

Diseño y estructura de la obra

Esta obra es una versión actualizada y ampliada de la publicada en el año 2015 a través de esta misma Editorial La Ley bajo la denominación "Legislación Usual Comentada - Derecho Laboral". Se han agregado comentarios específicos relacionados con la nueva doctrina que se fue generando a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación; y también se incorporó el análisis de nuevos y muy importantes fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación relacionados con nuestra materia. Además, en esta nueva versión, se han incluido las modificaciones a distintas normas de la Ley de Contrato de Trabajo (Tomo I) que dispusieron las leyes 27.320, 27.321, 27.322, 27.323 y 27.325; y también las nuevas disposiciones referidas a la Ley de Riesgos de Trabajo 24.557, y de las leyes 26.773 y 27.348 (y sus normas complementarias) y a los feriados nacionales. En el área correspondiente al Derecho Procesal del Trabajo (Tomo IV), se han incorporado comentarios relacionados con el nuevo sistema operativo de la Justicia Nacional (Lex 100) y con sus implicancias en la digitalización de una variada cantidad de actos procesales.

Al igual que su antecesora, constituye un compendio de todas las leyes y decretos nacionales que integran el Derecho del Trabajo, con el agregado de un análisis doctrinario y jurisprudencial de sus contenidos. Tiene por finalidad brindar al lector una recopilación actual y sistemática de las normas de aplicación usual en el ámbito del Derecho del Trabajo; y, en orden a ello, se las ha clasificado en función del esquema clásico de división de temas de nuestra materia.

En su elaboración sólo se han efectuado indicaciones de índole meramente formal a quienes tuvieron a su cargo la coordinación de cada área temática y a las/os autoras/es de los comentarios doctrinarios, con la única finalidad de que se adecuen a la estructura general; y en ningún caso se han "bajado líneas" de pensamiento con relación a los contenidos de cada trabajo individual. Por lo tanto, debe quedar en claro que las opiniones vertidas en los comentarios corresponden a quienes los suscriben, por lo que pueden reflejar una diversidad plural de criterios sobre determinadas cuestiones —lo cual creemos que enriquece la obra—; y, por esa misma razón, no necesariamente reflejan la opinión personal de todas/os las/os autoras/es o del director.

Cabe describir, sintéticamente, el modo en el cual se ha estructurado esta obra. Las leyes extensas (como por ejemplo la LCT, la Ley de Riesgos, la de Asociaciones Sindicales, etc.) se analizan del siguiente modo: se transcribe el texto de un segmento compuesto de un cierto número de artículos de cada ley y, a continuación, se efectúa un comentario de doctrina con cita de autores y de fallos judiciales relativos a esos artículos. El análisis doctrinario esta sub-segmentado en ítems y, en lo posible, se incluye un apartado relativo a las cuestiones prácticas con las que se suele encontrar el abogado en el ejercicio de la profesión. A continuación, se agregan sumarios de jurisprudencia.

Cuando el comentario de autor/a contiene referencias doctrinarias o jurisprudenciales que involucran situaciones que habían estado regidas por al Código Civil de Vélez Sarsfield y/o el hoy derogado Código de Comercio, se ha señalado su correlación con las disposiciones del nuevo Código Civil y Comercial que sancionó la ley 26.994 con una breve explicación acerca del alcance de la reforma. Asimismo, en algunos capítulos, se han agregado citas de los autores que analizaron las nuevas disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación en trabajos individuales y/o en obras colectivas.

Las leyes "cortas" o las que sólo tienen algunos artículos vigentes (por ejemplo estatutos profesionales), se transcriben íntegramente y, a continuación, llevan un comentario global como el ya descripto y agregado de jurisprudencia.

Los decretos del PEN reglamentarios de esas leyes, se transcriben a texto completo (salvo los anexos que se identifican por sitio web) y llevan también un comentario referido a sus aspectos principales. Otras resoluciones administrativas sólo son mencionadas en los comentarios respectivos.

Las leyes y decretos se analizan dentro del área temática a la que corresponden. A tal fin, se ha dividido la obra en las siguientes "Áreas temáticas" y se ha asignado el rol de "Coordinador/a de Área" a las personas que se detallan a continuación:

**Parte Primera**: Constitución Nacional. Tratados Internacionales y Convenios de la OIT (Director y autor de los comentarios: Miguel Ángel Pirolo)

**Parte Segunda**: Ley de Contrato de Trabajo (Coordinadoras de Área: Dras. Silvia E. Pinto Varela y Elsa Porta).

**Parte Tercera**: Estatutos Especiales (Coordinadora/es de Area: Dres. María Verónica Moreno Calabrese, Marcelo C. Fernández y Federico Pavlov).

**Parte Cuarta:** Legislación Complementaria de la relación individual (por ejemplo, leyes 11.544, 24.013, 23.592, 26.485, etc.) (Coordinadoras de Área: Dras. Graciela Pereira, Ana Barilaro y Patricia Russo).

**Parte Quinta**: Ley de Riesgos del Trabajo e Higiene y Seguridad en el Trabajo (Coordinadora de Área: Andrea E. García Vior).

**Parte Sexta**: Derecho Colectivo del Trabajo (Coordinadores de Área: Eduardo O. Álvarez, Cecilia M. Murray y Juan Manuel Domínguez).

**Parte Séptima**: Derecho Procesal del Trabajo (ante la Justicia Nacional y Federal) (Coordinadores de Área: Carlos Pose, Laura d'Arruda).

**Parte Octava**: Derecho administrativo-sancionatorio del trabajo (Coordinador de Área: Federico Pavlov).

A su vez, dentro de cada área temática, quien suscribe o las coordinadoras/es, han comentado como "autoras/es" ciertas disposiciones normativas. Además, junto a los coordinadoras/es de área, han trabajado en la elaboración de los comentarios a diversas normas legales distintas/os autoras/es, jóvenes profesionales especialistas en diversos temas, a saber: Agustín Adam, Claudia Álvarez, Constanza Álvarez Santos, Cecilia Berti, Giselle Blanchart, Mariano Candal, Verónica Cuarterola, Ángel D'Aurizio, Florencia Fertitta, Pablo Marco, Marcela Marinaro, Verónica Martino, Carlos Morell Segura, Florencia Páez Giménez, Gabriela Palmieri, Leticia Paludi, Patricia H. Pirolo, Marina Pisacco, María Eugenia Plaza, Nerina Andrea Porcel, Diana M. Pose, Lucía Verónica Pose, Pablo Prinzo, Brenda Raña Sá, Nancy Rivelli, Facundo Rodríguez Ponte, Juan C. Roldán, María Laura Spíngola, Luciano Vidal Mauriz y Gabriel Zanotto.

Los comentarios y los sumarios de jurisprudencia no pretenden agotar el análisis relativo a cada tema sino, simplemente, brindar al lector una herramienta que le permita abordarlo en forma ágil y que, a su vez, le sirva como elemento de orientación respecto de la doctrina y de los fallos a los que puede acudir para efectuar un estudio más profundo de cada cuestión. En esa inteligencia, esperamos que nuestro deseo de cubrir esas exigencias pueda aportar un elemento de utilidad para quienes diariamente —y, en general, con gran esfuerzo y sacrificio— deben transitar por los caminos del Derecho del Trabajo.

Miguel Ángel Pirolo

Director

Parte I - Constitución Nacional y Tratados Internacionales

Sección I - Constitución Nacional. Por Miguel Ángel Pirolo

• **Normas aplicables**: Constitución Nacional: arts. 14 y 14 bis, 75, inc. 22.Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH): arts. XIV, XV, 7º, 23, 24, 25. Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (CPSDG): no contiene normas directamente referidas al derecho del trabajo. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC): arts. 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11.Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP): art. 22. Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (ICERD): art. 5º, inc. e). Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) —Pacto de San José de Costa Rica—: arts. 1º, 16. Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW): art. 11. Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CAT): no contiene normas vinculadas directamente con nuestra materia. Convención sobre los Derechos del Niño (CDN): art. 23.

**Art. 14. — Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: De trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.**

**Art. 14 bis. — El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial.**

**Queda garantizado a los gremios: Concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo.**

**El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.**

• **Comentario:**

**1. Constitución Nacional**

**1.1. El art. 14**

Esta norma integra la Constitución desde 1853, y garantiza expresamente el derecho "de trabajar"; pero omite describir de qué modo debe concretarse esta protección.

Al interpretar esta norma constitucional, Alberdi explicaba que el derecho "de trabajar" "no da por eso a todo trabajador la seguridad de hallar trabajo siempre". Es decir, la ley puede dar derecho a ganarse el pan con el trabajo, pero no podía obligar a comprar ese trabajo al que no lo necesitaba. Garantizar el trabajo a cada obrero, significaría lo mismo —sostenía— que asegurar a todo vendedor un comprador"(1).

Al respecto, cabe destacar que la CSJN ha sostenido que esta cláusula no implica asegurar un derecho subjetivo, individual, a que el Estado le proporcione un trabajo al habitante que lo solicite(2).

**1.2. El art. 14 bis. Origen**

El esquema socio-económico predominante en el siglo XIX —en cuyo marco se dictó la Constitución de 1853/1860— trajo consigo la convalidación de notables injusticias en el mundo del trabajo, especialmente vinculadas a la jornada y al régimen de descansos y, por ende, al salario. Esta situación de inequidad dio lugar a la llamada "cuestión social". En efecto, la aplicación de políticas marcadamente liberales provocó reacciones de diversa índole que se manifestaron por medio de levantamientos armados (en 1848 en París, Viena, Berlín, Nápoles y Hungría); de la elaboración de doctrinas socialistas, anarquistas y marxistas; de la doctrina social de la Iglesia (Encíclica Rerum Novarum, de León XIII). También originó la participación activa de los trabajadores agrupados en sindicatos en planes de lucha y reivindicación y, finalmente, la creación de la Organización Internacional del Trabajo (parte XIII, Tratado de Versalles de 1919). En este contexto mundial se dictó por primera vez una constitución que incorporó derechos sociales en sus disposiciones: la Constitución mejicana de 1917. A su vez, en 1919, se dictó la Constitución de Weimar, iniciándose así el movimiento denominado "constitucionalismo social".

En la evolución del derecho argentino no puede soslayarse la carta constitucional de 1949, que incorporó, en el art. 37, un claro sistema de protección a los derechos del trabajador y su familia. Esta Constitución fue derogada en 1956 por el Gobierno Provisional, que reimplantó la de 1853/1860 y convocó a una Convención Constituyente que tenía como finalidad restaurar el constitucionalismo social que había desaparecido de la norma de base con aquella derogación.

La convención constituyente de 1957 tuvo breve duración; sancionó el art. 14 bis, que reconoció un espectro de derechos mayor que su antecesora de 1949, e incorporó entre las atribuciones del Congreso Federal, la de dictar el Código del Trabajo y la Seguridad Social, en el art. 67, inc. 11 (actualmente, art. 75, inc. 12). Cabe puntualizar que las nuevas normas incorporadas al texto de 1853/1860, sobre las que hubo coincidencia básica en la casi totalidad de los constituyentes, importaron una suerte de transacción entre una tendencia partidaria de mantener la redacción original y otra que deseaba un nuevo esquema de protección del trabajo.

Por tal motivo, la convención decidió no enmendar la primera parte del art. 14 de la CN, pero sí agregar el mentado art. 14 bis. La enunciación de derechos que allí se formula —y que analizaremos a continuación— inserta a la Ley Suprema en el constitucionalismo social, que se adiciona al liberalismo personalista de la Constitución histórica 1853/1860; aunque —tal como lo apunta Gelli— "[...] en este último el objetivo preambular de afianzar la justicia en dos de sus tipos, la distributiva y la social, daba cabida al Estado Social del Derecho, por lo menos de manera incipiente"(3).

Sin perjuicio de lo expuesto, es notorio que la filosofía que animó la enmienda constitucional de 1957 fue propia de un Estado Social de Derecho, que propugnaba la idea de justicia social para todos y, siguiendo a Couture, se reconoció que "en la balanza de las desigualdades, para llegar a la igualdad, había que agregar otra desigualdad. Así, una desigualdad más otra desigualdad podían constituir otra igualdad"(4).

En este sentido, y concretando el mandato constituyente, la CSJN en el fallo "Berçaitz, Miguel Ángel s/Jubilación"(5), del 13/9/1974, afirmó que, en materia de derechos sociales, rige la regla hermenéutica in dubio pro justitia socialis a la que asignó raigambre constitucional. Esta doctrina, a su vez, recobró nuevo impulso con la denominada "nueva cláusula del progreso", introducida en la Ley Fundamental en la reforma de 1994, habida cuenta de los términos en que fue concebido el art. 75, inc. 19, con arreglo al cual corresponde al Congreso de la Nación proveer a lo conducente al "desarrollo humano" y "al progreso económico con justicia social".

**1.3. Principio protectorio**

El art. 14 bis comienza estableciendo que "el trabajo, en sus diversas formas, gozará de la protección de las leyes", lo cual tiene fundamental importancia porque otorga al principio protectorio rango constitucional, y obliga al legislador ordinario a adecuar las normas que dicte a la finalidad que resulte de este principio.

Cabe destacar que, como lo señala Fernández Madrid(6), esta protección está concebida en forma amplia para todo tipo de trabajo y no sólo con respecto al trabajo dependiente; aunque las disposiciones que siguen en el artículo están referidas, fundamentalmente, al trabajador en relación de dependencia. En este mismo sentido, la Corte ha afirmado que "[...] ampara a los trabajadores 'de toda clase'"(7), tanto al empleado privado como al "[...] empleado público y a la relación de empleo público [...]"(8).

Bidart Campos(9) sostenía que todo el art. 14 bis de la CN debe interpretarse con una amplitud generosa porque de sus antecedentes, debate, aprobación y espíritu, se desprende que el constituyente de 1957 quiso dar una cobertura total a los principios del constitucionalismo social.

El principio protectorio no importa una mera frase declamatoria. La CSJN lo hizo operar fuertemente al señalar que, de este pasaje de la cláusula constitucional y el plexo de derechos que de éste derivan, así como los enunciados de las declaraciones y tratados con jerarquía constitucional, hacen del trabajador un "sujeto de preferente tutela constitucional"(10).

El hecho de que el trabajo humano, en el sentido amplio del término, tenga una función social conlleva, naturalmente, a que no se lo pueda reputar como una "mercancía", ni el trabajador ser considerado una máquina. El hombre —dijo la Corte en el caso "Vizzoti"(11)— no debe ser objeto de mercado alguno, sino señor de todos éstos, los cuales sólo encuentran sentido y validez si tributan a la realización de los derechos de aquél y del bien común.

La dignidad, justicia y protección del trabajador, que deben regir las relaciones laborales según lo ordena el art. 14 bis de la CN, exigen que la medida de los derechos humanos no está dada ni por las leyes del mercado, ni por los intereses crematísticos siempre secundarios(12). Las peculiares características que reviste el trabajo humano, per se, inseparable de la persona humana(13), "[...] imponen su consideración con criterios propios que obviamente exceden el marco del mero mercado económico y que se apoyan en principios de cooperación, solidaridad y justicia normativamente comprendidos en la Constitución Nacional"(14).

Precisamente, la Ley de Contrato de Trabajo se inscribe en esta perspectiva cuando preceptúa, en el art. 4º, que "el contrato de trabajo tiene como principal objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí. Sólo después ha de entenderse que media entre las partes una relación de intercambio y un fin económico [...]"(15).

1.3.1. Estructura general de la norma. Cláusulas operativas y programáticas

El artículo agregado en la reforma constitucional de 1957 presenta tres párrafos netamente diferenciados. En el primero de ellos, se enumeran los derechos individuales del trabajador; en el segundo los derechos gremiales, y, en el tercero, los derechos de la seguridad social.

Previo al examen pormenorizado de cada uno de estos segmentos, resulta pertinente referenciar los tipos de cláusulas constitucionales, en cuanto a la posibilidad de su inmediata aplicabilidad.

En efecto, algunas disposiciones de la Constitución están redactadas de modo distinto a otras(16). De allí que se diferenciara entre normas operativas o autoaplicativas y programáticas. Las primeras serían aquéllas que son "autoaplicables" (self-executing) en el sentido de que no requieren de la existencia de ningún otra norma para poder ser invocadas exitosamente en un reclamo; es decir, están dirigidas "[...] a una situación de la realidad en la que puede[n] operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso"(17). En cambio, las segundas, también denominadas de "aplicación diferida", necesitan para su funcionamiento que el legislador común dicte otras normas de carácter reglamentario para que adquieran la condición de aplicabilidad(18).

Aunque esta distinción no carece de utilidad, lo cierto es que las consecuencias prácticas que suelen desprenderse de ella han originado ciertas confusiones conceptuales. Ello es así, pues el hecho de que una norma esté formulada de modo "programático" no implica que ella no sea obligatoria o que se trate de una mera declaración de buenas intenciones, en la medida que le fija al Estado un mandato concreto dirigido no sólo a poner en marcha el plan esbozado en la disposición constitucional, sino también abstenerse de adoptar normas que lo desconozcan.

Tradicionalmente, la doctrina ha debatido acerca del carácter programático u operativo de las directivas constituciones del art. 14 bis; pero respecto de algunas existió consenso sobre su operatividad (derecho de huelga) y de otras sobre su carácter programático (participación en las ganancias de las empresas).

No obstante, debe tenerse en cuenta que, al analizar si una disposición es operativa o programática, se presume que las normas en materia de derechos humanos son operativas. Es decir, rige, al respecto, la "presunción de operatividad" que se proyecta no sólo a los denominados derechos civiles y políticos(19), sino también a los derechos sociales, económicos y culturales (DESC), que generan obligaciones concretas al Estado, pues —en los límites de sus particularidades— resultan exigibles judicialmente(20).

Esta es la línea interpretativa que emana de la CSJN y que tuvo como punto de partida el leading case "Ekmekdjian c. Sofovich"(21) de 1992, en el que se concluyó que corresponde la "aplicación inmediata" de una norma en la medida en que contenga descripciones lo suficientemente concretas de los supuestos de hecho sobre los que deba operar(22). También la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) ha sentado idéntico principio, al decir que "el sistema mismo de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo" (OC nro. 7/1986, 29/8/1986, sobre la "Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta [art. 14.1, 1.1. y 2º de la CADH]", párr. 21).

Esta tendencia jurisprudencial se ha reforzado —sin lugar a dudas— a partir de la reforma constitucional de 1994 y, sobre todo, con la incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que, "en las condiciones de su vigencia"(23), tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, 2º párr.), entre el que se destaca, en el tema que nos convoca, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC).

En efecto, el art. 2º, apart. 1º, de la citada norma internacional, establece que los Estados parte "[...] se comprometen a adoptar medidas, [...] hasta el máximo de los recursos disponibles, para lograr progresivamente por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos [...] reconocidos" en el Pacto(24).

En este sentido, el Comité DESC —interprete autorizado del PIDESC— ha sostenido que, si bien el logro de la "plena efectividad" de los derechos puede ser realizado progresivamente, existen obligaciones con "efecto inmediato", entre las que puede señalarse como principales: i) la de "garantizar" que los derechos pertinentes se ejercerán sin discriminación (art. 2.2, PIDESC); ii) la de "adoptar medidas"(25) compromiso que no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración y iii) la prohibición de sancionar normas jurídicas, que empeoren la situación de los DESC —obligación de no regresividad(26)— (Observación General nro. 3 de 1990 "La índole de las obligaciones de los Estados Parte", párrs. 1º, 2º y 9º).

Asimismo, el Comité DESC consideró que muchas de las disposiciones del Pacto pueden aplicarse inmediatamente e, incluso, señaló que en el momento de su redacción se habían rechazado, con firmeza, los intentos de incluir un precepto específico en el sentido de establecer su carácter de non-self-executing. Tanto en la OG nro. 3(27) (1990) como, luego, reiteró en la OG nro. 9(28) (1998), señaló, a título de ejemplo, que eran de aplicación inmediata por parte de los órganos judiciales y de otra índole, los arts. 3º; 7º, el inc. i) del apart. a); 8º; 10, el párr. 3; 13, apart. a) del párr. 2 y párrs. 3 y 4 y 15 párr. 3, sobre la base de que sería "[...] difícilmente sostenible sugerir que las disposiciones indicadas son intrínsecamente no autoejecutables".

En coherencia con esta interpretación, que debe ser tenida en cuenta por los tribunales argentinos, pues comprende las "condiciones de vigencia" del PIDESC que posee jerarquía constitucional, la CSJN ha afirmado que la Constitución Nacional, en cuanto norma jurídica, reconoce derechos humanos para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, pues el llamado a reglamentarlos no puede obrar con otra finalidad que no sea la de darles todo el contenido que aquélla les asigne(29).

De allí que —en la actualidad— el Alto Tribunal afirme el carácter operativo de todas las normas jurídicas, aunque distinga entre aquéllas que consagran una "operatividad directa" y en las que la mencionada operatividad tiene un "carácter derivado" en la medida en que se consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado(30). Sin embargo, y habida cuenta de que los actos que emanan de los distintos órganos gubernamentales están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial, en tanto se advierta que el Estado incumplió con las obligaciones o garantías mínimas indispensables de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos(31), el individuo podrá reclamar judicialmente la satisfacción del derecho, pese a que se trate de un norma con operatividad derivada.

En consecuencia, y en coherencia con el nuevo escenario constitucional signado por la reforma de 1994, la CSJN comenzó a hacer lugar gradualmente a la exigibilidad judicial de los derechos sociales, en un proceso que aún está en desarrollo. En tal sentido, cabe tener presente que ciertas decisiones han operativizado cláusulas constitucionales del art. 14 bis que, tradicionalmente, fueron consideradas como "programáticas". Así, por ejemplo, sucedió en los casos "Badaro II"(32) con respecto a las "jubilaciones y pensiones móviles" y "Q. C., S. Y."(33) en materia de "acceso a una vivienda digna".

No revisten menor trascendencia las decisiones de los tribunales inferiores que, a la luz de dicha tendencia jurisprudencial, por ejemplo, la Sala II de la CNAT(34) ha reconocido el derecho a agremiarse de los trabajadores del servicio policial y penitenciario, sobre la base de que "[...] la aplicación y operatividad de las normas de los tratados de derechos humanos constituye una de las manifestaciones del principio de efectividad según el cual los Estados quedan bajo la obligación internacional inmediata de asegurar y respetar todas las normas y los derechos que en ellos se consagran".

1.4. Derechos individuales del trabajador

Analizaremos a continuación estos derechos, en el orden dado por la norma en examen.

1.4.1. Condiciones dignas y equitativas de labor

Esta cláusula, de gran amplitud, alude no sólo al ámbito en el que el trabajador desempeña su labor, relacionado con la seguridad e higiene; jornada; protección ante eventuales enfermedades o accidentes, sino también a la situación personal de aquél en relación a su edad; sexo; maternidad; etcétera.

Se trata de una cláusula operativa. Fernández Madrid, a su vez, señala que, en casos en los que se constate "[...] que las condiciones de trabajo no son dignas o equitativas corresponderá al juez adoptar las medidas necesarias para lograr que el trabajador obtenga niveles mínimos de condiciones de trabajo compatibles con su condición y con los adelantos de la ciencia, de la técnica y con las pautas culturales y sociales de nuestro medio"(35).

Los requerimientos que exige esta directiva constitucional respecto de las condiciones de labor, esto es, "dignas" y "equitativas" especifican —en palabras de la Corte Suprema— el sentido y contenido del principio protectorio en el terreno de dichas condiciones y, por ende, "[...] el sentido y contenido de los medios que 'asegurarán' a estas últimas: las 'leyes'"(36).

Los dos caracteres, que utilizó el constituyente de 1957, si bien se interrelacionan, apuntan a objetivos distintos:

(a) El carácter "digno" de las condiciones laborales —ha dicho la Corte— "[...] sólo es predicable, entre otras circunstancias, de un trabajo seguro, vale decir, respetuoso del derecho fundamental de la persona a la salud y seguridad en el empleo"(37). En este sentido, concluye que la norma constitucional resultó premonitoria, si se advierte que la OG 18 del Comité DESC, relativa a "El derecho al trabajo", explica que "el trabajo, según reza el art. 6º del Pacto (PIDESC), debe ser un trabajo digno", es decir, que respeta los derechos fundamentales de la persona humana, así como los derechos de los trabajadores en lo relativo a condiciones de seguridad laboral (work safety)(38).

Es condición inexcusable del empleo que éste se preste en condiciones dignas y que se garantice el estricto cumplimiento de las normas de seguridad, tanto en general, como en lo que concierne a las propias de cada actividad. La prevención en la protección de la salud y de la integridad física del trabajador es el presupuesto legítimo de la prestación de servicios, que no puede ya concebirse sin la adecuada preservación de la dignidad inherente a la persona humana(39).

(b) A su vez, y en lo referido al carácter "equitativo", vale decir, condiciones de labor "justas"(40). Equitativo no es sino "justo en el caso concreto"(41).

Numerosas normas tienden a garantizar estas condiciones "dignas y equitativas": la Ley de Contrato de Trabajo por medio del art. 4º, orientado a la dignificación del trabajo; arts. 65 y 68, referidos a los límites al poder de dirección del empleador; art. 75, que consagra el deber de seguridad; art. 77, que prevé alimentación adecuada y vivienda digna acorde con necesidades del trabajador y su familia; arts. 17, 17 bis y 81, relacionados con la igualdad de trato; arts. 124 a 149, que contienen todas las disposiciones relativas a la tutela y pago de la remuneración, etc. También están dirigidas a la misma finalidad la ley 19.587 de higiene y seguridad y su dec. regl. 351/1979; la ley 11.544 sobre jornada de trabajo; la ley 24.557 sobre riesgos del trabajo, entre otras.

Cabe agregar, asimismo, los aportes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cuyos instrumentos tienen, desde 1994, jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22). Se destacan, al respecto, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 23.1) y, en especial, el art. 7º del PIDESC, en cuanto dejan establecido el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo "equitativas y satisfactorias". "De esta manera, a la condición de justicia in concreto que mienta la primera expresión, se añade la neta intencionalidad de la segunda, enderezada a imponer la elección de las condiciones laborales que mejor protejan a la persona del trabajador, que es el sujeto tutelado"(42).

A su vez, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Protocolo de San Salvador"), de carácter supralegal (art. 75, inc. 22), también alude de manera explícita a condiciones de trabajo "justas, equitativas y satisfactorias" (art. 7º).

1.4.2. Jornada limitada

La norma constitucional no establece una cantidad máxima de horas laborables. Los límites máximos a la jornada legal de trabajo han sido establecidos por la ley 11.544 (ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales). Sin perjuicio de ello, existen regímenes específicos para el trabajo nocturno, insalubre, trabajo de menores; y también para ciertas actividades profesionales que tienen su regulación propia a través de los estatutos.

Al respecto, cabe tener presente que, tal como lo ha afirmado la Corte en el precedente "Fábrica Argentina de Calderas SRL"(43), la fijación de la jornada y la semana laborable es competencia del Congreso Federal, incluida en la cláusula de los Códigos (art. 75, inc. 12), a la que ya hicimos referencia.

Las circunstancias valoradas en la citada causa, del año 1986, y, en especial, la presencia de un "nítido interés federal" que justificó, en aquella oportunidad, su radicación en la jurisdicción excepcional del art. 117 de la CN son aspectos que, para la Corte Suprema, la diferenciaron del caso "Coto" del 26/4/2016, en cuyo marco concluyó que no correspondía a su competencia originaria.

En diciembre de 2014, la provincia de Santa Fe dictó la ley 13.441 que regula el descanso semanal, los feriados, el cierre de establecimientos y el horario de atención al público de los supermercados, entre otros comercios. Específicamente, el art. 1º establece que los establecimientos comerciales y/o de servicios de la provincia "...deberán permanecer cerrados los días domingos y los declarados como feriados nacionales..."(44). La empresa Coto S.A., en el marco de una acción de amparo, planteó la invalidez constitucional ante la Corte Suprema sobre la base de que la provincia, con el dictado de dicha norma, regula temas laborales y económicos delegados al Gobierno nacional (arg. arts. 31 y 75 inc. 12 e inc. 18 de la CN)(45).

El Alto Tribunal consideró que el caso no correspondía a su jurisdicción originaria(46). En efecto, la materia del pleito exigía interpretar y establecer el alcance de la ley local 10.787, mediante la cual la provincia había adherido a los principios de desregulación fijados por el decreto 2248/1991 del Poder Ejecutivo Nacional(47). La pretensión ventilada en la causa exigía —para la Corte— analizar aquella norma provincial y su compatibilidad o no con las disposiciones de la ley 13.441(48). Ello —claro está— no obsta a la tutela que la Corte, eventualmente, pueda dar a los aspectos federales que el litigio pueda comprender, la que deberá procurarse por vía del recurso extraordinario federal(49).

El art. 7º, inc. d) del PIDESC reconoce el derecho de toda persona al descanso, el disfrute del tiempo libre, a la limitación razonable de las horas de trabajo y a vacaciones periódicas.

1.4.3. Descanso y vacaciones pagadas

La operatividad de esta directiva se concreta mediante los arts. 197 y 204 de la LCT, referidos al descanso diario y al semanal, y del art. 150 y ss. de la LCT, a las vacaciones.

La importancia de la obligatoriedad del pago de los descansos y el período de vacaciones ya había sido advertida por la Corte Suprema que, en el año 1938, al rechazar un planteo de inconstitucionalidad de la empleadora en tal sentido, afirmó que "otorgar el descanso o vacaciones sin remuneración importa, en el hecho, negar ese justo reposo porque ni el dependiente, ni el obrero en la generalidad de los casos, pueden realizar economías y ahorros para costearse su vida y la de su familia"(50).

La ley 24.467 (Ley de Pymes), en su art. 90, prevé la posibilidad de que, por convenio colectivo, se modifiquen en cualquier sentido las formalidades, requisitos, aviso y oportunidades de goce de la licencia anual ordinaria. El dec. 146/1999 aclaró la norma al establecer que no son disponibles convencionalmente los descansos previstos en el art. 150, incs. a), b), c) y d), de la LCT ni la obligación de pago del salario por vacaciones al inicio de éstas (cfr. art. 2º).

Rige también el art. 7º, inc. d), del PIDESC, al que se hizo referencia en el apartado anterior.

1.4.4. Retribución justa

Esta garantía constitucional está vinculada con las condiciones dignas y equitativas de labor. Difícil es poder definir cuándo un salario es "justo".

En este sentido, Sagüés señala que la justicia de una remuneración no deriva del derecho de haber sido libremente pactada, sino de la concurrencia global de una serie de factores: 1) el trabajo prestado por el dependiente, que incluye la calidad de la tarea, el esfuerzo desplegado y las condiciones de labor; 2) el producto de ese trabajo, que hace referencia a la existencia de trabajos más valiosos socialmente que otros; 3) las necesidades del trabajador y de su familia; 4) el bien común, interesado en fomentar determinadas tareas y disuadir otras(51).

El derecho a una remuneración justa tiene como sujeto pasivo al empleador que debe pagarla y, al Estado que debe garantizarla. En los supuestos en que no hay remuneración establecida por convenio colectivo o por acuerdo de partes, corresponde a los jueces fijar el monto del salario conforme a principios de justicia; sin dejar de contemplar las necesidades del trabajador, la importancia de los servicios, el esfuerzo realizado y los resultados obtenidos (arts. 56 y 114 de la LCT).

Esta cláusula constitucional tuvo especial gravitación en la jurisprudencia del Máximo Tribunal que, ante la incorporación, ya sea por ley o por convenio colectivo, de sumas no remunerativas, sostuvo que no puede caer fuera del concepto de salario cualquier "prestación" que entrañe para el trabajador una "ganancia" que sólo encuentra motivo en el contrato de trabajo o relación de empleo.

El salario —ha dicho la Corte— es el medio por el cual el trabajador "se gana la vida"; expresión que "[...] no por su sencillez, deja ser más que elocuente para mostrar la directa e indisociable atadura que une a la remuneración con la vida misma de un empleado y, regularmente, de su familia"(52).

Para arribar a tal conclusión, el Alto Tribunal, centro su atención en los arts. 6º y 7º del PIDESC, pues, mientras que el primero dispone que el derecho a trabajar "comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo", el segundo califica que "[...] dicha oportunidad se materializa mediante un trabajo en relación dependencia, como 'salario' o 'remuneración'"(53).

"Ganarse la vida" es obtener, como mínimo, lo necesario para acceder a la salud; a la educación; a la cultura; a un nivel de vida adecuado. Su naturaleza alimentaria permite, pues, la emancipación económica del individuo y su grupo familiar en relación con sus necesidades primarias(54). Pero, a su vez, la proyección del salario es de alcance mayor, dado que también comprende el ejercicio de los derechos humanos civiles y políticos, pues ante el "principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos" dicho ejercicio resultaría "imposible" sin el goce paralelo de los derechos económicos, sociales y culturales(55).

La preocupación de la comunidad internacional en materia de salario cuenta con antecedentes de muy larga data, según lo puso de manifiesto, en 1919, el acto de creación de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT), vale decir, el punto XIII del Tratado de Versalles, reiterado, luego, en el preámbulo de su constitución (párrafo segundo). Así, en el art. 427, ap. 3, dispone que las Altas Partes Contratantes consideraban de una "[...] importancia particular y urgente: [...] 3. El pago a los trabajadores de un salario que les asegure un nivel de vida decoroso, tal como se considere éste en su época y en su país".

Corolario de esta temprana y honda preocupación por el "salario" son los numerosos convenios y recomendaciones de la OIT, entre el que se destaca el Convenio 95 de 1945(56) sobre la protección del salario, de jerarquía supralegal, que contiene diversas normas destinadas a garantizar la percepción "íntegra" y en efectivo del salario. El Alto Tribunal le dio especial transcendencia a esta norma internacional al declarar la inconstitucionalidad de los denominados "tickets canasta" y los decretos de necesidad y urgencia o cláusulas de convenios colectivos que establecían "asignaciones no remunerativas" en los casos "Pérez c. Disco"; "González c. Polimat" y "Díaz c. Cervecería Quilmes", respectivamente.

Asimismo, el salario ha sido objeto de especial atención en los instrumentos internacionales de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22). La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su art. XIV, prevé el derecho a una justa retribución y, en tal sentido, señala "Toda persona que trabaja tiene derecho de recibir remuneración que, en relación con su capacidad y destreza, le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia". La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su art. 23, ap. 3, dice: "Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme la dignidad humana [...]" El PIDESC en el art. 7º, ap. a), inc. i) y el art. 11 que prevé que los Estados Partes reconocen "[...] el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia(57) [...]". La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación racial que, en el art. 5º, inc. e), ap. i) in fine, que alude a la obligación de los Estados Partes de garantizar, sin distinción de raza, color u origen, el derecho de toda persona a una "[...] remuneración equitativa y satisfactoria".

1.4.5. Salario mínimo vital y móvil

El concepto de salario mínimo vital y móvil (SMVM) fue introducido por el dec. 33.303/1945, en el que, por primera vez, se garantizó una remuneración mínima a los trabajadores.

