, Edgardo Dionisio c/Explotación Pesquera de la Patagonia SA s/Despido”).

Al respecto, es necesario destacar que el Convenio Colectivo de Trabajo 370/71 y el Acta Convenio del 25 de febrero de 1972, que regulan el trabajo marítimo, establecen que el tripulante efectivo despedido sin causa tiene derecho a una indemnización para cuya determinación se remiten a la ley 11.729, pautas que en la actualidad contiene el artículo 245 de la LCT, con la salvedad de que la fracción de tiempo que da lugar a un nuevo período debe ser superior a los 120 días³⁰. Los nuevos convenios colectivos celebrados con posterioridad se remiten a la Ley de Contrato de Trabajo. En cuanto al monto de la

²⁹ DE LA FUENTE, ob. cit.

³⁰ MORENO CALABRESE, María Verónica, *Trabajo a bordo de buques de bandera nacional (ley 17.371: Cód. Com., Libro III, Tit. VI modif. por ley 17.371; ley 17.283 y ley 20.094)*, en PIROLO (dir.), *Legislación usual comentada. Derecho Laboral. Estatutos especiales. Legislación complementaria aplicable a la relación individual* cit., t. II, p. 257.

reparación, el régimen prevé una indemnización equivalente a un mes de sueldo por año de servicio, remitiendo al tope que pudiera establecer una ulterior modificación de la ley 11.729 (art. 9º). En consecuencia, resulta de aplicación el artículo 245 de la LCT³¹.

6. Prescripción

El plazo de prescripción respecto de este incremento es de dos años (conf. art. 256, LCT). Álvaro Ruiz sostiene que se trata de un accesorio, por lo que debe seguir el curso de lo principal y entonces el plazo de la prescripción es común al de las indemnizaciones previstas por la norma y se computa desde la mora (arts. 126, 128 y 149, ley citada)³². Sin embargo, dado que el trabajador debe intimar a su contraparte de modo fehaciente, este emplazamiento es idóneo para suspender el curso de la prescripción por el plazo de seis meses (art. 2541 del Código Civil y Comercial unificado).

7. Criterios para la aplicación de la norma

En la jurisprudencia se manifestaron dos posiciones respecto de la aplicación de la sanción consagrada por el artículo 2º de la ley 25.323. Una que entendía que la norma debía aplicarse con criterio restrictivo, pues de lo contrario se afectarían derechos del empleador, como el derecho a despedir con causa o su derecho de defensa en juicio.

En este sentido, Roberto O. Eiras expuso que "...Frente a un despido dispuesto por el empleador con invocación de causa, la indemnización prevista por el artículo 2º de la ley 25.323 debe ser concedida con carácter restrictivo, y sólo en aquellos supuestos en que no exista prueba alguna de la causa o la invocada resulte absolutamente improcedente a los fines del artículo 242 de la LCT, pues de lo contrario se produciría una clara limitación del derecho de defensa en juicio para el empleador quien, frente al riesgo de que se incrementen las indemnizaciones,

³¹ SIMONE, Ana, *El trabajo de la gente de mar*, en ACKERMAN (dir.), *Tratado de Derecho del Trabajo* cit., 2005, t. V, ps. 287 y 288.

³² RUIZ, ob. cit.

debería abstenerse de someter la cuestión a la consideración de los jueces, pese a que éstos son los únicos que pueden pronunciarse válidamente sobre el tema...”³³

La postura contraria fue sostenida por Ricardo A. Guibourg, quien expresó que “...No corresponde aplicar un criterio restrictivo para juzgar la procedencia de una indemnización como la establecida por el artículo 2º de la ley 25.323. Si tal criterio se apoya en la limitación del derecho de defensa que sufrirían quienes estarían obligados a resignar el debate judicial ante el riesgo de un incremento de las indemnizaciones, es útil recordar que toda actividad empresaria (e incluso cualquier proceso judicial) se apoya en algún grado inevitable de asunción de riesgos. Además, aun cuando la determinación de la existencia de justa causa de despido es, en última instancia, judicial, esta decisión es en cierto sentido retroactiva al momento de la desvinculación, circunstancia que justifica, por ejemplo, el cómputo de intereses. Quien decide un despido con invocación de causa subordina su eventual obligación de indemnizar a la cuestión de la prueba de la injuria invocada: si la prueba se produce, se libera de todas las obligaciones; en caso contrario, todas son exigibles retroactivamente...”³⁴

Por mi parte considero que no es necesario hacer una aplicación restrictiva de la norma en estudio, porque la misma confiere a los jueces la atribución de reducir o eximir del pago del agravamiento en los supuestos de situaciones que pudieran justificar la conducta del empleador. Así lo manifesté como integrante de la sala III en los siguientes términos: “...Corresponderá la exoneración de la sanción del artículo 2º de la ley 25.323 o bien su reducción, en los casos en que exista una controversia seria y fundada sobre la causal del despido y ello corrobora que la norma en examen no obstaculiza el ejercicio del derecho de despedir con causa en los términos del artículo 242 de la LCT, pues deja librada a la apreciación judicial tanto la verosimilitud del despido en sí, como la justificación de la falta de pago en tiempo oportuno...”³⁵

³³ Del voto del Dr. Eiras: CNAT, sala III, 21-6-2002, “Aca, Adrián Rosalino c/Don Battaglia SRL s/Despido”.

³⁴ Voto del Dr. Guibourg: CNAT, sala III, SD 83.720 del 21-6-2002, “Aca, Adrián c/Don Battaglia SRL s/Despido”.

³⁵ Mi voto en los autos citados precedentemente.

8. Casos en que procede el incremento

No caben dudas de que el agravamiento en estudio corresponde tanto en el caso de despido directo, como de despido indirecto, dado que la ley determina la aplicación del recargo ante la falta de pago de las indemnizaciones previstas por los artículos 232, 233 y 245 de la LCT, las cuales proceden tanto en el supuesto de despido sin causa dispuesto por el empleador, como también cuando es el trabajador quien pone fin a la relación laboral por alguna conducta injuriosa de aquél.

Al respecto, he sostenido como magistrada que “...en nuestro ordenamiento legal la ruptura del contrato laboral por parte del trabajador fundado en justa causa tiene los mismos efectos y consecuencias que cuando se trata de un despido dispuesto por el empleador sin justificación (art. 246 de la LCT). Ello es así, ya que la denuncia del contrato por parte del trabajador tiene su origen en el obrar del principal, pues es el empleador quien incurre en un incumplimiento contractual de tal magnitud que equivale a disponer la ruptura del vínculo y por lo tanto los agravamientos indemnizatorios previstos para el despido sin causa justificada son procedentes también en la hipótesis de despido indirecto, porque de lo contrario bastaría al empleador hacer intolerable la ejecución de la relación de trabajo para el empleado, obteniendo por vía indirecta lo que la ley le veda hacer directamente...”³⁶

Frente a lo dispuesto en el artículo 2º de la ley 25.323, tanto el despido directo como el indirecto poseen idénticos efectos (art. 246, LCT), y la penalidad allí establecida no depende de quién adopte la decisión de disolver el vínculo, sino de la justificación de la medida y de la falta de pago de indemnizaciones, cuya cancelación se requiriera fehacientemente, de modo que la circunstancia de tratarse de un despido indirecto no obsta a su procedencia. Éste es el criterio unánime de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en la actualidad.

Sin embargo, una jurisprudencia minoritaria se pronunció por la improcedencia de la sanción establecida por el artículo 2º de la ley 25.323 en el caso del despido indirecto, con el argumento de que en

³⁶ Mi voto en el fallo plenario N° 310 del 1-3-2006, dictado en autos “Ruiz, Víctor Hugo c/Universidad Argentina de la Empresa UADE s/Despido”.

ese caso es el trabajador el que pone fin a la relación de trabajo, invocando una justa causa, cuya legitimidad sólo será declarada, eventualmente, al cabo de un proceso judicial. Hasta ese momento no existía un crédito actual en cabeza del trabajador denunciante. El empleador no se encontraba en mora respecto de la multa del artículo 2º de la ley 25.323, pues su procedencia no había sido establecida. Sólo pronunciada la sentencia y condenado el empleador a satisfacer las indemnizaciones, su incumplimiento podría tornar operativo al artículo 2º de la ley 25.323, ya que sólo desde entonces existiría un crédito perfecto por indemnizaciones, cuya satisfacción se vería forzada por la coerción derivada de la norma en cuestión. En esa inteligencia, cuando el legislador utiliza la expresión “despido”, se debe asumir que lo ha hecho en el sentido técnico de denuncia del contrato de trabajo emanada del empleador³⁷.

El incremento también es viable cuando el empleador ha invocado una causa de despido que no logró acreditar o la misma resulta absolutamente improcedente a los fines del artículo 242 de la LCT, pues de lo contrario bastaría que aquél inventara e invocara cualquier motivo para tornar inoperante el precepto legal³⁸.

Asimismo, corresponde el agravamiento cuando se configura la situación contemplada por el 3º párrafo del artículo 212 de la LCT, dado que la norma prevé una reparación tarifada del daño –por remisión al artículo 245 de dicha ley– ante el incumplimiento del empleador que, con su comportamiento antijurídico, impide que su dependiente desarrolle tareas adecuadas a su condición deficitaria³⁹.

³⁷ Del voto del Dr. Morando, en mayoría: CNAT, sala VIII, SD 33.797 del 30-11-2006, “Mónaco de Varani, María Judith c/Banco de la Nación Argentina s/Despido”.

³⁸ “El empleador que invoca como justa causa un incumplimiento susceptible de ser encuadrado en el concepto de injuria del art. 242, LCT, no ofrece prueba u ofrece como tal la que no lo es, o no intenta en absoluto producir la ofrecida, sugiere con su conducta negligente que ha comunicado el despido con invocación de una justa causa ficticia, con la finalidad de evadir la sanción, cuyo propósito disuasorio de los despidos no está en discusión. En esas condiciones será lícito considerar que produjo un despido *ad nutum*, incluido en los presupuestos del art. 2º de la ley 25.323” (CNAT, sala VIII, SD 37.548 del 9-9-2010, “Fernández Luque, Claudio Roberto c/Transtex SA s/Despido”).

³⁹ CNAT, sala II, SD 96.788 del 12-6-2009, “Semino, Gladis Noemí c/Toso SRL

Igualmente, debe aplicarse el incremento contemplado en el artículo 2º de la ley 25.323, aunque el vínculo se hubiera extinguido durante el período de prueba y, consecuentemente, no exista derecho a indemnización con motivo de la extinción, pues subsiste la obligación de preavisar, según lo establecido en los artículos 231 y 232 de la LCT⁴⁰.

9. Supuestos en que no resulta aplicable el plus en estudio

El incremento no procede en el supuesto de que se trate de las indemnizaciones previstas por los artículos 248 y 249 de la LCT, aun cuando al solo efecto de su cálculo el legislador haya tenido en cuenta la regla del artículo 245 como simple parámetro aritmético⁴¹. Tampoco es viable si el vínculo laboral se extinguió por mutuo acuerdo de las partes o por renuncia del trabajador⁴².

Tampoco procede el agravamiento indemnizatorio del artículo 2º de la ley 25.323 si la extinción del vínculo contractual se produjo de conformidad a lo dispuesto en el artículo 212, 4º párrafo de la LCT, pues la indemnización prevista por esta norma no es un resarcimiento por despido injustificado –directo o indirecto– sino una reparación de equidad que el legislador ha puesto en cabeza del empleador como un recurso de la teoría denominada de la responsabilidad social delegada, aun cuando deba abonarse una indemnización igual a la contemplada en el artículo 245 de la LCT⁴³.

s/Despido”; sala IX, SD 17.506 del 12-12-2011, “Zabala, Héctor Daniel c/Westfalia Separador Argentina SA y otro s/Accidente. Acción civil”.

⁴⁰ CNAT, sala V, SD 61.475 del 7-8-2009, “Fernández Cardoso, Julio César c/Sunny Food SA y otro s/Despido”.

⁴¹ CNAT, sala II, SD 96.613 del 23-4-2009, “Millar, Luis Mariano por sí y en representación de sus hijos menores c/PAMI, Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/Indemnización por fallecimiento”.

⁴² CNAT, sala VIII, SD 31.255 del 30-5-2003, “Pares, Lorena c/Selecto SA y otro s/Despido”.

⁴³ CNAT, sala I, SD 81.691 del 13-5-2004, “Boccolini, René c/Sebam SA y otros s/Cobro de salarios”; sala X, SD 17.141 del 29-12-2009, “Frieiro, Alfonso Orlando c/Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/Ley 25.323”; sala II, SD 100.010 del 20-12-2011, “Iglesias, Blanca Lydia c/Pami, Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/Art. 212, LCT”.

10. Créditos sobre los cuales se aplica el agravamiento

Considero que es claro el texto legal en cuanto a que sólo se incrementan las reparaciones previstas por los artículos 231, 233 y 245 de la LCT, por lo tanto entiendo que el agravamiento no corresponde respecto de la falta de pago de cualquier crédito laboral, sino exclusivamente para las indemnizaciones que taxativamente menciona el precepto legal.

Por lo tanto, no cabe aumentar otras indemnizaciones especiales que en algunos supuestos proceden juntamente con la de despido, como sucede en el caso de despido por maternidad, matrimonio, tutela sindical, etcétera⁴⁴.

En contra de esta postura se manifiestan Elffman y Teuly, quienes consideran que la enunciación de las indemnizaciones que hace el artículo 2º de la ley 25.323 no es taxativa y que el incremento debe aplicarse a cualquier crédito del trabajador, aun respecto de salarios adeudados.

Los autores citados plantean la siguiente pregunta: ¿Qué pasa si el incumplimiento del pago se da en alguna de estas causales –despido de un representante gremial o agravado por embarazo–? Y responden: “...No cabe dudar de que la indemnización incrementada en un 50% se acumula a las mismas, aunque el incremento se dé aparentemente –por imperio expreso de la ley– en las indemnizaciones correspondientes al preaviso, integración y la mal llamada antigüedad (art. 245, Ley de Contrato de Trabajo o art. 7º, ley 25.013). En este punto, no cabe considerar que la referencia a esas dos normas sea taxativa. Creemos que la omisión del legislador ha de ser cubierta por la interpretación judicial, pues no concebimos que, establecido el principio, el mismo no fuera aplicable al caso de un despido con invocación del artículo 247 de la Ley de Contrato de Trabajo, o al despido de un periodista profesional; o cualquier otro supuesto en el que la base de cálculo sea mayor que la básica fijada en el artículo 245 de la Ley Contrato de Trabajo o 7º de la ley 25.013...”⁴⁵

⁴⁴ CNAT, sala I, SD 91.894 del 29-11-2006, “Biga, Mario c/Nuevo Banco Bisel SA s/Despido”.

⁴⁵ ELFFMAN, Mario y TEULY, Florencia, *Las “indemnizaciones laborales” de la ley 25.323*, en D. T. 2001-233.

El plus previsto por el artículo 2° de la ley 25.323 también debe calcularse en relación con la llamada indemnización por preaviso omitido y por la llamada integración del mes de despido. En tal hipótesis corresponde incluir en la base de cálculo la incidencia del SAC⁴⁶.

En relación con los trabajadores marítimos, dado que de acuerdo con el fallo plenario N° 326 dictado en autos “Gauna, Edgardo Dionisio c/Explotación Pesquera de la Patagonia SA s/Despido”, el incremento indemnizatorio que establece el artículo 2° de la ley 25.323 resulta aplicable a las indemnizaciones por despido previstas para tales trabajadores, cabe precisar que el recargo en cuestión debe calcularse sobre la indemnización por antigüedad más el adicional por rescisión⁴⁷. Las particularidades de la prestación del trabajo a bordo tornan inaplicable la disposición de la LCT relativa al otorgamiento del preaviso. Es por ello que se estableció una indemnización sustitutiva del preaviso omitido que se denomina “adicional por rescisión” equivalente a uno o dos meses de sueldo según la antigüedad del tripulante⁴⁸.

11. Pago insuficiente

En este punto la jurisprudencia tampoco resulta pacífica, puesto que algunos fallos consideraron que la norma en examen sólo resulta aplicable ante la falta de pago de las reparaciones por despido y no cuando éstas se abonaron aunque de modo insuficiente, porque en este caso no se evidencia la existencia de una conducta evasiva o reticente⁴⁹.

Otros pronunciamientos, en cambio, decidieron que –aun en ese caso– el incremento era procedente por el total, ya que el empleador no cumplió con la obligación a su cargo, pese a que fue intimado por el trabajador, quien en definitiva se vio obligado a litigar. Se ha sos-

⁴⁶ CNAT, sala III, SD 92.930 del 30-12-2011, “García, Juan Luis c/Telefónica de Argentina SA y otro s/Despido”.

⁴⁷ CNAT, sala IV, SD 95.623 del 15-7-2011, “Acosta, José Ángel c/Vieira Argentina SA s/Despido”. En el mismo sentido, sala VI, SD 43.755 del 29-8-2011, “Brañas, José Luis c/Pesquera Santa Elena SA y otro”.

⁴⁸ SIMONE, ob. cit., p. 288.

⁴⁹ CNAT, sala V, SD 66.708 del 29-9-2003, “Gambarte, José c/Fundación Club Hindú Asoc. Civil s/Despido”.

tenido que la finalidad de la ley 25.323 es sancionar a quien tiene la intención directa de no pagar las consecuencias de un despido y también sanciona a quien paga mal⁵⁰.

Sin embargo, en la actualidad, la mayoría de las salas de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo entiende que el recargo sólo procede sobre el saldo impago, dado que el trabajador se vio obligado a litigar para obtener su cancelación⁵¹.

Recordemos que el pago debe ser íntegro (conf. arts. 131, 132 y 149, LCT), por lo que el pago parcial activa la sanción que establece el citado artículo 2º de la ley 25.323. El pago insuficiente de la indemnización queda regido por el artículo 260 de la LCT. Es decir que carece de efecto liberatorio-cancelatorio, incluso si el trabajador lo percibiere sin reservas o remitiendo expresamente la diferencia, lo que sería de ningún valor a mérito del principio de irrenunciabilidad de los créditos devengados y de la aludida regla legal.

12. Reducción o eximición del recargo

La ley faculta a los jueces, por resolución fundada, a reducir o eximir del pago del incremento cuando hubiera existido causa que justificare la conducta del empleador. Esta potestad debe ser ejercida prudencialmente por los magistrados.