En la actualidad el art. 116 de la LCT lo define como "la menor remuneración que debe percibir en efectivo el trabajador sin cargas de familia, en su jornada legal de trabajo, de modo que le asegure alimentación adecuada, vivienda digna, educación, vestuario, asistencia sanitaria, transporte y esparcimiento, vacaciones y previsión".

La CSJN en el caso "Prattico"(58) elaboró el concepto de salario adecuado, según pautas de justicia y razonabilidad, a fin, precisamente, de asegurar al trabajador "un nivel de vida adecuado".

La fijación de un sueldo mínimo para los trabajadores de las distintas empresas importa —en palabras de la Corte— una razonable restricción a la libertad de contratar y comerciar del empleador(59) y toda vez que "[...] entre en conflicto con la libertad contra la opresión del empleado u obrero, esta última debe prevalecer sobre aquélla, porque así lo requieren los principios que fundan un ordenamiento social justo"(60).

Lo expresado no implica, naturalmente, que el salario mínimo sea un derecho absoluto, sino está subordinado, en su ejercicio, a las leyes reglamentarias que dicte el Congreso en el desempeño de su función legislativa (arts. 14 y 28 de la CN(61)) "[...] a las que corresponde reconocer una razonable amplitud de criterio en aras del bienestar general y en concordancia con los lineamientos generales que la inspiran, [...]" aunque, de todos modos, no deben importar "[...] la supresión o desnaturalización del derecho [...]", ni el importe ser establecido en forma absurda o arbitraria(62).

Esta razonable amplitud de criterio que el Poder Judicial debe reconocerle al Poder Legislativo no implica que las determinaciones oficiales o convencionales del SMVM sean materia no justiciable. En este sentido, Gialdino(63) sostiene que "...suele incurrirse en una lectura tergiversadora del precedente de la Corte Suprema Vega, Humberto Atilio c. Consorcio de Propietarios del Edificio Loma Verde y otro s/Accidente — Ley 9688, cuando se sostiene que, según éste, el s.m. (salario mínimo) resulta cuestionable constitucionalmente sólo cuando se "configurase la supresión o desnaturalización del derecho que se pretende asegurar (...)". No hay dudas (...) en punto a que si bien en el caso fallado fueron comprobadas esas circunstancias extremas, aquellas emisiones no pretendieron establecer un estándar de revisión"(64).

En cuanto a quién es el encargado de fijar este salario, cabe recordar que en 1988 se le restituyó al Consejo Nacional del Salario Mínimo la función de establecerlo (este Consejo había sido creado en 1964; pero a partir de 1966 y hasta 1988 el Poder Ejecutivo Nacional se había asignado la función de fijar el salario mínimo), y en 1991 la Ley de Empleo (LE), 24.013, creó el Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo Vital y Móvil, a quien le confirió la facultad de determinar periódicamente este salario. La ley, además, determina su integración (dieciséis representantes del empleador, dieciséis de los trabajadores y un presidente designado por el Ministerio de Trabajo, art. 136) y las pautas que deben ser consideradas para establecerlo, es decir, "[...] los datos de la situación socioeconómica, los objetivos del instituto y la razonabilidad de la adecuación entre ambos" (art. 139 de la LE).

A pesar de lo expuesto, históricamente, el SMVM no reflejó la realidad salarial argentina, no sólo por los montos irrisorios que se fijaban como SMVM que no cubrían las necesidades que, según la LCT, debe satisfacer esta remuneración, sino, además, por su falta de ajuste a la situación económica de cada momento(65), lo que se tornaba más palmario aun en épocas de marcada inflación(66). No obstante, cabe señalar que a partir del año 2003, primero mediante decretos del Poder Ejecutivo Nacional (nros. 388/2003 y 1349/2003) y, luego a partir de la convocatoria al Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo Vital y Móvil (cfr. dec. 1095/2004), se fue ajustando el SMVM. En la actualidad, rige la Resolución 2/2016 (B.O.: 20/5/2016) y, de acuerdo a la cual, a partir del 1/9/2016, el SMVM se fijó en la suma de $ 7560 para los trabajadores mensualizados y de $ 37,80 por hora, para los jornalizados (art. 1º, inc. b). Asimismo, se prevé que, a partir del 1/1/2017, el SMVM para los mensualizados será de $ 8060 y el valor de la hora de $ 40,30.

En materia de tratados internacionales, nos remitimos a lo expuesto al tratar remuneración justa.

1.4.6. Igual remuneración por igual tarea

Si bien, este principio tuvo como propósito primario evitar el trato remunerativo desigual entre el hombre y la mujer también quedó definido, en seno de la Convención Constituyente de 1957, que la norma prohibía "[...] hacer discriminación de edad, nacionalidad, religión, creencias políticas o de cualquier otra índole"(67).

La incorporación de esta cláusula se compadece con la ratificación del Convenio OIT 100(68) sobre igualdad de remuneración que tiene por objeto la promoción y garantía del principio de "igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor" (art. 2.1. del Convenio).

Krotoschin, en un importante estudio al respecto, ha dicho que "la aplicación del principio se caracteriza no porque tiene a una nivelación absoluta sino porque excluye el trato desigual arbitrario"(69). La norma exige que se brinde un trato igualitario a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias. A contrario sensu, prohíbe tratar de forma distinta a aquellos que se encuentran en idénticas circunstancias.

La aplicación del texto constitucional, ante la falta de reglamentación específica, había originado interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales dispares en los casos en que se invocaba este principio. Esto motivó que, en el año 1966, la CSJN se pronunciara en el caso "Ratto, Sixto c. Productos Stani"(70), en el que estableció que la cláusula constitucional que asegura igual remuneración por igual tarea no es sino una expresión de la regla general de que la remuneración debe ser "justa". Así entendido, dijo la Corte, se opone a discriminaciones arbitrarias, como serían las fundadas en razones de sexo, religión o raza, pero no a aquéllas que se sustentan en "motivos de bien común", como las fundadas en la mayor eficacia, laboriosidad concentración del trabajo obrero(71).

Según la doctrina del Alto Tribunal, el empleador cumple con el mandato constitucional, pagando a cada categoría de trabajadores lo que estipula el convenio colectivo, que por haberse elaborado con intervención de la parte laboral asegura una remuneración justa(72). El derecho del empresario de premiar los méritos de sus dependientes con una remuneración superior "[...] no puede sujetarse a la prueba, en la práctica muy sutil y difícil, de que ellos existen; debe quedar librada a su prudente discrecionalidad, pues de lo contrario se desvirtuaría su ejercicio"(73).

La Ley de Contrato de Trabajo, 20.744 (B.O. del 27/9/1974), con la modificación de 1976 (ley 21.297), incorporó en el art. 81 los conceptos vertidos en el caso "Ratto" al determinar que no se considera trato discriminatorio "[...] cuando el diferente tratamiento responda a principios de bien común, como el que se sustente en la mayor eficacia, laboriosidad o contracción a sus tareas por parte del trabajador".

Esta tesis fue, a su vez, reiterada en el precedente "Segundo"(74) (1986) y, luego, en "Fernández Estrella"(75) (1988) y, en el que, si bien, en materia probatoria, la mayoría del Tribunal ratificó la doctrina del precedente "Ratto", es importante el voto concurrente de los Dres. Bacqué y Petracchi, ya que marcó el inicio de un cambio en la línea jurisprudencial del Alto Tribunal. En efecto, los ministros hacen hincapié en la necesidad de que, quien efectúa un trato remuneratorio desigual sobre la base de que ello obedece a la valoración de los méritos del dependiente o a circunstancias del bien común, debe acreditar estas afirmaciones, mientras que el trabajador, a su vez, debe también acreditar sus "circunstancias"(76).

Este criterio es el que, por otra parte, adoptó la Corte en el precedente "Pellicori"(77) en materia de despido discriminatorio. De acuerdo con lo allí expuesto, podemos concluir que cuando la invocación de un trato desigual se relaciona con algún supuesto de discriminación, se requiere —necesariamente— que quién alega la configuración del trato peyorativo aporte elementos indiciarios que permitan vincular, razonablemente, su nivel salarial con la condición en orden a la cual se la habría hecho víctima de un acto de discriminación(78).

El Alto Tribunal volvió a reiterar este estándar probatorio en la causa "Sisnero"(79) en la que lo aplicó a un caso de discriminación en el acceso al empleo. Así, el Máximo Tribunal ratificó que, en estos supuestos, "...si el reclamante puede acreditar la existencia de hechos de los que pueda presumirse su carácter discriminatorio, corresponderá al demandado la prueba de su inexistencia"(80).

Lo interesante del precedente "Sisnero" es que la Corte señaló que este principio de reparto de la carga de la prueba en materia de discriminación había tenido su origen en la jurisprudencia norteamericana, en el conocido caso "Mc Donnell Douglas Corp. vs. Green"(81); fallo sobre el cual los Dres. Petracchi y Bacqué estructuraron su voto concurrente en ya mencionado fallo "Fernández Estrella"(82).

La Ley de Contrato de Trabajo contiene, además del ya citado art. 81, varias normas referidas a la protección del trato igual: el art. 17; art. 172 que prohíbe el trato discriminatorio contra la mujer y el art. 187 que garantiza igualdad de remuneración al menor cuando éste cumpla jornadas de trabajo o realice tareas propias de los trabajadores mayores.

Estas disposiciones deben ser interpretadas conjuntamente con la ley 23.592 (B.O. del 5/9/1988) que prevé sanciones para quién arbitrariamente impidan —sobre bases igualitarias— el pleno ejercicio de los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional y que, a su vez, se ve complementada por la ley 26.485 (B.O. del 14/4/2009) de Protección Integral de las Mujeres (art. 5º, inc. 4º, apart. d) y, en especial, su dec. regl. 1011/2010.

Esta normativa debe ser interpretada a la luz del art. 43 de la CN que, al consagrar la acción de amparo colectivo, establece que ésta podrá interponerse contra "cualquier forma de discriminación", y el inc. 19 del art. 75 en cuanto le encomienda al Congreso la sanción de leyes que aseguren la "igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna" y, a su vez, el inc. 23, le ordena legislar "medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato" en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

En materia de tratados internacionales con jerarquía constitucional cabe citar: 1) la Declaración Universal de Derechos Humanos que en su art. 23 dispone que toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por igual trabajo; 2) el PIDESC en el art. 7º establece que los Estados Parte reconocen el derecho a un "salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie [...]"; 3) la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial en su art. 5º determina el "derecho [...] a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo [...] a igual salario por trabajo igual" y 4) la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en su art. 11 se establece el "derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor".

Cabe sumar a lo indicado lo proveniente de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) como lo es el Convenio 100 relativo a la Igualdad de Remuneración entre la mano de obra masculina y la femenina por un trabajo de igual valor (1951); el Convenio 111 sobre Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación (1958) ambos ratificados por nuestro país, conforme dec. 11.595/1996 y ley 17.611, respectivamente, de jerarquía supralegal.

También cabe tener presente las OGs del Comité DESC: la OG 16 (2005) sobre la Igualdad de Derechos del Hombre y la Mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales y, en particular, el párr. 24; la OG 18 (2005) sobre el Derecho al trabajo, párr. 13 y la OG 20 (2009) referida a la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales, párr. 4º.

1.4.7. Protección contra el despido arbitrario

Tal como surge de la cláusula, el constituyente no eligió el modo de protección, sino que lo dejó librado a la prudencia del legislador ordinario. Sin embargo, existe un límite a esta delegación: que la reglamentación no implique en la práctica el aniquilamiento de la garantía.

La directiva constitucional exige al legislador común que prevea una protección para aquel trabajador despedido por el empleador sin causa justificada. Dicha garantía podría instrumentarse por medio de diversos mecanismos que pueden variar desde el pago de una indemnización hasta la declaración de nulidad del despido y la consiguiente reincorporación del dependiente injustamente despedido.

Al respecto, cabe observar que la doctrina ha diferenciado la estabilidad absoluta —que garantiza la reincorporación del trabajador despedido sin justa causa— de los sistemas de estabilidad relativa propia o impropia; mientras que la primera se configura en aquellos casos en que la violación del derecho a conservar el empleo ocasiona la ineficacia del despido sin invocación de causa garantizándose la subsistencia del vínculo pero no la reincorporación; en la segunda la rescisión del vínculo, con o sin justa causa, es siempre eficaz para extinguirlo, aunque se garantiza al empleado el pago de una indemnización.

Antes del dictado de la LCT, el Alto Tribunal declaró la inconstitucionalidad de la ley 12.637 en el caso "De Luca"(83) que preveía un régimen de estabilidad relativa propia para el personal bancario. Se consideró que el sistema, en el marco de una relación de empleo privado, era intrínsecamente injusto al establecer el derecho a ser retribuido sin trabajar, e imponer cargas pecuniarias al empleador que, más allá de lo que constituye un derecho legítimo a la indemnización, afectaban las bases de la libertad de contratar.

Esta doctrina fue ratificada años más tarde en la causa "Figueroa c. Loma Negra"(84). En este caso, mediante convenio colectivo se había pactado para los trabajadores un régimen de estabilidad relativa propia.

La Ley de Contrato de Trabajo adoptó un sistema de estabilidad relativa impropia que otorga protección contra el despido arbitrario, a través del pago de indemnizaciones tarifadas en casos de despido injustificado (arts. 232, 233 y 245 de la LCT), sin perjuicio de la agravación de los resarcimientos que corresponde en situaciones especialmente protegidas por la ley (maternidad, matrimonio) u ocasionado por el emplazamiento del trabajador a registrar correctamente su relación laboral (arts. 8º, 9º, 10, 11 y 15, LE o, en su caso, art. 1º, ley 25.323), etcétera.

La Corte Suprema sostuvo que, si bien, no hay dudas en cuanto a la validez constitucional de un régimen tarifado de indemnizaciones por despido sin justa causa, ello es a condición de que el sistema utilizado guarde una razonable vinculación y proporción con el salario realmente percibido y la antigüedad del trabajador; elementos que el propio legislador eligió como significativos para calcular la prestación, cuyo propósito no es sino reparar en forma adecuada al empleado(85).

En este sentido, en el precedente "Vizzoti"(86), el Alto Tribunal concluyó que permitir que, al momento de calcular la indemnización del art. 245 de la LCT, el importe del salario devengado regularmente resulte disminuido en más de un tercio "[...] significaría consentir un instituto jurídico que termina con el deber inexcusable enunciado en el citado art. 14 bis, acerca de que el trabajo gozará de la protección de las leyes, y que éstas asegurarán al trabajador protección contra el despido arbitrario y condiciones equitativas de labor. Significaría, asimismo, un olvido del [...] art. 28 de la CN" (ver consid. 11, párr. 4º).

Tres años después, en "Madorrán"(87) —que analizaremos con mayor detalle a continuación— el Máximo Tribunal afirmó que la protección contra el despido arbitrario, a diferencia del derecho a la estabilidad del empleado público "no era otra cosa que la estabilidad en sentido impropio" (consid. 5º) y, luego, en 2013, reafirmó que esta garantía "[...] contempla la reparación por la ruptura aun cuando no hubiese mediado justa causa"(88).

Siguiendo esta línea jurisprudencial, al fallar en la causa "González c. Polimat"(89), la Corte sostuvo que el Convenio OIT 158 sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador (aún no ratificado por Argentina)(90), "[...] en nada resultaría más exigente que la citada protección 'contra el despido arbitrario' del art. 14 bis, tal como lo regula el mencionado art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo". Asimismo, invocando lo expuesto por el Comité de DESC en la OG 18, recordó que cada régimen nacional debía prever el derecho a recursos jurídicos y de otro tipo en caso de despido improcedente, "[...] al tiempo que expresó que todas las victimas de esas violaciones tiene derecho a una reparación 'adecuada', que puede adoptar la forma de una 'indemnización'"(91).

En materia de despido discriminatorio hubo un significativo avance jurisprudencial. Con carácter previo, cabe recordar, que durante el corto lapso de cinco años (entre 1998 — 2004) rigió la ley 25.013 que, en el cuestionado art. 11, preveía un incremento en un 30% de la indemnización por antigüedad en aquellos casos en que el trabajador, a quién se le atribuía la carga de la prueba, acreditara que había sido objeto de un despido por razón de su raza, sexo o religión(92).

No obstante, sin lugar a dudas, el caso "Álvarez c. Cencosud"(93) marcó un punto de inflexión en este tema, pues la Corte, luego de afirmar que la ley 23.592 rige en el ámbito de las relaciones laborales, declaró la nulidad del despido discriminatorio dispuesto por la empleadora con la consiguiente reincorporación del trabajador (restitutio in integrum).

Tal como lo hemos afirmado en otra oportunidad(94), la doctrina sentada por la CSJN en "Álvarez" no supuso la admisión de una estabilidad propia o absoluta en el ámbito del empleo privado. En efecto, de los fundamentos expuestos en el voto mayoritario se desprende, claramente, que la posibilidad de declarar la nulidad del despido no se relaciona con la ausencia de justa causa o de motivación en la adopción del acto disolutorio, sino en su consideración como configurativo de un acto de arbitraria discriminación.

1.4.8. Estabilidad del empleado público

Implica el derecho del empleado o agente estatal a permanecer en el cargo si no media justa causa de cesantía y a ser reintegrado en el supuesto de cese arbitrario. El Anexo a la ley 25.164 (B.O. del 8/10/1999) reglamenta esta cláusula constitucional.

En el seno de la Convención Constituyente de 1957 la estabilidad fue considerada como un "elemento natural" de la relación entre los empleados públicos y la administración y que, asimismo, comprendía el derecho a la carrera administrativa del agente. Al reconocérsela en el texto constitucional se eliminaría —en opinión de los convencionales— el hecho de que el empleado público estuviera siempre sujeto a las "cesantías en masa" en ocasión de los cambios de gobierno(95).

No obstante, la jurisprudencia del Alto Tribunal fue zigzagueante a la hora de interpretar este pasaje constitucional. En efecto, en alguna oportunidad, afirmó que la estabilidad consagrada en el art. 14 bis "[...] es la impropia, esto eso, que separado el agente por la autoridad administrativa no tiene derecho a ser reincorporado aun cuando pueda —si se tratase de una cesantía sin causa— reclamar, en su caso, la indemnización pertinente"(96).

En este contexto, fueron muy importantes las disidencias de los Dres. Boffi Boggero y Aberastury y Zavala Rodríguez en el precedente que se registra en Fallos: 261:336(97), luego retomada por el Juez Belluscio en "Romero de Martino"(98) de 1985, y, de las que, finalmente, se hizo eco la Corte Suprema —en su actual integración— al fallar en la causa "Madorrán, Marta Cristina c. Administración Nacional de Aduanas s/Reincorporación" del 7/5/2007(99).

En este último caso, la Corte declaró la inconstitucionalidad del art. 7º del CC 56/1992 "E" —aplicable en el ámbito de la Administración Nacional de Aduanas—, conforme al cual, ante el cese injustificado de la relación de empleo público, la empleada sólo tenía derecho a una indemnización en los términos de la LCT.

Para arribar a tal conclusión, el Alto Tribunal sostuvo que, si bien es cierto que el art. 14 bis, comprende al trabajo "en sus diversas formas", los dos períodos normativos, "protección contra el despido arbitrario" y la "estabilidad del empleado público", encuentran su explicación precisamente en distinguir los mentados ámbitos para los cuales se prevé un "diferente grado de estabilidad en el empleo". Mientras que en el primer caso no es otra cosa que "la estabilidad en sentido impropio", en el segundo no es sino la "propia"(100), la cual, de ninguna manera, pone en conflicto el art. 14 bis con los incs. 1º y 7º del art. 99 de la Norma Fundamental. Ello es así pues, el solo hecho de que el presidente nombra y remueve "por sí solo" a los empleados cuyo nombramiento no está reglado de otra forma por la Constitución "[...] no confiere una atribución que pueda ser ejercida con prescindencia de toda legalidad [...]"(101).

El derecho a la carrera administrativa —dijo la Corte— integra el concepto de estabilidad, el que, a su turno, concuerda con el art. 16 de la CN, dado que si ha sido respetada la "condición de idoneidad" que ésta exige es "[...] razonable pensar que el propio Estado estará interesado en continuar teniendo a su disposición un agente, salvo que, si de su conducta se trata, medien razones justificadas de cese".

Sin perjuicio de lo expuesto, la estabilidad absoluta de los empleados públicos ha sido afectada por numerosas leyes denominadas de "racionalización administrativa" que introdujeron en la práctica la "prescindibilidad"(102). Su constitucionalidad es harto opinable(103), pero abundante jurisprudencia de la Corte Suprema las ha convalidado, sobre la base de que el derecho a la estabilidad no es absoluto y que se halla sujeto a las leyes que reglamenten su ejercicio que no son pasibles de impugnación en tanto razonables(104). Para el Tribunal, la razonabilidad del citado mecanismo, introducido mediante leyes transitorias, surge de la imperiosa necesidad de proceder al ordenamiento y transformación racional de la Administración pública para lograr que sea eficaz, funcional y económica. Así se consideraron constitucionales las leyes 17.343, 20.274, 20.549, 20.713, 21.274, etc.

Esta línea jurisprudencial ha sido ratificada por la Corte —en su actual integración— entre otras, en la sentencia dictada el 10/12/2013 en "Asociación de Maestros y Profesores (A.M.P.) de La Rioja c. Provincia de La Rioja y otro s/Acción declarativa de inconstitucionalidad", en la que avaló la validez constitucional de una ley provincial de racionalización administrativa de sus estructuras institucionales en materia educativa. En tal sentido, afirmó que "[...] el derecho a la estabilidad de los empleados públicos no los coloca por encima del interés general, de modo que obligue a mantenerlos en actividad aunque sus servicios dejen de ser necesarios, ya sea por supresión del cargo por motivos de economía o por otras causas igualmente justificadas [...] no importa un derecho absoluto a la permanencia en la función, sino el derecho a una equitativa indemnización cuando por decisión de los poderes ejecutivo o legislativo se suprime un empleo o se remueve un empleado sin culpa de éste"(105).

Cabe aclarar, por último, que la doctrina sentada en "Madorrán" no se proyecta —tal como lo afirmó la Corte al fallar la causa "Ramos"(106)— a aquellos casos en los cuales el empleado no ingresa a la administración pública como integrante de la "planta permanente" sino como "contratado" o designado como "transitorio". De de ser así, no sólo se trastocaría el régimen previsto en el art. 8º de la ley 25.164 sino que, esencialmente, se alteraría el monto autorizado por el legislador, en forma diferenciada, para financiar gastos correspondientes al personal contratado y al permanente. En estos casos, a falta de previsión legislativa específica, debe acudirse a una solución que, por analogía, repare debidamente los perjuicios sufridos, a cuyo efecto, resulta equitativa la indemnización prevista en el art. 11 de la citada norma legal.

1.4.9. Participación en las ganancias de la empresa, con control de la producción y colaboración en la dirección

Esta cláusula dispone un modelo de empresa en la cual los trabajadores tienen un efectivo control de la producción y colaboración en la dirección.

En consonancia con lo señalado en el apart. 4º, la Corte, al fallar en la causa "Gentini"(107), ha afirmado que "[...] es necesario reconocer que, aun después de medio siglo de vigencia de la cláusula general [...], como aconteció en el seno de la Convención Constituyente que le dio origen, en el ámbito de la ciencia constitucional se siguen sosteniendo varias y muy fundadas opiniones acerca de su carácter operativo o programático".

Sagüés señala que este pasaje de la norma constitucional tuvo en la Convención Constituyente de 1957 un largo debate. El miembro informante (Becerra) aclaró que no importaba establecer un derecho de cogestión (o de fuerte y amplia intervención) para los empleados, tanto porque el empresariado estaba inmaduro para aceptarlo, como porque dicha cogestión adormecería "el sentimiento de lucha de la clase obrera" y provocaría "el aburguesamiento de su posición". Sin embargo, para el convencional Jaureguiberry, el art. 14 bis permitía, de todos modos, "un grado de cogestión"(108).

Durante la década de 1970, en algunas empresas del Estado o con participación estatal de servicios públicos (gas, electricidad, etc.) se establecieron regímenes de participación del personal, que luego fueron dejados sin efecto, con carácter general, por la ley 21.476(109).

La LCT no contiene ninguna disposición que expresamente haga efectiva esta cláusula, pero en su art. 110 establece que "si se hubiese pactado una participación en las utilidades, habilitación o formas similares, éstas se liquidarán sobre utilidades netas". A su vez, el art. 111 instituye el derecho de verificación que garantice al trabajador el libre acceso a la documentación para verificar utilidades. Por último, el art. 127 se refiere a la época de pago.

La ley 23.696 (B.O. del 23/8/1989), referida a las privatizaciones de las empresas que pertenecían total o parcialmente al Estado nacional, incorporó el Programa de Propiedad Participada —PPP— (Capítulo III, arts. 21, 29 y concs.). Mediante este sistema se estableció que el capital accionario de las empresas, sociedades, establecimientos, haciendas productivas declaradas "sujetas a privatización" podía ser adquirido en todo o en parte a través de un PPP, en cuyo caso el ente a privatizar debía emitir los bonos de participación en las ganancias para el personal, según lo establecido en el art. 230 de la ley 19.550(110).

Hubo algunos intentos legislativos de reglamentar esta cláusula constitucional, sin éxito alguno. En tal sentido, puede citarse el Expte. 6837-D-2010, originado en la Cámara de Diputados (HCD), en el que se propuso que todos los trabajadores que presten servicios originados en un contrato de trabajo en una empresa con fines de lucro, tengan derecho a una retribución anual en concepto de participación en las ganancias, sujeta a los resultados del ejercicio económico de aquélla. Se previó, asimismo, que ésta no se computaría para la determinación de las cargas sociales; indemnizaciones; ni tendría incidencia en ningún otro instituto relativo al contrato.

Asimismo, en fecha más reciente, se presentó también ante la HCD, el proyecto que tramita bajo el Expte. Nro. 2937-D-2016. En el marco de esta iniciativa legislativa, se propone la creación del Consejo Nacional de Participación Laboral en las Ganancias, como autoridad de aplicación de la ley, el que funcionará en el ámbito del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

1.5. Derechos sindicales

Estos derechos tienden a proteger a los trabajadores en virtud de la actividad sindical.

1.5.1. Derecho a la organización sindical

La norma garantiza a los trabajadores el derecho a la "organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial", que es concordante con el contemplado en el Convenio OIT 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación y que, a su vez, está reconocido en varias disposiciones de la ley 23.551 (arts. 1º, 4º, 6º, 23, 31, 47 y 53).

Este derecho, en el proyecto inicial de la Comisión de Derechos Sociales de la Asamblea Constituyente de 1957, estaba conferido no a los trabajadores, sino a los gremios. Es decir, pasó a ser, en el texto definitivo, de un derecho otorgado a un tipo de asociación (los gremios) a uno declarado a favor de las personas físicas (los trabajadores). Si bien, es cierto que, con anterioridad, estaba comprendido en el art. 14 de la Norma Fundamental cuando enuncia el "derecho a asociarse con fines útiles", la reforma del '57 lo enfatiza de modo particular(111).

Los términos "libre" y "democrática" que utilizó el constituyente, aunque específicos y autónomos, son recíprocamente complementarios.

1.5.1.1. Libertad sindical

Del adjetivo "libre" incluido a continuación de la frase "organización sindical" se desprende el derecho de todo trabajador a afiliarse, no afiliarse y a desafiliarse a un sindicato.

En el caso "Outon" de 1967 la Corte Suprema concluyó que "la libertad de agremiación importa el derecho de afiliarse al sindicato que se prefiera o no afiliarse a ninguno". Por ende, no podía admitirse como congruente con la Constitución Nacional un ordenamiento según el cual el derecho de trabajar quedara supeditado a una afiliación gremial necesaria y a la permanencia en determinado sindicato mientras durara la ocupación. "La afiliación compulsiva frustra la libertad de agremiación y puede ser la base de un odioso sistema de sumisiones y preeminencias ilegitimas"(112).

La libertad de asociación sindical remite muy particularmente al ya mencionado Convenio 87 de la OIT que, además de haber sido ratificado por la Argentina(113), desde el año 1994, goza de jerarquía constitucional a partir de su integración al PIDESC (art. 8.3) y el PIDCyP (art. 22.3).

El citado convenio en su art. 2º dispone que los trabajadores y los empleadores, "sin distinción alguna y sin autorización previa", tienen el derecho de constituir las organizaciones sindicales que estimen convenientes, así como el de afiliarse a las existentes. Sin embargo, esta norma internacional, a diferencia de la ley 23.551 (art. 4º, incs. a) y b), no prevé la denominada libertad sindical negativa (derecho a no afiliarse) que, en nuestro país, queda al abrigo de la precisa y definitoria impronta del art. 14 bis de la Ley Fundamental.

La libertad sindical abarca tanto el plano individual como el colectivo. En el primero, consiste en la posibilidad de que el trabajador sin ataduras disponga afiliarse, desafiliarse o no afiliarse y, de ser lo primero, en la organización que escoja. Y, en el segundo, "[...] para los sindicatos, con el propósito de que puedan ser fundados y realizar sus actividades sin obstáculos o limitaciones del Estado, que reduzcan injustificadamente las funciones que le son propias: la promoción, ejercicio, defensa, fomento y protección de los intereses legítimos de orden sindical" (Fallos: 331:2499, consid. 7º).

Las dos dimensiones mencionadas (individual y colectiva) "deben ser garantizadas simultáneamente" puesto que, tal como lo tiene dicho la Corte IDH "[l]a libertad para asociarse y la persecución de ciertos fines colectivos son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de asociarse representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de la colectividad de alcanzar los fines que se proponga"(114).

El precepto constitucional manda —en palabras de la Corte— que el régimen jurídico que se establezca en la materia, antes que impedir o entorpecer, debe dejar en libertad las actividades y fuerzas asociativas, en aras de que pueden desarrollarse en plenitud, vale decir, sin mengua de la participación, y del eventual pluralismo de sindicatos, que el propio universo laboral quiera darse (Fallos: 331:2499, consid. 7º, último párrafo).

En esta línea de razonamiento, en las causas "ATE", de 2008(115) y 2013(116), y "Rossi"(117) de 2009 el Alto Tribunal, al hacer propias las reiteradas observaciones efectuadas al Estado Argentino por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT y el Comité de Libertad Sindical, descalificó la validez constitucional de los arts. 41, inc. a); 31, inc. a) y 52 de la ley 23.551, respectivamente, con sustento en que "la mayor representatividad no debería implicar para el sindicato que la obtiene, privilegios que excedan de una prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas, en la consulta por las autoridades y en la designación de los delegados ante los organismos internacionales"(118).

A lo expresado corresponde añadir que —según lo dijo la Corte Suprema en la causa "SOMU" del 27/10/2015(119)— los órganos de control de la OIT, además, de puntualizar cuales serían los privilegios admisibles, también señalaron que la propia designación del sindicato más representativo —a los efectos de conferirle tales privilegios con carácter permanente— debe determinarse con arreglo a criterios objetivos y previamente determinados a fin de evitar toda posibilidad de parcialidad o de abuso(120).

En palabras del Alto Tribunal, la pauta de sujeción a "criterios objetivos y preestablecidos" "...persigue el claro propósito de que el reconocimiento de una asociación como la más representativa o, en su caso, la pérdida de tal calidad a pedido de otro sindicato, no estén sujetos ni a la discrecionalidad de la autoridad otorgante ni a otras condiciones —como podrían ser las impuestas por acuerdos celebrados bajo la presión de un conflicto— que no sean la de la cabal y objetiva comprobación de esa mayor representación en un ámbito laboral determinado"(121).

En coherencia con lo hasta aquí expresado, para la Corte la limitación que contiene el art. 41, inc. a) de la LAS, en cuanto dispone que para ser delegado de personal se requiere "estar afiliado a la respectiva asociación sindical con personería gremial y ser elegido en comicios convocados por ésta", "mortifica" (sic.) la libertad sindical, de manera patente e injustificada, en sus dos vertientes: (1) la libertad de los trabajadores individualmente considerados que desean postularse como candidatos, pues los "constriñe", siquiera indirectamente, a adherirse a la asociación sindical con personería gremial, no obstante la existencia de una simplemente inscripta y (2) la libertad de éstas últimas, al impedirles el despliegue de su actividad en uno de los aspectos y finalidades más elementales para el que fueron creadas.

Tales objeciones —que, como lo puso de relieve el Alto Tribunal en los precedentes citados, habían sido objeto de reiteradas observaciones del Comité de Expertos de la OIT— ya habían sido advertidas, desde tiempo antes, por algún sector de la doctrina, en el entendimiento de que la ley 23.551 incumplía con la disposición constitucional al otorgar personería gremial —y derechos exclusivos— a una sola asociación sindical por actividad, profesión u oficio y restringir la formación de asociaciones sindicales de oficio y empresa (cfr. arts. 29(122) y 30(123)).

1.5.1.2. La democracia sindical

El art. 14 bis obliga a que los sindicatos se estructuren democráticamente.

En el seno de la Convención Constituyente del '57, los convencionales Martella y Peña, remarcaron la importancia de que la entidad gremial tuviera en sí incorporados todos los principios de la democracia. En tal sentido, el citado en segundo término, sostuvo que era "[...] extraordinariamente importante la vida democrática de los gremios, porque es la mejor garantía de la unidad sindical que tanto necesita el obrero para enfrentarse con los poderosos intereses del capital. Asegurando esa vida democrática y el consiguiente pluralismo interno de las corrientes de opinión mediante el debido respeto de las minorías, cuyo ideal es la representación proporcional [...] la unidad sindical será un hecho en la vida sindical argentina"(124).

En esta línea de razonamiento, la Corte Suprema, en el caso "ATE I", concluyó que la democracia fue reconocida como "prenda de convivencia, de apertura franca y amplia hacia el pluralismo y la participación, tanto para la persona que libremente se incorpora a una organización, cuanto para las relaciones entre todas y cada una de éstas en el concierto de los sindicatos que, no menos libremente, los trabajadores deseen formar"(125).

La importancia de la democracia sindical está recogida en el art. 8º de la ley 23.551, que se vincula con los arts. 17 y 18, determina que las asociaciones garantizarán su "efectiva democracia interna", debiendo sus estatutos asegurar una fluida comunicación entre los órganos internos de la asociación y sus afiliados; que los delegados a los órganos deliberativos obren con mandato de sus representados y les informen luego, de su gestión; la participación de los afiliados en la vida de la asociación, garantizando la elección directa de los cuerpos directivos en los sindicatos locales y seccionales y la representación de las minorías en los cuerpos deliberativos. A nivel internacional, el art. 8º del PIDESC prevé "el derecho de toda persona a fundar sindicatos y afiliarse al de su elección", y agrega que "no podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos".

1.5.1.3. La simple inscripción en un registro especial

Tal como lo señala Sagüés(126) resulta evidente que el propósito constitucional ha sido el de simplificar los trámites relativos a la actuación de los gremios y evitar trabas burocráticas. Sin embargo, tal simplificación no obsta —para el autor— que el derecho de un ente a ser reconocido como organización sindical, esté condicionado por la legislación reglamentaria, siempre que ésta sea razonable (arg. art. 28 de la CN).

El tema desemboca en otro punto de singular importancia: la personería gremial y los privilegios que de ella derivan, los que —como vimos— para la Corte Suprema no pueden exceder "...de una prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas, de consulta de las autoridades y de designación de delegados ante organismos internacionales..."(127).

Resulta oportuno recordar aquí que el fallo "ATE II" (2013), en el que, como ya lo señalamos, se declaró la inconstitucionalidad del art. 31 inc. 1º de la ley 23.551, extendió los derechos de representación que allí se especifican a las asociaciones que, aunque no posean personería gremial, se hallen debidamente inscriptas en el registro especial. Esta función constituye —según lo enfatizó la Corte— una de las más relevantes que la ley reconoce a los sindicatos.

Ahora bien, las asociaciones que no se encuentran inscriptas en el registro especial al alude el art. 14 bis de la Ley Fundamental son simplemente —y como lo apunta Rodríguez Mancini(128)— meras asociaciones civiles, si cumplen, a su vez, lo dispuesto por los arts. 141 y ss. del CCyCN. En efecto, para el autor, no puede pretender una asociación que no obtuvo el reconocimiento elemental de representación para acceder al registro que lleva el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, actuar con las mismas facultades que aquellas que han tramitado y conformado las exigencias legales.

Lo expresado se proyecta a un tema de cierta actualidad referido a la actuación del Sindicato Único de Trabajadores Privados de la Libertad Ambulatoria (SUTPLA). En efecto, el 10/11/2015, el Alto Tribunal(129) desestimó la pretensión recursiva deducida en instancia extraordinaria por dicha entidad sindical sobre la base de que "...la demanda, tal como está planteada, no demuestra que el SUTPLA sea una asociación habilitada para promover, con arreglo a la doctrina (de "Halabi"(130) y "PADEC"(131)), un reclamo judicial en el que invoque la representación de los intereses colectivos de los trabajadores a los que alude la demanda o la defensa de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos de los mismos".

Es decir, lo relevante del fallo es que la Corte negó legitimación al SUTPLA frente a la falta de inscripción de la entidad en el registro al que alude el art. 14 bis de la Constitución Nacional. No puede soslayarse —en palabras del Máximo Tribunal— que dicha norma constitucional "...dispone que el reconocimiento de los derechos inherentes a la organización sindical está supeditado al requisito de la simple inscripción...".

Por otra parte, dicha omisión impedía que la pretensión pudiera ser encauzada como una acción colectiva en los términos de la doctrina del fallo "Halabi". Ello es así, por cuanto el art. 43 de la CN sólo otorga legitimación para demandar en defensa de derechos de incidencia colectiva a aquellas asociaciones que se encuentren "...registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de organización"(132).

1.5.1.3.1. Concertación de convenios colectivos

Estos acuerdos celebrados entre una asociación sindical y uno o varios empleadores o asociaciones de empleadores destinados a regular condiciones de trabajo, constituyen una de las fuentes más importantes de nuestra materia. Su formación, implementación y efectos están sometidos a la regulación de la ley 14.250 (t.o. 2004) implican la elaboración de un derecho no estatal, paralelo y complementario de las normas legales emanado de la autonomía privada colectiva. A su vez, la ley 23.546 (t.o. 2004) determina el procedimiento para la negociación colectiva.

En nuestro régimen legal, los convenios colectivos son celebrados por el sindicato más representativo al que se le acuerda personería gremial y, una vez homologado por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social tienen efectos normativos erga omnes para todos los trabajadores —afiliados o no— y para todos los empleadores comprendidos en el ámbito de la convención pactada.

Este privilegio otorgado en materia de negociación colectiva por la ley 23.551 al sindicato con personería resultaría —en principio— compatible con las observaciones formuladas al Estado Argentino por la CEACR en torno a que la mayor representatividad no debe implicar para el sindicato que la obtiene, "[...] privilegios que excedan de una 'prioridad' en materia de representación en las negociaciones colectivas, [...]". Decimos "en principio" porque, a nuestro entender, la "prioridad" a la que se refiere la CEACR no debería ser interpretada como "exclusividad" en el sentido que lo hace nuestra ley sindical.

La OIT elaboró un convenio para el fomento de la negociación colectiva, el nro. 154, que fue ratificado por nuestro país mediante la ley 23.544, y tiene jerarquía supralegal.

1.5.1.3.2. Conciliación y arbitraje

Esta cláusula hace referencia a dos de los principales medios de solución de conflictos colectivos de intereses.

La ley 14.786 (B.O. del 9/1/1959) reglamenta el texto constitucional y pone a los conflictos de intereses en la órbita del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social mediante la implementación de un procedimiento obligatorio que exige a las partes concurrir a una serie de audiencias destinadas a lograr un avenimiento, antes de recurrir a una medida de acción directa. Durante el trámite obligatorio de conciliación pierden eficacia las medidas que se hubieran dispuesto hasta su iniciación, pues la situación, normalmente, se retrotrae al estado anterior al conflicto. Vencido el plazo máximo previsto en la ley, las partes colectivas quedan en libertad de acción, a menos que opten por someterse al arbitraje voluntario consagrado en dicha ley.

Cabe señalar que la ley 16.936 (B.O. del 31/8/1966) que preveía el arbitraje obligatorio fue derogada por la ley 25.250, norma que fue abrogada por la ley 25.877 (B.O. del 19/3/2004). Sin embargo, ésta última, en su art. 42, ratificó la derogación de la ley citada en primer término. En síntesis, en la actualidad no existe arbitraje obligatorio.

1.5.1.3.3. Derecho de huelga

Este derecho recién fue reconocido a nivel constitucional en 1957. En efecto, la Constitución de 1949 no lo incorporó a su texto, pues, según el convencional Arturo Sampay la huelga era un derecho natural del hombre en el campo del derecho del trabajo como lo era el de resistencia a la opresión en el campo político; si bien existía un derecho natural de huelga no podía haber un derecho positivo de huelga porque "[...] es evidente que la huelga implica un rompimiento con el orden jurídico establecido que, como tal, tiene la pretensión de ser un orden justo, y no olvidemos que la exclusión del recurso de la fuerza es el fin de toda organización jurídica"(133).

La huelga consiste en la abstención concertada y colectiva de la prestación laboral. En este sentido, la Corte Suprema en la causa "Orellano"(134) señaló que tanto la huelga como las medidas de acción directa asimiladas a ella (v.gr.: "paros intermitentes", "trabajo a reglamento", "trabajo a desgano", etc.) implican "...el retaceo de la prestación laboral por parte de los trabajadores como medio de presión para lograr que se satisfagan ciertas reclamaciones previamente expresadas". Así, como obstaculizan el normal desarrollo de las actividades de producción de bienes o de prestación de servicios, no sólo perjudican al empleador sino, también, a los destinatarios de tales bienes y servicios, es decir, a los consumidores y usuarios.

Con esta última aclaración, el Alto Tribunal puso de manifiesto la evidente tensión que el ejercicio del derecho de huelga produce respecto tanto de los derechos del empleador como así también en relación con los derechos de terceros o de la sociedad(135), los que también cuentan con protección constitucional (arg. arts. 14; 41; 42 y concs. de la CN) y que, naturalmente, exige llevar a cabo una razonable ponderación entre tales derechos en cada caso concreto.

Para la Corte el ejercicio del derecho de huelga exhibe dos facetas: la individual que se identifica con el derecho de cada trabajador de adherirse o no a una huelga declarada, y la colectiva pues "...fijar reivindicaciones, declarar o poner fin a la huelga, o negociar la solución del conflicto son atribuciones que necesariamente se ejercen a través de una agrupación de trabajadores". A partir de ello, lógicamente —para el Alto Tribunal— el ejercicio de este derecho colectivo condiciona el ejercicio del derecho individual.

Estos razonamientos se proyectan, sin duda, a la controvertida cuestión de quién tiene el derecho de declarar una huelga; titularidad que, para la Corte, sólo corresponde conferir a las "asociaciones profesionales", con o sin personería gremial(136). Es decir —en palabras de la Corte— "...el legítimo ejercicio del derecho de huelga está subordinado a que el sujeto que la dispone haya cumplido con (el) recaudo de inscripción" en el registro especial al que alude el art. 14 bis de la CN(137).

Para arribar a tal conclusión, el Alto Tribunal tuvo en cuenta que la disparidad de opiniones formuladas por los convencionales constituyentes del '57 impedía "...apoyarse en lo debatido (...) para arribar a una conclusión definitiva sobre el punto..."(138), circunstancia que reforzaba la necesidad de adoptar una exégesis "integral" del texto del art. 14 bis de la Norma Fundamental(139) y que llevaba a concluir que eran los "gremios" los titulares del derechos.

A su vez, la Corte interpretó el texto constitucional a la luz de la normativa proveniente de la OIT (Convenio Nro. 87 y doct. del Comité de Libertad Sindical y de la CEACR), como así también de las normas de derecho internacional de los derechos humanos que en nuestro país tienen jerarquía constitucional (art. 8º del PIDESC y CADH) o supralegal (arts. 26 y 27 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales), lo que, también, dijo permitían arribar a idéntica conclusión.

En este punto, resulta oportuno recordar que, en el ámbito de la OIT, ni el Convenio nro. 87 —sobre libertad sindical y la protección del derecho de sindicación— ni el Convenio nro. 98 —sobre derecho de sindicación y de negociación colectiva— consagran, de manera expresa, el derecho de huelga. Por el contrario, fue tanto el Comité de Libertad Sindical (CLS) como la CEACR los que, dentro del marco de sus respectivas competencias, desarrollaron una importante labor en torno al derecho de huelga, su naturaleza, modalidades, límites y garantías(140).

Esta falta de consagración expresa es, precisamente, la que motivó que en el ámbito de la 101º Conferencia de la OIT —del año 2012— la totalidad de los miembros del Grupo de los empleadores se negaran a aceptar el examen de los casos relativos al Convenio nro. 87, que incluyeran interpretaciones de la Comisión de Expertos en relación el derecho de huelga.

La postura empresarial —mantenida en la actualidad— es que en tanto el derecho de huelga no se encuentra contenido en el citado convenio, ni en ninguna otra norma de la organización internacional, el CEACR debe abstenerse de expedirse u opinar en relación a aquél(141).

Salvo las disposiciones contenidas en la ley 14.786 —que, antes de adoptar cualquier medida de acción directa, exige transitar por el trámite allí consignado— sólo se encuentra regulada la huelga en los servicios esenciales por medio del Título II, Capítulo III, art. 24 de la ley 25.877, reglamentado por el dec. 272/2006 (B.O. del 13/3/2006) y dec. 362/2010 (B.O. del 18/3/2010) conforme al cual se creó la Comisión de Garantías.

1.5.1.3.4. Protección de los representantes sindicales

La Constitución establece que "los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo". Varias fueron las normas dictadas a partir de 1945 destinadas a regular la vida de las asociaciones sindicales y, por esta vía, la forma de protección a los representantes sindicales. Su contenido, obviamente, estuvo sujeto a los vaivenes políticos de cada época (dec. 23.852/1945; leyes 14.455; 20.615 y 22.105).

En la actualidad, rige lo dispuesto por la ley 23.551 y su dec. regl. 467/1988, que prevé un régimen de protección que exige al empleador, que pretenda ejercer su facultad de despedir, suspender o modificar condiciones de trabajo del delegado o representante sindical, transitar por un procedimiento judicial sumarísimo de "exclusión de tutela sindical" del trabajador en cuestión. La norma también contempla el derecho del empleado a requerir la reinstalación en su puesto, en caso de que no se cumpla el trámite de exclusión previsto en la ley sindical (arts. 48 a 52 de la ley 23.551). De este modo, acuerda a dichos trabajadores un sistema de estabilidad absoluta temporalmente limitada al lapso de duración del mandato y hasta un año después de finalizada su función sindical.

Sin embargo, esta tutela sindical que el art. 52 de la ley 23.551, en coherencia con el modelo sindical argentino, sólo consagra a favor de los delegados de las asociaciones sindicales con personería gremial, fue declarada inconstitucional por la CSJN en la causa "Rossi" de 2009(142), precisamente, por no alcanzar a quienes cumplen esa misma función en organizaciones simplemente inscriptas. Ello sobre la base de que no sólo excede los privilegios que cabe reconocerle a las asociaciones que ostentan el carácter de más representativas, sino porque además la expresión "necesarias", utilizada por el constituyente del '57 para calificar a las garantías que deben tener los representantes sindicales, indica su "[...] sentido y destino [...], pero, con mayor vigor aún, el carácter forzoso e inevitable de su existencia, lo cual se refuerza al categórico 'gozarán' que enuncia (el art. 14 bis)"(143).

No se requiere —en palabras de la Corte— mayor esfuerzo para concluir que, al limitar a los representantes gremiales de los sindicatos con personería gremial los alcances de la protección prevista en el art. 52 de la ley 23.551 (...) se ha violentado, de manera tan patente como injustificada, la esfera en que el legislador puede válidamente dispensar determinados privilegios a las asociaciones más representativas (consid. 5º, primer párrafo).

En coherencia con lo expresado en "Rossi", así como también en "ATE I", la Corte en el caso "Nueva Organización de Trabajadores del Estado"(144) confirmó una sentencia dictada por la Cámara Federal de Rosario que había descalificado la validez constitucional de los arts. 44 y 48 de la ley 23.551 con sustento en que tales normas "...establecen prerrogativas en materia de franquicias y licencias gremiales únicamente en favor de los delegados pertenecientes a los sindicatos que cuentan con personería gremial (...). En efecto, (...) para estar en consonancia con las normas internacionales de rango constitucional que rigen el instituto de la libertad sindical, la legislación nacional no puede privar a las organizaciones sindicales que no hayan sido reconocidas como las más representativas, de los medios esenciales para defender los intereses profesionales de sus miembros ni del derecho de organizar su gestión y su actividad"(145).

1.5.1.3.5. Seguridad social

La seguridad social aparece como la respuesta contemporánea a aquellas demandas de protección del hombre y de su grupo familiar, ante la aparición de contingencias sociales (de carácter biológico, patológico o económicos sociales).

La norma dice que el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social con carácter "integral" e "irrenunciable" a todos los habitantes.

En la Convención Constituyente de 1957, la expresión seguridad social tuvo un sentido muy amplio. Para el convencional informante Echegoyen, tenía que absorber los riesgos y situaciones como enfermedad, accidentes, invalidez, vejez, muerte, nacimiento, casamiento, protección de la infancia y minoridad, paros forzosos, jubilación, etc. Jaureguiberry añadió que no se habían incluido explícitamente ciertos derechos en la primera parte del art. 14 bis (seguridad e higiene en el trabajo; formación cultural y profesional; rehabilitación integral de los incapacitados; medicina preventiva del trabajo; etc.) porque estaban abarcados por la idea de seguridad social "integral"(146).

Ahora bien, este tercer párrafo del art. 14 bis efectúa una enumeración que no tiene rigor conceptual, pues se citan en un mismo nivel procedimientos (seguro social obligatorio), prestaciones (jubilaciones y pensiones, compensación familiar), bienes protegibles (familia, vivienda) y programas.

La declaración de este párrafo requiere una ley que organice el sistema. Sin perjuicio, de ello cabe mencionar algunas disposiciones que regulan algunas contingencias propias de la seguridad social: a) arts. 244 a 256 del CCyCN que regulan lo concerniente a la afectación de un inmueble destinado a vivienda y dejaron sin efecto las previsiones de la ley 14.394 sobre "bien de familia"; b) la ley 24.714 (B.O: 18/10/1996) sobre asignaciones familiares; c) la ley 24.241 (B.O.: 18/10/1993), modificada por la ley 26.425 (B.O.: 9/12/2008), sobre sistema integrado de jubilaciones y pensiones móviles; d) las leyes 23.660 (B.O.: 20/1/1989) y 23.661 (B.O.: 20/1/1989) sobre sistema nacional de seguro de salud y de obras sociales; e) la ley 24.013 (B.O.: 17/12/1991), Título IV, sobre seguro de desempleo, y f) la ley 24.557 (B.O.: 4/10/1995) sobre riesgos del trabajo, modificada por la ley 26.773(147) (B.O.: 26/10/2012).

La seguridad social —ha dicho la Corte(148)— tiene como finalidad esencial cubrir "contingencias sociales" o, más precisamente, asegurar lo necesario a las personas que las sufren. De ahí que, reiteradamente, haya sido puntualizada, por un lado, la "naturaleza alimentaria" de las prestaciones que prevé y, por el otro, la relación entre éstas y la cobertura de "riesgos de subsistencia". Deben sumarse a ello dos circunstancias: que el cometido propio de la seguridad social, por mandato de la Constitución Nacional (art. 14 bis), es la cobertura "integral" de las consecuencias negativas producidas por las mentadas contingencias y, seguidamente, que si es preciso interpretar las normas infraconstitucionales de la seguridad social, conforme a su objetivo protectorio, toda preferencia hermenéutica debe volcarse hacia el resultado que favorezca los objetivos normativos y no hacia el que los dificulta.

Sección II

1. Tratados Internacionales

Art. 75.— Corresponde al Congreso:

...

22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

• Comentario:

1.1. Interpretación general de la norma. Los Tratados Internacionales

El art. 75, inc. 22, proveniente de la reforma constitucional de 1994, debe articularse con lo dispuesto en los arts. 27 y 30 de la CN(1) normas que establecen la supremacía de la Ley Fundamental sobre el ordenamiento jurídico interno.

En la Convención Constituyente del citado año(2) la ubicación de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico y, en especial, de la de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, suscitó intensos debates(3). Las posiciones oscilaban entre declarar la supremacía de los tratados sobre la Constitución Nacional o, bien, acordar a éstos primacía por sobre las leyes.

De acuerdo con lo resuelto por la CSJN en el ya citado caso "Ekmekdjian c. Sofovich", y que luego reiteró en "Fibraca"(4) y "Cafés la Virginia SA"(5), quedaba claro, en el seno de la Convención, que los tratados internacionales, cualquiera fuera su tipo o modalidad, tenían prelación respecto de las leyes (jerarquía supralegal). Sin embargo, el acuerdo no alcanzó hasta otorgar primacía a todo el derecho internacional por sobre la Ley Fundamental.

En consecuencia, la Constitución Nacional mantuvo su supremacía por sobre los tratados, con excepción de ciertos Tratados Internacionales de Derechos Humanos que obtuvieron jerarquía constitucional y de los que, eventualmente, la adquieran en el futuro, de acuerdo con el procedimiento que la propia norma establece, tal como sucedió, en el año 1997, con la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (ley 24.820, B.O. del 29/5/1997) y, en el año 2003, con la Convención sobre la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad (ley 25.778, B.O. del 9/9/2003).

Tal como lo señala Gelli(6), el art. 75, inc. 22 contiene varias disposiciones. En efecto, establece la competencia del Congreso Federal para aprobar o rechazar los tratados y concordatos, celebrados con la demás naciones, las organizaciones internacionales, y la Santa Sede, respectivamente, en concordancia con lo dispuesto por el art. 99, inc. 11, respecto del Poder Ejecutivo(7); declara que los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a la leyes; enumera una serie de convenciones sobre derechos humanos a los que le reconoce jerarquía constitucional, bajo determinadas condiciones y efectos; dispone los requisitos de la denuncia de esos tratados y habilita la jerarquización constitucional de otros tratados de derechos humanos, bajo ciertos recaudos.

A continuación, analizaremos cada uno de estos aspectos con mayor detalle.

1.2. Jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos

Si bien, el dictamen originario de la Comisión de Integración y Tratados Internacionales de la convención constituyente del '94 otorgaba jerarquía constitucional a todas las normas de los tratados de derechos humanos(8), la Comisión de Redacción consensuó otorgar jerarquía constitucional sólo a determinados instrumentos internacionales, que son los enumerados en el párr. 2º del inc. 22, y dejar la puerta abierta para que el Congreso, en el futuro, pudiera añadir otros a esa lista.

Los constituyentes consideraron algunos por su "universalidad" (ej. CADH), a otros por su "trascendencia" en la historia de la Argentina (ej. Convención sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes) y, por último, a otros por contemplar "sectores específicos" (ej. CEDAW y CDN)(9).

Ahora bien, el hecho de que los trece tratados internacionales de derechos humanos gocen de jerarquía constitucional no implica que éstos se encuentren "incorporados" a la Constitución Nacional; según Bidart Campos "[...] no entran a formar parte del texto de la Constitución y quedan fuera de él, en el bloque de constitucionalidad federal, y comparten con la Constitución su misma supremacía". En opinión del autor, de no ser así considerados, podrían recibir reformas a través del procedimiento que, para la Ley Fundamental, prevé en el art. 30, lo que sería asimétrico con el derecho internacional, pues ningún Estado que se hace parte en un tratado está habilitado a introducirle reformas unilateralmente(10).

El constituyente del '94 dispuso que los Tratados Internacionales de Derechos Humanos tienen jerarquía constitucional bajo determinados condicionamientos: "(a) en las condiciones de su vigencia; (b) no derogan artículo alguno de la Primera Parte de la Constitución y (c) deben entenderse complementarios de los derechos y garantías en ella reconocidos".

Veamos:

(a) Las condiciones de la vigencia

Las condiciones de la vigencia de los tratados indican tanto el modo en que fueron aprobados y ratificados por la República Argentina, es decir, con las reservas y declaraciones interpretativas respectivas, como el alcance hermenéutico dado a las cláusulas de aquéllos por la "jurisprudencia internacional".

Aunque la inclusión de esta frase fue propuesta en la Asamblea Constituyente a los efectos de otorgarle rango constitucional a los tratados tal como fueron incorporados al ordenamiento argentino(11), a los pocos meses de entrada en vigencia la reforma, en el año 1995, la CSJN, en el caso "Giroldi"(12), afirmó que "las condiciones de su vigencia" significaba "tal como la convención [...] rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación"(13).

De ahí que, para el Alto Tribunal, y tal como lo había dicho en "Ekmekdjian", la jurisprudencia internacional debía servir de "guía" para la exégesis de los preceptos convencionales. Similares consideraciones fueron plasmadas, el año siguiente, en el caso "Bramajo"(14), respecto de las recomendaciones de la Comisión IDH.

Es decir, en un primer momento, la Corte se limitó a afirmar qué jurisprudencia internacional tenía —valga la reiteración— el valor de guía sin atribuirle efecto vinculante alguno. Sin embargo, la evolución jurisprudencial en esta materia, nos obliga a analizar por separado: por un lado, el valor jurídico de las sentencias dictadas por la Corte IDH en el marco de un proceso en que la Argentina no fue parte —ya que de no ser así rige lo dispuesto en el art. 68.1 de la CADH(15)— y, por el otro, el de las recomendaciones de la Comisión IDH (arts. 51 y concs. de la CADH).

Cabe recordar, ante todo, que la República Argentina reconoció la competencia de la Comisión IDH por tiempo indefinido, y de la Corte IDH sobre los casos relativos a la interpretación y aplicación de la CADH, bajo condición de reciprocidad (art. 2º de la ley 23.054).

Ahora bien, y en lo que concierne a las sentencias dictadas por la Corte IDH, cabe preguntarse si la interpretación que allí se hace de un determinado derecho obliga a los Estados que no fueron parte del proceso contencioso. Si bien es cierto que, la CADH nada dice al respecto, la propia Corte IDH, en el caso "Almonacid Arellano vs. Chile" del 26/9/2006, postuló un deber general de seguir su jurisprudencia a través del denominado "control de convencionalidad"(16).

Esta doctrina establece el deber del Poder Judicial de todo Estado Parte de controlar la compatibilidad de su ordenamiento jurídico interno con la CADH, teniendo "[...] en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana".

La Corte Suprema, en el 2007, en el caso "Mazzeo"(17), sobre la inconstitucionalidad de indultos por delitos de lesa humanidad, aceptó la doctrina del control de convencionalidad al transcribir las frases pertinentes de la Corte IDH, y, tres años después, en el precedente "Videla"(18), afirmó que éste debía ser llevado ex officio, en coherencia con lo que había dicho la Corte Interamericana en la sentencia del 24/11/2006 en "Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú" (ver párr. 124).

Se podría decir, entonces, que en el estadio actual del desarrollo jurisprudencial, para la Corte argentina nuestro país no sólo está obligado por la CADH (cfr. art. 75, inc. 22), sino también, por la interpretación que la Corte IDH hace de los derechos allí reconocidos; en consecuencia, "las sentencias del Tribunal Interamericano habrían dejado de ser entonces una 'guía' para convertirse en jurisprudencia que, indefectiblemente, se debe seguir"(19).

Ahora bien, y tal como ya lo hemos adelantado, correspondería analizar el valor jurídico que cabe atribuir a las recomendaciones de la Comisión IDH.

En 1998 en el fallo "Acosta"(20) la Corte Suprema afirmó que si bien por el "principio de buena fe" que rige la actuación del Estado argentino en el cumplimiento de sus compromisos internacionales, éste debe realizar los mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a las recomendaciones de la Comisión, ello no equivalía a consagrar como deber para los jueces el de dar cumplimiento a su contenido, pues no se trataba de decisiones vinculantes para el Poder Judicial. Es decir, no le atribuyó valor vinculante alguno a las recomendaciones de la Comisión IDH, pues, como su nombre lo indica, son sólo "recomendaciones". Esta tesis fue reiterada dos años después, en el caso "Felicetti"(21).

Sin embargo, el Alto Tribunal modificó esta doctrina en la sentencia dictada el 13/8/2013 en "Carranza, Latrubesse Gustavo c. Estado Nacional — Ministerio de Relaciones Exteriores — Provincia del Chubut"(22), en el que concluyó que las recomendaciones de la Comisión IDH (art. 51.2 de la CADH) son "obligatorias", aunque aclaró que esto es, "[...] sólo a las dirigidas a remediar la situación examinada, la cual no podría ser otra que la propia del peticionario y por el agravio que se hubiera tenido por producido respecto de éste" (consid. 17).

(b) No derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución

La inclusión de esta frase respondió a que la ley 24.309, declarativa de la necesidad de la reforma, vedó expresamente introducir cualquier tipo de modificación a "[...] las declaraciones, derechos y garantías contenidos en el capítulo único de la primera parte [...]" (art. 7º).

Sin embargo, la expresión utilizada por el constituyente suscitó dudas acerca de cuál era alcance que debía dársele. Se plantearon, al respecto, varias interpretaciones posibles: ¿tiene la primera parte (o sea, la dogmática de la Constitución histórica: arts. 1º a 35, o el texto reformado que agrega un capítulo a la primera parte; arts. 36 a 43) prelación sobre los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional?(23) ¿La segunda parte (o sea, la orgánica) se ubica por debajo de tales tratados? ¿Existen en la Ley Fundamental relaciones intrajerárquicas?

La respuesta a tales interrogantes, en todos los casos, debe ser negativa. En efecto, tanto la primera como la segunda parte de la Constitución Nacional y las convenciones de derechos humanos componen un plexo indisociable de derechos y garantías insusceptible de desgajar o desarticular o dividir con supuestas incompatibilidades, oposiciones o contradicciones(24).

Esta es la interpretación sustentada por la mayoría de la Corte Suprema, para la cual los convencionales del '94 llevaron a cabo un "juicio de compatibilidad" entre los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y la Constitución Nacional, al momento de declarar la jerarquía constitucional de esos tratados. En tal sentido, se afirmó que "[...] los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir"(25).

Esta doctrina, por otra parte, resulta aplicable a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que adquieren jerarquía constitucional con arreglo a lo dispuesto en el art. 75, inc. 22, pues, en rigor, cuando el Congreso les otorga rango constitucional "[...] hace un juicio constituyente por autorización de la Constitución misma según el cual al elevar al tratado a la misma jerarquía que la Constitución estatuye que éste no sólo es arreglado a los principios de derecho público [...] sino que no deroga norma alguna de la Constitución sino que la complementa"(26).

(c) Complementariedad de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos

Es decir, los derechos reconocidos en éstos constituyen un plus que se adiciona a los declarados en el orden interno. Si el alcance de esos derechos fuese menor, prevalece el derecho interno o, por el contrario, el del tratado que otorgue mayor protección(27).

El término "complementario", que utilizó el constituyente del '94, da la idea de una interpretación donde queda claro que la tutela más favorable al derecho a la persona es la válida, es decir, por donde se debe inclinar(28) (principio pro homine).

Cabe recordar que, en el seno de la Convención de 1994, al explicar qué debía entenderse por "complementariedad" se sostuvo que "Los nuevos derechos incorporados [...] deben interpretarse que son adicionales a los ya reconocidos, amplían y complementan el plexo de derechos explicitados en el texto constitucional. Los nuevos derechos no son complementarios en el sentido que su existencia constitucional esté subordinada a la existencia de un derecho 'principal' que deba ser complementado, sino, por el contrario, que extienden el marco de protección de los derechos fundamentales"(29).

Es menester preguntarse, a esta altura, qué aplicabilidad tiene el derecho internacional (tratados) en el derecho interno. Sobre el particular, advierte Ekmekdjian(30) que hubiera sido más útil incorporar el criterio vertido por la CSJN en el caso "Ekmekdjian c. Sofovich", según el cual los tratados son operativos cuando contienen disposiciones lo suficientemente concretas de los supuestos de hecho que hacen posible su aplicación inmediata; criterio éste que —según Quiroga Lavié(31)— importa la introducción de nuestro derecho positivo de la injuction, esto es una orden judicial para suplir la omisión legislativa (instituto éste que, para Ekmekdjian, ya había sido incorporado por el Alto Tribunal —"Bonorino Peró"(32)—). En los sumarios de jurisprudencia que transcribiremos más adelante, se resumen algunos pronunciamientos judiciales que han considerado las normas emanadas de los tratados internacionales con el objeto de fundar la conclusión a la que llegan y en los que se ha hecho particular hincapié en su jerarquía y operatividad.

1.3. La denuncia de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional

Finalmente, el párrafo 2º de la directiva constitucional comentada, articula el modo en que debe ser denunciado un tratado que goza de jerarquía constitucional, lo que sujeta a un procedimiento agravado, que exige la aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de miembros de cada Cámara del Congreso como paso previo a la denuncia por parte del Poder Ejecutivo. Esta precaución que tomó el constituyente del '94 es para evitar que, por esta vía indirecta de denunciar un tratado, el Poder Ejecutivo pueda modificar el bloque de constitucionalidad.

Sobre el particular, debemos resaltar que, sin perjuicio de que dichos tratados no se encuentran incorporados a la Constitución (si no que gozan de su jerarquía), y no obstante su denuncia en el ámbito internacional, los derechos que en ellos se consignen permanecen en el derecho interno con jerarquía constitucional aunque les falte la constancia normativa expresa, en virtud de la cláusula de los derechos implícitos (art. 33 de la CN), que es porosa para absorber y conservar todo plus maximizador del sistema de derechos, con independencia de su fuente de origen(33).

Si bien, ante la denuncia por parte de nuestro país de un Tratado Internacional de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, éste, obviamente, sale del sistema y del bloque de constitucionalidad, ya que la Ley Fundamental se refiere a ellos "en las condiciones de su vigencia" —pues si pierden vigencia internacionalmente, la pierden también internamente—; lo cierto es que, el contenido de sus normas queda dentro del sistema y con jerarquía constitucional por aplicación de un principio básico del derecho internacional de los derechos humanos: la "irreversibilidad de los derechos" y, por el cual, un derecho que ingresó a un sistema normativo cualquiera ya no puede salir de él(34).

1.4. Normas vinculadas al derecho del trabajo

A continuación transcribiremos las disposiciones de estos tratados aplicables al derecho laboral.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH)

Derecho al trabajo y a una justa retribución

Art. XIV.— Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo.

Toda persona que trabaja tiene derecho de recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia.

Derecho al descanso y a su aprovechamiento

Art. XV.— Toda persona tiene derecho a descanso, a honesta recreación y a la oportunidad de emplear útilmente el tiempo libre en beneficio de su mejoramiento espiritual, cultural y físico.

Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)

Art. 7º — Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Art. 23.— 1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.

2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.

3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.

4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

Art. 24.— Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas.

Art. 25.— 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)

Art. 6º —(35) 1. Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho a trabajar que comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.

2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar orientación y formación técnico-profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana.

Art. 7º — Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:

i. Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual;

ii. Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto;

b) La seguridad y la higiene en el trabajo;

c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad;

d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.

Art. 8º — 1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar:

a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;

b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas;

c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público o para la protección de los derechos y libertades ajenos;

d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país.

2. El presente artículo no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado.

3. Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías.

Art. 9º —(36) Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.

Art. 10.— Los Estados Partes en el presente pacto reconocen que:

1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.

2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.

3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

Art. 11.— 1. Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento(37).

2. Los Estados Partes en el presente pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán, individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos programas concretos, que se necesiten para:

a) Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logre la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales.

b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que exportan.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

Art. 22.— 1. Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses.

2. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

3. Ninguna disposición de este artículo autoriza a los Estados Partes en el convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que pueden menoscabar las garantías previstas en él ni a aplicar la ley de tal manera que pueda menoscabar esas garantías.

Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (ICERD)

Art. 5º — En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el art. 2º de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color u origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes:

...

e) Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular.

i) El derecho al trabajo, a la libre elección de trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, a la protección contra el desempleo, a igual salario por trabajo igual y a una remuneración equitativa y satisfactoria;

ii) El derecho a fundar sindicatos y a sindicarse;

iii) El derecho a la vivienda;

iv) El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales;..."

Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) —Pacto de San José de Costa Rica—

Art. 1º — Obligación de respetar los derechos. 1. Los Estados Partes en esta convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta convención, persona es todo ser humano.

...

Art. 16.— Libertad de asociación. 1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole.

2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)

Art. 11.— 1. Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo con el fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular:

a) El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano.

b) El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo.

c) El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho al acceso a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico.

d) El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo.

e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas.

f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción.

2. Con el fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y, asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados partes tomarán medidas adecuadas para:

a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil.

b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales.

c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados a cuidado de los niños.

d) Prestar protección especial a la mujer durante embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.

3. La legislación protectora relacionada con las cuestiones comprendidas en este artículo será examinada periódicamente a la luz de los conocimientos científicos y tecnológicos y será revisada, derogada o ampliada según corresponda.

Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)

Art. 32.— 1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.

2. Los Estados Partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Partes, en particular:

a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar;

b) Dispondrán la reglamentación apropiada de los honorarios y condiciones de trabajo;

c) Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo.

• Comentario:

1.5. Los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo

1.5.1. Jerarquía y operatividad

Una consideración aparte merecen —dada la materia que nos convoca— los convenios de la OIT. Sobre ellos podríamos preguntarnos, en primer lugar, si pueden ser considerados tratados y, en segundo lugar, cuál es la operatividad de sus normas en el derecho interno.

Respecto del primer interrogante, señalamos que los convenios de la OIT siempre han sido asimilados a los tratados en cuanto a los efectos reconocidos a estos instrumentos en las diversas constituciones nacionales; y así también ha ocurrido en la Argentina tanto por lo dispuesto por el art. 31 de la CN —que se refiere a los tratados con las potencias extranjeras— como por el art. 75, inc. 22(38).