La falta de pago por parte del empleador podrá obedecer a una imposibilidad –material o jurídica– de realizar el pago o bien a la pertinencia del despido dispuesto.

Al respecto, se ha señalado que la interpretación que históricamente se ha dado a este tipo de estándar bajo regulaciones parecidas (v. gr., art. 16 de la LNE 24.013) permite inferir que las mismas deberán estar vinculadas a las dudas sustantivas, objetivamente apreciadas acerca de la procedencia misma de la indemnización. Y no, en cambio, a argumentos basados en la mayor o menor liquidez o posibilidad de

⁵⁰ CNAT, sala III, SD 92.884 del 30-11-2011, “Plaza, Florencia Elsa c/Telecom Personal SA s/Despido”; sala VI, SD 44.171 del 29-2-2012, “Romeo, Marcelo Fabián c/Schroder Investment Management SA s/Despido”.

⁵¹ CNAT, sala IX, SD 10.441 del 25-4-2003, “Efron, Ernesto c/Amsa SA s/Despido”.

pago del deudor, aspecto de la cuestión que cae bajo el imperio de la doctrina de ajenidad de los riesgos⁵².

Vázquez Vialard expresa que el plus que se genera con motivo de los incumplimientos (por no haber satisfecho la deuda) puede ser reducido prudencialmente o eximido su pago por el juez que conoce en la causa, cuando se acreditan razones que justifiquen ese incumplimiento y estima que, en ese caso, la situación debe ser suficientemente atendible, tal podría ser una de fuerza mayor o de falencia⁵³.

En algún caso la jurisprudencia consideró justificada la reducción en el supuesto de concurso o quiebra del sujeto empleador, porque en tal hipótesis el desapoderamiento impidió realizar el pago⁵⁴.

También procede la reducción o eximición del pago del agravamiento cuando si bien se acreditó el hecho invocado como causa de despido, los jueces consideraron que no era suficiente –por su entidad– para justificar la ruptura del vínculo.

En este aspecto sostuve como jueza que “...corresponderá la exoneración de la sanción establecida en el artículo 2º de la ley 25.323 o bien su reducción en los casos en que exista una controversia seria y fundada sobre la causal del despido, por ejemplo en el supuesto de que el empleador que invocó una justa causa para despedir logre acreditar los hechos y el juzgador, atendiendo a las circunstancias del caso, hubiera concluido que si bien ha existido un incumplimiento por parte del trabajador, aquél no resulta de gravedad como para impedir la prosecución del vínculo. Esto corrobora que la norma en examen no obstaculiza el ejercicio del derecho de despedir con causa en los términos del artículo 242 de la LCT...”⁵⁵

⁵² MACHADO, OJEDA y ACKERMAN, *Las indemnizaciones debidas como consecuencia de la extinción de la relación de trabajo* cit., p. 458.

⁵³ VÁZQUEZ VIALARD, ob. cit., p. 21.

⁵⁴ CNAT, sala I, SD del 6-3-2013, en autos “Ratto, Alfredo Luis c/Vandenfil SA y otros”; sala III, SD 85.802 del 28-4-2004, “Roca, Silvia y otros c/Obra Social del Sindicato de Mecánicos y Afines del Transporte Automotor s/Despido”. En sentido contrario, CNAT, sala VI, SD 62.699 del 11-3-2011, “López, Marcos Ramón c/Alpi Asoc. Civil s/Despido”.

⁵⁵ CNAT, sala III, SD 83.713 del 18-6-2002, “Martínez, María c/Kapelusz SA s/Despido”.

13. Compatibilidad con otras sanciones

Resulta discutible si el recargo establecido por el citado artículo 2º de la ley 25.323 es o no compatible con la sanción prevista en el artículo 9º de la ley 25.013, que establece la presunción de conducta temeraria y maliciosa en caso de falta de pago en término y sin causa justificada por parte del empleador de la indemnización por despido incausado o de un acuerdo rescisorio homologado, lo cual determina la aplicación de un interés de hasta dos veces y media el que cobren los bancos oficiales para operaciones de descuentos comerciales (conf. art. 275, LCT).

Es claro que los supuestos de aplicación de ambas normas difieren: la ley 25.013 se aplica a todos los trabajadores, aun a los regidos por los estatutos particulares, no excluidos expresamente por el artículo 2º de la LCT (contratos de trabajo celebrados a partir del 3-10-98, conf. art. 5º de la ley citada en primer término), en cambio, como expusiera, la ley 25.323 tiene un ámbito de aplicación personal más reducido y contempla la falta de pago, no sólo de indemnización por despido incausado, sino también la reparación sustitutiva de preaviso y la denominada “integración del mes de despido”, resarcimientos que no son tenidos en cuenta para que cobre operatividad la presunción consagrada por la ley 25.013, la cual también se activa ante la falta de pago de un acuerdo rescisorio homologado.

Sin embargo, las diferencias no se agotan en tales extremos, pues también las sanciones son distintas: como señalara, la ley 25.323 impone el pago de un agravamiento equivalente al 50% del valor de las reparaciones previstas por los artículos 245, 231 y 233 de la LCT, mientras que el artículo 9º de la ley 25.013 establece que la falta de pago de la indemnización por despido incausado o de un acuerdo rescisorio homologado genera una presunción de inconducta procesal (temeridad o malicia) y en tal supuesto se incrementa la tasa de interés (conf. art. 275, LCT).

El artículo 1º de la ley 25.323 dispone que “Las indemnizaciones previstas por las leyes 20.744 (texto ordenado en 1976), artículo 245 y 25.013, artículo 7º, o las que en el futuro las reemplacen, serán incrementadas al doble cuando se trate de una relación laboral que al

momento del despido no esté registrada o lo esté de modo deficiente...”, y en su último párrafo agrega: “...El agravamiento indemnizatorio establecido en el presente artículo, no será acumulable a las indemnizaciones previstas por los artículos 8º, 9º, 10 y 15 de la Ley 24.013”.

Por lo tanto, es válido concluir –como nada dispone en relación con la sanción establecida por el mencionado artículo 9º de la ley 25.013– que ambas sanciones son acumulables.

Sin embargo, esta acumulación no es posible dado que una aplicación simultánea de las sanciones previstas por ambas leyes para el mismo hecho (falta de pago de la indemnización por despido sin causa) constituye, según Carlos A. Etala, *una violación del principio “non bis in idem” que debe considerarse un principio general de Derecho*. El referido autor sostiene que es posible concluir que el artículo 9º de la ley 25.013 podrá continuar siendo aplicable a aquellas relaciones laborales no alcanzadas por el artículo 2º de la ley 25.013. Esta última norma, en el ámbito de aplicación personal en que se superpone con el de la ley 25.013, ha de desplazar al artículo 9º de esta ley porque no puede aplicarse una doble sanción por el mismo hecho⁵⁶.

Al respecto, Ricardo Guibourg puntualizó que “...La falta de pago en término de las indemnizaciones derivadas del despido generan, a favor del trabajador, un recargo dispuesto por dos normas sucesivas, la ley 25.013 cuando decidió que la mora implicaba una presunción *juris tantum* de actuación maliciosa por parte del patrono dando lugar a la aplicación del artículo 275 de la Ley de Contrato de Trabajo y a posteriori, la ley 25.323 estableció un incremento del 50% en las indemnizaciones previstas por los artículos 232, 233 y 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, siempre que mediase intimación fehaciente por parte del trabajador. Ambas normas se superponen parcialmente y sólo si la conducta del empleador durante el proceso resulta ser efectivamente maliciosa (no ya como presunción) habría que computar el interés punitivo del artículo 275 citado...”⁵⁷

⁵⁶ ETALA, ob. cit.

⁵⁷ CNAT, sala III, SD del 12-9-2002, “Saiegh, Salvador c/Consortio de Propietarios H. Yrigoyen 3641”, citado por OJEDA, Raúl, *Jurisprudencia laboral nacional y de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires*, 2ª ed. act. y ampl., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, t. IV, p. 153.

Vázquez Vialard opina que la presunción del artículo 9º de la ley 25.013 fue absorbida por la figura del artículo 2º de la ley 25.323 y señala que “...De no haberse formulado el correspondiente requerimiento, el empleado cuya relación contractual ha comenzado a partir del 3 de octubre de 1998 tiene derecho a que el juez que interviene en la causa sancione el incumplimiento a que hace referencia el citado artículo 9º de la ley 25.013 (que no opera en forma automática, como ocurre en el caso del art. 2º de la ley 25.323)”. Respecto de esta sanción, agrega que “no es incompatible con las que establece el artículo 275 de la LCT y los diversos códigos procesales en los casos en que se incurre en temeridad o malicia [...] se trata de incumplimientos distintos por lo que la sanción de uno de ellos no absorbe la que el ordenamiento establece respecto del otro. En el caso de la ley 25.323, la infracción consiste en un incumplimiento contractual que debió ser debidamente intimado. En cambio, la citada disposición contenida en la LCT se refiere a una conducta ilícita desarrollada a través del proceso (o en algún caso, respecto del cumplimiento de obligaciones propias de la relación contractual o poscontractual), situación que también corresponde a los sancionados por los respectivos códigos procesales. Se trata, por lo tanto, de ilícitos distintos contemplados en diversas normas...”⁵⁸

Tosca y Torres, en cambio, consideran no sólo que la norma del artículo 9º de la ley 25.013 subsiste, sino que la sanción que prescribe resulta acumulable con la del artículo 2º de la ley 25.323. Ello, ante la falta de disposición expresa en contrario –como sí sucede en el último párrafo del artículo 1º de la ley 25.323–, al relacionar el incremento allí normado con las multas de la Ley Nacional de Empleo⁵⁹.

⁵⁸ VÁZQUEZ VIALARD, ob. cit., p. 22.

⁵⁹ TORRES, Roberto E., *Análisis de la ley 25.323. Incremento de indemnizaciones*, en D. T. 2001-A-90 y ss.; TOSCA, Diego M., *Consideraciones preliminares sobre los incrementos indemnizatorios introducidos por la ley 25.323*, en D. T. 2000-B-2120 y ss. También propician el cúmulo de sanciones ALTAMIRA GIGENA, Raúl E., *Ley 25.323. Buenas intenciones, magros resultados. Un nuevo embate a la seriedad y realismo legislativo*, en D. T. 2001-A-228; CAUBET, Amanda B., *Indemnizaciones por despido arbitrario. Incremento por deficiente registración y por falta de pago ante intimación fehaciente*, en *Doctrina Laboral*, Errepar, N° 183, noviembre de 2000, p. 941.

Machado entiende que ambos institutos no se excluyen ni son incompatibles y hace hincapié en que el incremento del artículo 2º de la ley 25.323 lo fija la ley y con carácter de regla tomando como fundamento el hecho objetivo de la falta de pago de las indemnizaciones por la extinción unilateral arbitraria. Luego, como excepción fundada, se confiere a los jueces la facultad de graduar a la baja su significación económica. En cambio, en el escenario del artículo 275 la sanción atiende a la conducta del deudor durante el proceso y la fija el juez (la ley se limita a darle la atribución), revistiendo un carácter más bien excepcional. La primera, expresa, es una infracción sustantiva, no procesal, y en todo caso la ponderación del ingrediente subjetivo deberá ser invocado y probado por el deudor que lo alega a modo de una “causa de justificación” –como eximente total o parcial de responsabilidad– que deberá consistir en su no culpa⁶⁰.

Loustaunau y Maza señalan que las sanciones que pueden traer aparejadas los artículos 9º de la ley 25.013 y 2º de la ley 25.323 no son acumulables pues ello implicaría una doble sanción por el mismo hecho, pero el supuesto en el que se superponen es muy limitado. No hay una derogación tácita del artículo 9º de la ley 25.013 por el artículo 2º de la ley 25.323. Ambas normas conservan sus propios ámbitos de aplicación. Y en el restringido ámbito de coincidencia habrá de analizarse casuísticamente cuál es la norma más favorable para el trabajador, la que –desplazando transitoriamente a la restante– resultará la norma aplicable⁶¹.

La jurisprudencia ha señalado que “...El artículo 9º de la ley 25.013 contribuye a definir los alcances de la política legislativa en la que se inserta el artículo 2º de la ley 25.323: la disminución de la carga indemnizatoria que aquélla ha establecido para los contratos celebrados durante su vigencia viene acompañada con una acentuación del rigor represivo de la evasión del cumplimiento de dichas cargas. Ambas disposiciones establecen sanciones para el empleador que, a sabiendas y sin una justificación objetivamente razonable, dejan de satisfacer

⁶⁰ MACHADO, ob. cit., ps. 404 y 405.

⁶¹ LOUSTAUNAU, Eduardo A. y MAZA, Miguel A., *Los artículos 9º de la ley 25.013 y 2º de la ley 25.323: supuestos de concurrencia y de exclusión*, en D. T. 2003-B-1486, AR/DOC/11186/2003.

indemnizaciones ya que, en función del modo de extinción de la relación de trabajo, no las satisface en tiempo y sustancia propios. Por eso, el artículo 9º ha limitado el ámbito a los supuestos de despido incausado –esto es *ad nutum*– y no a los casos de invocación de justa causa, ni menos aún los de despido indirecto...”⁶²

Respecto de los despidos *ad nutum* se ha precisado que “...La sanción impuesta por el artículo 9º de la ley 25.013 resulta de aplicación exclusivamente a los despidos formulados por el empleador *ad nutum* o sin expresión de causa ya que el legislador quiso sancionar solamente los claros supuestos en los que el principal rompe el contrato sin invocación de causa y, pese a no dudar de que debe las indemnizaciones derivadas de tal ruptura, no procede a abonarlas. En efecto, dicho artículo 9º refiere a ‘falta de pago sin causa justificada [...] de un despido incausado o de un acuerdo conciliatorio homologado...’ y en lenguaje general jurídico laboral, ‘despido incausado’ es aquí sinónimo de ‘despido *ad nutum*’ (es decir, comunicado sin expresión de causa), mientras que la alusión a la falta de ‘causa justificada’ remite a la consideración de circunstancias que podrían explicar la falta de pago oportuno. Los dos supuestos tipificados por la norma (despido sin expresión de causa e incumplimiento de acuerdo homologado) tienen en común la determinación certera y definitiva de la existencia de una obligación en cabeza del empleador: abonar la indemnización por despido o satisfacer en tiempo la que voluntariamente asumiera. En ninguno de ambos resulta admisible el cuestionamiento de la existencia de la obligación. En cambio, cuando el despido hubiere operado en forma indirecta o por un despido fundado en la invocación de una justa causa, aun cuando luego se juzgara que medió injuria que justificó la denuncia por parte del trabajador o que la causal invocada por el empleador no existió o no tenía entidad suficiente, no cabría llegar a idéntica conclusión toda vez que en tales hipótesis no medió la certeza del deber de pagar los resarcimientos y, a la inversa, hubo debate y litigiosidad. De todos modos, claro está que si la invocación de la causa por parte del principal fuere manifiestamente injustificada, el juzgador siempre podrá hacer aplicación directa del precepto al que

⁶² CNAT, sala VII, SD 31.089 del 28-2-2003, “Rivero, Omar c/La Fármaco Argentina CSA s/Despido”.

remite el artículo 9º de la ley 25.013, con lo que tales situaciones –excepcionales– quedarían igualmente cubiertas”⁶³.

En la actualidad, la mayoría de las salas de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo considera que no pueden aplicarse acumulativamente el incremento dispuesto por el artículo 2º de la ley 25.323 con la presunción del artículo 9º de la ley 25.013 porque no es admisible la concurrencia de dos sanciones por el mismo hecho. Los jueces que aplican en forma simultánea ambos institutos señalan las circunstancias del caso que llevan a concluir que efectivamente ha existido una conducta temeraria o maliciosa del empleador.

14. Conclusión

Después de quince años de vigencia de la norma en examen podemos constatar que los trabajadores siguen sin percibir las indemnizaciones derivadas del despido arbitrario en tiempo oportuno. Sólo después de largos trámites y procesos pueden obtener la cancelación de sus créditos y muchas veces esto tampoco es posible porque la empresa está en quiebra o desapareció. Por lo tanto, podemos concluir que la finalidad perseguida por la ley al consagrar el incremento indemnizatorio no ha sido lograda.

Las causas de esta situación son múltiples, sólo señalo las crisis recurrentes que aquejan a la economía de nuestro país y, sobre todo, la generalizada falta de respeto por las normas.

Está en manos de la justicia desalentar estas maniobras dilatorias por parte de los empleadores mediante la aplicación de tasas de interés que determinen que la falta de pago de las indemnizaciones laborales deje de ser una fuente de financiamiento barato y que, por lo tanto, incentive al empresario a cumplir la ley.

⁶³ CNAT, sala II, SD 96.406 del 17-2-2009, “Moraviski, Miguel Ángel c/Pepsico de Argentina SRL s/Despido”. En el mismo sentido, sala II, SD 96.642 del 29-4-2009, “Celletti, Mario Nazareno c/Roberti, Francisco s/Despido”.

ARTÍCULO 2º DE LA LEY 25.323

ESTADO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CÁMARA
NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO (2015)

por **GISELLE BLANCHARD**

Plenarios

El recargo previsto en el artículo 2º de la ley 25.323 no se aplica, en las relaciones regidas por la ley 12.908, a las indemnizaciones dispuestas en el artículo 43, incisos b, y c, de esta última ley. Asimismo, tampoco se aplica a la indemnización dispuesta en el inciso d, del mismo artículo.

Fallo plenario Nº 313, 5-6-2007, Acta 2496, “Casado, Alfredo Aníbal c/Sistema Nacional de Medios Públicos s/Despido”, IMP 2007-13 (julio), p. 1334; L. L. del 27-6-2007; L. L. 2007-D-212; D. T., 2007 (noviembre), p. 1235; D. J. 2007-3-1012; T. y S. S. 2007-505

El recargo previsto en el artículo 2º de la ley 25.323 no se aplica, en las relaciones regidas por la ley 12.981, a la indemnización dispuesta en el artículo 6º, cuarto párrafo, de esta última ley. Tampoco se aplica a la indemnización establecida en el quinto párrafo del mismo artículo.

Fallo plenario Nº 320, 10-9-2008, Acta 2530, “Iurleo, Diana c/Consortio de Propietarios Luis Sáenz Peña 1195 s/Despido”, L. L. del 22-9-2008; L. L. 2008-E-587; D. J. 2008-2-1717; D. T., 2008 (octubre), p. 891; IMP 2008-23 (diciembre), p. 2038

El recargo previsto en el artículo 2º de la ley 25.323 se aplica a las indemnizaciones previstas para los trabajadores marítimos, sujetos de relaciones reguladas por el Libro III del Código de Comercio y por la ley 20.094.

Fallo plenario Nº 326, 9-5-2011, Acta 2565, “Gauna, Edgardo Dionisio c/Explotación Pesquera de la Patagonia SA”, L. L. 2011-C-226; D. T., 2011 (junio), p. 1426; D. J. del 17-8-2011

Sala	Intimación simultánea al despido (luego de la vigencia del art. 255 bis, LCT)	Procedencia del incremento si la empleadora abonó indemnizaciones insuficientes	¿Comprende indemnizaciones establecidas en estatutos u otras normas distintas a la LCT?	Procedencia en casos de extinción conf. arts. 212, 4º párrafo, 248 y 249, LCT	Procedencia en casos de extinción conf. art. 212, 3º párrafo, LCT	Características del emplazamiento	Actos que se asimilan (o no) a la intimación fehaciente exigida por el art. 2º, ley 25.323	Causas que justifican (o no) la conducta del empleador y autorizan a la reducción del recargo o a la eximición de su pago (art. 2º, 2º párrafo, ley 25.323)	Procedencia en despidos indirectos y en despidos directos con causa no acreditada	Puesta a disposición de la liquidación final	Multa del art. 9º de la ley 25.013. ¿Procede aplicación simultánea con el art. 2º de la ley 25.323?
I	Es ineficaz (Vilela y Vázquez) ¹	Sólo sobre las diferencias ²	No (Estatuto Empleados Administrativos de Empresas Periódicas y ley 12.981). Aplica plenarios ³ . Tampoco puede calcularse sobre art. 14 de la ley 14.546 ⁴	212, 4º: No procede ⁵ . 248: No procede ⁶ . 249: No procede ⁷	Procede ⁸	"...el reclamo de 'indemnización' opuesto a la carta documento donde se notificaba el despido, y que el trabajador rechazara por falsa, maliciosa e improcedente, basta para constituir en mora a la empleadora..." ⁹	La audiencia de conciliación por ante el SECCLO no se asimila a la intimación requerida por la norma, pues el inicio de dicho procedimiento administrativo forma parte de la segunda condición que se necesita para que la multa proceda, esto es el obligar al actor a "...iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibir las..." ¹⁰	Se exime de su pago al empleador que no abonó las indemnizaciones reclamadas luego del decreto de quiebra ¹¹	Procede ¹²	No basta para la eximición la mera puesta a disposición comunicada formalmente en el intercambio postal, ni siquiera si se inició el reclamo en el SECCLO para consignarla ¹³	No procede ¹⁴

Sala	Intimación simultánea al despido (luego de la vigencia del art. 255 bis, LCT)	Procedencia del incremento si la empleadora abonó indemnizaciones insuficientes	¿Comprende indemnizaciones establecidas en estatutos u otras normas distintas a la LCT?	Procedencia en casos de extinción conf. arts. 212, 4º párrafo, 248 y 249, LCT	Procedencia en casos de extinción conf. art. 212, 3º párrafo, LCT	Características del emplazamiento	Actos que se asimilan (o no) a la intimación fehaciente exigida por el art. 2º, ley 25.323	Causas que justifican (o no) la conducta del empleador y autorizan a la reducción del recargo o a la eximición de su pago (art. 2º, 2º párrafo, ley 25.323)	Procedencia en despidos indirectos y en despidos directos con causa no acreditada	Puesta a disposición de la liquidación final	Multa del art. 9º de la ley 25.013. ¿Procede aplicación simultánea con el art. 2º de la ley 25.323?
II	Es eficaz ¹⁵	Sólo sobre las diferencias ¹⁶	No (ej.: decreto-ley 13.839/46 ratificado por la ley 12.021) ¹⁷	212, 4º: No procede ¹⁸ . 248: No procede ¹⁹ . 249: Sin antecedentes	Mayoría: Procede (González y Maza). Minoría: No procede (Pirolo) ²⁰	La intimación fehaciente debe ser al pago de las indemnizaciones de los arts. 232, 233 y 245, LCT, resultando a todas luces insuficiente la intimación en la cual el accionante consignó que reclamaría ante el MTySS todos sus derechos, así como el acta por la cual se da cuenta de la celebración de una audiencia conciliatoria sin mayor detalle ²¹	Dicha exigencia no puede ser suplida por el trámite ante el SECCLO ni con el incidente de pronto pago por cuanto no revisten las características de "intimación fehaciente" como lo dispone el art. 2º de la ley 25.323 ²²	Exime de su pago a empleadora que despide por llegadas tarde. Si bien acreditada numerosos antecedentes en tal sentido, no demuestra las últimas que desencadenaron el despido ²³	Procede ²⁴	No basta para la eximición del pago su puesta a disposición en el intercambio telegráfico si no se inició su consignación judicial ²⁵	No procede ²⁶

Sala	Intimación simultánea al despido (luego de la vigencia del art. 255 bis, LCT)	Procedencia del incremento si la empleadora abonó indemnizaciones insuficientes	¿Comprende indemnizaciones establecidas en estatutos u otras normas distintas a la LCT?	Procedencia en casos de extinción conf. arts. 212, 4º párrafo, 248 y 249, LCT	Procedencia en casos de extinción conf. art. 212, 3º párrafo, LCT	Características del emplazamiento	Actos que se asimilan (o no) a la intimación fehaciente exigida por el art. 2º, ley 25.323	Causas que justifican (o no) la conducta del empleador y autorizan a la reducción del recargo o a la eximición de su pago (art. 2º, 2º párrafo, ley 25.323)	Procedencia en despidos indirectos y en despidos directos con causa no acreditada	Puesta a disposición de la liquidación final	Multa del art. 9º de la ley 25.013. ¿Procede aplicación simultánea con el art. 2º de la ley 25.323?
III	Es eficaz ²⁷	Mayoría: Sobre el total (Cañal y Rodríguez Brunengo). Minoría: Sólo sobre las diferencias (Pesino) ²⁸	No (ej.: ley 22.250) ²⁹	212, 4º: Procede ³⁰ . 248: No procede ³¹ . 249: No procede ³²	Procede ³³	Mayoría: Basta con que el trabajador reclame fehaciente indemnización por antigüedad para que progrese el recargo completo (Cañal y Rodríguez Brunengo). Minoría: No basta, debe especificar que pretende el pago del preaviso y de la integración, de lo contrario el recargo sólo se aplica sobre la indemnización del art. 245, LCT (Pesino) ³⁴	Intimación ante el SECCLO es suficiente para la procedencia de la multa ³⁵	Es improcedente la reducción si el monto abonado por la demandada al momento del despido corresponde a poco más de dos salarios, pero imputó la suma a los siguientes rubros: SAC proporcional, preaviso, indemnización, vacaciones no gozadas, y SAC sobre vacaciones. De lo contrario, bastaría con entregar una suma ínfima de lo adeudado, para eximirse de la	Procede ³⁷	No basta la puesta a disposición de las sumas adeudadas, sin que ello resulte acreditado y sin que se hubiese iniciado la consignación judicial ³⁸	Procede ³⁹

Sala	Intimación simultánea al despido (luego de la vigencia del art. 255 bis, LCT)	Procedencia del incremento si la empleadora abonó indemnizaciones insuficientes	¿Comprende indemnizaciones establecidas en estatutos u otras normas distintas a la LCT?	Procedencia en casos de extinción conf. arts. 212, 4º párrafo, 248 y 249, LCT	Procedencia en casos de extinción conf. art. 212, 3º párrafo, LCT	Características del emplazamiento	Actos que se asimilan (o no) a la intimación fehaciente exigida por el art. 2º, ley 25.323	Causas que justifican (o no) la conducta del empleador y autorizan a la reducción del recargo o a la eximición de su pago (art. 2º, 2º párrafo, ley 25.323)	Procedencia en despidos indirectos y en despidos directos con causa no acreditada	Puesta a disposición de la liquidación final	Multa del art. 9º de la ley 25.013. ¿Procede aplicación simultánea con el art. 2º de la ley 25.323?
								multa, y ello no está en el espíritu de la norma, que en realidad busca que el trabajador despedido no se vea en la obligación de iniciar un pleito ³⁶			
IV	Es eficaz ⁴⁰	Sólo sobre las diferencias ⁴¹	No ⁴² (ej.: ley 22.250)	212, 4º: No procede ⁴³ . 248: No procede ⁴⁴ . 249: Sin antecedentes	Procede ⁴⁵	Debe incluir intimación fehaciente al pago de las indemnizaciones de los arts. 232, 233 y 245, sin que baste intimación al pago de diferencias salariales bajo apercibimiento de la ley 25.323 ⁴⁶	La "intimación fehaciente" a la que aluden las leyes 25.323 y 25.345 no se encuentra suplida por las actuaciones administrativas previas (SECL) ni tampoco por las judiciales ⁴⁷	Sólo corresponde la exoneración o reducción en casos en que existe una <i>controversia seria y fundada</i> sobre la causal del despido, esto es cuando "la actitud de la empresa de no pagar y defenderse judicialmente no	Procede ⁴⁹	No basta la mera comunicación de puesta a disposición si no depositó las indemnizaciones en la cuenta sueldo ni las depositó al contestar demanda, pues ello demuestra ausencia de voluntad de pago ⁵⁰	No procede ⁵¹

Sala	Intimación simultánea al despido (luego de la vigencia del art. 255 bis, LCT)	Procedencia del incremento si la empleadora abonó indemnizaciones insuficientes	¿Comprende indemnizaciones establecidas en estatutos u otras normas distintas a la LCT?	Procedencia en casos de extinción conf. arts. 212, 4º párrafo, 248 y 249, LCT	Procedencia en casos de extinción conf. art. 212, 3º párrafo, LCT	Características del emplazamiento	Actos que se asimilan (o no) a la intimación fehaciente exigida por el art. 2º, ley 25.323	Causas que justifican (o no) la conducta del empleador y autorizan a la reducción del recargo o a la eximición de su pago (art. 2º, 2º párrafo, ley 25.323)	Procedencia en despidos indirectos y en despidos directos con causa no acreditada	Puesta a disposición de la liquidación final	Multa del art. 9º de la ley 25.013. ¿Procede aplicación simultánea con el art. 2º de la ley 25.323?
								merece ningún reproche, después de ejercer una defensa seria", extremos que no se advierten satisfechos en autos (contratación del trabajador por medio de un contrato eventual sin acreditar las circunstancias objetivas invocadas) ⁴⁸			
V	Zas: Es eficaz ⁵² Arias Gibert: Es ineficaz (a menos que hubiese interpelación en el SECCLO) ⁵³	Sólo sobre las diferencias ⁵⁴	No (ej.: ley 12.981 aplica plenario "lurleo") ⁵⁵	212, 4º: No procede ⁵⁶ . 248: No procede ⁵⁷ . 249: Sin antecedentes	Sin antecedentes	La norma otorga una alternativa (iniciar acciones judiciales o instancias previas) por lo que puede intimar fehacientemente en el	Interpelación en el SECCLO cumple el requisito de intimación fehaciente ⁵⁹	El empleador abonó las indemnizaciones pero omitió incluir en la base de cálculo las sumas "no remunerativas" cuya inconstitucio-	Procede, en tanto la ley no distingue ⁶¹	La puesta a disposición no basta por sí sola para configurar la mora del acreedor, ya que la empleadora debe acre-	Arias Gibert: No procede. Zas: Procede en forma simultánea en tanto se acredite conducta procesal dilatoria de la accionada ⁶³

Sala	Intimación simultánea al despido (luego de la vigencia del art. 255 bis, LCT)	Procedencia del incremento si la empleadora abonó indemnizaciones insuficientes	¿Comprende indemnizaciones establecidas en estatutos u otras normas distintas a la LCT?	Procedencia en casos de extinción conf. arts. 212, 4º párrafo, 248 y 249, LCT	Procedencia en casos de extinción conf. art. 212, 3º párrafo, LCT	Características del emplazamiento	Actos que se asimilan (o no) a la intimación fehaciente exigida por el art. 2º, ley 25.323	Causas que justifican (o no) la conducta del empleador y autorizan a la reducción del recargo o a la eximición de su pago (art. 2º, 2º párrafo, ley 25.323)	Procedencia en despidos indirectos y en despidos directos con causa no acreditada	Puesta a disposición de la liquidación final	Multa del art. 9º de la ley 25.013. ¿Procede aplicación simultánea con el art. 2º de la ley 25.323?
						SECCLO y luego recurrir a una acción judicial ⁵⁸		nalidad se declaró en la causa, por lo que se redujo la multa. Se sostuvo ello ante la inadvertencia de un dolo que amerite la aplicación íntegra de la multa por existir razones (negligentes) que justificarían el pago indebido de las indemnizaciones de los arts. 232, 233 y 245, RCT ⁶⁰		ditar la no concurrencia del trabajador a recibir la liquidación final con posterioridad a la mencionada interpelación (continúa, ver cita al pie) ⁶²	
VI	Es eficaz ⁶⁴	Sólo sobre las diferencias ⁶⁵	No ⁶⁶ (ej.: ley 22.250)	212, 4º: No procede ⁶⁷ . 248: No procede ⁶⁸ . 249: No procede ⁶⁹	Procede ⁷⁰	No hay antecedentes	* Interpelación ante el SECCLO cumple requisito de intimación fehaciente (aunque en el caso desestima su procedencia porque en el acta de cierre del procedi-	La empleadora no probó que el actor fuera la persona que llevó a cabo los hechos que generaron la pérdida de confianza imputada en el despido, pero se han acreditado	Procede, en tanto la ley no distingue ⁷⁴	No basta invocar la puesta a disposición de las indemnizaciones y su rechazo por el trabajador, no sólo porque el hecho no fue acre-	Procede ⁷⁶

Sala	Intimación simultánea al despido (luego de la vigencia del art. 255 bis, LCT)	Procedencia del incremento si la empleadora abonó indemnizaciones insuficientes	¿Comprende indemnizaciones establecidas en estatutos u otras normas distintas a la LCT?	Procedencia en casos de extinción conf. arts. 212, 4º párrafo, 248 y 249, LCT	Procedencia en casos de extinción conf. art. 212, 3º párrafo, LCT	Características del emplazamiento	Actos que se asimilan (o no) a la intimación fehaciente exigida por el art. 2º, ley 25.323	Causas que justifican (o no) la conducta del empleador y autorizan a la reducción del recargo o a la eximición de su pago (art. 2º, 2º párrafo, ley 25.323)	Procedencia en despidos indirectos y en despidos directos con causa no acreditada	Puesta a disposición de la liquidación final	Multa del art. 9º de la ley 25.013. ¿Procede aplicación simultánea con el art. 2º de la ley 25.323?
							miento sólo se menciona como uno de los rubros "ley 25.323" sin aclarar a cuál de los dos supuestos de indemnización que dicha ley prevé ⁷¹ . * Resulta innecesaria la intimación si en el telegrama de despido se puso a disposición liquidación final ⁷²	gran cantidad de indicios. Mayoría: Indicios permiten afirmar que la demandada pudo considerar su decisión de despedir ajustada a derecho. Por ello, la eximición del recargo (Fontana y Ferreirós). Minoría: Toda vez que la causa del despido no fue probada, existiendo sólo indicios, procede la indemnización del art. 2º, ley 25.323 (Fernández Madrid) ⁷³		ditado, sino porque la demandada se limitó a poner a disposición únicamente "...haber no indemnizatorios...", sin hacer referencia a las indemnizaciones a las que alude el art. 2º de la ley 25.323 ⁷⁵	
VII	Es eficaz ⁷⁷	Procede sobre el total ⁷⁸	No (por ej., en caso de las relaciones regidas por la ley 12.908). Sin perjuicio	212, 4º: Procede ⁸⁰ . 248: Sin antecedentes. 249: Procede ⁸¹	Procede ⁸²	Si la accionante no intimó al pago de las indemnizaciones legales sino	No se asimilan a la intimación fehaciente ni el reclamo ante el SECCLO ni la demanda ⁸⁴	La reducción no puede obedecer a la duda razonable de derecho que pudo haber tenido el	Procede, pues la ley no formula ninguna distinción ⁸⁶	El pago de la liquidación por consignación debe ser íntegro a fin de eximir	Mayoría: Procede (Rodríguez Brunengo y Ferreirós). Minoría:

Sala	Intimación simultánea al despido (luego de la vigencia del art. 255 bis, LCT)	Procedencia del incremento si la empleadora abonó indemnizaciones insuficientes	¿Comprende indemnizaciones establecidas en estatutos u otras normas distintas a la LCT?	Procedencia en casos de extinción conf. arts. 212, 4º párrafo, 248 y 249, LCT	Procedencia en casos de extinción conf. art. 212, 3º párrafo, LCT	Características del emplazamiento	Actos que se asimilan (o no) a la intimación fehaciente exigida por el art. 2º, ley 25.323	Causas que justifican (o no) la conducta del empleador y autorizan a la reducción del recargo o a la eximición de su pago (art. 2º, 2º párrafo, ley 25.323)	Procedencia en despidos indirectos y en despidos directos con causa no acreditada	Puesta a disposición de la liquidación final	Multa del art. 9º de la ley 25.013. ¿Procede aplicación simultánea con el art. 2º de la ley 25.323?
			de adherir a la mayoría por razones de economía procesal, la Dra. Ferreirós deja a salvo su criterio en sentido contrario ⁷⁹			que simplemente reservó "el derecho de iniciar las acciones legales por las indemnizaciones..." ⁸⁰ , el recargo no puede progresar ⁸³		empleador. Únicamente puede proceder luego de merituar gradualmente la gravedad del incumplimiento del deudor empleador (en el caso, se mantuvo por tres años, por lo cual desestima la morigeración pretendida) ⁸⁵		al empleador del pago de esta multa, no sólo en lo atinente a las indemnizaciones derivadas del despido, sino también de otros rubros, tales como (en el caso) dos días de trabajo y diferencias salariales reconocidas por el propio decisorio ⁸⁷	No procede (Fontana) ⁸⁸
VIII	Es eficaz ⁸⁹	Sólo sobre las diferencias ⁹⁰	No (ej.: ley 12.908. Aplica plenario "Casado") ⁹¹	212, 4º: Sin antecedentes. 248: No procede ⁹² . 249: Sin antecedentes	Sin antecedentes	La intimación fehaciente requiriendo el pago de las indemnizaciones derivadas del despido no puede considerarse	El reclamo ante el SECCLO no se asimila a la intimación fehaciente del art. 2º ⁹⁴	La justificación a la que alude el art. 2º podría surgir de la imposibilidad, material o jurídica, de satisfacer los	Procede ⁹⁶	Sólo se exige del recargo el empleador que hizo efectivo su depósito en la cuenta sueldo del trabajador ⁹⁷	Mayoría: Procede (Pesino y Ferreirós) ⁹⁸ . Minoría: No procede (Catardo)