Desde tal perspectiva, y tal como lo tiene dicho la Corte Suprema(39), a la luz de la directiva contenida en el ya mencionado art. 75, inc. 22 de la Ley Fundamental, no cabe duda de que los convenios de la OIT tienen jerarquía superior a las leyes. En consecuencia, su ratificación por parte de nuestro país puede dejar sin efecto disposiciones legales contrarias; o, de otro modo, estas últimas podrían ser tachadas de inconstitucionales en tanto contraríen una norma de jerarquía superior (arts. 31 y 75, inc. 22, citados).

En este sentido, cabe señalar que, si bien los convenios de la OIT tienen primacía sobre las leyes, son infraconstitucionales, en tanto no forman parte de los relativos a derechos humanos que expresamente enumera el art. 75, inc. 22; aunque nada obsta que, en el futuro, el Congreso —mediante el voto de las dos terceras partes de las totalidad de los miembros de cada Cámara— eleve con jerarquía constitucional a algunos de éstos(40) en tanto "tratados y convenios de derechos humanos". En la actualidad, el único que goza de jerarquía constitucional es el nro. 87, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, pues integra el PIDESC (art. 2.2) y el PIDCyP (art. 8.3) y, por ello, debe juzgarse que conforma el bloque de constitucionalidad federal (doct. Fallos: 331:2499, consids. 3º y 5º).

Ahora bien, cabe preguntarse acerca de la operatividad de las normas contenidas en los convenios de la OIT en el derecho interno (segunda cuestión), para lo cual, no podemos dejar de reseñar cómo ha sido la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En el caso "Alonso, Gregorio c. Haras Los Cardos" (Fallos: 186:258) del 15/3/1940, el Alto Tribunal, al examinar el Convenio 12 de la OIT sobre la indemnización por accidente del trabajo (agricultura), sostuvo que más allá de la ratificación legislativa, resultaba necesaria la sanción de una ley especial reglamentaria que incorporara las normas del convenio al derecho interno.

Este criterio fue ratificado por la Corte, entre otros, en el caso "Roa, Félix c. Moschos, Constantino" del 19/5/1961 (Fallos: 249:672) y en "Álvarez, Pedro Alejandro y otros c. Papelera Argentina" del 27/10/1965 (Fallos: 263:122). No obstante, en esta última oportunidad, los doctores Aberastury y Boffi Boggero —con voto en disidencia— sostuvieron que los convenios no requerían de otra ley posterior para su plena vigencia.

Sin embargo, y tal como lo señalamos respecto de los Tratados Internacionales, en el caso "Ekmekdjian c. Sofovich", el Máximo Tribunal adoptó decididamente una posición monista. Por ello, los órganos administrativos y jurisdiccionales del Estado están obligados a aplicar el tratado —en este caso, el convenio de la OIT— a los supuestos que éste contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata. No cabe duda de que la aplicación de muchos convenios debe realizarse forzosamente a través de medidas legislativas; pero existen ciertas cláusulas que son autoejecutivas, lo cual hace posible su aplicación directa sin intervención legislativa o administrativa previa. Es más, un decisorio judicial —obviando la necesidad de una intermediación legislativa— podría tornar autoejecutiva una norma aunque ésta no tenga dicho carácter de manera manifiesta.

Esta tesis fue ratificada por la Corte entre otros, en el precedente "Díaz, Paulo Vicente c. Cervecería y Maltería Quilmes SA" del 4/6/2013, en el que declaró la invalidez constitucional de una cláusula convencional mediante la cual se había pactado un "anticipo acta acuerdo" con carácter no remunerativo. Ello sobre la base de que, de acuerdo con el art. 1º del Convenio OIT 95, el mencionado concepto revestía naturaleza salarial; norma que resulta inmediatamente operativa y, consecuentemente, puede ser invocada por los justiciables y aplicable directamente por los órganos judiciales(41).

En este línea de razonamiento, el Alto Tribunal concluyó que dado que, cuando la Argentina ratifica un tratado, "se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata"(42), sólo podía obviarse su aplicación en la hipótesis de que fuera necesario adoptar medidas internas para hacerlo efectivo en las concretas circunstancias de la causa(43), lo que no acaecía en el caso, ya que la caracterización del salario que contiene el Convenio OIT 95 es suficientemente clara, detallada y precisa como para permitir su aplicación inmediata.

Por último, sólo correspondería agregar que la Corte Suprema, en el marco de las causas "ATE I" y "Álvarez c. Cencosud", ha afirmado que, aun cuando la Argentina no haya ratificado algún convenio de la OIT, debido a que es miembro de ella, desde sus orígenes (1919), tiene "[...] un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios".

Esta interpretación se deriva —para la Corte— de la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo, adoptada en 1998, en cuanto establece que "al incorporarse libremente a la OIT, todos los Miembros han aceptado los principios y derechos enunciados en su Constitución y en la Declaración de Filadelfia, y se han comprometido a esforzarse por lograr los objetivos generales de la Organización en toda la medida de sus posibilidades y atendiendo a sus condiciones específicas"(44).

1.5.2. Convenios de OIT ratificados

Seguidamente, detallamos los convenios de la OIT que han sido ratificados por la Argentina.

Convenio nro. 1 sobre las horas de trabajo (industria), 1919, ratificado el 30/11/1933 (ley 11.726).

Convenio nro. 2 sobre el desempleo, 1919, ratificado el 30/11/1933 (ley 11.726).

Convenio nro. 3 sobre la protección de la maternidad, 1919, ratificado el 30/11/1933 (ley 11.726).

Convenio nro. 6 sobre el trabajo nocturno de los menores, 1919, ratificado el 30/11/1933 (ley 11.726).

Convenio nro. 8 sobre las indemnizaciones de desempleo (naufragio), 1920, ratificado el 30/11/1933 (ley 11.726).

Convenio nro. 9 sobre la colocación de la gente de mar, 1920, ratificado el 30/11/1933 (ley 11.726)

Convenio nro. 11 sobre el derecho de asociación (agricultura), 1921, ratificado el 26/5/1936 (ley 12.232).

Convenio nro. 12 sobre la indemnización por accidentes de trabajo (agricultura), 1921, ratificado el 26/5/1936 (ley 12.232).

Convenio nro. 13 sobre le cerusa (pintura), 1921, ratificado el 26/5/1936 (ley 12.232).

Convenio nro. 14 sobre el descanso semanal (industria), 1921, ratificado el 26/5/1936 (ley 12.232).

Convenio nro. 16 sobre el examen médico de los menores (trabajo marítimo), 1921, ratificado el 26/5/1936 (ley 12.232).

Convenio nro. 17 sobre la indemnización por accidentes de trabajo, 1925, ratificado el 14/3/1950 (ley 13.560).

Convenio nro. 18 sobre las enfermedades profesionales, 1925, ratificado el 24/9/1956 (dec.-ley 11.594/56).

Convenio nro. 19 sobre la igualdad de trato (accidentes de trabajo), 1925, ratificado el 14/3/1950 (ley 13.560).

Convenio nro. 21 sobre la inspección de los emigrantes, 1926, ratificado el 14/3/1950 (ley 14.239).

Convenio nro. 22 sobre el contrato de enrolamiento de la gente de mar, 1926, ratificado el 14/3/1950 (ley 13.560).

Convenio nro. 23 sobre la repatriación de la gente de mar, 1926, ratificado el 14/3/1950 (ley 13.560).

Convenio nro. 26 sobre los métodos para la fijación de salarios mínimo, 1928, ratificado el 14/3/1950 (ley 13.560).

Convenio nro. 27 sobre la indicación del peso en los fardos transportados por barco, 1929, ratificado el 14/3/1950 (ley 13.560).

Convenio nro. 29 sobre trabajo forzoso, 1930, ratificado el 14/3/1950 (ley 13.560).

Convenio nro. 30 sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas), 1930, ratificado el 14/3/1950 (ley 13.560).

Convenio nro. 32 sobre la protección de los cargadores de muelle contra los accidentes (revisado), 1932, ratificado el 14/3/1950 (ley 13.560).

Convenio nro. 35 sobre el seguro de vejez (industria, etc.), 1933, ratificado el 17/2/1955 (ley 14.329).

Convenio nro. 36 sobre el seguro de vejez (agricultura), 1933, ratificado el 17/2/1955 (ley 14.329).

Convenio nro. 41 (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1934, ratificado el 14/3/1950 (ley 13.560).

Convenio nro. 42 sobre las enfermedades profesionales (revisado), 1934, ratificado el 14/3/1950 (ley 13.560).

Convenio nro. 45 sobre el trabajo subterráneo (mujeres), 1935, ratificado el 14/3/1950 (ley 13.560).

Convenio nro. 50 sobre el reclutamiento de trabajadores indígenas, 1936, ratificado el 14/3/1950 (ley 13.560).

Convenio nro. 52 sobre las vacaciones pagadas, 1936, ratificado el 14/3/1950 (ley 13.560).

Convenio nro. 53 sobre los certificados de capacidad de los oficiales, 1936, ratificado el 17/2/1955 (ley 14.329).

Convenio nro. 58 (revisado) sobre la edad mínima (trabajo marítimo), 1936, ratificado el 17/2/1955 (ley 14.329).

Convenio nro. 68 sobre la alimentación y el servicio de fonda (tripulación de buques), 1946, ratificado el 24/9/1956 (dec.-ley 11.594/56).

Convenio nro. 71 sobre las pensiones de la gente de mar, 1946, ratificado el 17/2/1955 (ley 14.329).

Convenio nro. 73 sobre el examen médico de la gente de mar, 1946, ratificado el 17/2/1955 (ley 14.329).

Convenio nro. 77 sobre el examen médico de los menores (industria), 1946, ratificado el 17/2/1955 (ley 14.329).

Convenio nro. 78 sobre el examen médico de los menores (trabajos no industriales), 1946, ratificado el 17/2/1955 (ley 14.329).

Convenio nro. 79 sobre el trabajo nocturno de los menores (trabajos no industriales), 1946, ratificado el 17/2/1955 (ley 14.329).

Convenio nro. 80 sobre la revisación de los artículos finales, 1946, ratificado el 14/3/1950 (ley 13.599).

Convenio nro. 81 sobre la inspección del trabajo, 1947, ratificado el 17/2/1955 (ley 14.329).

Convenio nro. 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948, ratificado el 18/1/1960 (ley 14.932).

Convenio nro. 88 sobre el servicio del empleo, 194, ratificado el 24/9/1956 (dec.-ley 11.594/56).

Convenio nro. 90 (revisado) sobre el trabajo nocturno de los menores (industria), 1948, ratificado el 24/9/1956 (dec.-ley 11.594/56).

Convenio nro. 95 sobre la protección del salario, 1949, ratificado el 24/9/1956 (dec.-ley 11.594/56).

Convenio nro. 96 sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado), 1949, ratificado el 10/9/1996 (ley 24.648).

Convenio nro. 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949, ratificado el 24/9/1956 (dec.-ley 11.594/56).

Convenio nro. 100 sobre igualdad de remuneración, 1951, ratificado el 24/9/1956 (dec.-ley 11.594/56).

Convenio nro. 105 sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957, ratificado el 18/1/1960 (ley 14.932).

Convenio nro. 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958, ratificado el 18/6/1968 (ley 17.677).

Convenio nro. 115 sobre la protección contra las radiaciones, 1960, ratificado el 15/6/1978 (ley 21.664).

Convenio nro. 124 sobre el examen médico de los menores (trabajo subterráneo), 1965, ratificado el 10/6/1985 (ley 22.535).

Convenio nro. 129 sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969, ratificado el 20/6/1985 (ley 22.609).

Convenio nro. 135 sobre los representantes de los trabajadores, 1971, ratificado el 2/12/2003 (ley 25.801).

Convenio nro. 138 sobre la edad mínima, 1973. Edad mínima especificada: 16 años, ratificado el 11/11/1996 (ley 24.650).

Convenio nro. 139 sobre el cáncer profesional, 1974, ratificado el 15/6/1978 (ley 21.663).

Convenio nro. 142 sobre el desarrollo de los recursos humanos, 1975, ratificado el 15/6/1978 (ley 21.662).

Convenio nro. 144 sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo), 1976, ratificado el 13/4/1987 (ley 23.460).

Convenio nro. 150 sobre la administración del trabajo, 1978, ratificado el 2/12/2003 (ley 25.802).

Convenio nro. 151 sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978, ratificado el 21/1/1987 (ley 23.328).

Convenio nro. 154 sobre la negociación colectiva, 1981, ratificado el 29/1/1993 (ley 23.544).

Convenio nro. 155 sobre la seguridad y salud de los trabajadores, 1981, ratificado el 27/7/2011 (ley 26.693).

Convenio nro. 156 sobre los trabajadores con responsabilidad familiares, 1981, ratificado el 17/3/1988 (ley 23.451).

Convenio nro. 159 sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), 1983, ratificado el 13/4/1987 (ley 23.462).

Convenio nro. 169 sobre pueblos indígenas y tribales, 1989, ratificado el 3/7/2000 (ley 24.071).

Convenio nro. 177 sobre el trabajo a domicilio, 1996, ratificado el 5/11/2011 (ley 25.800).

Convenio nro. 184 sobre la seguridad y la salud en la agricultura, 2001, ratificado el 28/5/2003 (ley 25.739).

Convenio nro. 182 sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999, ratificado el 5/2/2001 (ley 25.255).

Convenio nro. 187 sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006, ratificado el 27/7/2011 (ley 26.694).

Convenio nro. 188 sobre el trabajo en la pesca, 2007, ratificado el 27/11/2013 (ley 26.920). No entró en vigor aun(45).

Convenio nro. 189 sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011, ratificado el 27/11/2013 (ley 26.921).

2. Jurisprudencia

Trabajador: sujeto de preferente tutela constitucional

"En la relación y contrato de trabajo se ponen en juego, en lo que atañe a intereses particulares, tanto los del trabajador como los del empleador, y ninguno de ellos debe ser descuidado por las leyes. Sin embargo, lo determinante es que, desde el ángulo constitucional, el primero es sujeto de preferente tutela".

CSJN, 14/9/2004, "Vizzoti, Carlos A. c. AMSA SA s/despido". La Ley online 4/53188.

"El art. 14 bisCN no ha tenido otra finalidad que hacer de todo hombre y mujer trabajadores, sujetos de preferente tutela constitucional".

CSJN, 21/9/2004, "Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales SA s/accidentes ley 9688". La Ley online 4/53253.

Condiciones equitativas de labor

Corresponde confirmar la sentencia que declaró la inconstitucionalidad del original art. 14.2.b. de la ley 24.557 de Riesgos del Trabajo (Adla, LV-E, 5865) pues en cuanto establece un sistema de renta periódica para los damnificados víctimas de las incapacidades más severas, no satisface los requerimientos de asegurar una condición de labor equitativa de acuerdo al art. 14 bis de la Constitución Nacional, vale decir, justa, toda vez que por su rigor termina desinteresándose de la concreta realidad sobre la que se debe obrar".

CSJN, 26/10/2004, "Milone, Juan A. c. Asociart SA ART", LLAR/JUR/2714/2004.

Condiciones dignas de labor. Protección de la salud

"Es condición inexcusable del empleo que éste se preste en condiciones dignas y que se garantice el estricto cumplimiento de las normas de seguridad, tanto en general, como en lo que concierne a las propias de cada actividad. La prevención en la protección de la salud y de la integridad física del trabajador es el presupuesto legítimo de la prestación de servicios, que no puede ya concebirse sin la adecuada preservación de la dignidad inherente a la persona humana (Voto de la Dra. Highton de Nolasco)".

CSJN, 21/9/2004, "Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales SA s/accidentes ley 9688", La Ley online 4/53253.

Derecho a la salud. Derecho a la integridad física. Riesgos del trabajo

"Es condición inexcusable del empleo que éste se preste en condiciones dignas y que se garantice el estricto cumplimiento de las normas de seguridad, tanto en general, como en lo que concierne a las propias de cada actividad, y la prevención en la protección de la salud y de la integridad física del trabajador es el presupuesto legítimo de la prestación de servicios, que no puede ya concebirse sin la adecuada preservación de la dignidad inherente a la persona humana".

CSJN, 31/3/2009, "Torrillo, Atilio Amadeo y otro c. Gulf Oil Argentina SA y otro", La Ley online 4/68398.

Condiciones dignas de labor. Cumplimiento de las normas de seguridad

"El descarte de la responsabilidad del empleador que consagra la Ley de Riesgos del Trabajo (Adla, LV-E, 5865) respecto de las enfermedades no tipificadas aunque guarden relación de causalidad adecuada con el trabajo, constituye en sí mismo un elemento distorsionante de la relación laboral, en claro apartamiento de los lineamientos constitucionales que se orientan en dirección a la protección del trabajador y no de su desamparo, siendo condición inexcusable del empleo que éste se preste en condiciones dignas y que se garantice el estricto cumplimiento de las normas de seguridad, tanto en general, como en lo que concierne a las propias de cada actividad. (Del voto de los doctores Fayt y Petracchi)".

CSJN, 18/12/2007, "Silva, Facundo Jesús c. Unilever de Argentina SA", LLAR/JUR/8096/2007.

Características del salario. Oportunidad de "ganarse la vida"

"Dado que el art. 6º del Pacto Internacional de los derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone que el derecho a trabajar 'comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo, y el art. 7º califica cuando dicha oportunidad se materializa mediante un trabajo en relación de dependencia, como 'salario' o 'remuneración' la prestación debida por el empleador al empleado, es necesario concluir, que resulta inadmisible que los vales alimentarios caigan fuera del alcance de estas últimas denominaciones, ya que constituyen una prestación que —como en el caso— entrañó para el trabajador una 'ganancia' y que sólo resultó consecuencia del contrato o relación de empleo'".

CSJN, 1/9/2009, "Pérez, Aníbal Raúl c. Disco SA", LLAR/JUR/29031/2009.

"Es preciso y necesario que a la persona trabajadora le sea reconocido, de manera tan plena como sincera, que se ha 'ganado la vida' en buena ley, que toda ganancia que obtiene del empleador con motivo o a consecuencia del empleo, resulta un salario, una contraprestación de este último sujeto y por esta última causa".

CSJN, 1/9/2009, "Pérez, Aníbal Raúl c. Disco SA", La Ley online 70055017.

Igual remuneración por igual tarea

"El derecho de premiar con retribución superior a los salarios estipulados en convenios colectivos de trabajo a quienes sean más eficaces, laboriosos o contraídos a las tareas, no puede sujetarse a la prueba de la existencia de tales méritos y queda librado a la prudente discrecionalidad del empleador".

CSJN, 26/8/1966, "Ratto, Sixto y otro c. Productos Stani SA", LLAR/JUR/30/1966.

Discriminación salarial

"El principio constitucional de 'igual remuneración por igual tarea', debe ser entendido aun antes de su reglamentación por la Ley de Contrato de Trabajo, (Adla, XXXVI-B, 1175), como aquél opuesto a situaciones que implican discriminaciones arbitrarias, como serían las basadas en razones de sexo, religión o raza, pero no a aquéllas que se sustenten en motivos de bien común, como las de mayor eficacia, laboriosidad y contracción al trabajo del dependiente, puesto que no es sino una expresión de la regla más general de que la remuneración debe ser justa (Del voto de los doctores Petracchi y Bacqué)".

CSJN, 23/8/1988, "Fernández, Estrella c. Sanatorio Güemes, SA", LLAR/JUR/201/1988.

Igual remuneración por igual tarea. Carga de la prueba

"El trabajador debe acreditar sus 'circunstancias', y quien se excepciona aduciendo que la desigualdad obedece a la valoración de los méritos del dependiente o a las circunstancias de bien común, debe acreditar estas afirmaciones (Voto de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué)".

CSJN, 23/8/1988, "Fernández, Estrella c. Sanatorio Güemes, SA", La Ley online 04\_311v1t263.

Prueba del trato discriminatorio

"En los procesos donde se controvierte la existencia de un motivo discriminatorio del acto en juego resultará suficiente, para la parte que afirma haber sufrido tal acto, la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación".

CSJN, 15/11/2011, "Pellicori, Liliana Silvia c. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/Amparo", LLAR/JUR/68958/2011.

"La doctrina de la CSJN relativa a la carga probatoria del demandado de la razonabilidad del acto que se tilda de discriminatorio no supone la eximición de prueba a la víctima de ese acto, pues, de ser esto controvertido, pesa sobre aquélla la carga de acreditar los hechos de los que verosímilmente se siga la configuración del motivo debatido, ni tampoco implica, de producirse esa convicción, una inversión de la carga probatoria, ya que, ciertamente, en este supuesto, al demandado le corresponderá probar el hecho que justifique descartar el prima facie acreditado".

CSJN, 15/11/2011, "Pellicori, Liliana Silvia c. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/Amparo", LLAR/JUR/68958/2011.

Principio de igualdad y prohibición de discriminación

"El principio de igualdad y prohibición de discriminación ha alcanzado, actualmente, un nivel de máxima consagración y entidad: pertenece al ius cogens, 'puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico'".

CSJN, 7/12/2010, "Álvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud SA", La Ley online 40060076.

Protección contra el despido arbitrario. Características de la indemnización

"Si bien 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, si el propósito del instituto es reparar, la modalidad que se adopte debe guardar una razonable vinculación y proporción con los elementos fácticos que el propio legislador eligió como significativos para calcular la prestación".

CSJN, 14/9/2004, "Vizzoti, Carlos A. c. AMSA SA s/despido", La Ley online 4/53188.

Protección contra el despido arbitrario

"Resultan inconstitucionales los decretos de necesidad y urgencia 1273/2002, 2641/2002 y 905/2003 en cuanto desconocen la naturaleza salarial de las prestaciones que establecen, toda vez que trastornan la finalidad reparadora del régimen indemnizatorio —Ley de Contrato de Trabajo, art. 245—, reglamentario del art. 14 bis que ordena que la ley protegerá al empleado contra el 'despido arbitrario', ya que conducen a que la indemnización termine desconociendo la concreta realidad a la que quiso atender, a causa de limitaciones a uno de los elementos de cálculo de aquélla que, precisa e inequívocamente, constituye uno de los dos indicadores de esa realidad: el salario realmente percibido por el trabajador despedido".

CSJN, 19/5/2010, "González, Martín Nicolás c. Polimat SA y otro", LLAR/JUR/17063/2010.

Despido discriminatorio. Reincorporación del trabajador

"Es compatible —en el caso— la reinstalación del trabajador víctima de un distracto discriminatorio por su actividad sindical y el derecho a contratar y ejercer toda industria lícita del art. 14 de la Constitución Nacional, en virtud del singular motivo de ruptura del contrato de trabajo: la discriminación, pues cuando la libertad de contratar del empleador entra en conflicto con la libertad contra la opresión del empleado, esta última debe prevalecer sobre aquélla, porque así lo requieren los principios que fundan un ordenamiento social justo, toda vez que no otro es el sentido de la cláusula que los Constituyentes de 1957 agregaron a continuación del art. 14 de la Ley Fundamental —art. 14 bis—".

CSJN, 7/12/2010, "Álvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud SA", LLAR/JUR/77141/2010.

Diferencia entre la protección contra el despido arbitrario y la estabilidad del empleado público

"Debe entenderse que cuando el art. 14 bis establece la protección contra el despido arbitrario y la estabilidad del empleado público distingue entre el ámbito de la actividad privada y de la pública, para los cuales se prevé un diferente grado de estabilidad en el empleo, dado que lo contrario requeriría concluir que la Constitución Nacional, en la formulación de derechos fundamentales, ha incurrido, en un mismo artículo y no obstante el empleo de palabras diferentes y extrañas a la sinonimia, en enunciados superfluos por repetitivos".

CSJN, 3/5/2007, "Madorrán, Marta C. c. Administración Nacional de Aduanas", La Ley online 35010530.

Estabilidad del empleado público

"La llamada 'estabilidad propia' resulta el medio que guarda la mejor correspondencia con los propósitos constitucionales del art. 14 bis, y sustituir la reinstalación del agente injustificada o incausadamente segregado por una indemnización, implicaría caer en las prácticas que la reforma de 1957 quiso evitar, con sus notorios y contraproducentes efectos, e introduciría, a la vez, una evidente carga sobre la bolsa estatal".

CSJN, 3/5/2007, "Madorrán, Marta C. c. Administración Nacional de Aduanas", La Ley online 35010530.

Contratados de la administración pública

"El art. 8º de la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional 25.164 sólo reconoce estabilidad a quienes ingresen a cargos pertenecientes al régimen de carrera, y cuya financiación esté prevista en la Ley de Presupuesto, razón por la cual, si se atribuyera estabilidad a quien no ha sido incorporado con los requisitos y medios de selección previstos para el ingreso a la carrera administrativa —en el caso, a quien fue contratado por el Estado Nacional bajo el régimen del dec. 4381/1973—, no sólo se estaría trastocando el régimen previsto por la ley 25.164, sino que también se estaría alterando el monto autorizado por el legislador, en forma diferenciada, para financiar gastos correspondientes a personal contratado y personal permanente".

CSJN, 6/4/2010, "Ramos, José Luis c. Estado Nacional", LLAR/JUR/4244/2010.

Participación en las ganancias de las empresas

"La 'participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección' integra el plexo de derechos y garantías que, de conformidad con la manda establecida en el art. 14 bis, Constitución Nacional, las leyes deben asegurar al trabajador a fin de conferir protección al trabajo en todas sus formas".

CSJN, 12/8/2008, "Gentini, Jorge Mario y otros c. Estado Nacional - Ministerio de Trabajo y Seguridad s/part. Accionariado obrero", La Ley online 4/67675.

Libertad sindical

"La limitación establecida por art. 41, inc. a), de la ley 23.551 (Adla, XLVIII-B, 1408) mortifica la libertad sindical —de manera patente e injustificada— en sus dos vertientes, individual y social, ya que, con respecto a la libertad de los trabajadores individualmente considerados que deseen postularse como candidatos, los constriñe, siquiera indirectamente, a adherirse a la asociación sindical con personería gremial, no obstante la existencia, en el ámbito, de otra simplemente inscripta, y, con relación a la libertad de estas últimas, al impedirles el despliegue de su actividad en uno de los aspectos y finalidades más elementales para el que fueron creadas, cual es la elección de los delegados del personal, quienes guardan con los intereses de sus representados, los trabajadores, el vínculo más estrecho y directo, puesto que ejercerán su representación en los lugares de labor, o en la sede de la empresa o del establecimiento al que estén afectados, por lo que la restricción excede el acotado marco que podría justificar la dispensa de una facultad exclusiva a los gremios más representativos".

CSJN, 11/11/2008, "Asociación Trabajadores del Estado c. Ministerio de Trabajo s/Ley de Asociaciones Sindicales", LLAR/JUR/10649/2008.

Personería gremial. Libertad de asociación. Constitución Nacional. Delegado gremial

"Derecho a la organización sindical libre y democrática. Elecciones. Tratados internacionales. El art. 41, inc. a) de la ley 23.551 —al exigir que los 'delegados del personal' y los integrantes de 'las comisiones internas y organismos similares' previstos en su art. 40, deban estar afiliados 'a la respectiva asociación sindical con personería gremial y ser elegidos en comicios convocados por ésta'— viola el derecho a la libertad de asociación sindical amparado tanto por el art. 14 bis de la Constitución Nacional como por numerosas normas de raigambre internacional, afectando injustificadamente la libertad de los trabajadores individualmente considerados que deseen postularse como candidatos, no obstante la existencia, en el ámbito, de otra simplemente inscripta, como así también la libertad de éstas al impedirles desplegar la actividad para la que fueron creadas".

CSJN, 11/11/2008, "Asociación Trabajadores del Estado c. Ministerio de Trabajo s/Ley de Asociaciones Sindicales", La Ley online 4/68006.

Democracia sindical

"Al consagrar la democracia gremial, el art. 14 bis de la Constitución Nacional manda que el régimen jurídico que se establezca en la materia, antes que impedir o entorpecer, debe dejar en libertad las mentadas actividades y fuerzas asociativas, en aras de que puedan desarrollarse en plenitud, vale decir, sin mengua de la participación, y del eventual pluralismo de sindicatos, que el propio universo laboral quiera darse, y los términos 'libre y democrática' mencionados en aquél, no por su especificidad y autonomía, dejan de ser recíprocamente complementarios".

CSJN, 11/11/2008, "Asociación Trabajadores del Estado c. Ministerio de Trabajo s/Ley de Asociaciones Sindicales", La Ley online 4/68006.

Privilegios de las asociaciones sindicales con personería gremial

"La mayor representatividad no debería implicar para el sindicato que la obtiene, privilegios que excedan de una prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas, en la consulta por las autoridades y en la designación de los delegados ante los organismos internacionales".

CSJN, 11/11/2008, "Asociación Trabajadores del Estado c. Ministerio de Trabajo s/Ley de Asociaciones Sindicales", La Ley online 70049506.

Procedimiento para la designación del sindicato más representativo. "Criterios objetivos y preestablecidos"

"En tal sentido, el Comité de Libertad Sindical ha dicho que "cuando, según el sistema en vigor, el sindicato más representativo goce de derechos preferenciales o exclusivos de negociación, dicho sindicato debe determinarse con arreglo a criterios objetivos y previamente determinados a fin de evitar toda posibilidad de parcialidad o de abuso" (Libertad Sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, año 2006, párr. 962). Y en el mismo sentido se ha expedido la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones al señalar que "considera importante en estos casos que la representatividad de un sindicato se determine según criterios objetivos y preestablecidos" que permitan excluir tanto la parcialidad como las prácticas abusivas (Libertad sindical y negociación colectiva, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Conferencia Internacional del Trabajo, 81º reunión, 1994, párr. 240)".

CSJN, 27/10/2015, "Sindicato de Obreros Marítimos Unidos c. Sindicato Marplatense de Pesca s/Cancelación de la personería gremial".

Asociación sindical simplemente inscripta. Derecho de representación de intereses colectivos

"El derecho de la Asociación de Trabajadores del Estado, de representar los intereses colectivos de los trabajadores municipales, a los efectos de promover el reclamo judicial ante la norma local que redujo las remuneraciones —dec. 5/2003—, está inequívocamente reconocido por normas de jerarquía constitucional, tales como el art. 14 bis de la Constitución Nacional y el Convenio 87 de la OIT, con las cuales es incompatible el art. 31.a de la ley 23.551, en la medida en que los privilegios que en esta materia otorga a las asociaciones con personería gremial, en desmedro de las simplemente inscriptas, exceden el margen autorizado por las primeras".

CSJN, 18/6/2013, "Asociación de Trabajadores del Estado", LL AR/JUR/­22557/2013.

Protección a los delegados de las asociaciones simplemente inscriptas

"Al limitar a los representantes gremiales de los sindicatos con personería gremial los alcances de la protección prevista en su art. 52 la ley 23.551, reglamentaria de la libertad sindical constitucionalmente reconocida, ha violentado, de manera tan patente como injustificada, la esfera en que el legislador puede válidamente dispensar determinados privilegios a las asociaciones más representativas, pues, el diferente grado de tutela reconocido a los representantes gremiales, según provengan de sindicatos simplemente inscriptos, por un lado, o con personería gremial, por el otro, mortifica esa libertad respecto de los primeros y de los trabajadores en general, en sus dos vertientes, individual y social".

CSJN, 9/12/2009, "Rossi, Adriana María c. Estado Nacional — Armada Argentina", LLAR/JUR/45472/2009.

Franquicias y licencias gremiales de los delegados de las asociaciones simplemente inscriptas

"Que las impugnaciones vinculadas con la invalidez constitucional de los arts. 41, inc. a), y 52 de la ley 23.551, encuentran adecuada respuesta en las consideraciones y conclusiones expresadas en los precedentes "Asociación de Trabajadores del Estado" y "Rossi" (Fallos: 331:2499 y 332:2715, respectivamente), a las que corresponde remitir —en lo pertinente— en razón de la brevedad. Ello es así pues, tal como lo ha puesto de manifiesto el tribunal a quo, en tanto los arts. 44 y 48 de la mencionada ley establecen prerrogativas en materia de franquicias y licencias gremiales únicamente en favor de los delegados pertenecientes a los sindicatos que cuentan con personería gremial, su descalificación constitucional también encuentra sustento suficiente en las razones explicitadas en los casos citados. En efecto, quedó establecido en ellos con claridad meridiana que, para estar en consonancia con las normas internacionales de rango constitucional que rigen el instituto de la libertad sindical, la legislación nacional no puede privar a las organizaciones sindicales que no hayan sido reconocidas como las más representativas, de los medios esenciales para defender los intereses profesionales de sus miembros ni del derecho de organizar su gestión y su actividad. En consecuencia, al margen de una prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas, en la consulta ante las autoridades y en la designación de delegados ante organismos internacionales, ninguna otra facultad concedida a los sindicatos con personería gremial puede serles negada a aquellos que no la tienen (doctrina de Fallos: 331:2499, consid. 8º; en idéntico sentido Fallos: 332:2715, consid. 5º)".

CSJN, 24/11/2015, "Nueva Organización de Trabajadores Estatales c. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/Amparo"

Derecho de huelga - acto colectivo

"Por otra parte, también es conveniente aclarar que la huelga debe considerarse como un acto colectivo en la deliberación que lleva a una agrupación de trabajadores a declararla para tutelar sus intereses. Celebrado el acuerdo sobre la huelga, corresponde a cada trabajador un derecho subjetivo de realizarla, de modo que la proclamación de la huelga es una condición previa para que surja el derecho del particular a abstenerse del trabajo o a retacearlo (cfr. Santoro Passarelli, Francesco, Nociones de Derecho del Trabajo, Estudios de Trabajo y Previsión, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, ps. 49/50)".

CSN, 7/6/2016, "Orellano Francisco Daniel c. Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/Juicio sumarísimo".

Titularidad del derecho de huelga: gremios

"...el examen integral del texto de la norma constitucional es indudable que la titularidad del derecho a declarar una huelga pertenece a un colectivo de trabajadores organizados en función de intereses comunes, no al trabajador en forma individual ni a cualquier grupo de trabajadores. Concretamente, corresponde entender que los 'gremios' mencionados en el segundo párrafo del art. 14 bis como titulares del derecho de declarar una huelga no son otra cosa que aquellas entidades profesionales que surgen como fruto del despliegue del derecho a la organización sindical libre y democrática reconocido a los trabajadores en el párrafo anterior, es decir, a las asociaciones sindicales a las que la Constitución habilita para el ejercicio de derechos colectivos cuando satisfacen el requisito de su 'simple inscripción en un registro especial'".

CSJN, 7/6/2016, "Orellano Francisco Daniel c. Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/Juicio sumarísimo".

Asociaciones sindicales sin simple inscripción gremial: ausencia de legitimación

"No puede soslayarse que el art. 14 bis de la Constitución Nacional dispone que el reconocimiento de los derechos inherentes a la organización sindical está supeditado al requisito de la simple inscripción de la entidad gremial en un registro especial. Requisito que, como la misma demanda lo admite, se cubre con la registración prevista en la ley citada, cuyo art. 23 establece que '...a partir de su inscripción, [la asociación] adquirirá personería jurídica y tendrá los siguientes derechos:...b) representar los intereses colectivos...'.