Sala	Intimación simultánea al despido (luego de la vigencia del art. 255 bis, LCT)	Procedencia del incremento si la empleadora abonó indemnizaciones insuficientes	¿Comprende indemnizaciones establecidas en estatutos u otras normas distintas a la LCT?	Procedencia en casos de extinción conf. arts. 212, 4º párrafo, 248 y 249, LCT	Procedencia en casos de extinción conf. art. 212, 3º párrafo, LCT	Características del emplazamiento	Actos que se asimilan (o no) a la intimación fehaciente exigida por el art. 2º, ley 25.323	Causas que justifican (o no) la conducta del empleador y autorizan a la reducción del recargo o a la eximición de su pago (art. 2º, 2º párrafo, ley 25.323)	Procedencia en despidos indirectos y en despidos directos con causa no acreditada	Puesta a disposición de la liquidación final	Multa del art. 9º de la ley 25.013. ¿Procede aplicación simultánea con el art. 2º de la ley 25.323?
						cumplida si se cursó mientras se encontraba vigente la relación laboral ⁹³		créditos, o de la plausibilidad de la justa causa de despido invocada, judicialmente desechada. Cuando (como en el caso) se ha invocado una postura desestimada en grado, y cuestionada insuficientemente en esta Alzada, se aconseja no conceder la franquicia ⁹⁵			
IX	Es eficaz ⁹⁹	Sólo sobre las diferencias ¹⁰⁰	No (ej.: ley 12.981. Aplica plenario "lurleo") ¹⁰¹	212, 4º: No procede ¹⁰² . 248: No procede ¹⁰³ . 249: Sin antecedentes	Procede ¹⁰⁴	Debe existir, por parte del trabajador, una intimación expresa al respecto.	Ni el trámite ante el SECCLO ni la interposición de la demanda se asimilan	Si bien la sanción resulta aplicable cuando no se abonan las indemnizaciones	Procede ¹⁰⁸	Para la eximición del recargo no basta la puesta a disposición por pieza pos-	No procede ¹¹⁰

Sala	Intimación simultánea al despido (luego de la vigencia del art. 255 bis, LCT)	Procedencia del incremento si la empleadora abonó indemnizaciones insuficientes	¿Comprende indemnizaciones establecidas en estatutos u otras normas distintas a la LCT?	Procedencia en casos de extinción conf. arts. 212, 4º párrafo, 248 y 249, LCT	Procedencia en casos de extinción conf. art. 212, 3º párrafo, LCT	Características del emplazamiento	Actos que se asimilan (o no) a la intimación fehaciente exigida por el art. 2º, ley 25.323	Causas que justifican (o no) la conducta del empleador y autorizan a la reducción del recargo o a la eximición de su pago (art. 2º, 2º párrafo, ley 25.323)	Procedencia en despidos indirectos y en despidos directos con causa no acreditada	Puesta a disposición de la liquidación final	Multa del art. 9º de la ley 25.013. ¿Procede aplicación simultánea con el art. 2º de la ley 25.323?
						mole plazo legal abone sumas indemnizatorias adeudadas, todo bajo apercebimiento de ley..." puesto que no conlleva un apercebimiento adecuado. El actor no indicó de manera precisa cuál era el "apercebimiento de ley", y ello no implica que ante un eventual incumplimiento de la requerida necesariamente deba acarrear el pago de la multa ¹¹⁸	debe ser efectuada con posterioridad al distracto y con anterioridad a la etapa de conciliación previa ¹¹⁹	pago de la multa prevista en dicha normativa, esta facultad puede ejercerse en los casos en que el empleador justifique el no pago de las indemnizaciones correspondientes y no cuando lo que se discute es la acreditación de la motivación fáctica del despido... ¹²⁰		bien podría haber depositado los montos resultantes en la cuenta sueldo abierta a nombre del trabajador o recurrir a la consignación judicial. La supuesta inconcurrencia o negativa del trabajador a cobrar se elimina si se acude al art. 125 de la LCT y se respecta la resolución 360/01 MTySS ¹²²	

Notas:

¹ CNAT, sala I, 31-8-2010, “Nieto, Roberto Romualdo c/Centurión Seguridad SRL”: “...Corresponde rechazar el incremento si el actor intimó su pago en el mismo telegrama en que intentaba colocarse en situación de despido indirecto, cuando todavía no había transcurrido el plazo previsto por los arts. 128 y 255 bis de la LCT, con el que cuenta el empleador para abonar las indemnizaciones derivadas de la ruptura del vínculo laboral...”

² CNAT, sala I, 27-8-2013, “Rodas, Elba Rosa c/Soubeiran Chobet SRL”: “...Tampoco debería prosperar el agravio referido al cálculo de la multa sobre las diferencias adeudadas. Digo así, pues llega firme a esta instancia que la demandada abonó a la actora sumas en concepto de indemnizaciones por despido y en virtud de ello, esta sala reiteradamente ha sostenido que el recargo previsto en la mentada norma debe calcularse sólo sobre la diferencia existente entre ese importe y los que la demandada debió haber abonado en su oportunidad, los que –en definitiva– generaron la necesidad del reclamo, que es lo penalizado por la norma...”

³ CNAT, sala I, 12-4-2011, “Samah, Daniel José y otro c/Ferías y Exposiciones Argentinas SA y otro” (Vázquez y Vilela); íd., 28-3-2012, “Romero Amarilla, Antonio c/Consortio de Propietarios del Edificio Montes de Oca 1310/16 (Pasten y Vázquez).

⁴ CNAT, sala I, 28-2-2012, “Ramírez, Fernando Daniel c/Cervecería y Maltería Quilmes SA”.

⁵ CNAT, sala I, 25-11-2011, “Leiva, Raúl Orlando c/Guardman SA y otros”: “...el incremento indemnizatorio en cuestión se encuentra supeditado a los supuestos de despidos en los que el empleador resulta moroso de las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233, 245 y 6º y 7º de la ley 25.013 pero cuando la extinción del vínculo contractual se operó en virtud de lo normado en el art. 212, 4º párrafo de la LCT (como acontece en el *sub examine* –fs. 1044–), el hecho de que deba abonarse una indemnización igual a la contemplada en el art. 245, LCT no autoriza a hacer una interpretación extensiva del incremento del art. 2º de la ley citada...”

⁶ CNAT, sala I, 8-5-2012, “Consortio de Propietarios del Edificio Jujuy 228/230 c/Ottonello, María y otros s/Consignación”: “...El reclamo con fundamento en el art. 2º de la ley 25.323 no tendrá favorable acogida, pues a mi modo de ver no procede en supuestos de extinción del contrato de trabajo por muerte del dependiente. Ello así, por cuanto la naturaleza intrínseca de la indemnización contenida en el art. 248, LCT difiere del agravamiento previsto en la mentada ley. La primera tiene por finalidad reparar el daño que padece la familia que pierde el sostén económico de la persona trabajadora por su muerte, provocando la extinción automática del contrato de trabajo por una causa ajena al empleador, en cambio, la aplicación de la segunda se encuentra limitada a las previsiones contenidas en la norma...”

⁷ CNAT, sala I, 30-11-2006, “Infantino, Ana Inés y otros c/Gaynor, María y otro s/Despido”.

⁸ CNAT, sala I, 30-4-2009, “Paz, Oscar c/Finexcor SRL s/Despido”.

⁹ CNAT, sala I, 28-11-2012, “González, Ariel Darío c/Top Meat SA y otro”.

¹⁰ CNAT, sala I, 23-11-2010, “Petruzzello, Marcela Alejandra c/ISS Argentina SA”.

¹¹ CNAT, sala I, 6-3-2012, “Ratto, Alfredo Luis c/Vandenfil SA y otros”: “...Distinta suerte correrá, a mi criterio, la sanción por falta de pago de las indemnizaciones derivadas del despido (art. 2º, ley 25.323), las que fueron reclamadas –y aquí sí resulta trascendente– con posterioridad al decreto de quiebra. Estamos frente a un despido indirecto resuelto por el trabajador como consecuencia de la falta de pago de salarios –de épocas incluso anteriores al decreto de quiebra– y el silencio guardado por la fallida, cuya explotación se decidió continuar de manera provisoria, al menos hasta la época de la cual datan los hechos que analizamos. De acuerdo a lo normado por el art. 107 de la LCQ, en el marco de una quiebra directa –como la de la empleadora del actor–, la fallida queda desapoderada de los bienes de pleno derecho, a partir de la fecha de la sentencia de la quiebra –en el caso, el 25-2-2010–, desapoderamiento que le impide ejercitar los derechos de disposición y administración, siendo que éstos, los primeros, pasan a manos del juez de la quiebra, con participación de la sindicatura, y los segundos, en la medida en que sean de carácter ordinario, pasan a manos del síndico. El actor intimó el pago de las indemnizaciones derivadas del despido a la sindicatura de la empleadora fallida, mas observo, por un lado, que no instó la promoción de incidente alguno dirigido a verificar el eventual crédito aquí alegado –de manera de requerir a la sindicatura la solicitud de una autorización para el pago de esas indemnizaciones–, ni la sindicatura podía, autónomamente, sin contar con elementos que prima facie revelaran la verosimilitud del derecho invocado por el accionante, requerir autorización para abonar indemnizaciones como las aquí peticionadas, que surgen luego de haberse transitado un proceso ordinario en sede jurisdiccional, puesto que requirieron la acreditación de un vínculo laboral hasta entonces clandestino. En síntesis, consideró que en un supuesto como el de autos, medió una imposibilidad legal y fáctica, por parte de la fallida, de abonar las indemnizaciones derivadas del despido...” (Vilela y Vázquez).

¹² CNAT, sala I, 29-12-2001, “Amaya, Alberto Gustavo c/Austral Líneas Aéreas Cielos del Sur SA”: “...Frente a lo dispuesto en el art. 2º de la ley 25.323, tanto el despido directo como el indirecto poseen idénticos efectos (art. 246, LCT), y la penalidad allí establecida no depende de quién adopte la decisión de disolver el vínculo, sino de la justificación de la medida y de la falta de pago de las indemnizaciones cuya cancelación se requiriera fehacientemente, de modo que la circunstancia de tratarse de un despido indirecto no obsta a su procedencia...” (Vilela y Vázquez).

¹³ CNAT, sala I, 16-10-2013, “Huayta Aguilar, Mariana c/Charles Henry SRL”: “...no surge de autos ningún elemento que revele el efectivo cumplimiento de la demandada en tal sentido, ni siquiera consigna al contestar demanda el monto de la liquidación final que adeuda; y la mera puesta a disposición formal comunicada al tiempo del distracto resulta insuficiente a los fines pretendidos. Es igualmente irrelevante el inicio del trámite ante el SECCLO, toda vez que tampoco en tal oportunidad la sociedad empleadora depositó los importes que estimaba adeudar a la trabajadora, como tampoco lo hizo durante la tramitación de la presente causa. Por ello, corresponde

desestimar este segmento de la queja articulada y confirmar el progreso de las partidas indemnizatorias diferidas a condena...” (Vázquez y Vilela).

¹⁴ CNAT, sala I, 12-7-2012, “Giongrandi, Raúl Roberto c/Kanoore Edul, Alberto Jacinto y otros”: “...Analizando la cuestión planteada, es posible concluir que el art. 9º de la ley 25.013 podrá continuar siendo aplicable a aquellas relaciones laborales no alcanzadas por el art. 2º de la ley 25.323. Esta última norma, en el ámbito de aplicación personal en el que se superpone con el de la ley 25.013, ha de desplazar el art. 9º de esta ley porque, como hemos señalado con anterioridad, no puede aplicarse una doble sanción por el mismo hecho antecedente”.

¹⁵ CNAT, sala II, 12-2-2015, “Acuña, Mariela Fabiana c/Vitenberg, Susana y otros”: “...Cabe recordar que el recargo previsto en la norma citada procede en los supuestos en que el empleador resulte deudor moroso de las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 245 (indemnización sustitutiva de preaviso omitido, integración del mes de despido e indemnización por antigüedad), ‘o las que en el futuro las reemplacen...’, siempre que ante la falta de su pago el acreedor intime a su cancelación y que la persistencia en el incumplimiento lo obligue ‘a iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibir las’. De ello se sigue que para su procedencia es menester: a) la existencia de obligación indemnizatoria en los artículos mencionados (despido directo o indirecto); b) el no pago de dichas indemnizaciones en tiempo oportuno (la mora es automática a partir del distracto); c) la intimación fehaciente emplazando a su cancelación; d) que el trabajador se vea obligado a iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibir las [...] Por lo demás no se señala en la queja –ni tampoco se advierte de las constancias obrantes en autos– que la empleadora haya abonado las indemnizaciones dentro de los cuatro días hábiles de recibida la notificación del distracto, por la analógica aplicación del plazo previsto en el art. 128, LCT que dispone el art. 149 del mismo cuerpo legal. Tampoco se verificó en el caso que haya existido pago alguno a la acreedora incluso antes de haber iniciado los trámites mencionados en el art. 2º de la ley 25.323. En definitiva, se ha acreditado en el *sub lite* que la actora, por la expresa negativa de Prodefe SRL se vio obligada a recurrir a la vía administrativa y judicial para el reconocimiento de su derecho, con lo cual, no advierto obstáculo alguno para la procedencia del incremento en cuestión...”

¹⁶ CNAT, sala II, 23-5-2012, “Ferragut, Adrián Adolfo c/Deher SA y otro”: “...Asimismo, resulta justo admitir el reclamo del incremento indemnizatorio previsto en el art. 2º de la ley 25.323 sobre las diferencias existentes entre la indemnización prevista en el art. 245 de la LCT y la abonada por la empleadora con invocación del art. 247 de dicho cuerpo legal, no existiendo razón alguna que justifique calcular el mismo sobre la parte de las indemnizaciones que la demandada pagó en tiempo y forma...”

¹⁷ CNAT, sala II, 7-2-2013, “Altamira, Verónica Rosa c/La Ley SA”: “...cuando se trata de una relación comprendida en el ámbito de aplicación del decreto-ley 13.839/46 ratificado por la ley 12.021, cuyo art. 33 prevé una indemnización por antigüedad que no deriva de ninguna de las leyes generales mencionadas en el art. 2º de la ley 25.323, el incremento previsto en dicha norma deviene improcedente (cfr. art. 499 del Cód. Civ.). Por otra parte el Estado en cuestión presenta un sistema indemnizatorio

específico cuya comparación con la ley general, mediante el método de conglobamiento por instituciones (cfr. art. 9º de la LCT), revela su perfil más favorable para la trabajadora que el de la norma general, excluyendo la aplicación de ésta y la admisibilidad lógica de una remisión implícita. Por ende, corresponde desestimar la crítica y confirmar el decisorio apelado también en este sentido”.

¹⁸ CNAT, sala II, 20-12-2011, “Iglesias, Blanca Lydia c/PAMI, Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados”: “La indemnización adeudada en el presente caso no es un resarcimiento por despido injustificado –directo o indirecto– sino una reparación de equidad que el legislador en el art. 212, 4º párrafo de la LCT ha puesto en cabeza del empleador como un recurso de la teoría denominada de la responsabilidad social delegada. Por ello, y dado que el art. 2º de la ley 25.323 refiere clara y taxativamente a los casos en que el empleador despide sin causa y no paga el resarcimiento correspondiente o –según interpretó la jurisprudencia– cuando provoca con un incumplimiento grave el despido indirecto y tampoco abona en tiempo oportuno las indemnizaciones respectivas, se puede afirmar que con esa conceptualización es visible que no corresponde esta sanción cuando lo adeudado y no abonado no es una indemnización por despido injusto sino una compensación diferente, aun cuando para su cálculo –y sólo a esos fines– la ley haya remitido al sistema del art. 245, LCT”.

¹⁹ CNAT, sala II, 20-3-2013, “Fernández de Martino, Mariana c/Universal Flet SA y otros s/Indemnización por fallecimiento”: “...no resulta procedente el incremento reclamado con fundamento en el art. 2º de la ley 25.323 por cuanto la norma referida regula específicamente aquellos casos en los cuales el empleador haya sido intimado al pago de las indemnizaciones derivadas de los arts. 232, 233 y 245 de la LCT, lo cual, como se vio, no ocurre en el caso de autos en el cual sólo se reclamó la indemnización derivada del art. 248, LCT. Cabe destacar que, si bien la norma mencionada remite a las disposiciones del art. 247, LCT, y éste, a su vez, al art. 245, LCT, lo cierto es que dicha remisión sólo se relaciona con el método de cálculo que debe aplicarse a fin de determinar la indemnización prevista en el art. 248, LCT...”

²⁰ CNAT, sala II, 26-12-2006, “Arias, Ramón c/Buenos Aires Refrescos SAT s/Accidente”. Mayoría: “...En el caso, se condenó a la empleadora al pago de una indemnización igual a la prevista en el art. 245 de la LCT por cuanto no probó la imposibilidad de otorgarle al trabajador accidentado tareas acordes a su capacidad disminuida (conf. art. 212, 3º párrafo). No se trata pues de un hecho ajeno a la voluntad de la accionada (como los previstos en los arts. 212, 4º párrafo y 248, LCT), ya que fue ésta quien dispuso dar por disuelto el vínculo invocando una imposibilidad fáctica de suministrar tareas que no probó. En tal contexto, la situación aparece enmarcada en un supuesto especial de despido arbitrario (tal como acontece, por ejemplo, cuando no se acreditan las causales de fuerza mayor previstas en el art. 247, LCT), por lo que frente a ello, y tomando asimismo en consideración que tampoco la demandada efectivizó oportunamente la indemnización disminuida a la que alude el segundo párrafo del art. 212, LCT (que fuera objeto de incidente de ejecución parcial que obra por cuerda), corresponde mantener la decisión recaída en la instancia previa, puesto que no se advierten razones objetivas para eximirla siquiera parcialmente de

la sanción en cuestión...” (González y Maza). Minoría: “...entiendo que no resulta procedente el reclamo fundado en el citado art. 2º de la ley 25.323 porque dicha disposición agrava las consecuencias del despido imputable a la responsabilidad patronal; y, en el caso, el contrato de trabajo no se extinguió por despido. En efecto, el modo de extinción previsto en cualquiera de las hipótesis contempladas en el art. 212, LCT no es el que proviene de la simple voluntad unilateral de alguna de las partes, sino de la confluencia de un factor no imputable a ninguna de ellas (inhabilidad sobreviniente del trabajador) con una circunstancia que puede o no ser imputable al empleador (si es que hay posibilidad objetiva de reubicar al dependiente), a cuyo efecto, la actitud remisa de éste sólo puede actuar como agravante del monto de la indemnización que en cualquier caso debe abonar; pero no como determinante exclusivo de la extinción que, reitero, aún en los supuestos en los que la incapacidad es relativa, se origina en el estado de salud del trabajador...” (Pirolo).

²¹ CNAT, sala II, 27-10-2008, “Gómez, Manuel c/Galvasa SA y otro s/Despido”.

²² CNAT, sala II, 30-5-2012, “Zeleme, Luis Mario y otro c/Frigorífico Doina SA y otros s/Despido”.

²³ CNAT, sala II, 28-9-2012, “López, Fernando Fabián c/Superglas SA s/Despido”: “...no cabe aplicar esa sanción porque la empleadora pudo haber considerado, razonablemente, que la decisión resolutoria que oportunamente adoptó podía ser aceptada como válida en sede judicial. En otras palabras, la empleadora despidió invocando motivaciones que, si bien no fueron aceptadas en este decisorio como justificativas del distracto, pudieron haber generado una razonable expectativa de probar en juicio la existencia de la injuria y, por esa vía, la convicción acerca de la improcedencia del reclamo indemnizatorio que le efectuó el accionante inmediatamente después de la ruptura. Desde esa perspectiva y sobre la base de lo establecido en el último párrafo del art. 2º de la ley 25.323, concluyo que corresponde confirmar la sentencia de anterior instancia en cuanto eximió a la demandada del incremento contemplado en esa norma...”

²⁴ CNAT, sala II, 30-5-2013, “Salazar, Diego Martín c/BCA Bebidas de Calidad para Argentina SA y otro s/Despido”: “...El actor se consideró despedido ante la respuesta injuriosa de la recurrente al desconocer los reclamos tendientes al mantenimiento de sus condiciones de labor, de ahí que la obligación indemnizatoria de las accionadas nació como consecuencia del despido indirecto del trabajador legitimado por la Sra. juez de grado, declaración que, como quedó dicho, postulo confirmar a través de este voto. Sentado lo anterior y toda vez que el accionante practicó la intimación prevista en la norma precitada y que la apelante no abonó las indemnizaciones pertinentes, resulta operativo el recargo indemnizatorio cuestionado. Aunque la determinación de la justa causa del despido dispuesto por el trabajador es, en última instancia, judicial, esta decisión es declarativa y, por ende, de efectos retroactivos al momento de la ruptura contractual. En casos como el *sub lite* el derecho a las indemnizaciones pertinentes y sus accesorios, como los intereses o los recargos resarcitorios como el establecido en el art. 2º de la ley 25.323, queda subordinado a la acreditación de la injuria invocada; por ende, probada esta situación todas las obligaciones son exigibles ‘retroactivamente’...”

²⁵ CNAT, sala II, 23-9-2013, “Soldani, Vanina c/Asociación Mutual de Conductores de Automotores s/Despido”: “...Aun cuando el demandado manifiesta que la indemnización por despido habría estado puesta a disposición de la actora, lo cierto es que contrariamente a lo que manifestó en oportunidad de integrar la litis, esto es que en la audiencia del SECCLO le quiso entregar el cheque de la liquidación y la actora se negó a recibirla, advierto que dicha circunstancia no surge del acta de cierre. Ninguna manifestación en tal sentido se dejó asentada en esa oportunidad y para más, la actora mediante carta documento del 27-3-2010 negó enfáticamente que hubieran puesto a disposición las indemnizaciones legales como así también la liquidación final. Por otra parte observo que la misiva a la que se refiere la demandada fue cursada un día después del cierre del acto administrativo. Sumado a ello, no soslayo que tampoco efectuó consignación judicial del monto referido por lo que, a mi entender, corresponde confirmar lo decidido en grado en este aspecto...”

²⁶ CNAT, sala II, 5-2-2015, “Maenza, María Laura c/Unión Tranviarios Automotor y otro s/Despido”: “...ambos dispositivos legales prevén sanciones relacionadas con idéntico incumplimiento, es decir la falta de pago en término de las indemnizaciones emergentes del despido injustificado, y aun cuando la operatividad de las multas sea diferente en ambos casos (en el primero se fija un incremento del 50% en las indemnizaciones de los arts. 232, 233 y 245, LCT, y 6° y 7° de la ley 25.013, según su caso, mientras que en la restante se remite a lo previsto en el art. 275, LCT, generando una presunción legal de temeridad y malicia ante el incumplimiento patronal), lo cierto es que la aplicación acumulada de ambas disposiciones legales violaría el principio *non bis in idem* en tanto se estaría propiciando castigar al empleador dos veces por la misma conducta, lo cual deviene a todas luces irrazonable...”

²⁷ CNAT, sala III, 31-7-2012, “Pais, Lucía Elizabeth c/El Tablero Producciones SA s/Despido”.

²⁸ CNAT, sala III, 26-11-2013, “Itovich Riderelli, Javier Edgardo c/Diageo Argentina SA s/Despido”.

Voto de la Dra. Cañal: “...Observo que el trabajador demandante cumplió con el requisito de intimar fehacientemente al pago de las indemnizaciones generadas por el despido –en el caso directo–, bajo apercibimiento de lo dispuesto en el art. 2°. Ello surge, claramente, del intercambio epistolar, ver fs. 59, y ante el incumplimiento de aquélla, se vio obligado a litigar para obtener la satisfacción de su crédito alimentario. Por lo que corresponde condenar al pago de la multa...”

Voto del Dr. Pesino: “Coincido con la Dra. Cañal en cuanto a que resulta procedente la sanción del art. 2° de la ley 25.323, por no encontrar mérito alguno para eximir de su pago a la condenada. Sin embargo, como ha existido un pago parcial indemnizatorio, entiendo que la misma debe calcularse sobre las diferencias a que el actor resulta acreedor, pues en caso contrario existiría un enriquecimiento sin causa de su parte”.

Voto del Dr. Rodríguez Brunengo: “...el pago efectuado por la accionada resultó parcial, generándose entonces diferencias en favor del actor y para que haya pago, en un marco técnico-jurídico, debe producirse el cumplimiento de dos requisitos fundamentales, que son: la identidad y la integridad. Este último no fue cumplido en

el caso de autos (art. 742 del Cód. Civ. y art. 260 de la Ley de Contrato de Trabajo). Así, el art. 2º de la ley 25.323 deviene aplicable a las consecuencias jurídicas o efectos contractuales que no hayan sido cumplidos por el empleador debidamente intimado”.

²⁹ CNAT, sala III, 31-8-2006, “Bertolani, Lucas Teodoro c/Sopher, Rafael s/Ley 22.250”.

³⁰ CNAT, sala III, 22-4-2013, “Fariás, Juan Rosendo c/Tejeduría Stamati SA s/Despido”: “...Respecto de la indemnización establecida en el art. 2º de la ley 25.323, entiendo que en el caso se configuró dicho supuesto, ya que el actor mediante CD N° 844389039 del 6-2-2007, intimó a la empleadora para que le abonase la liquidación por despido y esta última no cumplió. Por ello, como el trabajador se vio obligado a realizar el presente juicio para procurarse el pago de la misma, corresponde hacer lugar a dicho agravamiento. Para calcularla se tomará el 50% de la indemnización por despido y de la integración del mes de despido, ya que no se hizo lugar al preaviso por tratarse de una extinción del contrato en los términos del art. 212, 4º párrafo de la LCT...”

³¹ CNAT, sala III, 21-3-2006, “Garone, Evangelina y otros c/Andarox SA y otros s/Despido”.

³² CNAT, sala III, 11-7-2006, “Riera, Miguel Ángel c/Rosenfeld, Samuel s/Despido”.

³³ CNAT, sala III, 30-8-2013, “Vásquez, Héctor Omar c/Transportes Automotores La Estrella SA s/Despido”.

³⁴ CNAT, sala III, 19-6-2013, “Lunardón, Silvana Marisa c/Dvoskin, Eduardo Rafael y otros s/Despido”: “...También resulta procedente el agravamiento indemnizatorio previsto en el art. 2º de la ley 25.323, ya que la actora intimó para que los empleadores le abonasen aquellas indemnizaciones, y ante el incumplimiento de éstos, se vio obligada a litigar para obtener la satisfacción de su crédito alimentario...” (Cañal y Rodríguez Brunengo, en mayoría). “...La multa del art. 2º de la ley 25.323 propicio se liquide exclusivamente sobre la indemnización por antigüedad dado que los términos de la pieza postal de fs. 22 (obra en sobre cerrado), reproducida en el escrito inicial, no permiten referir el requerimiento, ni aun tangencialmente, a las indemnizaciones de los arts. 232 y 233 de la LCT...” (Pesino, en minoría).

³⁵ CNAT, sala III, 17-8-2011, “Torres, Carmen Cecilia c/Chignon SRL s/Despido”: “...la actora realizó ante el SECCLO, debe hacerse lugar a la indemnización prevista por el art. 2º de la ley 25.323, pues la misma requirió –sin éxito– por el pago de las indemnizaciones derivadas del despido indirecto, en que se colocó, y ante la conducta asumida por la demandada se vio obligada a litigar”.

³⁶ CNAT, sala III, 31-5-2013, “Olguin, Luis Carlos c/Pallets San Martín SRL y otros s/Despido”.

³⁷ CNAT, sala III, 15-2-2013, “García, Patricia Susana c/Muresco SA s/Despido”.

³⁸ CNAT, sala III, 25-4-2011, “Glucksmann, Marina Inés c/Telefónica de Argentina SA s/Despido”.

³⁹ CNAT, sala III, 28-2-2012, “Gross Rivarola, María Andina c/Orígenes AFJP SA s/Diferencias de salarios”.

⁴⁰ CNAT, sala IV, 19-3-2015, “Cáceres Aquino, Bibiana c/Escalada, Ángel Alfonso s/Despido”: “...Las indemnizaciones de los arts. 2º de la ley 25.323 y 45 de la

ley 25.345 fueron desestimadas con análogos fundamentos: el defecto en la intimación. La primera porque se hizo cuando todavía la liquidación final no era exigible (arg. art. 255 bis, LCT), la segunda, por ser prematura, es decir haberse formulado antes de los treinta días de extinguida la relación (v. fs. 47, 2º y 3º párrafos). Ahora bien, lo cierto es que de la misiva rescisoria del 29-11-2012 se desprende que la actora intimó que en '*plazo legal abone liquidación final y las indemnizaciones dispuestas por los arts. 245, 233, 232 y concs., LCT*' (el resaltado me pertenece). Contrariamente al criterio aplicado en la sentencia, tal intimación no puede considerarse prematura por el solo hecho de haber sido formulada al declarar extinguido el contrato, ya que el derecho a percibir las indemnizaciones por despido nace justamente con esa comunicación. En consecuencia, es admisible el incremento previsto en el art. 2º de la ley 25.323, porque mediante dicha misiva la actora realizó la intimación fehaciente exigida por dicho precepto legal y debió promover juicio para perseguir su cobro..."

⁴¹ CNAT, sala IV, 28-4-2015, "Ardiles, Francisco Javier c/Coca Cola Femsa Buenos Aires SA s/Despido": "...ante el pago insuficiente de las indemnizaciones, el trabajador intimó a la empleadora a abonar la diferencia adeudada y se vio obligado a iniciar la acción judicial para percibir dicha diferencia; resulta acreedor al recargo del art. 2º de la ley 25.323, calculado sobre el saldo impago..."

⁴² CNAT, sala IV, 30-4-2015, "Ruiz, Mario Ismael y otros c/Exarq Construcciones SA y otro s/Cobro de salarios": "...De igual modo tampoco resulta viable el art. 2º de la ley 25.323 pues la norma es muy clara en cuanto señala que este agravamiento indemnizatorio procede en el supuesto en que no se hubiesen abonado las indemnizaciones de los arts. 232, 233 y 245 de la LCT, disposiciones legales que, como ya dijimos, son incompatibles con el régimen de la construcción..."

⁴³ CNAT, sala IV, 23-4-2015, "Warriner, Alberto Ernesto c/Microómnibus Norte SA y otro s/Indemnización art. 212".

⁴⁴ CNAT, sala IV, 27-3-2013, "Abad, Diana Lucía Jacoba c/Disetex SA s/Indemn. por fallecimiento": "...Sin perjuicio de lo expuesto, y sólo a mayor abundamiento, diré que en el caso tampoco correspondería admitir el reclamo con fundamento en el art. 2º de la ley 25.323, en tanto ésta tiene naturaleza sancionatoria y, como tal, debe interpretarse restrictivamente, limitándose su aplicación a la previsión contenida en la norma, esto es, el recargo para el supuesto de incumplimiento por parte del empleador del pago de las indemnizaciones correspondientes a un despido injustificado contenidas expresamente en los artículos allí citados (léase arts. 232, 233 y 245, LCT, y arts. 6º y 7º de la ley 25.013) y no a cualquier débito fundado en la relación de trabajo".

⁴⁵ CNAT, sala IV, 16-10-2008, "Beltrán, Georgina c/Disco SA s/Accidente".

⁴⁶ CNAT, sala IV, 26-4-2011, "Cocheret, Yolanda Ramona c/Cassini, Hugo Mario y otros s/Despido": "...No constituye la intimación fehaciente a la que alude la norma la intimación al pago de diversas diferencias salariales, sin efectuar referencia alguna a las indemnizaciones generadas por el despido, aun cuando se mencione dentro de los apercibimientos la 'ley 25.323', pues ello resulta insuficiente, habida cuenta que había intimado previamente por la regularización de la relación, sin indicar concretamente cuál sería el artículo de la normativa alegada al que hacía referencia, pues no puede válidamente desconocerse la divergencia de los presupuestos fácticos como

así también del alcance del incremento particular que establecen respectivamente los arts. 1º y 2º de la ley 25.323...”

⁴⁷ CNAT, sala IV, 30-11-2010, “Iurato, Gastón Maximiliano c/Deher SA s/Despido”.

⁴⁸ CNAT, sala IV, 10-4-2015, “Silva, Mariano Alberto c/Banco Itaú Buen Ayre SA y otro s/Despido”.

⁴⁹ CNAT, sala IV, 30-12-2011, “Gates, Pablo Germán c/Orígenes AFJP SA s/Despido”: “...No existe disposición legal alguna que limite la aplicación de lo establecido por el art. 2º de la ley 25.323 a los supuestos de despido directo, excluyendo por tanto los casos de despido indirecto. En la hipótesis de despido indirecto, de probarse la injuria del empleador, resultan procedentes las indemnizaciones a que alude el mencionado artículo. Por otra parte, aun cuando la determinación de la existencia de justa causa de despido (directo o indirecto) es, en última instancia, judicial, esta decisión es en cierto sentido retroactiva al momento de la desvinculación, circunstancia que justifica el cómputo de intereses”.

⁵⁰ CNAT, sala IV, 27-2-2015, “Aguirre, Roxana Beatriz c/Rojo 7000 SRL y otros s/Despido”: “...No resulta atendible invocar la puesta a disposición de las sumas debidas, si la propia apelante señala que abonaba las remuneraciones mediante depósito en cuenta sueldo, sin haber pagado por el mismo medio las indemnizaciones en cuestión ni depositar esas sumas al contestar la demanda (ni en ninguna otra oportunidad posterior), lo que demuestra la ausencia de voluntad de pago...”

⁵¹ CNAT, sala IV, 30-4-2015, “Sturmer, Alfredo Omar c/El Rápido Argentino Compañía de Microómnibus SA s/Despido”: “...es improcedente el reclamo de la multa prevista por el art. 9º de la ley 25.013, toda vez que el presupuesto que condiciona su viabilidad es el mismo sancionado, a su vez, por el art. 2º de la ley 25.323 –esto es la falta de pago en término de la indemnización por despido incausado– ya calculado en el monto de condena”.

⁵² CNAT, sala V, 30-3-2015, “Villalba, Cynthia Edith c/Districalz SRL s/Despido”, voto del Dr. Zas: “...Si bien es cierto que el pago de dichas indemnizaciones deberá ser efectuado dentro del plazo previsto por el art. 128 de la LCT computado desde la fecha de extinción de la relación laboral (conf. arts. 137, 149 y 255 bis, LCT), ello no implica que aquella interpelación no tenga los efectos previstos en la norma mencionada en el párrafo que antecede. En efecto, por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente es propio de la interpretación indagar lo que dicen jurídicamente, es decir, en conexión con las demás normas que integran el ordenamiento general del país (conf. CSJN, *Fallos*: 244:129), con el fin de establecer así la versión técnicamente elaborada de la norma aplicable al caso por medio de una hermenéutica sistematizada, razonable y discreta que responda a su espíritu y para lograr soluciones justas y adecuadas al reconocimiento de los derechos (cfr. CSJN, *Fallos*: 363:453). Desde esta perspectiva hermenéutica, luce razonable concluir que la intimación fehaciente a que alude el art. 2º de la ley 25.323 puede ser efectuada por el trabajador en el documento a través del cual comunica el despido indirecto, pero aquel acto formal sólo puede surtir efectos (la evidencia de la renuencia contumaz del deudor al pago de las indemnizaciones pertinentes) una vez que haya vencido el plazo del

art. 128 de la LCT computado desde la fecha de extinción de la relación laboral, plazo este último conferido al deudor para extinguir la obligación sin consecuencias jurídicas desfavorables. En el presente caso la demandada, no sólo no pagó las indemnizaciones dentro del plazo del art. 128 de la LCT (t. o.), sino que no efectuó manifestación oportuna alguna frente a la intimación de la actora en el sentido de que cumpliría aquellas obligaciones dentro del citado lapso, y ni siquiera aludió al carácter prematuro de la mencionada interpelación. Además, está demostrado que Villalba se vio obligada a iniciar la instancia previa de conciliación obligatoria y la demanda que dio origen a este pleito para percibir las indemnizaciones por despido. En este contexto, la desestimación del reclamo de la sanción del art. 2º de la ley 25.323 fundada en la sola circunstancia que la intimación fue practicada en la comunicación del despido indirecto constituiría un excesivo rigor formal, máxime teniendo en cuenta que aquella norma no impone plazo alguno para efectuar dicha interpelación...”