...5º) Que la omisión de demostrar la inscripción del SUTPLA en el registro especial para las asociaciones sindicales también obsta a la posibilidad de encuadrar al presente reclamo como una acción colectiva en los términos de la doctrina sentada por el Tribunal en los precedentes 'Halabi' y 'PADEC c. Swiss Medical S.A. s/nulidad de cláusulas contractuales'".

CSJN, 10/11/2015, "Sindicato Único de Trabajadores Privados de la Libertad Ambulatoria c. Estado Nacional - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y otro s/Amparo".

Indivisibilidad e interdependencia de los derechos

"Reforma constitucional. Tratados internacionales. Los principios elaborados a partir de lo dispuesto en el art. 14 bis se integran a las disposiciones incorporadas por la reforma de 1994, en el art. 75, incs. 22 y 23 del texto constitucional y, en tal sentido, el Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales considera de manera explícita la interdependencia e indivisibilidad que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto todos éstos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana, por lo que el mencionado conjunto de derechos exige una tutela y promoción permanentes con el objeto de lograr su plena vigencia".

CSJN, 26/10/2004, "Milone, Juan A. c. Asociart SA Aseguradora de Riesgos del Trabajo s/accidente ley 9688", La Ley online 4/53693.

Prioridad de rango del Derecho Internacional

"La derogación de un tratado internacional por una ley del Congreso constituiría un avance inconstitucional del Poder Legislativo Nacional sobre atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional, que es quien conduce, exclusiva y excluyentemente, las relaciones exteriores de la Nación (art. 86, inc. 14, CN). La prioridad de rango del derecho internacional convencional sobre el derecho interno integra el ordenamiento jurídico argentino en virtud de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados aprobada por ley 19.865, ratificada por el Poder Ejecutivo Nacional el 5/12/1972 y en vigor desde el 27/1/1980".

CSJN, 7/7/1992, "Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otros", La Ley online 04\_315v2t049.

Primacía frente a una norma interna contraria

"La necesaria aplicación del art. 27 Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado art. 27".

CSJN, 7/7/1992, "Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otros", La Ley online 04\_315v2t049.

"La necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, impone a los órganos del Estado Argentino, una vez asegurados los principios de derecho público constitucionales, asignar primacía a los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria".

CSJN, 7/7/1993, "Fibraca Constructora SCA c. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande", La Ley online 04\_316v2T050.

Supremacía sobre la legislación interna

"La aplicación por los órganos del Estado argentino de una norma interna que transgrede un tratado, además de constituir el incumplimiento de una obligación internacional, vulnera el principio de la supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes internas (del voto de la mayoría). La derogación de un tratado internacional por una ley del Congreso o por cualquier acto interno de menor jerarquía normativa, violenta la distribución de competencias impuestas por la Constitución Nacional, porque constituiría un avance inconstitucional del Poder Legislativo sobre atribuciones del Poder Ejecutivo, que es quién conduce las relaciones exteriores de la Nación (voto del Dr. Boggiano)".

CSJN, 13/10/1994, "Cafés La Virginia SA", Fallos: 317:1282.

Violación. Operatividad de sus normas

"La violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento. La necesaria aplicación del art. 27, Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado art. 27. Cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata".

CSJN, 7/7/1992, "Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otros", La Ley online 04\_315v2t049.

Convenio de la OIT. Tratado Internacional. Jerarquía supralegal

"Particular importancia cobra el Convenio 17 de la OIT, de 1925, ratificado por nuestro país, y que tiene jerarquía superior a las leyes (Constitución Nacional, art. 75.22), puesto que, si bien dispone el pago de la indemnización 'en forma de renta', como lo afirma la recurrente, no deja de prever la posibilidad del pago 'en forma de capital' (art. 5), circunstancia que silencia esta última al transcribir el precepto de manera parcial".

CSJN, 26/10/2004, "Milone, Juan A. c. Asociart SA Aseguradora de Riesgos del Trabajo s/accidente ley 9688".

Jerarquía supralegal. Convenio OIT

"El fallo apelado, en cuanto establece que la atribución de la autoridad del trabajo de sancionar a los empleadores por incumplimiento de las normas laborales se halla inhibida si su inteligencia suscita dudas, contraría los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino mediante la ratificación de los Convenios 81 y 129 de la OIT, que tienen jerarquía superior a las leyes, los cuales reclaman el fortalecimiento de la policía del trabajo, en cuanto exigen, como medio para la protección de los derechos de los trabajadores, el establecimiento de un sistema de inspección laboral amplio y eficaz".

CSJN, 24/2/2009, "Aerolíneas Argentinas SA c. Ministerio de Trabajo", LLAR/JUR/185/2009.

Operatividad de los Convenios de la OIT

"Hallándose ratificado por la República Argentina el Convenio 95 de la OIT, resulta claro que el concepto 'anticipo' —Acta Acuerdo Nov. 2005—, previsto en el convenio colectivo aplicable a la actividad de la empleadora, reviste naturaleza salarial, a la luz de su art. 1".

CSJN, 4/6/2013, "Díaz, Paulo Vicente c. Cervecería y Maltería Quilmes SA", LLAR/JUR/20023/2013.

Operatividad de los Convenios de la OIT

"Dado que cuando la Nación Argentina ratifica un tratado —en el caso, el Convenio 95 de la OIT—, 'se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple'. Los tribunales sólo pueden obviar su aplicación señalando la necesidad de adoptar medidas internas —si es que existe alguna— para hacerlo efectivo en las concretas circunstancias de la causa".

CSJN, 4/6/2013, "Díaz, Paulo Vicente c. Cervecería y Maltería Quilmes SA", LLAR/JUR/20023/2013.

Operatividad de los Convenios de la OIT

"La desestimación de la inconstitucionalidad del art. 103 bis, inc. c) de la LCT propiciada por el a quo, al entender que la ratificación del Convenio 95 de la OIT sobre la protección del salario (1949), en el cual el trabajador apoyó su pretensión, no incorporó su texto al derecho interno incurre en dos errores graves: por un lado, condicionó la efectividad interna de los derechos y libertades allí enunciados a mayores recaudos que los que puede exigir el régimen del Estado ratificante, y, por el otro, soslayó el hecho de que cuando la Nación ratifica un tratado se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contempla (del voto de los Dres. Maqueda y Zaffaroni)".

CSJN, 4/6/2013, "Díaz, Paulo Vicente c. Cervecería y Maltería Quilmes SA", LLAR/JUR/20023/2013.

Obligatoriedad de las sentencias de la Corte IDH. Control de convencionalidad

"El Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y en esta tarea debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana".

CSJN, 13/7/2007, "Mazzeo, Julio Lilo y otro s/Rec. de casación e inconstitucionalidad - Riveros", La Ley online 20072293.

Control de convencional ex officio

"Concordemente, la sentencia dictada por la Corte IDH en el caso 'Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú', del 30 de noviembre de 2007, ha subrayado que los órganos del Poder Judicial debían ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de 'convencionalidad' ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. También aclaró que esta función no debía quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implicaba que ese control debía ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos procesales formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones".

CSJN, 31/8/2010, "Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/Recurso de casación", Fallos: 333:1657.

Valor jurídico de las recomendaciones de la Comisión IDH

"El cumplimiento de los compromisos internacionales del país, si bien determina que éste realice sus mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a las recomendaciones efectuadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, no lleva a consagrar como deber para los jueces el dar cumplimiento a su contenido pues no se trata de decisiones vinculantes para el poder judicial; además la jurisprudencia internacional no puede afectar la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales constituyéndose en un motivo de revisión de las mismas (del voto de la mayoría)".

CSJN, 22/12/1998, "Acosta, Claudia Beatriz y otros s/Habeas Corpus", LLAR/JUR/2429/1998.

Obligatoriedad de las recomendaciones de la Comisión IDH

"Las recomendaciones del art. 51.2 de la Convención Americana formuladas en el Informe 30/1997, respecto de la necesidad de indemnizar a un magistrado por la destitución de su cargo, son de carácter obligatorio para el Estado Nacional, pues ello impone el 'sentido' que debe atribuirse a los términos del precepto tanto en el 'contexto' específico cuanto en el general en el que están insertos, atendiendo al 'objeto y fin' del régimen de peticiones y de la CADH en su integralidad, y es el que mejor responde al principio de 'buena fe' y al 'efecto útil' del régimen, evitando así el 'debilitamiento' del sistema y hasta del propio ser humano al cual está destinado a servir".

CSJN, 8/6/2013, "Carranza Latrubesse, Gustavo c. Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores - Provincia del Chubut", LLAR/JUR/38982/2013.

Parte II - Ley de Contrato de Trabajo. Silvia E. Pinto Varela y Elsa Porta. Coordinadoras de Área

Sección I - LCT (ley 20.744), arts. 1º al 24. Por Elsa Porta

• Normas aplicables: Ley de Contrato de Trabajo, 20.744: arts. 1º al 24.

TÍTULO I Disposiciones generales

Fuentes de regulación

Art. 1º — El contrato de trabajo y la relación de trabajo se rigen:

a) Por esta ley;

b) Por las leyes y estatutos profesionales;

c) Por las convenciones colectivas o laudos con fuerza de tales;

d) Por la voluntad de las partes;

e) Por los usos y costumbres.

Ámbito de aplicación

Art. 2º — La vigencia de esta ley quedará condicionada a que la aplicación de sus disposiciones resulte compatible con la naturaleza y modalidades de la actividad de que se trate y con el específico régimen jurídico a que se halle sujeta.

Las disposiciones de esta ley no serán aplicables:

a) 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;

b) Al personal de casas particulares, sin perjuicio que las disposiciones de la presente ley 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.

c) 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.

Ley aplicable

Art. 3º — Esta ley regirá todo lo relativo a la validez, derechos y obligaciones de las partes, sea que el contrato de trabajo se haya celebrado en el país o fuera de él; en cuanto se ejecute en su territorio.

• Comentario:

1. Fuentes de regulación

El art. 1º enumera las fuentes que regulan el vínculo laboral, sin establecer un orden de prelación normativo. Esta enunciación no es taxativa, toda vez que la lista omite fuentes como la Constitución Nacional y los decretos reglamentarios, que no obstante su omisión constituye el ámbito propio del ordenamiento jurídico. Por ende, cabe afirmar que las fuentes formales propias del ordenamiento jurídico laboral argentino se integran con las enunciadas en el art. 1º de la LCT, así como también con otras omitidas (o implícitas), que no por ello tienen menor significación en ese ámbito, y hasta algunas de ellas son de mayor jerarquía, como la Constitución, que es el marco dentro del cual las enunciadas deben actuar a manera de reglamentación(1).

Resulta claro, entonces, que la Constitución Nacional (art. 31) y los tratados y declaraciones internacionales sobre derechos humanos que la Carta Magna indica en el art. 75, inc. 22, y a los cuales reconoce jerarquía constitucional, prevalecen sobre las fuentes enunciadas en el art. 1º. Estos instrumentos internacionales son: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), el Pacto Internacional del Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), el Pacto Internacional del Derechos Civiles y Políticos (1966) y su Protocolo Facultativo, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1967), la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984) y la Convención sobre los Derechos del Niño (1989).

Los mencionados instrumentos integran el llamado "bloque de constitucionalidad federal", pues, sin estar incorporados a la Constitución, tienen rango constitucional en las condiciones de su vigencia y no derogan ningún artículo de la primera parte de nuestra Carta Magna.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de jerarquía constitucional. Así sucedió con la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, que tiene dicha jerarquía por ley 24.820 (B.O. del 29/5/1997).

También los tratados y concordatos están por encima de las leyes (art. 75, inc. 22, párr. 1º, CN). Por lo tanto, en general, los tratados de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificados por nuestro país, tienen jerarquía supralegal(2). Sin embargo, los llamados tratados fundamentales, como por ejemplo el de trabajo forzoso (nro. 29) y el de libertad sindical y derecho de sindicación (nro. 87), tienen jerarquía constitucional e integran el bloque de constitucionalidad federal por estar incorporados a pactos internacionales que tienen dicho rango o bien porque sus preceptos han sido adoptados por los referidos instrumentos internacionales(3).

La CSJN considera que las directivas contenidas en los tratados y en los Convenios de OIT no son meramente programáticas, sino que pueden ser directamente aplicadas a los casos concretos en el ámbito local, sin necesidad de que una medida legislativa, adicional a la ratificación ya acordada al instrumento internacional, les confiera operatividad, pues la ratificación del Congreso de la Nación a dichos tratados y convenios determina tanto su incorporación al sistema jurídico argentino, con un rango superior al de las leyes, conforme lo dispuesto por el citado art. 75, inc. 22 de la CN, como el desplazamiento de las pautas legales vigentes hasta ese momento, que se opusiesen o no se ajustasen a ellas(4).

La LCT, las demás leyes laborales así como los Estatutos Profesionales, que regulan actividades específicas, tienen carácter imperativo. Vale decir que son de orden público, pues son inderogables y no pueden ser dejadas sin efecto por la voluntad unilateral del empleador ni por acuerdo de partes, quienes únicamente pueden establecer condiciones más favorables para el trabajador.

Este carácter eminentemente imperativo de la ley laboral ha sido considerado por la doctrina como una derivación directa del principio protectorio, receptado por el art. 14 bis de la CN, y del desigual poder negocial que, normalmente, existe entre el empleador y el trabajador individual(5).

Del mismo modo, las convenciones colectivas de trabajo celebradas por una asociación profesional con personería gremial, con representantes de los empleadores y homologadas por el Ministerio de Trabajo, son de aplicación a todos los trabajadores y empleadores de la actividad, en la medida en que contengan normas más favorables a los trabajadores que los mínimos legales (conf. art. 4º de la ley 14.250).

Los laudos arbitrales son también fuente formal de derechos. En la práctica, tienen el mismo valor que el convenio colectivo. La diferencia con las convenciones colectivas es que éstas son fruto del acuerdo concertado entre las representaciones de las partes (trabajadores y empleadores). En el laudo —voluntario u obligatorio—, la decisión de éstas, ya sea por propia determinación de ellas o por resolución de la administración laboral, ha sido reemplazada por la de un tercero (árbitro), que resuelve la cuestión(6).

La voluntad de las partes, sobre todo la del empleador, es fuente de derecho cuando crea condiciones más beneficiosas para el trabajador, que las fijadas por las normas imperativas.

Los usos y la costumbre, los usos y las prácticas del empleador, como expresión tácita de la voluntad, así como también los reglamentos de empresa, regulan la relación laboral sólo cuando establecen mayores beneficios para los trabajadores.

2. Ámbito personal de aplicación

En el caso de que exista un Estatuto Especial que regule la actividad, aquél prevalece sobre la Ley de Contrato de Trabajo, la que sólo se aplicará cuando la materia en cuestión no hubiere sido contemplada por la ley especial, siempre y cuando las disposiciones de la ley general resulten compatibles con la naturaleza y modalidades de la actividad de que se trate, y con el específico régimen jurídico al que se halle sujeta. Esto significa que se debe establecer tanto la compatibilidad fáctica como la jurídica entre el régimen especial y la ley general, y ésta sólo será aplicable cuando se trate de una institución que no ha sido contemplada por la ley específica y resulta compatible(7).

La LCT no es aplicable a los dependientes de la administración pública (nacional, provincial o municipal), excepto que por acto expreso se los incluya en el régimen de la misma o en el régimen de las convenciones colectivas de trabajo.

Tampoco es aplicable a los trabajadores de casas particulares ni a los trabajadores agrarios, porque ambos están sujetos a regímenes laborales específicos (leyes 26.844 y 22.248, modificada por ley 26.727), sin perjuicio de que las disposiciones de la LCT serán de aplicación en todo lo que resulte compatible y no se opongan a la naturaleza y modalidades propias del régimen específico, o cuando éste así lo disponga expresamente.

3. Personal de la Administración Pública

En el ámbito nacional, la ley 25.164, del año 1998, que aprueba la Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional, y la ley 24.185, reglamentada por el dec. 447/1993, que regula la negociación colectiva del sector público, son las que rigen las relaciones de la administración pública nacional con sus agentes. En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la ley 471/2000 rige lo atinente al empleo público. Sin embargo, tales instrumentos normativos no serán aplicables a los agentes de la administración cuando por acto expreso se los haya incluido en la LCT o en el régimen de las convenciones colectivas de trabajo, reguladas por la ley 14.250 (art. 3º de la Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional, en especial el inc. f).

En consecuencia, existen trabajadores del Estado o de entes autárquicos a los cuales se les aplica la legislación laboral común, mientras que otros están sujetos al régimen del empleo público. Pero hay también una tercera categoría que son los llamados "contratados de la administración pública"(8).

4. Los contratados de la administración pública

Se trata de personal contratado mediante locaciones de servicios o de obra, por fuera del régimen de carrera. Dicha contratación siempre estuvo prevista en la legislación como excepción para la prestación de servicios de carácter transitorio o de alta especialización, que no pudieran ser cubiertos por personal de planta permanente.

En los hechos, estas contrataciones se han ido desnaturalizando, y se produjo un crecimiento exponencial ante la imposibilidad de ingresar a la administración por las vías de selección establecidas, debido al congelamiento de vacantes.

La Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional 25.164 prevé en su art. 9º la contratación de personal por tiempo determinado, la que comprenderá exclusivamente la prestación de servicios de carácter transitorio o estacional, no incluidos en las funciones propias del régimen de carrera, y que no puedan ser cubiertos por personal de planta permanente. Otras disposiciones autorizaron este tipo de contratación (los contratos de los dec. 1184/2001 —B.O. del 25/9/2001— y 1421/2002 —B.O. del 9/8/2002—), así como el sistema de pasantías, regulado por el art. 2º de la ley 25.013 (B.O. del 24/9/1998), el dec. regl. 1227/2001 (B.O. del 5/10/2001), la ley 25.165 (B.O. del 12/10/1999) y la ley 26.427 (B.O. del 22/12/2008).

La CSJN, al decidir la causa "Ramos, José Luis c. Estado Nacional", sostuvo que había existido una desviación de poder por parte del Estado Nacional, ya que el accionante había sido contratado en el marco del dec. 4381/1973, que autoriza a contratar personal para proyectos de investigación científica y desarrollo tecnológico, sin que esto genere derecho a indemnización por rescisión. Sin embargo, la norma limita la posibilidad de renovación de estos contratos a un máximo de cinco años —art. 26 del decreto y art. 17, inc. a), de la reglamentación—. Por lo tanto, ante la superación de este máximo legal (el actor había prestado servicios durante 21 años), el supremo tribunal señaló que el trabajador tuvo una "legítima expectativa de permanencia laboral que merece la protección que el art. 14 bis de la Constitución Nacional otorga al trabajador contra el 'despido arbitrario'". La renovación del contrato más allá del plazo establecido en la reglamentación fue calificada por la Corte como una conducta ilegítima, que genera responsabilidad del Estado frente al trabajador y que justifica la procedencia del reclamo indemnizatorio, reparación que se debe determinar conforme lo dispuesto por el art. 11 de la ley 25.164, que cabe aplicar por analogía(9).

Al resolver los autos "Sánchez, Carlos Próspero c. Auditoría General de la Nación", la Corte reiteró que la tutela contra el despido arbitrario sólo puede ser alegada cuando existe una desviación de poder por parte del Estado Nacional, pero concluyó que en el caso no había existido tal desviación, por cuanto la reglamentación no establecía límites a la renovación periódica ni a la realización de tareas propias de la actividad de la dependencia donde desarrollaba sus tareas el trabajador(10).

Con posterioridad, la CSJN reafirmó el concepto de que quienes no se encuentren sometidos a la Ley de Contrato de Trabajo (en tanto desempeñen tareas materialmente subordinadas y permanentes a favor de la Administración Pública, nacional o local, incluido el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires) gozan de la protección conferida por el art. 14 bis de la CN, y que el mandato constitucional según el cual "el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes" incluye al que se desarrolla tanto en el ámbito privado como en el público, y que la exigencia relativa que "el derecho a trabajar" comprende (entre otros aspectos, "el derecho del trabajador a no verse privado arbitrariamente de su empleo") se dirige al legislador pero su cumplimiento atañe a los restantes poderes públicos, los cuales, dentro de la órbita de sus respectivas competencias, deben hacer prevalecer el espíritu protector que anima a dicho precepto. Precisó asimismo que "... la ratio decidendi de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en 'Ramos, José', alcanza a todos los trabajadores que se encuentran ligados por un vínculo contractual renovado en forma continua —locación de servicios durante siete años—, ya sea con la Administración Pública nacional, provincial y municipal o, como en el caso, la específica de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires..."(11).

5. Trabajadores de Casas Particulares

La ley 26.844 (B.O. del 12/4/2013) regula el régimen de dichos trabajadores, que son quienes prestan servicios en las casas particulares o en el ámbito de la vida familiar, que no importen para el empleador lucro o beneficio económico directo, cualquiera fuere la cantidad de horas diarias o de jornadas semanales en que sean ocupados para tales labores. La referida ley es aplicable a los trabajadores que prestan tareas en ese ámbito, ya sea que lo hagan sin retiro, para un mismo empleador, vale decir cuando residen en el domicilio donde cumplen sus funciones, como también a quienes presten tareas con retiro para el mismo y único empleador y a los trabajadores que presten tareas con retiro para distintos empleadores.

La ley entiende por trabajo en casas particulares toda prestación de servicios o ejecución de tareas de limpieza, de mantenimiento u otras actividades típicas del hogar. Se entenderá como tales también la asistencia personal y acompañamiento, prestados a los miembros de la familia, o a quienes convivan en el mismo domicilio con el empleador, así como el cuidado no terapéutico de personas enfermas o con discapacidad.

En este punto, la ley pone fin a la controversia que suscitaba el cuidado de ancianos, niños, personas enfermas o discapacitadas, realizado dentro del hogar, ya que algunos fallos de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo consideraban que la prestación de dichas tareas estaba regulada por la Ley de Contrato de Trabajo(12), mientras que otros sostenían que al no ser empresario quien recibía la prestación, ni haber un fin de lucro, dicha ley era inaplicable y el vínculo debía caracterizarse como una locación de servicios, conforme lo dispuesto por el Código Civil(13).

La ley 26.844 aclara la cuestión, pues excluye de su ámbito de aplicación material los cuidados terapéuticos, vale decir, los cuidados que son realizados en el marco de un tratamiento médico por personal que cuenta con habilitación específica (enfermeras, asistentes geriátricos, etcétera).

6. Trabajadores Agrarios

El trabajo agrario está regulado por la ley 26.727 (B.O. del 28/12/2011), que establece que el contrato de trabajo agrario y la relación emergente del mismo se regirán: a) por dicha ley y las normas que en consecuencia se dictaren; b) por la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 (t.o. 1976), sus modificatorias y/o complementarias, que será de aplicación en todo lo que resulte compatible y no se oponga al régimen jurídico específico establecido en la ley especial; c) por los convenios y acuerdos colectivos, celebrados de conformidad con lo previsto por las leyes 14.250 (t.o. 2004) y 23.546 (t.o. 2004), y por los laudos con fuerza de tales; d) por las resoluciones de la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA) y de la Comisión Nacional de Trabajo Rural aún vigentes; e) por la voluntad de las partes; f) por los usos y costumbres.

Este régimen legal no es de aplicación: a) al personal afectado exclusiva o principalmente a actividades industriales, comerciales, turísticas, de transporte o servicios, aunque se desarrollaren en empresas o establecimientos mixtos, agrario-industriales o agrario-comerciales o de cualquier otra índole; b) a los trabajadores que fueren contratados para realizar tareas ajenas a la actividad agraria; c) al trabajador del servicio doméstico regulado por el dec. 326/1956, o el que en un futuro lo reemplace, en cuanto no se ocupare para atender al personal que realizare tareas agrarias; d) al personal administrativo de los establecimientos; e) al personal dependiente del Estado Nacional, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, provincial o municipal; f) al trabajador ocupado en tareas de cosecha y/o empaque de frutas, el que se regirá por la ley 20.744 (t.o. 1976), sus modificatorias y/o complementarias, salvo el caso contemplado en el art. 7º, inc. c) de la ley especial; g) a los trabajadores comprendidos en convenciones colectivas de trabajo con relación a las actividades agrarias incluidas en el régimen de negociación colectiva previsto por la ley 14.250 (t.o. 2004), con anterioridad a la entrada en vigencia del Régimen Nacional de Trabajo Agrario, aprobado por la ley de facto 22.248.

7. Trabajo en contexto de encierro

En atención a lo dispuesto por la Ley de Contrato de Trabajo en su art. 2º, inc. 2º) este cuerpo normativo resulta aplicable al trabajo en contexto de encierro prestado, de modo voluntario, por las personas privadas de la libertad (condenados y procesados) toda vez que los ordenamientos específicos, a nivel nacional, disponen en forma expresa la aplicación de la legislación laboral vigente como también la de los convenios colectivos de trabajo.

En efecto, la ley de ejecución penal (24.660)(14), en su art. 107 cuando establece los principios que deben regir el trabajo de los condenados dispone, expresamente, que "... Se respetará la legislación laboral y de la seguridad social vigentes". También, en relación con la organización del trabajo de estos sujetos privados de la libertad, prescribe que sus métodos, modalidades, jornadas y horarios de labor, medidas preventivas de higiene y seguridad atenderán a las exigencias técnicas y "... a las normas establecidas en la legislación inherente al trabajo libre" (art. 117). Asimismo, dispone que, cuando la organización del trabajo esté a cargo de una empresa mixta o privada, la remuneración del trabajador intramuros será igual al salario de la vida libre, correspondiente a la categoría profesional de que se trate y los salarios serán abonados en los términos establecidos en la "legislación laboral vigente" (art. 120). Prevé, también, que "...la muerte o los accidentes sufridos por internos durante o con motivo de la ejecución del trabajo y las enfermedades profesionales serán indemnizables conforme la legislación vigente" (art. 130). Esta indemnización "...se determinará sobre la base de los salarios fijados en los convenios o disposiciones vigentes, a la fecha del siniestro, para las mismas o similares actividades en el medio libre" (art. 131). El Reglamento General de Procesados(15), que rige en el ámbito federal, contiene normas análogas (arts. 103, 109, in fine, 112, 113, 114)(16).

En síntesis, el trabajo en contexto de encierro tiene un régimen jurídico propio, porque —como se señalara— se rige por normas específicas como son la ley 24.660 y el RGP, las cuales remiten, a su vez, a la legislación laboral común, la que será aplicable en la medida en que resulte compatible con la naturaleza y modalidades de la actividad atento el ámbito y las condiciones en los cuales se desarrolla.

Distintos tribunales penales del país se han pronunciado en tal sentido(17).

El Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo se pronunció por la competencia de la Justicia Laboral en los conflictos que puedan suscitarse con motivo del trabajo prestado por las personas privadas de la libertad porque destacó que la ley 24.660, establece expresamente que los contratos de trabajo con los detenidos se rigen por la legislación laboral, lo que debe entenderse como una remisión cabal al Derecho del Trabajo Privado(18). Sin embargo, la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo no es pacífica al respecto dado que la sala I de ese cuerpo atribuyó competencia al Fuero Federal Contencioso y Administrativo(19), mientras que la sala IX, al remitirse al dictamen fiscal reconoció tácitamente que el trabajo prestado intramuros por las personas privadas de la libertad se rige por el derecho laboral privado y, consecuentemente, admitió la competencia de la Justicia Nacional del Trabajo para conocer en las referidas controversias(20).

Merece señalarse que la Corte Suprema de Justicia de la Nación al desestimar la queja presentada por el secretario general del Sindicato Único de Trabajadores Privados de la Libertad Ambulatoria (SUTPLA) reconoció implícitamente la posibilidad de estos sujetos de agruparse en defensa de sus intereses y derechos, en los términos previstos en el art. 14 bis de la Constitución Nacional. Expresamente indicó la Corte que, para que el SUTPLA pudiera accionar en los términos de los arts. 31, inc. a) de la ley 23.551 y/o 43 de la Constitución Nacional, debía previamente acreditar "...haber cumplido con el requisito de la simple inscripción gremial que lo habilitaría para ejercer cualquier derecho inherente a la organización sindical", tal como lo impone el art. 14 bis de la Constitución Nacional(21).

8. Ley aplicable

La LCT establece que la ley del lugar de ejecución del trabajo rige todo lo relativo a la validez del negocio jurídico, caracterización del vínculo, su desarrollo y extinción, así como los derechos y obligaciones de las partes, con prescindencia del lugar donde se celebró el contrato de trabajo (art. 3). Esta norma es consecuencia del principio de territorialidad consagrado por el art. 1209, Cód. Civil. Dicha norma ha sido receptada por el art. 2652 del CCyCN. La nueva codificación abandona el principio de territorialidad y privilegia la autonomía de la voluntad, ya que dispone que la ley aplicable será la que elijan las partes y sólo ante la falta de elección, se aplicarán las leyes y usos del lugar de cumplimiento.

Sin embargo, este precepto no es aplicable al contrato laboral, porque que el principio general aplicable en materia de armonización entre normas generales y normas especiales establece que una ley general no deroga una especial, sino en virtud de una expresa declaración. La Corte Suprema de Justicia de la Nación sentó este criterio, aclarando incluso que la derogación implícita o tácita exige la incompatibilidad manifiesta entre los textos(22), lo que no sucede en el caso, sino más bien todo lo contrario.

Afirma esta conclusión el orden de prelación normativa establecido en el art. 963 del CCyCN, que expresamente dispone que "cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código; b) normas particulares del contrato; c) normas supletorias de la ley especial; d) normas supletorias de este Código". De todos modos si alguna duda pudiere surgir respecto de la eventual concurrencia entre una disposición del CCyCN y una laboral, a regular una misma situación fáctica, la cuestión deberá resolverse conforme el principio de la norma más favorable contemplado en el art. 9º de la LCT, que impone como método el de "conglobamiento por instituciones"(23).

Asimismo, resulta relevante que la Comisión Redactora del nuevo Código Civil y Comercial Unificado, en los Fundamentos del Anteproyecto, expresamente señalara que éste "regula tanto los contratos civiles como los comerciales" (libro Tercero, Título II, "Contratos en general"), por lo que es válido concluir que los contratos laborales, que, están destinados a regir un vínculo tan específico como es el atinente al trabajo por cuenta ajena, han quedado al margen de esta regulación.

Para más, al tratar específicamente los contratos de obra y de servicios, el art. 1252, en su segundo párrafo, establece que "Los servicios prestados en relación de dependencia se rigen por las normas del derecho laboral". En los Fundamentos del Anteproyecto, la Comisión, también de modo expreso, distingue entre servicios autónomos y dependientes y al respecto manifiesta que "La definición del contrato comienza señalando que se actúa independientemente. Este elemento permite una primera división, ya que el trabajo dependiente se encuentra regulado en la ley especial de contrato de trabajo 20.744 y sus modificatorias" y agrega "Para saber cuándo un servicio es dependiente o no se debe recurrir a las normas de la ley de contrato de trabajo". Esta afirmación resulta definitoria, ya que será el juez laboral, quien sobre la base de lo dispuesto por las normas que integran el Derecho del Trabajo, determinara si existe o no relación de dependencia.

En este supuesto no hay concurrencia normativa, sólo se deben aplicar las normas laborales. En consecuencia, la "discrecionalidad técnica", entendida como la libertad que tiene el prestador de la obra o de los servicios para elegir los medios que utilizará para la ejecución del contrato, extremo que la nueva legislación toma en cuenta para establecer el carácter autónomo del prestador(24) no es relevante, pues a la luz de lo dispuesto por las leyes laborales, esta discrecionalidad no basta por sí sola para descartar la existencia de trabajo dependiente.

Estas directivas expresas, que resultan tanto de los referidos Fundamentos como del texto del citado art. 1252, se proyectan respecto de todos los contratos regulados por el nuevo Código en los cuales se utilizan las locuciones "independiente", "independientemente", "relación de dependencia" (por ejemplo, al establecer el contrato de corretaje —art. 1345—, de agencia —art. 1479—, de franquicia —art. 1520—)(25).

Todos estos elementos de juicio llevan a concluir que la voluntad concreta del legislador fue mantener la figura civil totalmente aislada de la esfera laboral, dispositivo que se puede también interpretar como una norma antifraude destinada a prevenir la utilización antifuncional de los contratos regulados por el Código, con el objeto de evadir el alcance de la norma laboral (conf. arts. 12 CCyCN, 7º y 14 LCT)(26).

En síntesis, la LCT adopta el principio de que rige el contrato laboral la ley del lugar de ejecución, por lo tanto, nuestra legislación no será aplicable a aquellas contrataciones que, celebradas en nuestro territorio, deban ejecutarse en el exterior. En el supuesto de que la ejecución se realice en diferentes países, se deberá tener en cuenta el principal lugar de ejecución(27).

El art. 13 del Cód. Civil establece que la aplicación de la ley extranjera "nunca tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada, a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes", y el art. 377, en su último párrafo, del CPCCN, autoriza al juez a investigar la existencia de una ley extranjera cuando ésta haya sido invocada en tiempo oportuno por alguno de los litigantes y no hubiera podido ser probada.

Si bien el precepto del art. 13 del Cód. Civil no se encuentra contemplado por el nuevo Código Civil y Comercial Unificado, nos remitimos al comentario anteriormente efectuado a su art. 2652.

En el caso del trabajo de los navegantes, los contratos de ajuste se rigen por la ley correspondiente a la nacionalidad del buque (conf. art. 610, ley 20.094), la que se determina por la ley del Estado que otorga el uso de la bandera.

Es necesario precisar que, cuando se trata de prestaciones cumplidas en el territorio nacional, para la representación diplomática de un estado extranjero resulta de aplicación la LCT, y si bien la ley 24.488 (B.O. del 28/6/1995) establece la inmunidad de jurisdicción de los estados extranjeros ante los tribunales argentinos en los términos y condiciones establecidos por dicha ley, la misma dispone que tales estados no podrán invocar esa inmunidad cuando fueren demandados por cuestiones laborales, por nacionales argentinos o residentes en el país, derivadas de contratos celebrados en la República Argentina o en el exterior, y que causaren efectos en el territorio nacional (art. 2º, inc. d).

En el supuesto de entidades creadas por tratados internacionales, las relaciones con su personal se regirán por las normas establecidas al respecto. Sólo a falta de éstas, en forma supletoria, regirá la LCT.

9. Jurisprudencia

Convenios de OIT. Jerarquía Constitucional

"...El Convenio Nº 87 sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, integra el bloque de constitucionalidad federal por reenvío expreso de los arts. 8.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 22.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos".

CSJN, 11/11/2008, "Asociación de Trabajadores del Estado c. Ministerio de Trabajo de la nación", Fallos: 331:2499, DT, 2008 (noviembre), 1043.

Convenios de OIT. Jerarquía superior a las leyes

"... El Convenio 17 de la Organización Internacional del Trabajo, de 1925, ratificado por nuestro país, tiene jerarquía superior a las leyes (Constitución Nacional, art. 75.22)...".