⁵³ CNAT, sala V, 25-10-2012, “Goldstein, Yamila Mariela c/Bodegas Terranova SA y otros”, voto del Dr. Arias Gibert: “...No se trata de una intimación para poner en mora al deudor –al menos en los términos del art. 2º de la ley 25.323– ya que la mora es automática (arts. 509 del Cód. Civ. y 128, 137 y 149, RCT), sino de una interpelación que muestre la contumacia, la voluntad de no cumplir la obligación pese a la intimación del acreedor-trabajador. Si el deudor incumpliente hace caso omiso de la intimación, se produce la contumacia que hace posible la aplicación de estas multas. Pero para que la contumacia se produzca es menester que la deuda por la que se interpela al deudor sea exigible. Ninguna contumacia puede existir si el crédito por el que se interpela al deudor está aún sometido a plazo. Por este motivo, la intimación producida antes de los cuatro días hábiles del distracto carece de eficacia para servir de presupuesto a la contumacia pues se está intimando a cumplir a quien aún no debe atento lo prescripto por los arts. 128, 137 y 149, RCT...”

⁵⁴ CNAT, sala V, 21-10-2013, “Meddis, Juan Carlos c/Roca Argentina SA y otro s/Despido”: “...También admitiré el incremento previsto por el art. 2º de la ley 25.323, aunque sobre las diferencias indemnizatorias, toda vez que la demandada cumplió en forma incompleta el pago de la indemnización por despido incausado. En consecuencia, la cuantía de la multa debe recaer sólo sobre el 50% de las diferencias que se constaten sobre las indemnizaciones por antigüedad, sustitutiva del preaviso omitido –más SAC– e integración del mes de despido –más SAC– (conf. art. 2º, ley 25.323)”.

⁵⁵ CNAT, sala V, 13-11-2013, “De la Cruz, Gonzalo Martín c/Consortio de Propietarios del Edificio Caracas 1080 s/Despido”.

⁵⁶ CNAT, sala V, 16-8-2012, “Orue, Gustavo Adolfo c/Correo Oficial de la República Argentina SA s/Indemnización art. 212, RCT”.

⁵⁷ CNAT, sala V, 17-5-2012, “Fernández, Mirta Soledad c/Radio Victoria Figueira SA s/Indemn. por fallecimiento”.

⁵⁸ CNAT, sala V, 28-4-2015, “Alegre, Maximiliano Ezequiel c/Clínica Modelo Los Cedros SA y otros s/Despido”: “...Teniendo en cuenta que la redacción ‘...lo obligare a iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibir las’ impone una alternativa, nada impide que un trabajador intime en el SECCLO al pago (por lo que no se daría el requisito de haber sido obligado a

iniciar una instancia de conciliación previa) y ser obligado a iniciar la demanda, por lo que se cumpliría el requisito...”

⁵⁹ CNAT, sala V, 28-4-2015, “Alegre, Maximiliano Ezequiel c/Clínica Modelo Los Cedros SA y otros s/Despido”: “...En cuanto a la multa del art. 2º de la ley 25.323, la demandada sostiene que se habría producido la intimación del actor de modo extemporáneo. Existe intimación al pago de la indemnización por despido y omisión de preaviso claramente documentadas en la instancia administrativa del SE-CLO. Este reclamo formulado ante autoridad competente constituye la intimación fehaciente que exige la norma, ahora sí frente a una obligación incumplida. Debe recordarse que lo que provoca la fijeza de los hechos de la causa es la notificación de la demanda y no ante instancia alguna extrajudicial. El texto del primer párrafo del art. 2º señala textualmente: ‘Cuando el empleador, fehacientemente intimado por el trabajador, no le abonare las indemnizaciones previstas en los artículos 232, 233 y 245 de la Ley 20.744 (texto ordenado en 1976) y los artículos 6º y 7º de la Ley 25.013, o las que en el futuro las reemplacen, y, consecuentemente, lo obligare a iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibir las, éstas serán incrementadas en un 50%’. El hecho de haber iniciado acción judicial ante la falta de respuesta al requerimiento constituye sincrónicamente el supuesto analizado por la norma. Adviértase que basta para que el requisito se cumpla que cualquiera de las dos alternativas, iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibir las, se produzca. Los hechos a ser analizados en la sentencia son los hechos invocados al momento de notificarse la demanda, pues hasta ese momento la demanda puede ser modificada. Por tanto una intimación realizada e invocada antes de ese momento es una intimación que debe ser tenida en cuenta en la sentencia. Teniendo en cuenta que la redacción ‘...lo obligare a iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibir las’ impone una alternativa, nada impide que un trabajador intime en el SE-CLO al pago (por lo que no se daría el requisito de haber sido obligado a iniciar una instancia de conciliación previa) y ser obligado a iniciar la demanda, por lo que se cumpliría el requisito...”

⁶⁰ CNAT, sala V, 13-3-2014, “Silva, Esteban Rubén c/Coto CICSA s/Despido”.

⁶¹ CNAT, sala V, 27-4-2015, “Patiño, Analía Maricel c/Oracle Argentina SA s/Despido”: “...La queja no resulta admisible porque la norma no establece diferenciación entre un despido directo o indirecto. Por otra parte, si bien la determinación de la justa causa del despido dispuesto por el trabajador es en última instancia judicial, esta decisión es declarativa y, por ende, de efectos retroactivos al momento de la ruptura contractual. Por dicho motivo, en casos como el del *sub lite*, el derecho a las indemnizaciones pertinentes y sus accesorios como los intereses o los recargos resarcitorios como el establecido en el art. 2º queda subordinado a la acreditación de la injuria invocada; si se acredita esta situación todas las obligaciones se tornan exigibles retroactivamente, sin que se configure el supuesto previsto por el segundo párrafo de la norma para eximir las...”

⁶² CNAT, sala V, 30-11-2010, “Courtois, Reinaldo Alberto c/Asociación Notarial Argentina Entidad Mutual s/Despido”: “...‘Poner a disposición’ no es sino una mera exteriorización de la voluntad que sólo traduce una actitud frente a un acontecer que

no escapa a la mera subjetividad, no pudiendo, por tanto, alcanzar a producir los efectos de una ‘intimación’ que, como tal, importe condicionar el comportamiento del acreedor que se ve obligado a adoptar su conducta a los lineamientos que le fija el deudor, imponiéndole de tal manera asumir un proceder activo frente a la reclamación formulada...” (Zas y García Margalejo).

⁶³ CNAT, sala V, 20-3-2014, “Grippe, Sabrina Alejandra c/Jumbo Retail Argentina SA y otros s/Despido”, voto del Dr. Zas: “...no existe –en principio– la imposibilidad de aplicar en forma simultánea las sanciones provenientes de los arts. 2º de la ley 25.323 y 9º de la ley 25.013, sino que, a tal efecto, debe atenderse a su procedencia en cada caso en particular. Si bien ambos dispositivos legales prevén sanciones relacionadas con la renuencia al pago de las indemnizaciones emergentes del despido injustificado y, aun cuando la operatividad de las multas sea diferente en ambos casos (en el primero se fija un incremento del 50% en las indemnizaciones de los arts. 232, 233 y 245, LCT y 6º y 7º de la ley 25.013, según su caso, mientras que en la restante se remite a lo previsto en el art. 275, LCT), lo cierto es que en el supuesto contemplado por el art. 9º de la ley 25.013 dicha conducta constituye una presunción legal de temeridad y malicia ante el incumplimiento patronal, no siendo ésta contemplada ni exigida por el art. 2º de la ley 25.323, toda vez que no está referida a la conducta procesal de la empleadora...”; voto del Dr. Arias Gibert: “...existe un concurso ideal entre los tipos del artículo 9º de la ley 25.013 y 2º de la ley 25.323, por lo que no es admisible la concurrencia de sanciones por el mismo hecho en nuestro régimen constitucional (*non bis in idem*)...”

⁶⁴ CNAT, sala VI, 22-10-2013, “Sánchez, Laura Esther y otro s/Gemepe SA s/Despido”: “...En mi opinión le asiste razón al apelante ya que de los telegramas de fs. 37 y 41 se desprende que las actoras concretamente reclamaron el pago de las indemnizaciones legales, lo que fue desoído por la demandada. Lo que se argumentó acerca de que el crédito en cuestión todavía no era exigible carece de razonabilidad porque el art. 255 bis de la LCT establece que ‘...El pago de las remuneraciones e indemnizaciones que correspondieren por la extinción del contrato de trabajo, cualquiera sea su causa, se efectuará dentro de los plazos previstos en el artículo 128 computados desde la fecha de extinción de la relación laboral (*Artículo incorporado por art. 1º de la ley 26.593, B. O. del 26-5-2010*)’, por lo que no puede aducirse que no existió mora automática...”

⁶⁵ CNAT, sala VI, 17-6-2013, “Décima, Ilda Ángela c/Coto CICSA s/Despido”: “...el pago efectuado por la demandada resultó insuficiente, razón por la que entiendo que debe diferirse a condena el recargo previsto en la mentada norma sólo sobre la diferencia existente entre ese importe y los que la demandada debió haber abonado en su oportunidad, los que en definitiva generaron la necesidad del reclamo, que es lo penalizado por la norma...”

⁶⁶ CNAT, sala VI, 7-10-2011, “Silva, Nelson Pascual y otro c/Construcciones Garrahan SRL s/Ley 22.250”: “...Considero que la multa establecida en el art. 2º de la ley 25.323 resulta aplicable en los supuestos en que se trate de contratos de trabajo regulados por la LCT, cuya normativa es taxativa a la hora de expresar los rubros que se incrementan, ‘...arts. 232, 233 de la ley 20.744 o los arts. 6º y 7º de

la ley 25.323...’, delimitándose así el ámbito material de aplicación; y, cabe reputar aplicables sus disposiciones a aquellos estatutos profesionales que sus regímenes remitan expresamente a los dispositivos resarcitorios de preaviso y despido sin justa causa previstos en la LCT. En efecto, señalo que si el estatuto en cuestión –como en el caso de la industria de la construcción– establece una indemnización o un mecanismo reparatorio distinto al establecido por el art. 245 de la LCT o art. 7º de la ley 25.013, no corresponde su pago. Por ello, cabe confirmar el rechazo del pago de las indemnizaciones contempladas en la ley 25.323...”

⁶⁷ CNAT, sala VI, 27-2-2015, “Buri, Luis Alfredo c/Nucleoeléctrica SA s/Despido”.

⁶⁸ CNAT, sala VI, 8-7-2013, “Belmonte, Teresa c/Lyon Dor SA s/Indemn. por fallecimiento”: “...Adelanto, le asiste razón al recurrente, y digo ello pues en el caso de que se persiga la cancelación de la indemnización del art. 248 de la LCT (por fallecimiento del cónyuge), no puede reclamarse conjuntamente la multa que prevé el art. 2º, ley 25.323. Del trámite parlamentario surge que los legisladores han querido sancionar al empleador que ha producido un despido injustificado y la circunstancia de que el art. 248 de la LCT tome como regla de cálculo lo normado en el art. 245 de la misma norma (por vía del art. 247 de dicho régimen normativo) no puede llevar a confundir la naturaleza jurídica de ambos institutos”.

⁶⁹ CNAT, sala VI, 17-10-2011, “Requejo, Marta Haydée c/Lorenzo, Mariela y otros s/Despido”.

⁷⁰ CNAT, sala VI, 1-3-2011, “Rovera, Mabel Ivana c/Centro de Nutrición y Estética SA s/Despido”.

⁷¹ CNAT, sala VI, 31-8-2011, “Ruiz, Diego Oscar c/Sistemas Temporarios SA y otro s/Despido”.

⁷² CNAT, sala VI, 16-8-2012, “Córdoba, Rubén Omar c/Jumbo Retail Argentina SA y otro s/Despido”: “Resulta improcedente el agravio referido a que el trabajador no cursó la intimación, puesto que del telegrama de despido se advierte que la apelante puso a disposición del actor la liquidación final”.

⁷³ CNAT, sala VI, 6-8-2007, “Luna, Andrés Darío c/Southern Winds SA s/Despido”.

⁷⁴ CNAT, sala VI, 27-6-2013, “Garnica, Andrea Natalia c/IBM Argentina SA y otro s/Despido”.

⁷⁵ CNAT, sala VI, 13-3-2012, “Trinidad, Leonardo Adrián c/Operadora de Estaciones de Servicios SA s/Despido”.

⁷⁶ CNAT, sala VI, 30-3-2015, “Aisama, Pablo Matías c/Photo Depot Argentina SRL”: “...Si resulta indemnizada la falta de pago de las indemnizaciones derivadas del despido, ha quedado demostrada en autos una conducta maliciosa autónoma por parte del empleador que justifica una condena diferencial por los intereses...”

⁷⁷ CNAT, sala VII, 25-6-2012, “Salvatierra, Mario Antonio c/Zadicoff, Víctor Fernando s/Despido”, voto de la Dra. Ferreirós: “...la interpretación judicial de la intimación efectuada por el trabajador, en el período de tiempo que la ley brinda al empleador, debe entenderse, a mi modo de ver, como un anticipo legítimo, que se torna fértil cuando, vencido el plazo de cuatro días hábiles y mora automática mediante,

el deudor no cumple con su obligación de pagar las indemnizaciones requeridas, dando lugar a la punición que acompaña el incumplimiento, es decir la aplicación del art. 2º de la ley 25.323 y el recargo que ella impone...”; voto concurrente de la Dra. Fontana: “...En efecto, tal como lo señala el sentenciante, la intimación que requiere la norma en cuestión no es para poner en mora al empleador, en tanto la mora es automática. Siendo ello así, y teniendo en cuenta que según la documental que obra a fs. 27 el actor intimó a la demandada el pago de las indemnizaciones por despido ‘de conformidad con el plazo previsto por el art. 255 bis de la LCT’; en tanto esta última norma remite expresamente al plazo del art. 128 de ese cuerpo normativo, en mi opinión cabe concluir que la intimación cursada por el actor implicó para la demandada contar con el plazo previsto por el art. 128, LCT para efectuar el pago de las indemnizaciones derivadas del despido. Sin embargo, no surge de autos que esos rubros se hayan abonado, y por ello considero que corresponde hacer lugar a la indemnización reclamada con fundamento en el art. 2º, ley 25.323 en tanto no encuentro que se hayan alegado ni probado razones que justifiquen la omisión en que incurrió la accionada...”

⁷⁸ CNAT, sala VII, 30-4-2013, “González Antognolli, María del Rosario c/Lenovo Spain SL Sucursal Argentina y otro s/Despido”: “...Recuerdo que para que haya pago, en un marco técnico-jurídico, debe producirse el cumplimiento de la obligación, estando la prestación sometida a dos requisitos fundamentales, que son: la identidad y la integridad. Este último no fue cumplido en el caso de autos. El art. 742 del Código Civil impera en la materia y en nuestra disciplina debe complementarse con el art. 260 de la Ley de Contrato de Trabajo. El art. 2º de la ley 25.323 deviene aplicable a las consecuencias jurídicas o efectos contractuales que no hayan sido cumplidos por el empleador debidamente intimado. Ergo, son requisitos para su procedencia: la intimación fehaciente y el inicio de acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibir las. La norma parece apuntar a morigerar el daño que se produce al trabajador cuando no se cumple lo debido y a poner un marco diferencial entre el empleador que cumple con las indemnizaciones previstas en la ley y aquel que se toma los tiempos judiciales, aun sabiendo que debe pagar. La actora intimó fehacientemente y debió iniciar el presente juicio para poder obtener el cobro, por lo que cabe confirmar el fallo también en este punto...”

⁷⁹ CNAT, sala VII, 31-7-2013, “Baldoni, Mauro Christian c/Compañía de Medios Digitales CDM SA s/Despido”: “...asiste razón a la demandada cuando cuestiona la [...] multa que prevé el art. 2º de la ley 25.323 [...] Sin perjuicio de mi opinión en la que ahondaré renglones más adelante, considero menester apuntar que esta Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, mediante fallo plenario N° 313 *in re* ‘Casaso’ [...] ha arribado a la siguiente doctrina: ‘El recargo previsto en el art. 2º de la Ley 25.323 no se aplica, en las relaciones regidas por la Ley 12.908, a las indemnizaciones dispuestas en el art. 43, incisos b, y c, de esta última ley. Asimismo tampoco se aplica a la indemnización dispuesta en el inciso d, del mismo artículo’ [...] en oportunidad de votar sobre ello señalé que la cuestión interpretativa se plantea cuando el despido se produce al amparo de las normas de estatutos particulares, por tratarse de regímenes especiales. La mencionada norma hace referencia al empleador que, fehacientemente

intimidado por el trabajador, no le abonare las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 245 de la ley 20.744 y los arts. 6º y 7º de la ley 25.013 o las que en el futuro las reemplacen y, consecuentemente, lo obligare a iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibir las. Ello dará lugar a un incremento de un 50%. Agrega luego que si hubieran existido causas que justificaren la conducta del empleador, los jueces mediante resolución fundada del Poder Judicial de la Nación podrán reducir prudencialmente el incremento indemnizatorio hasta, incluso, la eximición del pago. A la vez el art. 43 del estatuto del periodista (ley 12.908) en sus incisos b, c, y d, fija las pautas para calcular las indemnizaciones correspondientes al trabajador despedido. Memoré también que en materia interpretativa nuestra Corte Suprema ha expresado que las leyes deben serlo según el sentido propio de las palabras, sin violentar su sentido específico pero por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente. En esa indagación no cabe prescindir de las palabras de la ley, pero tampoco atenerse rigurosamente a ellas cuando la interpretación razonable y sistemática así lo requiere, dado que la misión del Poder Judicial no se agota con la remisión de la letra, ya que los jueces en cuanto servidores del Derecho, y para la realización de la Justicia, no pueden prescindir de la *ratio legis* y del espíritu de la norma (CSJN, *Fallos*: 295:376 y E. D. 95-552, sumario 25). Y bien, señalé también que cuando el legislador se refiere a las indemnizaciones correspondientes al despido incausado de la LCT y de la ley 25.013, está ejemplificando con el régimen general de la Ley de Contrato de Trabajo, el espectro general de incumplimientos obligacionales por despidos con indemnizaciones impagas y en mora. Y resulta indistinto que algunos regímenes especiales arbitren reparaciones diferentes para el despido arbitrario porque en este caso no está en juego la sanción por el ilícito extintivo para el cual se prevén diferentes sistemas más allá del establecido en el régimen general. Lo que está en juego es el tramo posterior: la conducta omisiva del empleador que deviene en incumplimiento distinto y en daño también distinto. Se trata del daño posterior producido por el incumplimiento obligacional que toma relevancia jurídica a través de la mora impuesta por la notificación fehaciente que dispone la norma (no automática) y que forma parte de un nuevo género de responsabilidad no prevista expresamente por ninguna norma que no sea la que estamos analizando y desde la cual se ejemplifica para todo el ordenamiento jurídico positivo laboral, sea cual fuere la situación, habida cuenta que la imposición general que no releva lo particular, lo incluye. Concluí entonces que no hay razón para excluir a los trabajadores amparados por la ley 12.908 de lo prescripto en el art. 2º de la ley 25.323, norma que establece un criterio para la generalidad de los casos y que no excluye los regímenes especiales de manera expresa. Esta última es una ley de carácter general aplicable a todos los trabajadores en relación de dependencia y no se encuentra controvertida con ninguna disposición del estatuto especial. Tal ha sido el sentido de mi pronunciamiento en dicha oportunidad, aunque lo expuesto es al solo efecto de dejar a salvo mi opinión, a la vez que acato lo resuelto por la mayoría...”

⁸⁰ CNAT, sala VII, 28-2-2014, “Lescano, Segundo Antonio c/Mapuche Country Club Asociación Civil s/Despido”: “...si bien el supuesto extintivo de la relación con-

templado en el 4º párrafo del art. 212 de la LCT (ante la imposibilidad de continuar la relación por incapacidad absoluta del trabajador) posee naturaleza disímil a la finalidad del que persigue el art. 245 del citado cuerpo legal, que es la indemnización por despido incausado, lo cierto es que, a mi juicio, ello no obsta la procedencia del incremento previsto por el art. 2º de la ley 25.345. Lo afirmo porque la mencionada norma deviene aplicable a las consecuencias jurídicas o efectos contractuales que no hayan sido cumplidos por el empleador debidamente intimado. La norma apunta a morigerar el daño que se produce al trabajador cuando no se cumple lo debido y a poner un marco diferencial entre el empleador que cumple con las indemnizaciones previstas en la ley y aquel que se toma los tiempos judiciales, aun sabiendo que debe pagar...”

⁸¹ CNAT, sala VII, 18-7-2007, “Marta Alicia c/Varsar, Lina s/Sucesión y otros s/Indemn. por fallecimiento”.

⁸² CNAT, sala VII, 29-6-2010, “Lemos, Noemí Elida Itatí c/Atento Argentina SA s/Despido”.

⁸³ CNAT, sala VII, 29-4-2011, “Bazán, Eliana Lorena c/Jedvabnik, Patricia Silvia y otro s/Despido”.

⁸⁴ CNAT, sala VII, 30-4-2010, “González Ramírez, Zoilo c/Primo Hermanos SA”: “...Sobre este punto debo indicar que contrariamente a lo argüido por la apelante, no considero que supla la intimación prevista por el art. 2º de la ley 25.323 el reclamo ante el SECCLO, pues ello atenta contra la tésis de la norma y porque de seguirse la línea de pensamiento de la accionante, bien podría llegar a tomarse como la aludida intimación a la demanda, toda vez que con ella tomó conocimiento la exempleadora del reclamo del trabajador del pago de la indemnización por antigüedad...”

⁸⁵ CNAT, sala VII, 31-3-2014, “Fleire, María Celeste c/Asociación Colegio Saint Jean s/Despido”: “...Ahora bien, en cuanto a la segunda parte de dicha norma (que prevé la reducción y hasta la supresión de la multa en determinados casos) no veo que resulte aplicable al presente. He señalado con anterioridad que la misma tiene como objeto que se valore el hecho del incumplimiento del deudor-empleador. Considero que no contempla el legislador la duda razonable del empleador acerca de la aplicación de la ley, porque no cabe en nuestro ordenamiento la duda de derecho. Lo que sí autoriza la ley es la merituación con graduación de la gravedad del incumplimiento, que en la causa se ha mantenido por más de tres años sin que se invoque razón alguna que justifique tal modo de proceder...”

⁸⁶ CNAT, sala VII, 18-12-2007, “Tort, Fernando Luis c/Acapea SRL y otros s/Despido”.

⁸⁷ CNAT, sala VII, 30-3-2012, “Errico, Alberto c/Zachozy Nowak, Julio y otro s/Despido”: “...el accionado se agravia en tanto el *a quo* no hizo lugar a la multa del art. 2º de la ley 25.323 y del art. 80 de la LCT, al declarar válida la consignación realizada por el demandado con respecto a la liquidación final y al certificado de trabajo [...] A mi juicio considero que le asiste razón al accionante [...] Deseo recordar que, como señala Llambías (ver su *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, t. II-B, 2ª ed., ps. 266 y ss., Perrot, Buenos Aires, 1975), el pago por consignación es el que satisface el deudor, o quien está legitimado para sustituirlo, ‘con intervención

judicial'. Ésta es la característica fundamental de esta forma de pago. Se trata de un recurso excepcional, por lo que sólo cuando el deudor resulta coartado en el ejercicio de su derecho de pagar se encuentra autorizado a recurrir a él [...] Conforme lo normado en el art. 758 del Código Civil: 'La consignación no tendrá fuerza de pago, sino concurriendo en cuanto a las personas, objeto, modo y tiempo, todos los requisitos sin los cuales el pago no puede ser válido. No concurriendo estos requisitos, el acreedor no está obligado a aceptar el ofrecimiento de pago'. Vale decir que los requisitos de validez del pago por consignación se refieren a las personas intervinientes, al objeto, modo y tiempo de pago. En cuanto al objeto, hacen a la eficacia del pago por consignación los requisitos de identidad e integridad. Este último implica que el pago debe ser completo, abarcar toda la cuantía del objeto debido (cfr. art. 742, Cód. Civ.), por lo que el acreedor no puede ser obligado a recibir pagos parciales, ni el deudor a hacerlos (art. 673, última parte, del Cód. Civ.). Por ello considero que como primera cuestión a dilucidar en el presente pleito corresponde analizar si en la especie se encuentran cumplidos todos estos requisitos. Al respecto me adelanto a señalar que no fue así en lo atinente a la integridad del pago, ya que faltaba en la liquidación final consignada por el demandado abonar la suma de \$ 187,78 –dos días de febrero de 2009– y diferencias salariales por la suma de \$ 9.498,40 –ver fallo a fs. 1130, punto IV y fs. 1131 vta., punto VII–. Además de ello deseo agregar que el despido se produjo el 28 de febrero de 2009, la demanda se inició el 27 de julio de 2009 y el demandado inició el expediente sobre consignación por la liquidación final y el certificado de trabajo el 25 de mayo de 2009 y la fecha del depósito de la indemnización fue realizada el 15 de septiembre de 2009 –ver fs. 37 del expediente agregado por cuerda sobre consignación 40.438–, lo que demuestra que el depósito de la indemnización a favor del actor se realizó pasados 6 meses y 15 días del distracto. Se trata de una pretensión de consignación extemporánea..." (Ferreirós y Rodríguez Brunengo).

⁸⁸ CNAT, sala VII, 31-3-2014, "Lamas, Luis c/Ferrero Argentina SA s/Despido": "...para determinar si se ha configurado la 'conducta maliciosa y temeraria' a la que alude el art. 275, LCT, hay que considerar que la imposición de sanciones no obedece al solo hecho de que las acciones o defensas hayan sido finalmente desestimadas, ni siquiera que las pretensiones carezcan de sustento jurídico, dado que ello podría coartar las garantías constitucionales de defensa en juicio, puesto que la aplicación de tal sanción no debe ser un medio para coartar el ejercicio de derecho en juicio, resultando así aplicable sólo en los supuestos contemplados por el mencionado artículo debido a que alguna de las partes haya tenido un proceder temerario y sin razón. Pero, en el caso, considero que la empleadora ha actuado de tal manera al sostener la inexistencia de pago de salarios de manera clandestina, al alterar la naturaleza de los rubros que componían la remuneración del trabajador y pretendiendo así reducir la base salarial a la hora de practicar la liquidación final, rubros que, como se vio, eran remuneración, por lo que considero que la accionada ha tenido bien conciencia de la sinrazón de su negativa, ya que no podía desconocer que no tenía razón para mantener la postura que asumió en autos, que sólo puede tener como propósito obstruir el desarrollo del proceso y dilatar su conclusión..."; voto de la Dra. Fontana: "...considero que el art. 2º, ley 25.323 impone una sanción sobre la base de constatación de conductas que se

superponen con las previstas en el art. 9º de la ley 25.013, y en tanto ambas son sancionatorias deben ser evaluadas en un todo de acuerdo con el principio del *non bis in idem*...”

⁸⁹ CNAT, sala VIII, 8-5-2015, “Rodríguez, Pablo Ariel c/Club Ferro Carril Oeste”: “...El artículo 2º de la ley 25.323 no dispone plazo alguno para efectuar la interpelación allí requerida, con lo cual basta que sea efectuada por el trabajador en el documento a través del cual comunica el despido indirecto. A mi juicio, la situación jurídica no ha cambiado con la entrada en vigor del art. 255 bis, LCT (incorporada por la ley 26.593) en cuanto alude al plazo del art. 128 para el pago de las remuneraciones e indemnizaciones correspondientes a la extinción del contrato de trabajo...”

⁹⁰ CNAT, sala VIII, 14-4-2015, “Torres, Analía Patricia c/INC SA s/Despido”: “...si bien la demandada pagó una suma que atribuía a la liquidación final de la actora, este pago resultó *parcial*, generándose entonces diferencias en favor de ésta [...] La parte final (del art. 2º) autoriza a reducir parcialmente el importe de la agravación si hubiesen existido causas que justificaren la conducta del empleador. Se debería entender que la justificación podría surgir de la imposibilidad, material o jurídica, de satisfacer los créditos, o de la plausibilidad de la justa causa de despido invocada, judicialmente desechada. Cuando, como en el caso, no se advierten razones para la exoneración o reducción de la multa, ésta será calculada sobre las diferencias de los rubros que integran su base...”

⁹¹ CNAT, sala VIII, 15-5-2015, “Romero, Juan Manuel c/Télam SE s/Despido”: “...El artículo 303 del CPCCN aún se encuentra vigente en virtud de lo dispuesto por el artículo 15 de la ley 26.853, criterio ratificado por el más alto tribunal mediante Acordada 23/13. Conforme ello, esta Cámara, mediante fallo plenario N° 313 ‘Casado, Alfredo c/Sistema Nacional de Medios Públicos SE’ del 5-6-2007 sentó la siguiente doctrina: «El recargo previsto en el art. 2º, ley 25.323 no se aplica, en las relaciones regidas por la ley 12.908, a las indemnizaciones dispuestas en el art. 43, incs. b, y c, de esta última ley. Asimismo, tampoco se aplica a la indemnización dispuesta en el inc. d, del mismo artículo»”.

⁹² CNAT, sala VIII, 5-2-2014, “Casseignau, Mirta Miriam c/Aerolíneas Argentinas SA s/Diferencias de salarios”: “...Su aplicación se encuentra expresamente vinculada a la falta de pago de las indemnizaciones reguladas en los arts. 232, 233 y 245, LCT. Tal precisión revela la decisión del legislador de sancionar al empleador que ha producido un despido injustificado y, pese a ello, se abstuvo de abonar las indemnizaciones correspondientes a ese acto ilícito contractual. En cambio, la indemnización regulada en el art. 248, LCT responde a motivos de equidad y ello explica la exclusión de la multa en este caso...”

⁹³ CNAT, sala VIII, 26-11-2010, “Romero, Claudio Roberto c/Jumbo Retail Argentina SA s/Despido”.

⁹⁴ CNAT, sala VIII, 22-4-2014, “López, Fernando Emiliano c/Transportes Automotores Riachuelo SA s/Despido”: “...En efecto, no se puede acceder a la sanción del art. 2º de la ley 25.323 con el argumento de que realizó recién en la etapa conciliatoria la notificación correspondiente. La norma legal requiere una intimación de pago efectuada en forma fehaciente y que, por otra parte, debe ser previa a dicha

instancia conciliatoria (es decir, que el derecho ya haya nacido y no se encuentre en expectativa) para que se configure el incumplimiento que es objeto del procedimiento obligatorio y, según el caso, de posterior reclamo judicial”.

⁹⁵ CNAT, sala VIII, 23-8-2011, “Boggiano, Marcelo c/Diebold Argentina SA s/Despido”.

⁹⁶ CNAT, sala VIII, 30-9-2014, “González, Gustavo Raúl c/Compañía Metropolitana de Seguridad SA s/Despido: “El objeto del art. 2º de la ley 25.323 es compeler al empleador a abonar en tiempo y forma las indemnizaciones por despido y evitar litigios, y su presupuesto de procedencia es el no pago de la indemnización en tiempo oportuno, pero nada dice la disposición legal sobre la exclusión de los despidos indirectos y mal podría hacerlo porque, de ser así, bastaría que el empleador obligue al trabajador a colocarse en situación de despido para negar el derecho a su cobro...”

⁹⁷ CNAT, sala VIII, 19-5-2015, “Baulos, María Florencia c/Kril SAT Argentina SA s/Despido”: “...(la empleadora) [...] se queja por la condena al pago de la sanción prevista en el art. 2º, ley 25.323; fundamenta su defensa en el hecho de que la accionante no se presentó a cobrar su liquidación final pese a las reiteradas intimaciones que le cursó, agregando que la presente acción fue iniciada mientras su parte se preparaba a presentar la demanda por consignación. Por ende, atento que el cheque con la liquidación final correspondiente a la trabajadora siempre estuvo a su disposición, solicita se revoque la sanción en cuestión o, en su defecto, se la morigere. Sin embargo, soslaya la recurrente que, a partir de las resoluciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social 644 y 790 de fechas 30-9-97 y 8-11-99, respectivamente, y la resolución del Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos 360/2001, vigentes a la fecha de disolución de la relación laboral, es obligación del empleador depositar las remuneraciones de su personal en una cuenta sueldo de una entidad bancaria, cobrando especial relevancia, a los fines de la acreditación del pago de remuneraciones, el extracto de tales cuentas que informe el banco. La accionada no acreditó haber realizado el depósito de la liquidación final de la trabajadora en el Banco Credicoop, entidad donde tenía abierta la cuenta sueldo, cuando nada le impedía hacerlo. Por ende, toda vez que acaecido el distracto, el empleador no abonó las indemnizaciones legales en debida forma, dando motivo al inicio del presente reclamo, considero corresponde se rechace el agravio y se confirme lo decidido en grado al respecto...”

⁹⁸ CNAT, sala VIII, 19-9-2012, “Gehy, Silvana Ruth c/Action Line de Argentina y otro s/Despido”, voto del Dr. Pesino: “Tanto la disposición del art. 2º de la ley 25.323 como la del art. 9º de la ley 25.013 pueden ser aplicadas acumulativamente toda vez que mientras la primera dispone un incremento indemnizatorio por el mero vencimiento del plazo legal, la otra establece una presunción de existencia de conducta temeraria y maliciosa, aplicable sólo en caso de existencia de un proceso judicial, pues se trata de una calificación de conducta procesal...”; voto del Dr. Catardo: “...la multa establecida en el art. 9º de la ley 25.013, con los efectos previstos en el art. 275, LCT, en tanto su admisión se encuentra fundada en iguales presupuestos que los previstos en la sanción contenida en el art. 2º de la ley 25.323, cuya aplicación al caso, en primera instancia, ha sido confirmada en esta Alzada. Una solución distinta implicaría una doble sanción por un mismo hecho...”

⁹⁹ CNAT, sala IX, 12-12-2014, “Sarapura, Elena Lucrecia c/Etkin Marroquinería SRL y otro s/Despido”: “...Si bien la intimación cursada por la trabajadora –tendiente a obtener el pago de las indemnizaciones legales– era prematura, resulta temporánea ya que el art. 255 bis de la LCT no representa un requisito sine qua non para la procedencia de la sanción que establece el art. 2º de la ley 25.323 sino una mera referencia temporal que la ley acuerda al empleador para que cancele los importes de la liquidación final, independientemente de la causa que provocó la desvinculación y con ello otorgar un plazo cierto para el cumplimiento de esa obligación, siendo lo sustancial la verificación del requerimiento de pago de las indemnizaciones derivadas del despido y de la postura refractaria de la empleadora...”

¹⁰⁰ CNAT, sala IX, 31-3-2014, “Cruz, Sergio Daniel c/Fort, Jorge Alberto y otro s/Despido”: “...la accionada, aun de modo insuficiente, abonó la liquidación final al momento de producirse el despido que dio fin a la relación laboral existente entre las partes. Respecto a la aplicación de la multa sobre la diferencia existente entre lo adeudado y lo efectivamente abonado al accionante, he tenido oportunidad de expedirme [...] donde consideré que, si bien la demandada abonó al trabajador la indemnización por antigüedad, lo fue de un modo insuficiente –como lo adelanté–, no obrando conforme la exigencia de la citada norma, dando por ello motivo al inicio del presente reclamo. Es por ello que estimo corresponde modificar la sentencia de grado en cuanto a este rubro de condena toda vez que el mismo se ha calculado sobre los conceptos afectados por dicha incidencia sin tener en cuenta lo ya percibido oportunamente por el actor...”