CSJN, 26/10/2004, "Milone, Juan Antonio c. Asociart SA Aseguradora de Riesgos del Trabajo", Fallos: 327:4607, DJ, 2004-3-735.

Convenios de OIT. Jerarquía superior a las leyes

"...Además, es del caso puntualizar que los Convenios de la OIT son de rango superior a las leyes (Constitución Nacional, art. 75.22, Fallos: 327:4607, considerando 5º, párrafo 4º) y que la reforma que aquí se cuestiona desarticuló el sistema protectorio garantido por el art. 14 bis, al producirse una 'deslaboralización' del salario, en términos utilizados por el Comité de Expertos en Aplicación y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, en oportunidad de denunciar la incompatibilidad de aquella norma en crisis, con el Convenio 95 (v. Informe de la Comisión de Expertos, observación individual Convenio núm. 95, Año 19 96, Inf. 34A4.S55, p. 192; Año 1997, Inf. 31A5.s97, p. 238.; Año 1998, Inf. 31A3.S98, p. 222; Doc. No. (ilolex): 061999ARG095, año 1999; ídem años 2000; 2002; 2003; 2008..." (del dictamen de la Procuración General).

CSJN, 1/9/2009, "Pérez, Aníbal Raúl c. Disco SA", Fallos: 332:2043, DT, 2009 (setiembre), 1011.

Convenios de OIT. Jerarquía superior a las leyes

"...el a quo desestimó el pedido del acreedor laboral, tendiente a la percepción sin limitaciones y de manera preferente de su crédito indemnizatorio por accidente de trabajo, porque juzgó que las disposiciones del Convenio Nº 173 de la OIT, en las que se había basado el reclamo, no han tenido recepción en la legislación local. Tal argumentación resulta claramente contraria al criterio que emana, entre otros, de los precedentes de esta Corte 'Pérez' (Fallos: 332:2043), 'Fermín' (Fallos: 331:1664) y 'Milone' (Fallos: 327:4607) en los cuales las normas contenidas en diversos convenios de la OIT, ratificados por el legislador nacional, fueron decisivas para la resolución de las controversias planteadas. Cabe recordar que en el tercero de los casos mencionados, el Tribunal puso especialmente de relieve que los referidos instrumentos internacionales, en tanto hayan obtenido la ratificación legislativa, se inscriben en la categoría de los tratados a los que el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional confiere un rango superior al de las leyes...".

CSJN, 26/3/2014, "REX. Pinturas y revestimientos Aplicados SA s/quiebra", P.589.XLVI, LLAR/JUR/4224/2014.

Convenios de OIT. Incorporación al derecho interno

"...estas directivas (contenidas en el Convenio Nº 173 de OIT) no son meramente programáticas, sino que pueden ser directamente aplicadas a los casos concretos en el ámbito local, sin necesidad de que una medida legislativa, adicional a la ratificación ya acordada al instrumento internacional, les confiera operatividad, pues la ratificación del Congreso de la Nación al Convenio 173 de la OIT, por medio de la ley 24.285, determinó, tanto su incorporación al sistema jurídico argentino, con un rango superior al de las leyes, conforme lo dispuesto por el citado art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, como el desplazamiento de las pautas legales vigentes hasta ese momento que se opusiesen o no se ajustasen a ellas".

CSJN, 26/3/2014, "REX., Pinturerías y revestimientos aplicados SA s/quiebra", P. 589. XLVI. LLAR/JUR/4224/2014.

Situación regulada por CCT, por la LCT y por un estatuto profesional

"...La aplicación de un convenio colectivo sólo desplaza a la ley (ya sea ésta general o especial, como lo es un estatuto profesional), en aquellos supuestos en que, a una misma circunstancia de hecho, ambos cuerpos normativos le asignan consecuencias jurídicas distintas y la que prevé la norma colectiva resulta más favorable al trabajador...".

CNTrab., sala X, 7/12/2007, "Zabala, Julieta V. c. Molto SA y otros", LL AR/JUR 10274/2007.

CCT y costumbre de la actividad. Propinas

"...La recurrente ha consentido el fallo en cuanto tuvo por acreditada la percepción de propinas, pero sostiene que la CCT 389/2004 prohíbe recibirlas. Si bien el convenio... alude a dicha circunstancia, no puede pasarse por alto que es habitual que dicha prohibición resulte abrogada por la costumbre y por la propia conducta de los empleadores que nada hacen para resguardar el cumplimiento de dicha prohibición. En autos, la empleadora ninguna objeción formuló durante el curso de la relación laboral para controlar el cumplimiento de tal prohibición por lo que autorizó tácitamente su percepción, derogando la prohibición expresa del convenio colectivo, por lo que cabe otorgarle a las propinas el carácter que establece el art. 113 de la LCT...".

CNTrab., sala I, 20/9/2011, "Moreno, Juan Carlos c. Paganini, Juan Carlos y otros".

CCT y costumbre de la actividad. Propinas

"...Nadie desconoce que es una costumbre arraigada en nuestro país la de otorgar propina a los mozos en los bares y restaurantes. Pero la propia apelante individualizó al inicio el CCT que rige la actividad desplegada por la actora en el comercio de la accionada, sin efectuar objeción ni observación alguna a las disposiciones del mismo. Ello así, no cabe sino estar a la prohibición que dicho convenio establece en su art. 44 de percibir propinas, el que a su vez creó un adicional por complemento de servicio del 12% como compensación...".

CNTrab., sala X, 17/5/2005, "Moltine, Ana Paula c. Fesi SRL y otro".

Personal de la Administración Pública. Estabilidad propia. Constitución Nacional y Convenio Colectivo de Trabajo

"...1- Corresponde condenar a la Administración Nacional de Aduanas a reincorporar en su cargo a un agente que fuera segregado de su empleo sin invocación de una causa justificada y razonable, ello en virtud de la estabilidad propia reconocida al empleado público por el art. 14 bis de la Constitución Nacional; 2- Es nulo e inconstitucional el art. 7º del convenio colectivo 56/1992 'E', establecido por el laudo 16/92, en cuanto sólo prevé como consecuencia de la ruptura injustificada del vínculo por la empleadora el derecho del trabajador a una indemnización en los términos de la Ley de Contrato de Trabajo, por cuanto la norma impugnada resulta incompatible con la estabilidad del empleado público consagrada en el art. 14 bis de la Constitución Nacional; 3- Sustituir la reinstalación que pretende el agente que fuera injustificadamente segregado de su cargo por una indemnización dejaría al empleado público indefenso ante las cesantías en masa que podrían producirse en ocasión de los cambios de gobierno e introduciría una evidente carga sobre la bolsa estatal...".

CSJN, 3/5/2007, "Madorrán, Marta Cristina c. Administración Nacional de Aduanas s/reincorporación", Fallos: 330:1989, LA LEY, 2007-C, 258.

Personal de la Administración Pública. Contratados

"...Frente a la existencia de un régimen específico que reglamenta los derechos de los dependientes de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y a la disposición del art. 2º, inc. a) de la LCT, según la cual el régimen no es aplicable a los dependientes de la administración pública salvo que por acto expreso se los incluya en éste o en el de las convenciones colectivas de trabajo, no es admisible sostener que la relación de empleo se hallaba regida por la ley laboral común...".

CSJN, 30/4/1991, "Leroux de Emedé, P. S. c. MCBA", Fallos: 314:376, DT, 1991-B-1847.

Contratados por la Administración Pública. Existencia de acto expreso

"...La ley 24.065 que estableció al régimen de la energía eléctrica, creó el Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) y dispuso expresamente que las relaciones con su personal resultan alcanzadas por el régimen laboral de la LCT, no siéndoles de aplicación el régimen jurídico básico de la función pública (art. 64). De ello se sigue que al haber un acto expreso por el cual el Ente demandado incluyó a sus dependientes en el ámbito de las normas laborales, no es procedente la aplicación del derecho público. Esto marca una diferencia sustancial con el caso 'Leroux de Emede' (CSJN 30/4/1991) en el cual no existía el acto expreso de inclusión en el derecho privado...".

CNTrab., sala IV, 15/3/2006, "S., E. M. c. Ente Nacional Regulador de la Electricidad ENRE", DJ, 2007-I-123.

Contratados por la Administración Pública. Locación de servicios. Exclusión del ámbito público

"...El Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos (ORSNA) es una entidad autárquica creada en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional, que funciona dentro de la jurisdicción del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, cuyas autoridades son designadas por el PEN, por lo que cabe entender que es una persona jurídica estatal de carácter público. En el marco de la estructura jurídica de la entidad, con arreglo a lo previsto por el art. 16 del dec. 375/1997 '...las relaciones entre el organismo de que se trata y su personal dependiente, se regulan por la LCT, no siéndoles de aplicación el Régimen Jurídico Básico de la Función Pública...'. Esta normativa emanada del PEN configura un acto expreso de voluntad de incorporación al régimen de la LCT (conf. art. 2º de dicha ley, doctrina de la CSJN en autos 'Leroux de Emede, Patricia c. Municipalidad de Bs. As'. L 441- XXII del 30/4/1991). Aunque en autos la demandada sostiene que se celebró con el actor un contrato de locación de servicios, aquélla declaración de voluntad se proyecta también sobre la contratación habida con el accionante ya que la expresión contenida en el citado decreto: 'personal dependiente' debe ser entendida a la luz de lo dispuesto por le LCT (art. 21 y 23)...".

CNTrab., sala III, 9/8/2004, "Zelaschi, Jorge L. c. Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos ORSNA", Sup. TySS, 2005-22.

Personal de la Administración Pública. Contratados

"...Debe revocarse la sentencia que hizo lugar al reclamo indemnizatorio de un agente contratado de la Auditoría General de la Nación al considerar que sus tareas eran propias de los empleados de planta permanente y que, al extenderse por un período de ocho años, quedaba demostrada la existencia de un abuso de las formas legales para privar al vínculo de la protección constitucional contra el despido arbitrario, si en el caso la actora no logró acreditar que la Auditoría General de la Nación haya utilizado figuras jurídicas autorizadas legalmente para casos excepcionales con la desviación de poder consistente en encubrir una designación permanente bajo la apariencia de un contrato por tiempo determinado...".

CSJN, 6/4/2010, "Sánchez, Carlos Próspero c. Auditoría General de la Nación", Fallos: 333:335, LA LEY, 2010-C, 19.

Personal de la Administración Pública. Contratados

"...1. Corresponde hacer lugar al reclamo indemnizatorio por la ruptura del vínculo de empleo que unía al actor con la Armada Argentina, pues, aun cuando el actor fue contratado bajo el régimen del dec. 4381/1973, que autoriza a contratar personal para proyectos de investigación científica y desarrollo tecnológico, sin que esto genere derecho a indemnización por rescisión, la norma limita la posibilidad de renovación de estos contratos a un máximo de cinco años —arts. 26 del decreto y 17, inc. a), de la reglamentación— y la demandada contrató al actor en el marco de esa norma por el lapso de veintiún años, en abierta violación al plazo máximo allí previsto; 2. A los fines del reclamo indemnizatorio, configura desviación de poder el comportamiento del Estado Nacional, con aptitud para generar en el actor una legítima expectativa de permanencia laboral, si el demandado utilizó figuras jurídicas autorizadas legalmente para casos excepcionales, con el objetivo de encubrir una designación permanente bajo la apariencia de un contrato por tiempo determinado, pues, de su legajo personal resulta que las tareas realizadas por 21 años carecían de la transitoriedad que supone el régimen del dec. 4381/1973 en cuyo marco fue contratado —en cuanto era calificado y evaluado en forma anual, se le reconocía la antigüedad en el empleo y se beneficiaba con los servicios sociales de su empleador—, a lo cual se une la violación de la limitación legal de la posibilidad de renovación del contrato a un máximo de cinco años...".

CSJN, 6/4/2010, "Ramos, José Luis c. Estado Nacional", Fallos: 333:311, LA LEY, 2010-C, 16.

Personal de la Administración Pública. Contratados

"...1. Quienes no se encuentren sometidos a la Ley de Contrato de Trabajo, en tanto desempeñen tareas materialmente subordinadas y permanentes a favor de la Administración Pública nacional o local —en el caso, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires—, gozan de la protección conferida por el art. 14 bis de la Constitución Nacional; 2. El mandato constitucional según el cual 'el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes' incluye al que se desarrolla tanto en el ámbito privado como en el público; y la exigencia relativa a que 'el derecho a trabajar' comprende, entre otros aspectos, 'el derecho del trabajador a no verse privado arbitrariamente de su empleo' se dirigen al legislador, pero su cumplimiento atañe a los restantes poderes públicos, los cuales, dentro de la órbita de sus respectivas competencias, deben hacer prevalecer el espíritu protector que anima a dicho precepto; 3. - La ratio decidendi de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 'Ramos, José' alcanza a todos los trabajadores que se encuentran ligados por un vínculo contractual renovado en forma continua —locación de servicios durante siete años—, ya sea con la Administración Pública nacional, provincial, municipal o, como en el caso, la específica de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires...".

CSJN, 19/4/2011, "Cerigliano, Carlos Fabián c. Gobierno De la Ciudad Autónoma de Buenos Aires U. Polival. de Inspecciones ex Direc. Gral. de Verif. y Control", Fallos: 334:398, ED, 243-798.

Personal de casas particulares. Tareas domésticas

"...El estatuto del servicio doméstico comprende las relaciones de trabajo que los empleados de ambos sexos presten dentro de la vida doméstica y que no importen para el empleador lucro o beneficio económico (art. 1º, dec. 326/1956 —DT, 1956-117—); vale decir que servicio doméstico es el de la casa en el significado de hogar, el que se realiza en la sede de la vida familiar y sus notas tipificantes son: a) la prestación de tareas inherentes al hogar; b) la convivencia y c) la falta de lucro...".

CNTrab., sala III, 16/4/1999, "Beracochea Rodríguez, Modesta c. Blumenfeld, Salomón s/despido", DT, 2000-A-394.

Personal de casas particulares. Tareas de diversa índole. Actividad predominante

"...En el caso de que hubiera prestación de servicios vinculados a la actividad mercantil o profesional del empleador a la vez que prestación de tareas dentro de la vida doméstica, la caracterización del contrato dependerá de la actividad predominante..." (conf. art. 1º, dec. 7979/56).

CNTrab., sala III, 16/10/1998, "Velázquez González, Walter C. c. Cirio Orestes, R. y otro", DT, 1999-A-250.

Cuidado de enfermos. Inaplicabilidad de la LCT

"...No puede encuadrarse la relación habida entre las partes, en la que la actora realizaba tareas de cuidado de un enfermo en el domicilio de éste, dentro de la esfera del derecho laboral, toda vez que no puede considerarse a los demandados como titulares de una organización de medios instrumentales destinados a la producción de bienes, ni a la prestación de servicios, en la que el aporte personal de la actora pudiera subsumirse, lo que torna inaplicable al caso las disposiciones de la LCT y la legislación que la complementa. En cambio, por tratarse de una relación contractual se hallaría regida por la ley civil sobre la cual no cabe pronunciamiento referido a los derechos concretos que se debaten...".

CNTrab., sala III, 19/10/2004, "Gutiérrez, María c. Casabal, Amalia y otros s/despido" (del voto de la Dra. Porta y el Dr. Eiras, en mayoría).

Cuidado de enfermos. Aplicabilidad de la LCT

"...Ante la inexistencia de elementos en la causa que lleven a pensar que nos hallamos ante un contrato civil y ante la expresa exclusión que realiza el dec. 326/1956, con referencia a las personas que cuidan enfermos, corresponde aplicar la presunción prevista en el art. 23 de la LCT, en especial teniendo en cuenta el pago de retribuciones mensuales, el carácter personal de los servicios, así como la extensión y la periodicidad, propios de un contrato de trabajo. La circunstancia de que el beneficiario de los servicios no tuviese una organización empresarial ni persiguiese fines de lucro no obsta al carácter laboral de tales tareas, pues aquellas condiciones, si bien se verifican normalmente en los empleadores, no son requisitos para la existencia de un vínculo laboral...".

CNTrab., sala III, 19/10/2004, "Gutiérrez, María c. Casabal, Amalia y otros s/despido" (del voto del Dr. Guibourg, en minoría).

Cuidado de enfermos y ancianos. Tareas accesorias. Locación de servicios

"...La contratación de una persona para el cuidado de un enfermo —en el caso, esposo de la contratante— no constituye contrato de trabajo en los términos del art. 21 de la ley 20.744 (Adla, XXXIV-D, 3207; XXXVI-B, 1175) sino locación de servicios, en tanto tiene lugar fuera de todo contexto empresario; y ello así, aun cuando también realizara tareas de limpieza y mandados, pues encuadra en la categoría de servicio doméstico, el cual también está excluido del ámbito de aplicación de la ley laboral...".

CNTrab., sala VIII, 14/3/2000, "Gigena, Vilma N. c. Guerrero de Martínez, Rosa A.", LA LEY, 2001-A, 299.

Cuidado de enfermos. Nuevo régimen legal de contrato de trabajo para el personal de casas particulares. Ley 26.844

"...del juego armónico de los arts. 4º, 5º, 21, 22, 23, 25, 26 y concs. de la LCT (t.o.) no surge que sólo un empresario pueda ser considerado empleador, ni tampoco es necesario que haya un fin lucrativo para la configuración de un contrato de trabajo regulado por el régimen laboral común...desde esta perspectiva, no comparto la idea apriorística de que la prestación de servicios de una persona dedicada a la asistencia y cuidado de otra descarta la configuración de un contrato de trabajo por la circunstancia de que quien requiere los servicios de aquélla no sea empresaria, ni persiga un fin de lucro..." (del voto del Dr. Zas, en mayoría), "...Un reexamen del tema a lo que sumo la importancia que reviste la sanción del nuevo régimen legal de contrato de trabajo para el personal de casas particulares (ley 26.844) me hacen inclinar por sumarme al voto del Dr. Oscar Zas..." (del voto del Dr. Raffaghelli, en mayoría); "...Corresponde analizar en primer término si la realización de tareas de cuidado de enfermos en el ámbito domiciliario y para servicio de quien le contrata o de un familiar directo puede ser considerado incluido en el marco de la LCT, sin importar para dilucidar esta cuestión si la rescisión se produjo con antelación al dictado de la reciente ley 26.844 que entró en vigencia a partir del 12 de abril de 2013 o no, pues en definitiva esta última norma dispone precisamente como excepciones: No se considera personal de casas particulares a las personas: c) Que realicen tareas de cuidado y asistencia de personas enfermas o con discapacidad, cuando se trate de una prestación con carácter exclusivamente terapéutico o para la cual se exija contar con habilitaciones profesionales específicas..." (del voto del Dr. Arias Gibert, en minoría).

CNTrab., sala V, 29/11/2013, "Peralta de Martínez, Isabel Ramona c. Arbelais, Marcelo".

Trabajadores Agrarios. Tareas excluidas del RNTA

"...La ley 22.248 excluye de su ámbito de aplicación a aquellas tareas que, aunque vinculadas con dicha actividad, giren en torno a la industrialización y/ o comercialización de frutos y productos. Lo cierto es que las tareas prestadas por la actora —consistentes en corte de papa para su envasado y congelado— más allá de haber sido efectuadas en un ámbito rural, no pueden ser calificadas propiamente de agrarias, ya que giran precisamente en torno a la industrialización del producto. En base a todo lo expuesto puede afirmarse, sin hesitación que, el RNTA establece un sistema de inclusión/exclusión congruente con la naturaleza de las tareas desempeñadas por los trabajadores que comprende... El hecho de que la empresa demandada posea uno de sus establecimientos comerciales en un predio rural y que la actora haya prestado allí sus servicios, no significa que todos los empleados que trabajen bajo su dependencia en dicho lugar deban ser encuadrados bajo la referida actividad agraria...".

CNTrab., sala IV, 14/5/2010, "Rodríguez, Mónica Vanesa c. Polychaco SA s/despido", LLAR/JUR/24259/2010.

Trabajo prestado en contexto de encierro

"...en un término de (90) noventa días la situación de los internos trabajadores de las Unidades enclavadas en el Complejo Penitenciario de Batán se deberá ajustar a lo normado por las leyes 20.744, 24.660, 24.241, 24.557 y las autoridades penitenciarias deberán arbitrar los medios necesarios para lograr el estricto cumplimiento de las obligaciones emergentes a favor de los internos trabajadores, en los convenios de trabajo que se celebren en el marco de la Ley Provincial 11.026.

TCasación Penal La Plata, sala III, 7/3/2012, causa 13.451, "Detenidos Unidad 15 Batán s/rec. de queja interp. por Fiscal del Estado".

Trabajo prestado en contexto de encierro

"...El Capítulo VII, de la ley 24.660 de Ejecución de la Pena, está dedicado a reglamentar el trabajo de las personas durante su situación de encierro. A lo largo del mencionado capítulo, la normativa se refiere a la legislación general, a los fines de dar el marco de organización al trabajo... ": "Esa legislación, en principio, serían las normas de derecho laboral privado, es decir, la ley 20.744 de contrato de trabajo y sus modificatorias"... 2) Ordenar al ENCOPE con la intervención de los organismos del Estado vinculados a la materia en cuestión y la Procuración Penitenciaria Federal, que elabore un régimen de trabajo para las personas privadas de su libertad que organice el trabajo intramuros, el cual deberá atender a las características especiales del ámbito en el que se desarrolla y a la normativa local vigente y los instrumentos internacionales que rigen la materia; [...] 4) Ordenar que, mientras se elabore el régimen de trabajo en situación de encierro dispuesto en el párrafo anterior y hasta tanto ello suceda, el director del Servicio Penitenciario Federal instruya a las autoridades del Complejo Penitenciario Federal IV a los fines de que ajuste su actuación a las disposiciones de la ley 20.744 de Contrato de Trabajo y sus modificatorias, respecto de las internas que desempeñen tareas laborales...".

CFed. La Plata, sala III, Expte. FLP1467/2013, "s/hábeas corpus. Presentante: Luna Vila, Daiana".

Trabajo prestado en contexto de encierro

"...La privación de la libertad ambulatoria de una persona de manera alguna debe significar un impedimento a los fines del irrestricto ejercicio del derecho al trabajo, dado que la ejecución de la pena tiene por finalidad lograr que el condenado obtenga su reinserción social, lo cual es plenamente consecuente con lo dispuesto por el art. 18 de la Constitución Nacional...".

CFed. Casación Penal, sala II, 1/12/2014, causa 1318/13, "Képych Yúriy Tibériyevich s/recurso de casación". Cita on line:AR/JUR/58174/2014, LL 23/12/2014, con nota de Liliana H. Litterio.

"...Resultan aplicables a las relaciones laborales de los internos la totalidad de las normas que integran denominado Orden Público Laboral, tales como la ley 20.744 de Contrato de Trabajo (LCT), la ley 24.013 Nacional de Empleo (LNE), la ley 24.557 de Riesgos de Trabajo (LRT), la ley 19.587 de Seguridad e Higiene en el Trabajo, entre otras".

CFed. Casación Penal, sala II, 1/12/2014, causa 1318/13,"Képych Yúriy Tibériyevich s/recurso de casación". Cita on line: AR/JUR/58174/2014 LL23/12.

Trabajo prestado en contexto de encierro

"Para accionar invocando la defensa de los intereses de los trabajadores privados de la libertad ambulatoria la entidad que dijo representar los derechos de aquéllos, debe demostrar que cumplió con las normas legales que expresamente la habilitan para ejercer la representación, esto, cuando menos, la simple inscripción gremial".

CSJN, 10/11/2015, "Recurso de hecho. Sindicato Único de Trabajadores Privados de la Libertad Ambulatoria c. Estado Nacional —Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y otros s/amparo". Cita on line: AR/JUR/46001/2015, DJ, Año XXXII, Nº 29, julio 2016, p. 5 con nota Elsa Porta.

Ley aplicable. Territorialidad

"... Habiéndose ejecutado parte del contrato de trabajo en el territorio nacional, y dado que al momento en que el trabajador dispuso el despido indirecto se encontraba en el país, corresponde aplicar el derecho nacional, en virtud de lo reglado por el art. 3º del Código Civil y de conformidad con el principio de la territorialidad dispuesto en el art. 3º de la Ley de Contrato de Trabajo (DT, 1974-805; 1976-238)...".

CNTrab., sala X, 28/6/2004, "Del Puerto del Río, Evelio F. c. Geoservices SA Sucursal Argentina", DT, 2005 (setiembre), 1259.

Ley Aplicable. Territorialidad

"... La ley 20.744 dispuso que los contratos de trabajo ejecutados en el país se rijan por el derecho interno, adoptando el principio de territorialidad en concordancia con el art. 1209 del Código Civil, y resulta aplicable aun cuando la ejecución del contrato de trabajo en territorio nacional haya sido temporaria, máxime si el contrato se celebró y extinguió en nuestro país y durante el lapso que el trabajador prestó servicios en un país extranjero percibió una remuneración de referencia en Argentina...".

CNTrab., sala VIII, 26/12/2012, "Mazzei, Humberto Rubén c. Endesa Internacional SA y otros s/despido", DT, 2013 (febrero), 328.

Ley extranjera. Invocación

"...Para que pueda aplicarse la ley del pabellón al personal de un buque extranjero, es necesario que la parte interesada pruebe el presupuesto de hecho de la norma o normas que invoca como fundamento de su pretensión, defensa o excepción (art. 377, CPCCN), y para que el juez pueda investigar su existencia, es necesario, al menos, que se arrimen a la causa elementos básicos, como precisar el contenido de la norma a aplicar, acompañar copia del texto, número, fecha de sanción, etc...".

CNTrab., sala I, 27/4/1995, Meneses Vargas, Ary c. Capitán del Buque de Bandera Panameña Gral. Urdaneta y otros", DT, 1995-B-2257.

Contrato celebrado en el país y ejecutado íntegramente en el extranjero

"...1 - Si el actor alegó que fue contratado para trabajar en el extranjero y basó su presentación en normas del derecho nacional, pero sin invocar fundamentos fácticos ni jurídicos tendientes a desplazar el principio de aplicación de la ley del lugar de ejecución ni a demostrar alguna violación al orden público internacional, ello conduce a aplicar el art. 3º de la Ley de Contrato de Trabajo (DT, 1976-238) el cual, desde la modificación introducida por la reforma 21.297 (DT, 1976-168), que eliminó lo que expresamente se preveía al respecto, impide entrar a analizar cuál es el régimen más favorable para el demandante como parámetro para solucionar este tipo de conflictos. El derecho internacional privado es un ordenamiento destinado a encauzar los conflictos internacionales de normativas aplicables y el art. 3º de la Ley de Contrato de Trabajo (DT, 1976-238) instituye el lugar de ejecución como 'punto de secuestro' que determina el diseño jurídico que ha de regir la relación, y si bien el mencionado dispositivo no prevé expresamente supuestos en que el trabajador haya sido contratado en este país para trabajar en el extranjero, las normas comunes de solución de concurrencia legal atribuyen primacía al 'lugar de ejecución' que establece la preferencia a favor del ordenamiento del lugar donde se efectivizó la prestación...".

CNTrab., sala X, 26/6/1998, "Díaz, Jorge c. Altamiranda, Nelson y Asociados SA y otros", DT, 1998-B-2090, en igual sentido CNTrab., sala VI, 25/3/1996, "Antoñanzas, Eduardo L. c. Duperial SA", DT, 1997-A-74.

Contrato ejecutado en el país y en el extranjero. Principal lugar de ejecución

"...Si un contrato de trabajo fue celebrado en el país, ejecutado en dos de sus terceras partes en su territorio, su celebración se realizó bajo el marco jurídico argentino que pasó a integrar el contrato, sin que mediara voluntad y menos acuerdo de su posterior modificación, corresponde aplicar el derecho argentino por ser el correspondiente al lugar de celebración y al principal lugar de ejecución (arts. 1209 y 1210, Cód. Civil)..." (del voto del Dr. Santa María, en mayoría), "...la relación se resolvió mientras la misma se ejecutaba en la República de Túnez, por lo que corresponde que la situación planteada como consecuencia del distracto se regule conforme a la normativa imperante en ese país. A mi juicio, carece de relevancia la circunstancia que dicha ley no se ha invocado expresamente, pues ello surge implícito de la estructura y dinámica de la propia relación contractual, que ha sido invocada y acreditada..." (del voto del Dr. Vázquez Vialard, en minoría).

CNTrab., sala III, 21/2/1983, "Adano, Juan O. c. Dresser Atlas Argentina SA", DT, 1983-A-391.

Trabajo prestado en embajadas. Inaplicabilidad de inmunidad de jurisdicción pero no de ejecución

"...si bien es cierto que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la sentencia dictada el 22/12/1994 en autos 'Manauta, Juan José y otros c. Embajada de la Federación Rusa', consideró que no era invocable la inmunidad de jurisdicción en demandas laborales cuyo sujeto pasivo era una embajada o representación diplomática extranjera; no menos verdad es que este criterio, que inspirara la ley 24.488, no se extiende a la denominada 'inmunidad de ejecución', que debería considerarse subsistente, ante lo expresamente normado en el art. 6º de la citada disposición legal y lo que surge del art. 32, inc. 4º de la ya citada Convención de Viena de 1961 (ver, entre muchos otros, Dictamen nro. 17.335 del 3/4/1995 en autos 'Blassón, Beatriz Lucrecia c. Embajada de la República Eslovaca'...".

CNTrab., sala IX (del dictamen del Procurador), 10/11/2009, "Torrillo, María José c. Embajada de la República Federal de Nigeria en la República Argentina s/despido".

Trabajo prestado en embajadas. Funcionario

"...No basta la formulación de pretensiones —en el caso, de una funcionaria administrativa de una Embajada— fundadas en normas de derecho privado nacional para conferir a la causa la calidad de reclamo por cuestiones laborales y obstar así a la inmunidad de jurisdicción alegada por la demandada —República de Honduras—, cuando no se ha articulado como fundamento de la pretensión la celebración de un contrato de trabajo o una prestación de servicios personales en el marco de un emprendimiento comercial o industrial de un estado extranjero...".

CNTrab., sala VIII, 28/2/2001, "Gerini, Marta E. c. República de Honduras", LA LEY, 2002-B, 17.

Trabajo prestado en embajadas

"...En razón la naturaleza y el lugar de prestación de las tareas el vínculo de ambos actores con la demandada resulta alcanzado por las disposiciones del régimen legal de la LCT (arts. 1209 y 1210Cód. Civil, art. 33 de la "Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas" y art. 3º de la LCT)".

CNTrab., sala X, 26/5/2015, "Frare Claudia y otro c. Embajada del Uruguay en la República Argentina s/diferencias de salarios".

Organismos creados por tratados internacionales. Inmunidad de jurisdicción

"...A diferencia de los Estados soberanos, la limitación al juzgamiento compulsivo de las organizaciones internacionales, no tiene por fundamento el derecho de gentes, sino la voluntad común de los estados parte del tratado constitutivo y por ello la entidad goza de dicho privilegio con el alcance definido en el instrumento internacional de creación o, con relación al Estado receptor, en el respectivo acuerdo de sede...", "La retracción del juzgamiento compulsivo por los tribunales establecida en favor de ciertos organismos internacionales, se encuentra condicionada a que el ente en cuestión, provea procedimientos apropiados para la solución, entre otras, de las contiendas a que den lugar los contratos y otras controversias de derecho privado en las cuales sea parte el organismo...".

CSJN, 14/9/2000, "Alimento de los Andes SA c. Banco de la Pcia. de Neuquén y otros", Fallos: 323:2418, ED, 196-74.

Entes binacionales. Derecho aplicable

"...El Protocolo de Trabajo y Seguridad Social, aprobado por acuerdo suscripto por ambos países el 27 de julio de 1976 y por el gobierno argentino por ley 21.564, establece expresamente que el mismo 'es aplicable a las relaciones de trabajo y seguridad social de los trabajadores dependientes tanto de los contratistas y subcontratistas de obras como de los locadores de servicio'. En consecuencia, resulta evidente que dicho protocolo no es aplicable al personal dependiente de la demandada, sino al de los contratistas (y a su vez subcontratistas respecto de éstos) que ejecuten las obras que han dado motivo al referido tratado...".

CNTrab., sala III, 21/2/2003, "Coldeira, Ana c. Ente Binacional Yaciretá s/despido".

Concepto de trabajo

Art. 4º — Constituye trabajo, a los fines de esta ley, toda actividad lícita que se preste en favor de quien tiene la facultad de dirigirla, mediante una remuneración.

El contrato de trabajo tiene como principal objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí. Sólo después ha de entenderse que media entre las partes una relación de intercambio y un fin económico en cuanto se disciplina por esta ley.

Empresa - Empresario

Art. 5º — A los fines de esta ley, se entiende como "empresa" la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos.

A los mismos fines, se llama "empresario" a quien dirige la empresa por sí, o por medio de otras personas, y con el cual se relacionan jerárquicamente los trabajadores, cualquiera sea la participación que las leyes asignen a éstos en la gestión y dirección de la "empresa".

Establecimiento

Art. 6º — Se entiende por "establecimiento" la unidad técnica o de ejecución destinada al logro de los fines de la empresa, a través de una o más explotaciones.

• Comentario:

10. Definición de trabajo

La LCT considera trabajo toda actividad lícita que se presta en favor de quien tiene la facultad de dirigirla mediante una remuneración. Sin embargo, la ley tiene una visión del trabajo humano que trasciende la mera relación de intercambio económico, pues establece que el contrato de trabajo tiene como principal objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí, sólo después ha de entenderse que media entre las partes una relación de intercambio y un fin económico que regula dicha ley.

Esta definición debe completarse con los conceptos contenidos en los arts. 21 y 22 de la ley, de los cuales puede inferirse que se trata de una actividad humana, libre, lícita y productiva, que se realiza a favor de otro, quien tiene la facultad de dirigirla, a cambio de una remuneración.

Estas precisiones dejan afuera del ámbito del derecho laboral, en primer término, al trabajo que no entra en una relación de cambio (trabajo-remuneración) y, en segundo lugar, a las relaciones en que existe trabajo retribuido pero sin la nota de dependencia(28).

En consecuencia, no están regulados por el derecho laboral los trabajos amistosos, benévolos, el prestado entre familiares y en comunidades religiosas.

11. Trabajos amistosos o benévolos

Estos trabajos se dan en casos de amistad, vecindad, caridad. No hay actividad productiva ni relación de cambio (trabajo-remuneración), falta el elemento onerosidad, tampoco hay sujeción a órdenes ni inserción en una empresa ajena. Como se trata de tareas no retribuidas, la transitoriedad y ocasionalidad son notas características a las que se agrega la existencia, para quien presta el servicio, de un medio de vida propio, lo que justifica el trabajo para un tercero sin cobrar(29).

12. Trabajo entre familiares

El trabajo entre familiares merece un tratamiento especial, pues existen ciertas obligaciones de los hijos para los padres (art. 277 del Cód. Civil) a prestar servicios propios de su edad, por lo que este tipo de trabajos está fuera del contrato de trabajo. La norma anteriormente citada se encuentra contenida, con idéntico sentido, en el art. 671, inc. "c" del CCyCN. Cabe recordar que, conforme lo establece el art. 529 CCyCN, el parentesco comprende al parentesco surgido de la filiación por naturaleza, por técnicas de reproducción humana asistida, por adopción o por afinidad.

Del mismo modo está excluida la relación de trabajo entre cónyuges con fundamento en las específicas prohibiciones de celebrar contrato de compraventa que establecía el art. 1358 del Cód. Civil o del art. 27 de la ley de sociedades, según el cual los esposos solamente pueden integrar entre sí sociedades por acciones y de responsabilidad limitada. Esta conclusión se explica, pues la labor que despliega uno de los cónyuges para el otro es, en definitiva, en favor de la sociedad conyugal que integra con él a partir de la celebración del matrimonio. Cuando el esposo integra una sociedad con otras personas nada impediría que la cónyuge o el cónyuge, en su caso, celebre un contrato de trabajo con la sociedad, porque el vínculo no se establece directamente con el cónyuge sino con el ente social.

Cabe destacar que la prohibición de contratar entre cónyuges no ha sido receptada por el nuevo Código Civil y Comercial Unificado, pues estableció, en su art, 446, que aquellos, antes de contraer matrimonio, pueden optar por un régimen patrimonial de separación de bienes (arts. 505 a 508), por lo cual la disposición del art. 1358 del Código Civil anterior perdería su sentido. De igual modo, el art. 27 de la ley 19.550 fue modificado por el apartado "2.14" del anexo II de ley 26.994, a fin de posibilitar que los cónyuges integren entre sí sociedades de cualquier tipo. Estimamos, por ende, que ya no existirían obstáculos para que ambos celebren un contrato de trabajo. No obstante, dada la novedad de la cuestión, corresponderá a la jurisprudencia y a la doctrina determinarlo.

En el caso del trabajo de otros parientes no existe prohibición legal de celebrar un contrato laboral de trabajo, sin embargo no debe descartarse la posibilidad de que la tarea se cumpla en razón de la convivencia dentro de una comunidad familiar. Pero para concluir que el trabajo tiene carácter familiar es necesario que se den los siguientes presupuestos de hecho: 1) convivencia con el empresario; 2) la tarea hace a la subsistencia de los miembros de la familia y no hay enriquecimiento del jefe de la familia, sino beneficio del grupo familiar, al cual pertenece el que realiza el trabajo; 3) que el trabajo no corresponda al medio de vida de quien lo prestó(30).

Las disposiciones que establece la LCT para el socio empleado no son aplicables a las sociedades de familia entre padres e hijos (art. 27, 1º y 2º párr.).

El concubinato y la relación laboral no son, en principio, incompatibles. No existen normas de aplicación formalmente unívocas. Se trata de una cuestión de hecho.

El Código Civil vigente a partir de agosto de 2015 considera como uniones convivenciales a las relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de distinto sexo (art. 509).

Los requisitos a observar para que se configure tal tipo de unión en los términos del Código son: a) los dos integrantes deben ser mayores de edad; b) no deben estar unidos por vínculos de parentesco en línea recta en todos los grados, ni colateral hasta el segundo grado; c) no deben estar unidos por vínculos de parentesco por afinidad en línea recta; d) no deben tener impedimento de ligamen ni estar registrada otra convivencia de manera simultánea; e) mantener la convivencia durante un período no inferior a dos años.

En síntesis, para determinar la existencia de un contrato laboral entre los convivientes es necesario considerar la situación de hecho y las circunstancias del caso, pues en principio no puede descartarse la posibilidad de que la tarea se cumpla en razón de la convivencia y en aras de concretar ese proyecto de vida común.

13. Trabajo de religiosos

Tampoco quedan comprendidos en el ámbito de aplicación material de la LCT los trabajos realizados por los religiosos, pues se dan distintas situaciones totalmente ajenas a la relación de intercambio a que alude el art. 4º, en su último párrafo. Así existen actividades vinculadas con el rito, que claramente no pueden configurar un vínculo laboral; tampoco las relativas a los trabajos que se hacen en la comunidad o para la comunidad o congregación. Como en el caso de las tareas que se hacen para el grupo familiar, debe entenderse que la finalidad espiritual y el deber moral predominan sobre toda otra consideración de naturaleza material. Sin embargo, podría llegar a plantearse una tercera situación, que podría ser abarcada por el derecho laboral. Es el caso del trabajo del religioso que se realiza para una empresa ajena a la congregación (hospitales, escuelas, etc.). En este supuesto se configura un contrato de trabajo, porque el religioso trabaja por cuenta y a riesgo ajeno, en una organización empresaria, dentro de la cual se inserta; por lo tanto, toda la normativa de orden público laboral debe ser aplicada por el empleador directo, sin que importe la condición de religioso del trabajador, o que la remuneración que éste deba percibir sea entregada a la comunidad(31).

14. Trabajo de voluntariado

La ley 25.855 (B.O. del 8/1/2004) regula el trabajo de voluntariado y dispone que son voluntarios sociales las personas físicas que desarrollan, por su libre determinación, de un modo gratuito, altruista y solidario, tareas de interés general en organizaciones que no tienen fines de lucro y que tienen objetivos propios del bien común y el interés general, sin recibir por ello remuneración, salario, ni contraprestación económica alguna.

La ley no comprende las actuaciones voluntarias aisladas, esporádicas, ejecutadas por razones familiares, de amistad o buena vecindad, ni aquellas actividades cuya realización no surja de una libre elección o tenga origen en una obligación legal o deber jurídico. La prestación de servicios por parte del voluntario no reemplaza al trabajo remunerado y se presume ajena al ámbito de la relación laboral y de la previsión social. Tiene carácter gratuito, sin perjuicio del derecho al reembolso de los gastos, y siempre que la institución lo establezca de manera previa y en forma expresa. Se entienden por actividades de bien común y de interés general a las asistenciales de servicios sociales, a las cívicas, educativas, culturales, científicas, deportivas, sanitarias, de cooperación al desarrollo, de defensa del medio ambiente o cualquier otra de naturaleza semejante. Esta enunciación no tiene carácter taxativo (art. 5º de la ley citada).

15. Trabajo "Amateur"

Este tipo se configura cuando la actividad tiene una finalidad de carácter cultural, recreativo, deportivo, etc. Esta situación se presenta en el caso de los integrantes de un equipo de teatro vocacional, coro musical, orquesta, equipo deportivo, en el que el integrante del conjunto se obliga y cumple una tarea que dirige un tercero que actúa como tal (sea que él a su vez lo realice como "amateur", como empleado de la persona física o institución que auspicia esa clase de actividades)(32).

16. Definición de empresa-empresario

La LCT entiende la "empresa" como un medio instrumental (no un fin en sí mismo), que se integra mediante la colaboración de personas que cumplen distintos roles, más los medios materiales (edificios, maquinarias) e inmateriales (tecnología, informática o cualquier medio que exista con el propósito de dominar la naturaleza) necesarios para alcanzar determinados fines (económicos o benéficos). Tal actividad se desarrolla bajo una dirección que la ley pone en cabeza del empresario o de sus representantes(33).

No interesa si la finalidad de la empresa es lucrativa o benéfica, basta el simple hecho de requerir el trabajo por parte de los empleados para que la legislación laboral resulte plenamente operativa.

El empresario es la persona física o jurídica que tiene el poder de organizar y dirigir la empresa y es el titular de los poderes jerárquicos que la ley laboral le reconoce.

17. Definición de establecimiento

La LCT caracteriza al "establecimiento" como la unidad técnica o de ejecución destinada al logro de los fines de la empresa, a través de una o más explotaciones. Esta definición del legislador sirve para desvincular al establecimiento del inmueble. Una persona puede ser dueño o titular del dominio de un lugar o inmueble y no ser el titular del establecimiento que allí funciona. A su vez, permite identificar la unidad de ejecución o "establecimiento" en algunas actividades especiales como el transporte de pasajeros (taxis, remises), donde el establecimiento no es un lugar sino un vehículo que, para poder ser considerado algo más que un mueble registrable, debe estar afectado a una actividad que, como tal, requiere de una habilitación(34).

El establecimiento es una parte diferenciada de la empresa, pero no independiente de ella, ya que está al servicio del fin total de aquélla.

En determinadas situaciones el establecimiento adquiere peculiar relevancia. Por ejemplo, en materia de solidaridad por cesión del establecimiento o por contratación o subcontratación de trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento (art. 30 de la LCT), la estabilidad gremial no puede invocarse ante la cesación de actividades del establecimiento (art. 51, ley 23.551).

18. Jurisprudencia

Concepto de Trabajo

"...Por lo tanto, la violación al deber de ocupación sin explicación alguna al respecto, aunque hubiera mediado el pago de la remuneración, en el caso evidencia una conducta por parte de la empleadora contraria al principio de buena fe que debe estar presente tanto al celebrar, modificar o extinguir el contrato de trabajo y a lo que se entiende como trabajo en los términos del art. 4º de la LCT (t.o.), pues tiene como principal objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí; y cuya violación configuró injuria suficiente que habilitó al trabajador a considerarse despedido como lo hizo...".

CNTrab., sala X, 30/6/2011, "Adimari, Nahuel c. Air Madrid Líneas Aéreas SA sucursal Argentina".

Trabajo benévolo. Configuración

"...en el denominado 'trabajo benévolo' no se observa una relación de cambio (trabajo-remuneración), sino que se trata de una prestación de servicios que se efectúa con fines netamente benéficos, sin contraprestación alguna, aunque en algunos casos se prevea una asignación en carácter de estímulo. Se trata de situaciones excepcionales ajenas al ámbito del derecho del trabajo. En los casos de 'trabajos benévolos' o también llamados 'amistosos o de buena vecindad', quien los realiza efectúa una obra de benevolencia o un acto de mera cortesía, ayudando a una persona o a una institución que lo requiera. Queda claro entonces que aquellos que se enmarcan en dichas tareas no tienen por finalidad poner su fuerza de trabajo a disposición de otro a cambio de una remuneración, sino que, por lo general, su objetivo es cooperar en una obra de bien común por una necesidad personal de ayudar o brindarse. Ante las expresiones articuladas por el accionante en el memorial recursivo respecto de lo establecido en el art. 6º de la ley 25.855, destaco que más allá de que la actora debió haber estado registrada como voluntaria en la fundación demandada, lo cierto es que la situación fáctica probada excluye la posibilidad de tipificar como laborales las prestaciones efectuada por la accionante...".

CNTrab., sala X, 27/4/2011, "San Martín, Marcela Silvia c. Fundación Espacios Verdes y otro s/Despido".

Trabajo entre cónyuges

"...El art. 1218 del Código Civil, norma que debe ser interpretada asimismo en forma integral y conjunta con los arts. 1261, 1358 y 1764 de dicho texto legal y el art. 27 de la Ley de Sociedades Comerciales, desecha toda posibilidad de que, entre los cónyuges pudiese existir un contrato de trabajo frente a la ausencia de ajenidad económica. Resulta excepción a la aplicabilidad del art. 23, LCT la relación entre padres e hijos mayores o emancipados o hermanos, o inclusive entre concubinos, benévolos, amistosos o de vecindad cuando todos ellos contribuyen a la formación de un mismo patrimonio y sobre todo cuando forman parte de una misma comunidad familiar, es decir, cuando está ausente el elemento 'ajenidad económica', pues no se trabaja para un tercero sino para una misma comunidad económica que se integra...".

CNTrab., sala VI, 22/9/2006, "Hadicke, Christian Pablo c. Iglesias, Mónica Gabriela s/despido", LLAR/JUR/5302/2006.

Trabajo entre concubinos

"...El trabajo aportado por uno de los integrantes de una unión concubinaria sólo puede asimilarse al trabajo familiar y, por ende, ajeno al concepto del contrato de trabajo, cuando se trata de una colaboración directa a favor del otro concubino, auxiliando y supliéndolo en los roles que éste o esta pueda poseer en la organización. Pero esta excepcionalidad no se verifica cuando el aporte se efectúa integrándose como un medio personal más, en los términos del art. 5º de la LCT, de manera que ese integrante del concubinato incorpora su trabajo en el lugar de cualquier otro que sería considerado dependiente, insertándose en la estructura organizativa y sus jerarquías, bajo la concreta o potencial pero posible dirección del titular o de los poderes de organización y dirección. Tal caso de una médica que prestaba servicios varias veces por semana en un establecimiento geriátrico de propiedad de su concubino, y que al disolver la relación laboral, fue reemplazada por otra profesional de la salud...".

CNTrab., sala II, 23/3/2009, "Alba, Alicia Susana c. Bugallo, José Osvaldo s/despido".

Trabajo de religiosos

"... Un religioso que ha profesado, ha efectuado votos y se integró a una comunidad religiosa, no puede ser considerado trabajador en los términos del art. 27 de la LCT por los servicios prestados a dicha comunidad. En el trabajo de los religiosos para las órdenes a la que pertenecen, el voto de pobreza, con su esquema de comunidad de bienes, reemplaza a la dependencia económica y el voto de obediencia con sujeción a una disciplina monástica, a la dependencia jurídico personal...".

CNTrab., sala IV, 23/3/1977, "Granata, Mafalda c. Instituto de Religiosas de San José de Cultura y Beneficencia".

Voluntariado. Fraude

"...La ley 25.855 que regula las prestaciones efectuadas en el ámbito del voluntariado social puede encerrar una nueva forma de fraude laboral, pues la relación de empleo privado también se manifiesta en las entidades sin fines de lucro...".

CNTrab., sala VI, 5/11/2004, "Ávila, Graciela S. c. Fundación Margarita Barrientos y otro", JA, 2005-I-121.

Deporte profesional. Relación laboral

"...El jugador profesional de fútbol y la entidad que utiliza sus servicios se encuentran vinculados por un contrato de trabajo...".

CNTrab en pleno, 15/10/1969, "Ruiz, Silvio R c. Club Atlético Platense", DT, XXIX-759.

Deporte "amateur". Inexistencia de relación laboral

"...Corresponde descalificar por arbitrario el pronunciamiento que tipificó como laboral la relación existente entre un juez de basquetbol y la Federación Regional de Basquetbol de la Capital Federal mediante consideraciones excesivamente amplias de las previsiones del art. 21 de la Ley de Contrato de Trabajo, sin tener en cuenta el contenido concreto del estatuto y del reglamento interno de la entidad demandada que denotaba que los árbitros debían inscribirse anualmente y abonar un arancel y tener medio lícito de vida, empleo, oficio, profesión y/o renta propia...".

CSJN, 30/4/1996, "Aballay, Enrique O. c. Federación Reg. de Basquetbol de Cap. Federal", Fallos: 319:604, DT, 1996-B-1781.

Deporte "amateur". Inexistencia de relación laboral

"...Corresponde hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto contra el decisorio de la alzada que se limita a reiterar dogmáticamente, sin hacerse cargo de ninguno de los señalamientos de la recurrente y basado en pautas de excesiva latitud, la existencia de dependencia jurídica, técnica y material entre las partes —en el caso, entre un jugador de voleibol y el club en el que jugaba—, extremo que impide sostener su validez jurisdiccional (del dictamen del procurador fiscal que la Corte hace suyo)...".

CSJN, 4/7/2003, "Traiber, Carlos D. c. Club Atlético River Plate Asociación Civil", LA LEY, 2003-F, 438.

Deporte "amateur". Inexistencia de relación laboral

"...Considero que el pago tanto del ticket anual para inscribirse como jugador así como el pago de un arancel para realizar un pase constituyen obligaciones incompatibles con una relación laboral subordinada... Está demostrado en autos que, pese a que los jugadores de voleibol no eran profesionales, los distintos clubes para los cuales jugaban les pagaban sumas en concepto de viáticos o becas, que ésta era una práctica muy extendida, que la suma que se pagaba variaba de un jugador a otro... Estos pagos no bastan para calificar como laboral la relación habida entre el actor y el club demandado, ya que lo cierto es que si los clubes no pagasen estas sumas, la práctica deportiva quedaría limitada a las personas pudientes y representaría para quien la realiza un motivo de gastos y erogaciones..." (del voto de la Dra. Porta, en mayoría); "...el deporte amateur es, por definición, una actividad ajena a la fuente normal de ingresos del deportista, que dedica a esa actividad el tiempo y el esfuerzo, mayores o menores, de los que pueda disponer después de proveer a su propio sustento por otra vía... Una cosa es que el ejercicio del deporte no irrogue gastos al deportista (lo que no deja de ser una excepción al principio de que cada persona paga el costo de sus propios entretenimientos) y otra distinta es que el ejercicio del deporte deje al deportista alguna diferencia económica más o menos sistemática y permanente. Esta última práctica excede los límites originales del deporte amateur y, sea cual fuere la calificación que esta práctica merezca en el ámbito deportivo, empieza a encajar en la definición del contrato de trabajo..." (del voto del Dr. Guibourg, en minoría).

CNTrab., sala III, 10/12/2007, "Ferreira, Robert Joao c. Club Náutico Hacoaj Asoc. Civil", LLAR/JUR/10163/2007.

Sujeto Empleador. Empresario

"...Donde no hay empresa, no hay contrato de trabajo, porque, necesariamente, el sujeto empleador debe ser empresario. La ley básica de contrato de trabajo sigue, por supuesto, esta orientación. Aunque el art. 21, al definir el contrato, no menciona a la empresa como escenario en el que cada uno de los sujetos desempeña su rol típico, lo sobreentiende, ya que, en el Título I que funciona a modo de parte general, define los conceptos de empresa, de empresario y de establecimiento (artículos 5 y 6) y la normativa de los artículos 4, 8, así como las de los capítulos III, IV, V, VI, y VII del Título I, la casi totalidad del resto del articulado, leyes especiales como la de jornada de trabajo —ley 11.544—, la de convenciones colectivas de trabajo —ley 14.250—, y la de empleo —ley 24.013—, y las que reglan la actuación de los organismos administrativos laborales, sólo resultan inteligibles en el marco citado...".

CNTrab., sala VIII, 29/5/2012, "Caliva, Carmen Fermina c. Scorza, Leticia Teresa".

Empresa. Innecesariedad de fin de lucro

"...No es necesario que la empresa persiga la consecución de fines exclusivamente lucrativos, pues la ley alude claramente a fines económicos o benéficos. Estos últimos incluyen también los fines culturales o ideales, por lo que encuadran en la categoría de empresas las asociaciones civiles, fundaciones, mutuales, sindicatos, obras sociales, sociedades civiles, cooperativas, etc...".

CNTrab sala III, 17/10/2003, "Carissoni, Rodolfo M. y otros c. Club Ciudad de Buenos Aires".

Fines benéficos de la empresa

"...Como es sabido la noción de 'empresario' no sólo está relacionada con la obtención de fines económicos o de lucro sino también con la de fines 'benéficos' (cfr. art. 5º de la LCT). La ausencia de finalidad lucrativa —como lo sostiene la accionada en el responde— en una determinada actividad destinada a beneficiar a determinadas personas (en el caso, a los afiliados), no implica que las personas que trabajan en el ámbito de esa empresa lo hagan con la finalidad de beneficiar a ésta, ni obsta a la configuración de un contrato de trabajo con dichas personas cuando sus servicios son utilizados en orden al logro de sus fines...".

CNTrab., sala II, 6/6/2012, "Ferraris, Daniel Jorge c. Asociación Mutual y Fraternidad para los Empleados del Banco Río de la Plata".

Establecimiento. Taxímetro

"...El hecho de que el trabajador haya prestado servicios como chofer del taxímetro de propiedad del demandado que, a los fines del art. 6º de la LCT se asimila a 'establecimiento', hace operativa la presunción del art. 23 de la misma ley y conduce a admitir, salvo prueba en contrario, que las prestaciones personales del actor tenían como fuente un contrato de trabajo...".

CNTrab., sala VI, 20/2/1995, "Oblitas, Juan c. Fiorenza, Juan", LLAR/JUR/4293/1995.

Establecimiento. Buque

"...El buque es una unidad técnica de explotación, por lo que si bien no es válido sostener que cada buque sea una empresa equivale a lo que sería un establecimiento dentro de una empresa industrial...".

CNTrab., sala II, 21/5/1984, "Pansini, Oscar V. c. Empresa Flota Fluvial del Estado Argentino", DT, 1984-B-1105.

Condiciones menos favorables. Nulidad

Art. 7º — Las partes, en ningún caso, pueden pactar condiciones menos favorables para el trabajador que las dispuestas en las normas legales, convenciones colectivas de trabajo o laudo con fuerza de tales, o que resulten contrarias a las mismas. Tales actos llevan aparejada la sanción prevista en el art. 44 de esta ley.

Condiciones más favorables provenientes de convenciones colectivas de trabajo

Art. 8º — Las convenciones colectivas de trabajo o laudos con fuerza de tales, que contengan normas más favorables a los trabajadores, serán válidas y de aplicación. Las que reúnan los requisitos formales exigidos por la ley y que hubieran sido debidamente individualizadas, no estarán sujetas a prueba en juicio.

Art. 9º— (\*) En caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador, considerándose la norma o conjuntos de normas que rija cada una de las instituciones del derecho del trabajo.

Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, o en apreciación de la prueba en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador.

(\*) Art. 9: sustituido por ley 26.428 (B.O. 24/12/2008)

• Comentario:

19. Acuerdos peyorativos

El orden público laboral se expresa por medio de normas imperativas que constituyen un derecho necesario (ius cogens), que se imponen a la voluntad de las partes (indisponibilidad) y que, por consiguiente, resultan irrenunciables para el trabajador(35). El nuevo Código Civil y Comercial Unificado prescribe que "Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir" (art. 12). Como se advierte, esta disposición concuerda con lo establecido por la Ley de Contrato de Trabajo en cuanto a que las cláusulas del contrato que modifiquen en perjuicio del trabajador normas imperativas consagradas por leyes o convenciones colectivas de trabajo, serán nulas y se considerarán sustituidas de pleno derecho por éstas (art. 13), mientras que la voluntad de las partes y sobre todo la del empleador, sólo son fuente de derecho cuando establecen condiciones más beneficiosas para el dependiente, que las fijadas por las normas imperativas.

El art. 7º de la LCT fija límites a la autonomía contractual y, consecuentemente, las partes nunca pueden pactar condiciones menos favorables para el trabajador que las dispuestas por las normas legales, las convenciones colectivas de trabajo o laudos con fuerza de tales. Estos actos llevan aparejada la sanción de nulidad, pues las leyes laborales consagran un mínimo jurídico inderogable al que —como se señaló— el trabajador no puede renunciar válidamente (conf. arts. 7º, 12 y 44 de la LCT).

Si el acuerdo de partes resulta más favorable al trabajador, la autonomía de la voluntad prevalece sobre la ley.

El orden público laboral determina, asimismo, la sustitución automática de las cláusulas que se contrapongan a él, pero nunca la nulidad del contrato (art. 13, LCT).

En este punto el orden de prelación normativa dispuesto por la ley laboral coincide, como se señalara, con el establecido en el art. 963 del CCyCN, que expresamente dispone que "cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código; b) normas particulares del contrato; c) normas supletorias de la ley especial; d) normas supletorias de este Código"(36).

20. Convenciones colectivas de trabajo

Las convenciones colectivas de trabajo celebradas por una asociación profesional con personería gremial con representantes de los empleadores y homologadas por el Ministerio de Trabajo son de aplicación a todos los trabajadores y empleadores de la actividad, en la medida que contengan normas más favorables a los trabajadores que los mínimos legales (conf. art. 4º, ley 14.250). Los laudos tienen la misma eficacia que las convenciones colectivas, con la diferencia de que emanan de la decisión de un tercero, ajeno a la controversia (árbitro).

Las partes están obligadas a individualizar en forma precisa las convenciones colectivas o laudos, cuya aplicación invocan en un litigio; cumplida esta carga, no deben probar su existencia ni su contenido (art. 8º).

Las convenciones colectivas de trabajo no son susceptibles de aplicación extensiva o analógica, pero podrán ser tenidas en consideración para la resolución de casos concretos, según la profesionalidad del trabajador (art. 16). Los convenios colectivos tienen efecto erga omnes", sólo en relación con los trabajadores y empleadores que hayan estado representados en la celebración de la convención.

Es necesario destacar que el convenio colectivo prevalece sobre la ley sólo cuando contiene normas más beneficiosas para el trabajador.

Al respecto cabe recordar que la convención colectiva es una norma heterónoma, que rige la relación de trabajo "desde afuera", por lo que sus condiciones no se incorporan al contrato de trabajo, de manera que, al entrar en vigencia una nueva convención, ésta sustituye a la anterior, aunque contenga condiciones menos ventajosas(37).

El art. 24, inc. a) de la ley 14.250 (texto según art. 18 de la ley 25.877), respalda esta tesitura, pues establece que "un convenio colectivo posterior puede modificar a un convenio colectivo anterior de igual ámbito". Dicha disposición mantiene en materia de sucesión de convenios el mismo criterio que gobierna la sucesión de leyes: "la norma posterior deroga la anterior", sin distinguir entre modificaciones favorables o desfavorables. De conformidad con el principio interpretativo que se expresa en el adagio "no debe distinguirse donde la ley no distingue", cabe inferir que el nuevo texto legal permite que el convenio posterior modifique el anterior de igual ámbito en cualquier dirección, pues si la voluntad del legislador hubiera sido la de habilitar únicamente las modificaciones favorables, lo habría dicho, como lo dice respecto de la sucesión de convenios de distinto ámbito (art. 24, inc. b)). En consecuencia, el actual art. 24, inc. a) de la ley 14.250, habilita al convenio posterior para modificar al anterior del mismo ámbito, tanto en sentido favorable como en sentido desfavorable para los trabajadores comprendidos en él, conclusión aceptada por la mayoría de los autores(38).

21. El principio de la norma más favorable al trabajador

El art. 9º de la LCT recepta tres reglas fundamentales que emanan del principio protectorio que —como se señaló— tiene raigambre constitucional (art. 14 bis de la CN)(39): 1) in dubio pro operario; 2) norma más favorable; 3) condición más beneficiosa(40).

El referido principio tiene tres funciones fundamentales: a) informativa, pues la acción legislativa debe inspirarse en él; b) normativa, porque actúa en forma supletoria ante la existencia de una laguna legal o una ambigüedad de la norma; c) interpretativa, dado que orienta al juez y al intérprete.

En el supuesto de concurrencia normativa, vale decir que una cuestión de hecho puede ser regulada por dos o más normas de igual o distinta jerarquía (una norma de una convención colectiva y una norma legal, ambas referidas a licencias, por ejemplo), que no pueden aplicarse en forma conjunta; debe optarse por la que resulte más favorable al trabajador, considerando la norma o conjunto de normas que rija cada una de las instituciones del derecho del trabajo(41).

Para determinar cuál es la ley más favorable, la LCT adopta la teoría de conglobamiento por instituciones; vale decir que se aplicará la norma más favorable sin fragmentar ni acumular beneficios, atendiendo cada institución del derecho del trabajo. Esto significa que se compara el conjunto de reglas de cada una de las normas presuntamente aplicables a un determinado instituto del derecho laboral y se debe elegir aquella que, al aplicarse en forma íntegra, resulte más favorable para el empleado.

En relación con la pequeña empresa, la ley 24.467 introdujo la llamada "disponibilidad colectiva", limitada a tres institutos: 1) licencia anual ordinaria; 2) fraccionamiento del pago de sueldo anual complementario; 3) el régimen de extinción del contrato de trabajo, lo cual constituye, en cierto modo, una excepción a la regla que consagra el citado art. 7º(42).

El art. 9º también establece un criterio de interpretación cuando existe una situación dudosa, ya que si la incertidumbre recayese respecto de la interpretación o alcance de la ley, o en apreciación de la prueba en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador (artículo sustituido por art. 1º de la ley 26.428 —B.O. del 26/12/2008—).

Esta directriz, que es también manifestación del llamado principio protectorio, determina que cuando una norma laboral admite más de una interpretación, y existe una duda insuperable, el juez debe elegir la que resulte más favorable al trabajador.

La ley citada en último término zanjó la discusión existente al tiempo de su sanción referida a si el criterio que establece el art. 9º también era aplicable a la apreciación de la prueba.

Una postura sostenía que esta norma sólo resultaba de aplicación, en caso de duda, respecto de la interpretación o alcance de la ley, pero nunca en materia probatoria, pues se alteraban las reglas de la carga de la prueba(43).

Otra posición consideraba que la aplicación de esta directriz respecto de la prueba no era sino consecuencia del principio protectorio, pues debía tenerse en cuenta que el trabajador es quien se encuentra en una situación de inferioridad, incluso dentro del proceso, a pesar de la igualdad teórica de las situaciones procesales, y además, frecuentemente, es quien tiene mayor dificultad para producir un prueba contundente(44).

Como se expresara, la referida ley 26.428 puso fin a la controversia y, por consiguiente, esta regla resulta aplicable al momento de apreciar la prueba, lo que no significa relevar al trabajador de la carga probatoria. En síntesis, el trabajador no está eximido de ofrecer ni de producir prueba. El juez no puede suplir la falta de acreditación de ciertos hechos o la negligencia del litigante; la interpretación a favor del empleado —como también en relación con la norma aplicable— sólo procede en caso de duda insuperable sobre el alcance de la prueba(45).

La regla de la condición más beneficiosa, según Plá Rodríguez, supone la existencia de una situación concreta anteriormente reconocida y determina que ella debe ser respetada en la medida que sea más favorable al trabajador que la nueva norma que se ha de aplicar(46).

Sin embargo, su ámbito de aplicación queda ceñido a los mayores beneficios convenidos, en forma expresa o tácita, en el contrato individual, o bien otorgados unilateralmente por el empleador, y por lo tanto una ley o convención colectiva de fecha posterior no puede afectarlos. El art. 8º de la ley 14.250 dispone expresamente que la aplicación de las convenciones colectivas no podrá afectar las condiciones más favorables a los trabajadores, estipuladas en sus contratos individuales de trabajo.

22. Jurisprudencia

Convenios colectivos de trabajo y la ley

"...Una ley posterior puede limitar o modificar los efectos de los convenios colectivos en situaciones de emergencia, sin que ello implique violación constitucional dado que en situaciones de emergencia social o económica la facultad de regular los derechos personales puede ser más enérgicamente ejercida que en los períodos de sosiego y normalidad...".

CSJN, 2/4/1985, "Nordensthol, Gustavo c. Subterráneos de Buenos Aires", Fallos: 307:326, LA LEY, 1985-C, 84; y CSJN, 7/8/1990, "Soengas, Héctor R. y otros c. Ferrocarriles Argentinos", Fallos: 313:664, LA LEY, 1990-E, 48.

Convenios colectivos de trabajo y la ley

"... El art. 36 del dec. 817/1992 en cuanto limita al Sindicato de Encargados Apuntadores Marítimos a celebrar nuevos convenios colectivos de trabajo sin apartarse de las condiciones mínimas fijadas en la Ley de Contrato de Trabajo en lo referido a remuneraciones, vacaciones descansos, despido y sueldo anual complementario y en lo referido a la legislación general en materia de accidentes del trabajo (art. 35, inc. k), es contrario a la cláusula contenida en el art. 14 bis de la Norma Fundamental que garantiza a los gremios concertar convenios colectivos de trabajo, violatorio del art. 42 de la ley 23.696, y por lo tanto, inconstitucional...".

CSJN, 2/12/1993, "Cocchia, Jorge D. c. Estado Nacional y otro", Fallos: 316:2624, LA LEY, 1994-B, 643.

Convenio Colectivo que fija condiciones menos favorables que otro anterior del mismo ámbito

"La entrada en vigencia del CCT 697/2005 'E' obsta a seguir incrementando anualmente la bonificación por antigüedad establecida en la Resolución DNRT 5629/1989 respecto del personal ingresado antes de la vigencia de dicho convenio colectivo".

CNTrab. en pleno, 9/5/2011, "Fontanive, Mónica Liliana c. P.A.M.I. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/diferencias de salarios", LA LEY del 12/5/2011, 7.

Convenio Colectivo que autoriza la contratación de los árbitros mediante una locación de servicios (art. 6º del CCT 126/75),

"Los elementos que permiten definir si una prestación de trabajo humano es efectuada bajo dependencia o subordinación o en forma libre, independiente o autónoma no puede definirse de manera genérica y con prescindencia de los elementos fácticos concretos de cada supuesto, tarea asignada por la Constitución Nacional y las leyes al Poder Judicial y no a la autonomía colectiva. Y, por otra parte, a la luz de lo dispuesto por los arts. 8º de la LCT y 7º de la ley 14.250 los convenios colectivos de trabajo tienen una función superadora de las condiciones básicas (imperativas e irrenunciables) establecidas por las leyes, mas en modo alguno poseen legitimación jurídica para dejar sin efecto las conceptualizaciones que la ley 20.744 ha efectuado en los arts. 21 y 22 —con tales características— acerca de lo que debe entenderse por "contrato de trabajo" y "relación de trabajo".

CNTrab., sala II, 24/8/2016, "Galante, Adrián Pablo c. Asociación de Fútbol Argentino A.F.A. s/despido".

Convenio Colectivo que autoriza la contratación de los árbitros mediante una locación de servicios (art. 6º del CCT 126/75)

"..No cabe la menor duda de que el art. 6º del convenio colectivo 126/75, según el agregado efectuado en 1997, nunca pudo haber calificado de autónomo a cualquier contrato de arbitraje por la sola circunstancia de que el prestador del servicio de arbitraje (árbitro) y la AFA así lo pacten pues ello no sólo contradeciría todos los fundamentos y objetivos del derecho del trabajo sino que, además, vulneraría el sentido y finalidad de la negociación colectiva...", la AFA puede contratar árbitros que presten sus servicios arbitrales en forma autónoma siempre y cuando, efectiva y realmente, tales prestaciones escapen a la presunción del art. 23 de la LCT y sin lugar a dudas sean efectuadas en forma libre, autónoma e independiente, circunstancia que en caso de discusión deberá ser decidida por los jueces".

CNTrab., sala II, 24/8/2016, "Galante, Adrián Pablo c. Asociación de Fútbol Argentino A.F.A. s/despido".

Norma más favorable

"...Siendo aplicable el régimen especial previsto en la ley 12.981 (DT, 1947-320) y teniendo en cuenta el modo en que el art. 6º de dicha ley regula las indemnizaciones por despido y sustitutiva de preaviso, ambos institutos no pueden escindirse al momento de determinar la norma más favorable al trabajador, razón por la cual deberá aplicarse aquél para calcular la segunda de las indemnizaciones referidas, aun cuando el mínimo previsto para el cálculo de la indemnización por despido sea inferior al fijado en la Ley de Contrato de Trabajo...".

CNTrab., sala III, 11/7/2003, "Reinoso, Claudelina c. Consorcio de Propietarios Bolívar 690", LLAR/JUR/7042/2003.

Norma más favorable

"El agravamiento indemnizatorio previsto en el art. 2º de la ley 25.353 no corresponde respecto de los periodistas profesionales ni de los empleados administrativos de empresas periodísticas —en el caso, se trataba de un vendedor de espacios publicitarios—, pues la ley 15.535 presenta un sistema indemnizatorio específico que resulta más favorable al trabajador que el de la norma general, excluyendo la aplicación de esta última".