¹⁰¹ CNAT, sala IX, 30-11-2012, “Zulpa, Delia Zulema c/Consortio de Propietarios del Edificio Montevideo 1274/76”.

¹⁰² CNAT, sala IX, 21-7-2006, “Salinas, Gabriel c/Confitería Ideal SRL y otro s/Despido”: “...Ello es así, por cuanto el incremento indemnizatorio en cuestión se encuentra supeditado a los supuestos de despidos en los que el empleador resulta moroso de las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 245 de la LCT, o 6º y 7º de la ley 25.013, con lo cual, toda vez que, como señalé, en el caso la extinción del vínculo contractual se operó en virtud de lo normado en el art. 212, 4º párrafo de la LCT, el hecho que deba abonarse una indemnización igual a la contemplada en el art. 245, LCT, no autoriza a hacer una interpretación extensiva del incremento del art. 2º citado –nótese que el art. 212, 4º párrafo remite al 245, LCT al solo efecto de su cálculo–...”

¹⁰³ CNAT, sala IX, 30-5-2014, “Paz, Marta Ofelia c/Star Gym SRL s/Indemnización por fallecimiento”: “...el objetivo perseguido por el art. 2º es sancionar al empleador por el no pago oportuno de las indemnizaciones derivadas del despido injustificado, situación que no se verifica en el supuesto del art. 248, LCT, que fija una compensación a favor de los derechohabientes del trabajador fallecido ante la extinción del contrato, sin voluntad del empleador. Pero, además, el art. 248, LCT remite a la indemnización prevista por el art. 247 de la LCT, que no es de las contempladas por el art. 2º...”

¹⁰⁴ CNAT, sala IX, 12-12-2011, “Zabala, Héctor Daniel c/Westfalia Separador Argentina SA y otro s/Accidente. Acción civil”.

¹⁰⁵ CNAT, sala IX, 12-12-2008, “Ramírez, Pablo c/TMT Trade Marketing Technologies SA s/Despido” (Fera y Balestrini).

¹⁰⁶ CNAT, sala IX, 30-6-2010, “González, Melina c/Lubiseg SRL s/Despido”: “Debe rechazarse el incremento indemnizatorio previsto en el art. 2º de la ley 25.323, si el trabajador no intimó previamente al empleador para que éste abone las indemnizaciones derivadas del distracto, toda vez que la omisión referida no resulta subsanable por las actuaciones ante el SECCO, ni mediante la interposición de la demanda, pues dichos actos no materializaron la correspondiente intimación...”

¹⁰⁷ CNAT, sala IX, 19-5-2009, “Morel Orihuela, Juan Darío c/Laboratorios Igalte SRL s/Despido” (Balestrini y Fera).

¹⁰⁸ CNAT, sala IX, 26-9-2014, “Rodríguez, Pablo Matías c/Ziste SA s/Despido”.

¹⁰⁹ CNAT, sala IX, 9-4-2015, “Benítez Marín, Héctor Manuel c/Gate SRL s/Despido”: “...También es dable señalar que, en mi opinión, no resulta suficiente la puesta a disposición de las sumas indemnizatorias mediante texto postal sino que se requiere, a fin de tener por cumplida la obligación patronal, una actitud más asertiva que dé cuenta de la intención de hacer efectivos tales pagos, y que permita vislumbrar una conducta que no sea renuente en tal sentido; máxime que, en atención a lo resuelto precedentemente en cuanto a la existencia de irregularidades registrales, aun en el caso de considerar válida la puesta a disposición de las indemnizaciones derivadas del distracto, lo cierto es que dicho monto habría sido insuficiente...”

¹¹⁰ CNAT, sala IX, 24-2-2015, “Díaz, Gabriel Alejandro c/Jumbo Retail Argentina SA s/Despido”: “...el art. 2º de la ley 25.323 –ver fs. 116 *in fine*–, que sanciona el mismo hecho por el cual se pretende la aplicación del citado art. 9º. Ello así, toda vez que ambas concurran el mismo incumplimiento del empleador en orden a la omisión de pago de las indemnizaciones en tiempo oportuno –sin perjuicio de la evaluación subjetiva de la conducta del empleador que implica lo dispuesto en la norma de la ley 25.013–, parece claro que no pueden subsistir ambas penalidades de manera acumulativa puesto que, admitir este temperamento, implicaría avalar una doble sanción por un mismo presupuesto de hecho, lo cual, conforme los principios básicos del Derecho, se encuentra vedado al juzgador...”

¹¹¹ CNAT, sala X, 29-4-2015, “Herrera, Héctor Francisco c/Corporación Río Luján SA s/Despido”. Mayoría (Dres. Corach y Brandolino): “...No prosperará el incremento previsto en el art. 2º de la ley 25.323 dado que ya he expresado que dicha reparación resulta improcedente cuando –como en el caso– la interpelación contemplada en dicha norma se efectúa contemporáneamente con la comunicación del despido. En efecto, entiendo que el artículo en cuestión exige, de manera clara, que la intimación que allí se prevé debe ser realizada, cuanto menos, luego de producido el distracto y si éste, como sucede en autos, se produjo por despido ‘indirecto’, el dependiente debe cursarla una vez disuelta la relación. Es que si el dispositivo aludido establece que dicho rubro resulta procedente cuando no se abonaren las indemnizaciones por despido, parece evidente que el requerimiento deba efectuarse una vez producida la extinción del vínculo, en tanto es en ese momento (si es que no se quiere aguardar al vencimiento del plazo contemplado en el art. 128, LCT al que remite el 149 del mismo cuerpo legal) en que resultan exigibles los resarcimientos derivados del despido; me parece

evidente que mal podría intimarse el pago de una determinada acreencia cuando ésta, por el motivo que fuere, no se ha hecho aún exigible. Cabe recordar también que desde antaño la doctrina y la jurisprudencia han insistido en que el despido (o mejor, su comunicación) es un acto recepticio, lo cual, como se sabe, significa que solamente se perfecciona con la recepción en el ámbito del control y conocimiento del destinatario. Esto implica que tampoco puede admitirse que la interpelación exigida por la norma citada se concrete conjuntamente con la denuncia del vínculo; ello es así dado que hasta que no se encuentre debidamente formalizado el distracto, no existe derecho alguno a la reparación por despido ni, consecuentemente, posibilidad alguna de intimar su pago...” Minoría (Dr. Stortini): “...El art. 255 bis, LCT no modificó la situación anterior, en tanto el momento a partir del cual resultaban exigibles las indemnizaciones surgía de la interpretación armónica de los arts. 128 y 149 de la LCT. Una interpretación diferente sería contraria a lo dispuesto por el art. 9º, segundo párrafo, de la LCT...”

¹¹² CNAT, sala X, 19-2-2015, “Fernández, Sergio Darío c/Coto CICSA s/Despido”: “...no es más que un pago insuficiente, y en esas condiciones, firme el cumplimiento de los demás recaudos legales previstos para la procedencia del rubro en cuestión, esto es, la existencia de obligación indemnizatoria en los términos de los arts. 232, 233 y 245, LCT, intimación fehaciente emplazando a su cancelación y que el dependiente se vio obligado a iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibir las diferencias indemnizatorias debidas, corresponde confirmar su procedencia pero sólo respecto de la diferencia abonada en menos en las indemnizaciones reconocidas en la instancia de origen, pues no existe motivo suficiente para eximir a la demandada del pago de dicha diferencia...”

¹¹³ CNAT, sala X, 14-10-2013, “Pereira Ayala, Julio Hilario c/Coronel Sanabria, Roque Ramón y otros s/Despido”: “...no corresponde la admisión de la aplicación de la multa del art. 2º de la ley 25.323, toda vez que las indemnizaciones establecidas por la Ley de Contrato de Trabajo resultan inaplicables al personal comprendido dentro del estatuto de la construcción (conf. art. 35, ley 22.250) y justamente el incremento indemnizatorio referido alude a las indemnizaciones contempladas por los arts. 232, 233 y 245, LCT...”

¹¹⁴ CNAT, sala X, 29-12-2009, “Frieiro, Alfonso Orlando c/Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados”: “...Una interpretación teleológica del art. 212, cuarto párrafo de la ley laboral –que constituye una prestación de la seguridad social–, y del art. 2º de la ley 25.323 –sanción al empleador moroso ante la presencia de un despido sin justa causa–, permite establecer que el agravamiento indemnizatorio de este último no resulta de aplicación cuando es el trabajador el que decidió disolver la relación laboral al hallarse impedido de prestar servicios por una incapacidad ‘absoluta’ en los términos del art. 212, cuarto párrafo de la LCT...”

¹¹⁵ CNAT, sala X, 12-4-2010, “Sosa Staple, Gladis Conrada c/Buenos Aires Container Terminal Services SA s/Indemn. por fallecimiento”: “...La duplicación contemplada por el legislador hace referencia a las indemnizaciones derivadas del despido incausado, es decir, las prescriptas por el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo con motivo de un acto ilícito del empleador. Sin embargo la indemnización del art. 248 de la LCT se trata de una prestación de la seguridad social por cuanto brinda protección

contra una contingencia social. Por ende, considero que, en base a una interpretación teleológica de las normas aquí en juego, el agravamiento indemnizatorio del art. 2º de la ley 25.323 no resulta de aplicación pues la extinción no aconteció por ‘despido’ sino por fallecimiento del trabajador...”

¹¹⁶ CNAT, sala X, 31-7-2012, “Peirano, Nélica Liliana c/Iglesias, Rubén Carlos y otro s/Despido”: “...No tendrá mejor fortuna el agravio dirigido al rechazo del incremento del art. 2º de la ley 25.323. Ello es así ya que la norma citada limita el agravamiento en cuestión a los supuestos de falta de pago de las indemnizaciones de los arts. 232, 233 y 245 de la LCT, mientras que en el presente caso la actora resulta acreedora a percibir la indemnización correspondiente al art. 247 al producirse la extinción de su contrato de trabajo por fallecimiento del empleador (conf. art. 249, LCT)...”

¹¹⁷ CNAT, sala X, 20-3-2012, “Clavario, Silvio Dante c/Fate SA s/Despido”.

¹¹⁸ CNAT, sala X, 2-3-2015, “Lamas, Eduardo Rubén c/Temple Media SRL s/Despido”.

¹¹⁹ CNAT, sala X, 23-2-2006, “Gerzovich, Diego c/IRAM Instituto Argentino de Normalización s/Despido”.

¹²⁰ CNAT, sala X, 20-4-2012, “Greco, Fabiana Adriana c/Galeno Argentina SA s/Despido”.

¹²¹ CNAT, sala X, 27-11-2009, “Quiroz Flores, Marcos Joaquín c/Maycar SA s/Despido” (Stortini y Corach).

¹²² CNAT, sala X, 28-8-2012, “Díaz Ramón, Natividad c/Siderea SA s/Despido” (Brandolino y Corach).

¹²³ CNAT, sala X, 22-11-2013, “Gómez, Adriana Patricia c/Casa Roma SA s/Despido”: “...en cuanto a la queja que versa sobre la aplicación de la multa que prevé el art. 275, LCT (t. o.), en virtud de lo previsto por el art. 9º de la ley 25.013, cabe adelantar que asiste razón a la accionada porque dicha multa es excluyente del incremento previsto en el art. 2º de la ley 25.323 (o uno u otro), porque en definitiva, ambos sancionan el mismo incumplimiento patronal (no pago de las indemnizaciones por despido injustificado), lo que conduce a su inaplicabilidad por respeto al principio *non bis in idem*”.

ÍNDICE SUMARIO

ÍNDICE GENERAL.....	7
<i>Presentación</i> , por JUAN MANUEL DOMÍNGUEZ.....	9

LAS INDEMNIZACIONES PREVISTAS EN LA LEY 25.323

por LEONARDO BLOISE

.....	17
1. El incremento del artículo 1° de la ley 25.323. Naturaleza jurídica.....	18
2. Estructura interna de la norma.....	20
3. Relación laboral no registrada o registrada en modo deficiente. Definición.....	20
4. Distintos supuestos de deficiente registro laboral.....	22
5. Diversos modos de extinción del contrato de trabajo. Supuestos alcanzados.....	33
6. Relaciones regidas por normas estatutarias específicas. Situaciones no alcanzadas.....	33
7. Aspectos procesales de la aplicación del artículo 1° de la ley 25.323.....	35
8. Cuantía del agravamiento. Rubros que duplica.....	38
9. Diferencias entre la ley 24.013 y el artículo 1° de la ley 25.323.....	38
10. Incompatibilidad con las indemnizaciones de la ley 24.013.....	39

11. Ejemplo práctico de aplicación del artículo 1° de la ley 25.323	39
12. El recargo indemnizatorio del artículo 2° de la ley 25.323	40
13. Naturaleza jurídica	42
14. Ámbito personal de aplicación. Estatutos especiales. Los fallos plenarios “Casado”, “Turleo” y “Gauna” de la CNAT.....	43
15. Procedencia en el despido indirecto	63
16. Requisitos para su aplicación.....	63
a) Mora del empleador.....	63
b) Supuestos no alcanzados por la norma. Mora en el pago de otras obligaciones.....	64
c) Intimación de pago.....	65
d) Inicio de la acción judicial o de la instancia administrativa previa	69
17. Forma de cálculo	69
18. Eximición.....	70
19. Eximición parcial	73
20. Acumulación con otras indemnizaciones	74
a) Con las indemnizaciones de la ley 24.013.....	74
b) Con el agravante del artículo 1° de la misma ley 25.323.....	75
c) Con las sanciones de los artículos 275 de la LCT y 9° de la ley 25.013.....	75
d) Aplicabilidad simultánea de los artículos 2° de la ley 25.323 y 9° de la ley 25.013.....	77
21. Ejemplo práctico de aplicación del artículo 2° de la ley 25.323.....	80

ESTATUTOS ESPECIALES Y OTROS REGÍMENES PARTICULARES. INDEMNIZACIONES POR EXTINCIÓN DEL VÍNCULO

por SEBASTIÁN A. CAFFINI

.....	83
1. A propósito de los “estatutos especiales” y su articulación con la LCT.....	84

2. Los estatutos existentes, en orden cronológico.....	87
3. Operadores radiotelegráficos y afines	89
4. Conductores particulares.....	91
5. Periodistas	92
6. Empleados administrativos de empresas periodísticas	98
7. Encargados y ayudantes de casa de renta.....	100
8. Servicio doméstico o personal de casas particulares	103
9. Viajantes de comercio	107
10. Gente de mar.....	110
11. Jugadores de fútbol profesional.....	113
12. Trabajadores de la industria de la construcción.....	116
13. Trabajo agrario	121
14. Contratistas de viñas y frutales	125
15. Empleo público.....	128

**INDEMNIZACIONES TARIFADAS Y NO TARIFADAS
EN LA LEY DE CONTRATO DE TRABAJO**

por CARLOS ALBERTO ETALA

Introducción	133
1. Las indemnizaciones en caso de un contrato de trabajo que no ha tenido principio de ejecución	135
2. Resarcimiento de los daños sufridos por el trabajador en sus bienes por el hecho o en ocasión del trabajo.....	139
3. La ruptura del contrato durante el período de prueba.....	141
4. La ruptura anticipada de un contrato a plazo fijo	142
5. La ruptura de un contrato de trabajo de temporada	149
6. La ruptura anticipada de un contrato de trabajo eventual.....	150
7. Responsabilidad civil del trabajador	151
8. La indemnización sustitutiva del preaviso	154
9. La indemnización por antigüedad	155
10. Reparación tarifada y daños mayores	155
Conclusión	174

**INDEMNIZACIONES Y MULTAS POR FALTA DE
REGISTRO O DEFICIENCIAS REGISTRALES**

por SILVIA E. PINTO VARELA

I. Breve introducción	175
II. Normativa referida a la registraci3n laboral	177
III. La ley 24.013: un cambio relevante en materia de registraci3n laboral	186
A. Generalidades. Situaciones legales previstas.....	186
B. Recaudos	188
1. Vigencia del contrato de trabajo	188
2. Intimaci3n al empleador	190
3. Plazo.....	191
4. Notificaci3n a la AFIP.....	193
5. Reclamo de una multa distinta a la acreditada	197
6. Rebeldía procesal.....	197
IV. Cálculo de las indemnizaciones de los artículos 8º a 10 de la ley 24.013.....	198
V. Agravamiento de las indemnizaciones derivadas del despido: artículo 15 de la LNE y artículo 1º de la ley 25.323	202
VI. Reducci3n de las indemnizaciones prevista en el artículo 16 de la LNE.....	212
VII. Prescripci3n	215

**INDEMNIZACI3N POR FALTA DE CUMPLIMIENTO
DE LAS OBLIGACIONES EXIGIBLES AL MOMENTO
DE LA EXTINCI3N DEL CONTRATO DE TRABAJO**

por ELSA PORTA

.....	219
1. Finalidad	220
2. Carácter	221
3. Ámbito de aplicaci3n temporal	222
4. Requisitos para su procedencia	223
a) Intimaci3n fehaciente del trabajador.....	223

b) Inicio de actuaciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio	227
5. Ámbito de aplicación personal	228
6. Prescripción	232
7. Criterios para la aplicación de la norma.....	232
8. Casos en que procede el incremento.....	234
9. Supuestos en que no resulta aplicable el plus en estudio.....	236
10. Créditos sobre los cuales se aplica el agravamiento	237
11. Pago insuficiente.....	238
12. Reducción o eximición del recargo.....	239
13. Compatibilidad con otras sanciones	241
14. Conclusión.....	246

ARTÍCULO 2º DE LA LEY 25.323

ESTADO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CÁMARA
NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO (2015)

por GISELLE BLANCHARD

Plenarios	247
Notas	259

LA COMPOSICIÓN Y DIAGRAMACIÓN SE REALIZÓ EN
RUBINZAL - CULZONI EDITORES Y SE TERMINÓ DE IMPRIMIR
EL 21 DE NOVIEMBRE DE 2016 EN LOS TALLERES GRÁFICOS
DE IMPRENTA LUX S. A., H. YRIGOYEN 2463, SANTA FE