CNTrab., sala VIII, 21/2/2014, "M., E. C. c. D. L., L. y C., S. S. H. y otros", DT, 2014 (julio), 1877.

Art. 9º de la LCT. Supuestos de aplicación. Duda

"...En cuanto a la pretensión del reclamante de que correspondería la aplicación del principio 'in dubio pro operario', cabe recordar que la regla 'in dubio pro operario' es una directiva para el caso de existir una duda razonable en la interpretación de una norma, o en la apreciación de la prueba a partir de la reforma introducida al art. 9º de la LCT por la ley 26.428, pero este principio no resulta aplicable cuando, como ocurre en el sub lite, no se plantea un supuesto de duda como la prevista por la normativa señalada, en tanto la prueba producida resulta ineficiente a los fines perseguidos...".

CNTrab., sala IV, 18/3/2014, "Barillaro Vecchio, José Ramón c. Shell CAP SA".

Art. 9º de la LCT. Supuestos de aplicación. Duda

"...La reforma de la ley 26.248 al art. 9º, segunda parte de la Ley de Contrato de Trabajo, se refiere a supuestos en que la prueba rendida en un caso concreto conduzca a situaciones que generen una duda razonable en el juzgador, pero no debe entenderse aplicable a casos en que la prueba rendida resulta insuficiente para acreditar las aseveraciones del trabajador o que, directamente, este no ha aportado prueba idónea para demostrar sus asertos...".

CNTrab., sala II, 15/7/2011, "Monzón, Ramón Alejandro c. Nestlé, Waters Argentina SA", DJ del 19/10/2011, 89.

Condición más beneficiosa

"...En el caso está reconocido que durante ocho años la empleadora adoptó un modo de liquidar el SAC más beneficioso que el previsto por la ley, debe puntualizarse que es propia del ordenamiento laboral la facultad del empleador de establecer derechos más favorables para los trabajadores que los previstos en la legislación o aun en las convenciones colectivas de trabajo (art. 7º, LCT). Por ello, resulta aplicable al caso la 'condición más beneficiosa' la cual, según Plá Rodríguez, es aquella que supone la persistencia de una situación concreta anteriormente reconocida y determina que ella debe ser respetada en la medida que sea más favorable al trabajador que la nueva norma que ha de aplicarse...".

CNTrab., sala III, 30/3/1995, "Gómez, Oscar c. Autolatina SA s/cobro de salarios".

Conservación del contrato

Art. 10. — En caso de duda las situaciones deben resolverse en favor de la continuidad o subsistencia del contrato.

Principios de interpretación y aplicación de la ley

Art. 11. — Cuando una cuestión no pueda resolverse por aplicación de las normas que rigen el contrato de trabajo o por las leyes análogas, se decidirá conforme a los principios de la justicia social, a los generales del derecho del trabajo, la equidad y la buena fe.

Irrenunciabilidad

Art. 12. — Será nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en esta ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas o los contratos individuales de trabajo, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución, o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción.

Sustitución de las cláusulas nulas

Art. 13. — Las cláusulas del contrato de trabajo que modifiquen en perjuicio del trabajador normas imperativas consagradas por leyes o convenciones colectivas de trabajo serán nulas y se considerarán sustituidas de pleno derecho por éstas.

Nulidad por fraude laboral

Art. 14. — Será nulo todo contrato por el cual las partes hayan procedido con simulación o fraude a la ley laboral, sea aparentando normas contractuales no laborales, interposición de personas o de cualquier otro medio. En tal caso, la relación quedará regida por esta ley.

• Comentario:

23. Principio de conservación del contrato

El art. 10 recepta el principio de conservación del contrato, vale decir que en caso de duda las situaciones deben resolverse en favor de la continuidad o subsistencia del contrato, lo cual concuerda con el orden natural de las cosas, ya que el contrato laboral tiene una natural vocación de permanencia y las prestaciones de ambas partes se prolongan en el tiempo(47). La continuidad de la relación es beneficiosa para ambas partes, dado que el trabajador necesita tener seguridad respecto de su permanencia en el empleo, puesto que mediante la remuneración obtiene los medios económicos para afrontar sus necesidades y las de su grupo familiar mientras que el empleador o la empresa necesita garantizar la continuidad de la producción o del servicio que presta. Sin embargo, cuando durante un largo período ambas partes han dejado de exigirse recíprocamente el cumplimiento de las prestaciones esenciales propias de un contrato de trabajo, como son la prestación de servicios y el pago de salarios, resulta razonable presumir que las partes están de acuerdo en abandonar la relación.

24. Pautas para la interpretación y aplicación de la ley

Ante una laguna legal, insuficiencia o ambigüedad de la ley, si la cuestión no puede resolverse por aplicación de las leyes análogas, se debe decidir conforme a los principios de la justicia social, a los generales del derecho del trabajo, la equidad y la buena fe (art. 11).

En primer lugar, el juzgador o el intérprete deben acudir a las normas análogas (art. 16, Cód. Civil). La norma anteriormente citada se encuentra actualmente contenida, con idéntico sentido, en el art. 2 del nuevo CCyCN.

Carlos A. Etala sugiere la siguiente enumeración de los principios generales del derecho del trabajo: 1) principio protectorio; 2) principio de continuidad; 3) principio de primacía de la realidad; 4) principio de razonabilidad; 5) principio de buena fe; 6) principio de trato igual y no discriminación; 7) principio de indemnidad(48).

La Justicia Social fue definida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como la justicia en su más alta expresión, que no tiene otro norte que alcanzar el "bienestar", esto es, "las condiciones de vida mediante las cuales le es posible a la persona humana desarrollarse conforme con su excelsa dignidad"(49).

Ya hemos aludido a los principios rectores del derecho laboral, sin embargo la CSJN ha precisado la existencia de otros principios de jerarquía constitucional aplicables a las relaciones de empleo. En primer lugar, que el trabajador "es sujeto de "preferente tutela constitucional y goza de la protección especial del Estado"; en segundo término, el principio de progresividad que impone que todas las medidas estatales de carácter deliberadamente regresivo en materia de derechos humanos requieran la consideración más cuidadosa y deban justificarse plenamente; por último, el llamado principio pro homine o pro persona, en sus dos principales manifestaciones en materia de hermenéutica jurídica: la que exige, primero, adoptar pautas amplias para determinar el alcance de los derechos, libertades y garantías y, segundo, la que impone obrar en sentido inverso, vale decir restrictivo, si de lo que se trata es de medir limitaciones a los mentados derechos, libertades y garantías o a la capacidad para imponerlas(50).

La equidad es el medio que el juez utiliza para remediar los defectos derivados de la generalidad de la ley y evitar así que la aplicación de ésta, en un caso concreto, determine una solución injusta. Vázquez Vialard señala el papel que juega la equidad como directiva para la interpretación de la norma, con el objeto de evitar consecuencias disvaliosas, relacionándola con el proceso de humanización de la ley al caso concreto(51).

La buena fe es un principio que informa todo el orden jurídico, y tanto el art. 11 como el art. 63 de la LCT lo erigen en una regla de conducta para las dos partes, sea en la génesis como durante el desarrollo y la extinción del vínculo laboral. El Código Civil y Comercial reciente consagra expresamente a la buena fe como un principio al cual debe ceñirse el ejercicio de los derechos (art. 9º).

25. Principio de Irrenunciabilidad

La LCT, en su art. 12, consagra expresamente esta directriz, que está dirigida al trabajador y le impide renunciar tanto a los derechos que de modo imperativo le acuerdan las normas legales o las que emanan del convenio colectivo como también a los mayores beneficios que resultan del contrato individual de trabajo. Esta regla es consecuencia del principio protectorio, ya que las normas laborales establecen mínimos inderogables por la voluntad de las partes. El nuevo Código Civil y Comercial prohíbe la renuncia general de las leyes, sólo en el caso particular se permite la renuncia de los efectos de la ley excepto que el ordenamiento jurídico lo prohíba (art. 12).

En consonancia con el principio de irrenunciabilidad, la ley dispone que es nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en dicha ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas o los contratos individuales de trabajo, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción (conf. art. 12, sustituido por art. 1º de la ley 26.574, B.O. del 29/12/2009).

El trabajador no puede renunciar a derechos adquiridos que ya se han incorporado a su patrimonio (por ejemplo, a un salario ya devengado correspondiente a un período trabajado), ni tampoco puede renunciar a la aplicación futura de un norma legal o de una convención colectiva de trabajo, en tanto estos instrumentos fijan mínimos indisponibles para las partes.

Antes de la sanción de la ley 26.574 existía una encendida controversia respecto del alcance que debía otorgarse al principio de irrenunciabilidad, es decir, si sólo se refería a los derechos que integran los mínimos inderogables fijados por la ley, los estatutos profesionales y por las convenciones colectivas de trabajo(52), o si también alcanzaba a los mayores beneficios que resultaban del contrato individual de trabajo(53). Una tercera posición sostiene que ningún trabajador acepta —por las suyas— una disminución de los mayores beneficios que emanan de su contrato individual, y que son superiores a los mínimos inderogables impuestos por el orden público laboral, por lo que cabría presumir que la libertad del trabajador se ha visto afectada por el vicio de intimidación y, por lo tanto, tal tipo de acuerdo ha sido impuesto por el empleador bajo amenaza de despido. Sin embargo, dicha presunción sería susceptible de prueba en contrario, pues el empresario podría demostrar que ha hecho un uso funcional de sus prerrogativas, por lo que la amenaza de despedir no ha sido injusta y la modificación propuesta estuvo motivada por exigencias que hacen a la continuidad de la empresa(54).

La ley citada ha zanjado la discusión, pues en forma expresa prohíbe también la reducción o pérdida de los derechos que emanan del contrato individual de trabajo.

26. Cláusulas nulas

Las cláusulas del contrato de trabajo que modifiquen, en perjuicio del trabajador, normas imperativas consagradas por leyes o convenciones colectivas de trabajo, son nulas. Sin embargo, la nulidad de algunas cláusulas no trae aparejada la nulidad total del contrato laboral, sino sólo la sustitución automática de esas disposiciones por las normas que corresponda aplicar.

27. Evasión de normas laborales imperativas

Asimismo es nulo todo contrato por el cual las partes hayan procedido con simulación o fraude a la ley laboral, sea aparentando normas contractuales no laborales, interposición de personas o de cualquier otro medio. En tal caso, las disposiciones de la LCT rigen la relación. El nuevo Código Civil y Comercial impone la misma solución (art. 12).

El art. 14 contempla dos maniobras típicas para eludir la aplicación de las normas inderogables, como son la simulación ilícita y el fraude a la ley laboral(55).

La simulación a que alude la ley es similar a la que en el derecho civil se conoce como simulación relativa (se trata de simular un acto real mediante un acto aparente, conf. art 333 CCyCN). Para lograr esa finalidad se utilizan figuras contractuales no laborales (p. ej. locación de obra y de cosas, el mandato, la sociedad, el contrato de agencia, la representación comercial, etc.), para simular una realidad con la intención, más que de eludir la ley, ocultar su violación. El fraude es una maniobra dolosa tendiente a obtener un provecho con el perjuicio de otro. Un caso típico en esta materia es el abuso de firma en blanco; otro es el de la pérdida de la antigüedad en virtud de "cesiones" o "transferencias" de la relación, que se concretan a partir de la renuncia del trabajador a su puesto anterior(56).

La interposición de personas es otro medio utilizado para evitar la aplicación de normas imperativas. En este caso no aparece el verdadero empleador y sólo actúa como tal un intermediario —un contratista, un hombre de paja—, sin solvencia técnica y económica. La finalidad de este ardid es que el empleador real no resulte responsable por su incumplimiento de las normas laborales.

Otras maniobras para eludir la aplicación de normas imperativas —sea en forma total o parcial— están contempladas por la ley 24.013. Es total cuando se refiere a la práctica fraudulenta de no registrar la relación laboral en los libros y documentos laborales de la empresa ni ante los organismos de la seguridad social (art. 8º), lo cual impide o dificulta al trabajador la prueba de su existencia, a la vez que le niega el goce de los beneficios que consagran las leyes laborales y de la seguridad social. La evasión es parcial cuando estamos ante prácticas fraudulentas consistentes en registrar el inicio del vínculo con una fecha posterior a la real o con una remuneración menor a la verdaderamente percibida (arts. 9º y 10)(57).

El art. 14 recepta otra regla que también emana del principio protectorio, como es la de primacía de la realidad. En el derecho del trabajo no interesa el nombre o la forma escogidos por las partes, aunque ellos aparezcan consentidos o queridos por aquéllas, sino que el juez laboral debe desentrañar la verdadera naturaleza de la relación habida y calificarla de acuerdo con el derecho aplicable. Este principio tiene por finalidad tornar estéril el intento de evadir las normas laborales, las que, como se señalara, son de orden público. En efecto, en caso de discordancia entre el nombre o la apariencia que las partes hubieran utilizado para disimular el verdadero vínculo que las une y la realidad de los hechos, se debe dar preferencia a éstos por sobre la ficción jurídica(58).

Esta preeminencia de la realidad sobre los nombres jurídicos dados a la relación laboral está presente en el art. 21 de la LCT cuando dispone que "Habrá contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación" y también en el art. 23, que establece la operatividad de la presunción respecto de la existencia de relación laboral, aun cuando se hubieran utilizado figuras no laborales, para caracterizar al contrato.

28. Jurisprudencia

Principios de interpretación. Conservación del contrato. Buena Fe

"...Frente a la discrepancia existente entre lo dictaminado por el médico tratante del trabajador (que le otorgó el alta para realizar tareas livianas) y lo expuesto por el médica laboral (que negó que estuviera en condiciones de obtener el alta referida), la empleadora debe arbitrar los medios necesarios para dirimir el conflicto, antes de decidirse a favor del criterio establecido por su médico, en virtud de los principios de conservación del empleo (art. 10 de la LCT) y buena fe (arts. 62 y 63 de la LCT) que deben primar en toda relación laboral...".

CNTrab., sala I, 21/8/2013, "B., P. M. c. Hotelería y Administración SA", LLAR/JUR/57448/2013.

Actos propios. Manifestación de buena fe

"...no caben dudas que la CD enviada por la accionada es una respuesta al reclamo formulado por el actor, por ello insistir en que la actora no ha acreditado haber enviado la misiva intimatoria y el hecho de desconocer la documental que acompaña, resultan argumentos que contrarían la teoría de los actos propios, poco serios frente a los propios dichos de la accionada y resultan prueba suficiente como para concluir que la parte tomó conocimiento de la intimación que oportunamente le efectuó la actora. Adviértase que la teoría de los actos propios constituye una regla de derecho, derivada del principio general de la buena fe, que sanciona como inadmisible toda pretensión lícita pero objetivamente contradictoria respecto del propio comportamiento anterior efectuado por el mismo sujeto...".

CNTrab., sala IV, 29/11/2013, "Barillaro Vecchio, Juan José c. SRL y otro".

Interpretación. Leyes Análogas

"...Ante la inexistencia de normas que —a diferencia de lo que ocurre en el régimen del empleo privado— tabule o cuantifique la medida de la reparación correspondiente, entiendo que debe acudirse a los principios de leyes análogas, ya que la regla de interpretación prevista en el art. 16 del Código Civil excede los límites del ámbito del derecho privado, los trasciende y se proyecta como un principio general, vigente en todo el orden jurídico interno (CSJN, 'Husen, Mirta Silvia c. Estado Nacional — Min. de Cultura y Educación de la Nación', Fallos: 325:662). Desde esta perspectiva, el examen de las normas que fijan pautas indemnizatorias por pérdida del empleo y que guardan mayor analogía con la situación discutida en autos conduce a encontrar una solución razonable y equitativa en el Régimen indemnizatorio previsto en la Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional...".

CNTrab., sala IV, 17/5/2011, "Allende, Santiago c. Superintendencia de Seguros de la Nación".

Interpretación. Justicia Social

"...Tiene categoría constitucional el principio de hermenéutica jurídica in dubio pro justitia socialis —el cual es aplicable a la interpretación de las leyes procesales—, en virtud del cual las leyes deben ser interpretadas a favor de quienes, al serles aplicadas, consiguen o tienden a alcanzar el bienestar, esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad... la interpretación analógica restrictiva de un derecho social contraría la uniforme jurisprudencia de esta Corte".

CSJN, 13/9/1974, "Berçaitz, Miguel Ángel", Fallos: 289:430, LLAR/JUR/103/1974.

Interpretación. Principios de equidad

"...cualquier duda que podría suscitar la cuestión, debe ser resuelta a favor del plazo más extenso, en la inteligencia de que como predica nuestro más Alto Tribunal de la Nación, la prescripción en materia patrimonial, debe ser analizada con criterio sumamente restrictivo porque, si bien es una defensa legítima, no debe olvidarse que podría contrariar algunos principios de equidad...".

CNTrab., sala II, 22/6/2006, "Zenavilla de Veliz, Ramona Arminda y otros c. Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos y otro".

Interpretación. Principios generales del Derecho del Trabajo

"...Entiendo que el trabajador puede oponerse al contenido del recibo de haberes aparecido en el incidente de verificación del concurso de la demandada, ya que lo autoriza el art. 60 de la LCT interpretado contextualmente en el marco de los principios generales del derecho del Trabajo, ya que el art. 1028 del Cód. Civil debe ser leído con adecuación al principio de realidad, propio del Derecho del Trabajo. Y en autos quedó probado la real fecha de ingreso del actor con la prueba irrefutable, que debe prevalecer sobre la literalidad de un recibo de deficiente conformación legal...".

CNTrab., sala VI, 30/7/2012, "Sabolansky, Saúl Isidoro c. Clínica Los Cedros de Tapiales SA".

Irrenunciabilidad de Derechos

"...No es válido el pacto por el cual el trabajador de la industria de la construcción conviene que su salario diario involucre beneficios tales como feriados nacionales pagos, vacaciones, salario familiar y sueldo anual complementario, cubriendo los mínimos legales o convencionales relativos a dichos beneficios...".

CNTrab. en pleno, 15/12/1965, "Chávez, Manuel y otros c. Lutgen, Mora Ricotti", Fallo Plenario nro. 101, DT, 1966-19.

Irrenunciabilidad de Derechos

"...La doctrina del fallo plenario nro. 101 es aplicable a toda norma convencional que establezca el pago de importes salariales imputados genéricamente a sueldo anual complementario, vacaciones y toda otra carga o beneficio social...".

CNTrab. en pleno, 9/12/1974, "Fraga, Jorge A. c. Adm. Gral. Emisoras Com. de Radio y Tv", Plenario nro. 203, LA LEY, 1975-A, 354.

Irrenunciabilidad de Derechos

"...Ante la supresión o rebaja de premios y plus acordados al margen del salario establecido por ley o convención colectiva, el trabajador que no disolvió el contrato por injuria tiene derecho a la integración de su remuneración con los rubros excluidos...".

CNTrab en pleno, 5/8/1971, "Bonet, Ángel y otros c. Sadema SA", DT, 1971-608.

Irrenunciabilidad de Derechos

"En el caso de que al trabajador se le rebaje unilateralmente de categoría, si optó por mantener el vínculo sólo tiene derecho a percibir la remuneración fijada para aquélla en la cual efectivamente prestó servicios".

CNTrab. en pleno, 25/4/1972, "Serra, Héctor V. c. Empresa Ferrocarriles del Estado Argentino", DT, 1972-450.

Irrenunciabilidad de Derechos

"La imposición de la voluntad del empleador se sustenta en el temor del dependiente de verse privado de su sustento por un distracto, en especial en un mercado de trabajo peculiarmente competitivo, por lo que en realidad la opción conlleva la aceptación del perjuicio y encubre una renuncia de derechos...Si un empleador informa a un trabajador que lo rebajará de categoría, poco espacio queda a voluntad del dependiente para aceptar libremente tal propuesta...Para considerar carente de eficacia jurídica el consentimiento del trabajador pactado tácita o expresamente en un acuerdo, no se necesita la presencia de los vicios de la voluntad a los que se refiere el derecho civil, disciplina que regula las relaciones entre iguales, porque el principio de irrenunciabilidad recepcionado en el art. 12 de la LCT priva de efectos a toda convención que importe una disponibilidad en perjuicio del dependiente o la renuncia a lo que acuerdan normas imperativas...En una relación laboral una de las partes está en condiciones de imponer su voluntad a la otra, por lo que hay que interpretar restrictivamente los alcances de un consentimiento que puede no ser tal".

CNTrab., sala VI, 14/5/1985, "Bariain, Narciso c. Mercedes Benz Argentina SA", DT, 1985-B-1156.

Irrenunciabilidad de Derechos

"...Son disponibles para las partes las condiciones inicialmente pactadas en el contrato de trabajo, siempre que esto no implique una derogación de los mínimos legales establecidos por ley o convenio aplicable...Es válido el acuerdo en virtud del cual las parte pactan nuevas condiciones de trabajo para el futuro, aun siendo más perjudiciales para el trabajador, pues esta sola circunstancia no implica un vicio en la decisión de éste de aceptarlas, que demuestre la falta de voluntad en la decisión ejercida...".

CNTrab., sala III, 30/8/1985, "Casterán, Gustavo y otro c. Raña Veloso, Raúl", TySS, 1985-1211.

Irrenunciabilidad de Derechos

"...el argumento de que medió en el caso una novación objetiva de las cláusulas contractuales con apoyo en el silencio del trabajador por el lapso anterior a la prescripción, conduce a admitir la presunción de renuncias a derechos derivados del contrato de trabajo, en abierta contradicción con el principio de irrenunciabilidad que emana de los arts. 12, 58 y concs. de la LCT. A ello no obsta la circunstancia de que el empleado haya esperado a la finalización de la relación laboral para efectuar su reclamo, puesto que atento a lo preceptuado por los arts. 256, 259 y 260 del mismo cuerpo legal, no estaba obligado a hacerlo hasta el agotamiento del plazo establecido en la citada normativa, máxime cuando el pago insuficiente de obligaciones originadas en las relaciones de trabajo debe ser considerado como entrega a cuenta del total adeudado aunque se reciba sin reservas...".

CSJN, 12/3/1987, "Padín Capella, Jorge c. Litho Formas", Fallos: 310:558, TySS, 1987-790.

Irrenunciabilidad de Derechos

"... En el marco de las disposiciones previstas en los arts. 897, 900 y 937 del Cód. Civil, el acuerdo expreso del trabajador, para ser válido, debe corresponder a una actitud ejecutada con discernimiento, intención y libertad. Pero —sin perjuicio de lo establecido en el art. 939, Cód. Civil— el despido sin justa causa no es un derecho del empleador sino un acto ilícito que, no obstante su eficacia jurídica, genera la obligación de indemnizar (art. 245, Ley de Contrato de Trabajo —DT, 1976-238—), circunstancia que, en la ley laboral no plantea mayor dificultad porque el sistema civil de los vicios de consentimiento ha sido superado por la institución del orden público laboral que desdeña analizar individual y subjetivamente la presión que haya ejercido sobre el trabajador su condición hiposuficiente y prefiere extender la protección a todos los trabajadores, desde una base colectiva y objetiva...Resulta irrelevante que el trabajador no hubiera cuestionado la rebaja de sus remuneraciones ya que su silencio no puede ser valorado como renuncia a derechos conferidos por la ley en el marco del contrato celebrado por las partes y en virtud de lo dispuesto por el art. 260 de la Ley de Contrato de Trabajo (DT, 1976-238) se encuentra facultado a reclamar las diferencias salariales a las que se considera asistido de derecho (arts. 58, 259, 1º, 12 y concs., Ley de Contrato de Trabajo) máxime cuando el trabajador fue despedido sin causa, lo que permite inferir que la conducta del empleador tuvo en miras no solo pagar un salario menor durante la vigencia del contrato, sino también disminuir el costo de un futuro despido".

CNTrab., sala III, 27/10/1999, "Prinetti, Jorge M. c. Bagley SA", DT, 2000-B-1429.

Irrenunciabilidad absoluta. Derechos indisponibles. Rebaja salarial sin contraprestación a favor del trabajador

"...Carecen de toda validez los acuerdos celebrados entre partes, donde la demandada al disminuir los salarios sin contraprestación alguna a favor de los trabajadores, vulnera el principio de irrenunciabilidad contemplado en el art. 12, LCT y la intangibilidad de las remuneraciones. Asimismo, si como contrapartida a dicha reducción la empleadora no acota la jornada ni las obligaciones laborales de los trabajadores, no puede advertirse cuál es la ventaja que reporta el acuerdo en este punto, si nada obtienen a cambio los demandantes. En tal sentido, la crisis de la actividad postal y la pérdida de rentabilidad (aludida en el caso por la accionada) no resulta suficiente, teniendo en cuenta que el riesgo de la empresa está a cargo del empresario...".

CNTrab., sala III, 23/11/2006, "Saccani, Graciela Ester y otro c. Correo Argentino SA".

Irrenunciabilidad de Derechos

"Del conjunto de las normas que integran la legislación laboral se desprende la imposibilidad jurídica para aquellos que se encuentran en situación de dependencia laboral de poder abdicar gratuitamente de cualquier derecho derivado de la relación de trabajo, sea cual fuere el origen del mismo y sea cual fuere la oportunidad en que se realiza (durante la vigencia o con posterioridad a la extinción)...".

CNTrab, sala X, 26/5/2015, "Frare Claudia y otro c. Embajada del Uruguay en la República Argentina s/diferencias de salarios".

Irrenunciabilidad de Derechos

Los convenios invocados por la demanda no constituyeron una modificación contractual libremente convenida mediante un acuerdo en el que ambas partes hicieron concesiones recíprocas ("do ut des"), sino de una imposición unilateral del empleador que irrogó a los actores un perjuicio salarial de modo gratuito, esto es sin ninguna contraprestación a cambio. Tal modificación unilateral tampoco puede validarse como un ejercicio del "ius variandi" en la medida en que afectó un elemento esencial del contrato de trabajo (en el caso, la remuneración) y ello excede las facultades previstas el art. 66 de la LCT. En consecuencia, los acuerdos mencionados por las partes se evidencian inválidos como lo alegaron los actores pues implicaron una renuncia gratuita de derechos laborales irrenunciables, entre los que se incluyen los que reconocen como fuente al contrato individual de trabajo (art. 12 de la LCT, según el texto de la ley 26.574)."

CNTrab., sala X, 26/5/2015, "Frare Claudia y otro c. Embajada del Uruguay en la República Argentina s/diferencias de salarios".

Irrenunciabilidad de Derechos

Toda norma que suprima o reduzca los derechos previstos en las convenciones colectivas o en los contratos individuales es nula y sin valor (art. 12LCT). La ley de contrato de trabajo declara en forma genérica nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos que ella prevé, los contemplados en estatutos especiales o los derivados de convenciones colectivas de trabajo o de los contratos individuales de trabajo, ya sea al tiempo de la celebración del contrato, de su ejecución o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción (art. 12). De tal modo se instaura con vigencia plena el principio de irrenunciabilidad que encuentra aplicaciones concretas en las disposiciones de los arts. 7 (prohibición de pacto de condiciones inferiores a las legales o de convención colectiva), 58 (exclusión de presunciones en contra del trabajador que conduzcan a sostener la renuncia al empleo o a cualquier otro derecho), 119 (prohibición de abonar salarios inferiores a los legales), 131 (prohibición de retenciones, compensaciones o deducciones sobre el salario) 145 (exclusión de renuncias en recibos), 148 (incesibilidad de los créditos laborales), 162 (prohibición de compensar en dinero las vacaciones), 180 (que declara nulos y sin valor los convenios por los cuales se acuerde el despido por matrimonio), 240 (nulidad de la renuncia al empleo sin las formalidades legales), 241 (nulidad de la extinción por mutuo acuerdo sin las formalidades legales), 260 (por el que el pago insuficiente de los créditos laborales efectuado por un empleador será considerado como entrega a cuenta del total adeudado aunque se perciba sin reservas), o la prohibición de retenciones, compensaciones y deducciones sobre el salario (art. 131, LCT).

CNTrab., sala VI, 26/4/2016, "Galarza Marcela Susana y otros c. INC S.A. s/diferencias de salarios".

Supremacía de la realidad

"...desde la perspectiva del principio de 'supremacía de la realidad', consagrado por los arts. 14, 21, 22, 23, 25 y concs. de la LCT resultan inoponibles frente a la configuración de un vínculo que, no obstante la instrumentación adoptada por las partes, la denominación que se atribuya a la retribución, y la posición del actor frente a los organismos fiscales y de la seguridad social, presenta los extremos que definen al contrato de trabajo: subordinación del prestador de tipo jurídica, técnica y económica ante quien se beneficia con sus servicios...".

CNTrab., sala X, 15/7/2010, "Domínguez, Julio César c. O.S.P.E.C.O.N.", LLAR/JUR/42744/2010.

Supremacía de la realidad

"...en cuanto a que la actora emitía facturas, cabe memorar que el contrato de trabajo prescinde de las formas frente a la evidencia incontrastable de los hechos, por lo que ninguna relevancia tienen las manifestaciones que pudieren haber realizado las partes de buena o mala fe para calificar sus relaciones, o incluso, el silencio que la dependiente pudiera haber observado durante el curso de la relación.

CNTrab., sala II, 12/11/2015, "Fierro Paula Cecilia c. Centro Gallego de Buenos Aires Mutualidad Cultura y Acc. Social y otro s/despido".

Fraude

"La Ley de Contrato de Trabajo es una ley antifraude. Así resulta, entre otros, de los arts. 12 sobre irrenunciabilidad, 13 sobre sustitución de las cláusulas nulas, 14 sobre nulidad por fraude laboral, 27 sobre la figura del socio empleado, 28 sobre auxiliares del trabajador, 29 sobre interposición y mediación, 30 sobre subcontratación y delegación, 31 sobre empresas subordinadas o relacionadas, 40 sobre trabajo prohibido y la responsabilidad del empleador, 42 sobre inoponibilidad del objeto prohibido al trabajador, y 58 sobre renuncia al empleo, exclusión de presunciones a su respecto".

CNTrab., sala VI, 19/9/2012, "Fariña Cardozo, Isidro c. Packer, Jorge Alan y otros s/despido", DT, 2013 (abril), 793, con nota de Marcelo E. Sambuccetti. Cita online: AR/JUR/55047/2012.

Acuerdos transaccionales conciliatorios o liberatorios. Su validez

Art. 15. — Los acuerdos transaccionales, conciliatorios o liberatorios sólo serán válidos cuando se realicen con intervención de la autoridad judicial o administrativa, y mediare resolución fundada de cualquiera de éstas que acredite que mediante tales actos se ha alcanzado una justa composición de los derechos e intereses de las partes.

Sin perjuicio de ello, si una o ambas partes pretendieren que no se encuentran alcanzadas por las normas que establecen la obligación de pagar o retener los aportes con destino a los organismos de la seguridad social, o si de las constancias disponibles surgieren indicios de que el trabajador afectado no se encuentra regularmente registrado o de que ha sido registrado tardíamente o con indicación de una remuneración inferior a la realmente percibida o de que no se han ingresado parcial o totalmente aquellos aportes y contribuciones, la autoridad administrativa o judicial interviniente deberá remitir las actuaciones a la Administración Federal de Ingresos Públicos con el objeto de que la misma establezca si existen obligaciones omitidas y proceda en su consecuencia.

La autoridad judicial o administrativa que omitiere actuar del modo establecido en esta norma quedará incursa en grave incumplimiento de sus deberes como funcionario y será, en consecuencia, pasible de las sanciones y penalidades previstas para tales casos.

En todos los casos, la homologación administrativa o judicial de los acuerdos conciliatorios, transaccionales o liberatorios les otorgará la autoridad de cosa juzgada entre las partes que los hubieren celebrado, pero no les hará oponibles a los organismos encargados de la recaudación de los aportes, contribuciones y demás cotizaciones destinados a los sistemas de la seguridad social, en cuanto se refiera a la calificación de la naturaleza de los vínculos habidos entre las partes y a la exigibilidad de las obligaciones que de esos vínculos se deriven para con los sistemas de seguridad social.

Aplicación analógica de las convenciones colectivas de trabajo. Su exclusión

Art. 16. — Las convenciones colectivas de trabajo no son susceptibles de aplicación extensiva o analógica, pero podrán ser tenidas en consideración para la resolución de casos concretos, según la profesionalidad del trabajador.

• Comentario:

29. Acuerdos transaccionales, conciliatorios o liberatorios

El nuevo Código Civil y Comercial Unificado establece que la transacción es un contrato por el cual las partes, para evitar un litigo, o ponerle fin, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones dudosas o litigiosa (art. 1641).

En el ámbito laboral los acuerdos transaccionales sólo serán válidos cuando se realicen con intervención de la autoridad judicial o administrativa, y mediare resolución fundada de cualquiera de éstas que acredite que mediante tales actos se ha alcanzado una justa composición de los derechos e intereses de las partes.

Cabe tener presente que la regla es la irrenunciabilidad de los derechos ya adquiridos, por lo tanto estos acuerdos conciliatorios sólo pueden versar sobre derechos dudosos o litigiosos, nunca sobre créditos cuya existencia admitió el empleador, pues en este último supuesto se violaría el mencionado principio y la autoridad administrativa o judicial no podría homologar el acuerdo, ya que en este caso no existiría una justa composición de los derechos e intereses de las partes. El art. 69 de la ley 18.345, en su versión original, disponía expresamente que "cuando el derecho del trabajador surja de hechos reconocidos por el empleador, no podrá proponerse a las partes soluciones transaccionales". La supresión de dicha locución por la ley 24.635 no afecta la conclusión precedente por aplicación del principio de irrenunciabilidad consagrado por el art. 12 y en atención a lo dispuesto por el citado art. 15(59).

En caso de extinguirse el contrato de trabajo por mutuo acuerdo o por la voluntad concurrente de las partes (conf. art. 241, LCT), no se requiere la homologación del convenio ni la expresión de que se ha logrado una justa composición de los derechos e intereses de las partes, porque no existe una transacción o una conciliación, sólo la decisión compartida por ambas partes de poner fin al contrato de trabajo, y este modo de extinción no genera derecho a indemnizaciones por despido.

Esto es así siempre que no se vulnere el mencionado principio de irrenunciabilidad respecto de los créditos laborales devengados con anterioridad a la extinción.

30. Homologación y cosa juzgada

El art. 15 consagra una excepción al principio de irrenunciabilidad receptado por el art. 12, pues el acuerdo transaccional, conciliatorio o liberatorio, homologado por la autoridad administrativa o judicial, tiene el alcance y valor de la cosa juzgada.

La ley exige la intervención de tales autoridades, pues parte de la premisa que ellas compensan, de alguna manera, la desigualdad que existe entre las partes, por lo tanto no son válidos los actos de esta naturaleza realizados en forma privada(60).

La LCT requiere que las autoridades intervinientes certifiquen que mediante dichos acuerdos se alcanza una justa composición de los intereses y derechos de las partes, justamente con la finalidad de salvaguardar los derechos irrenunciables del trabajador.

Cumplidos tales recaudos el acuerdo tiene el alcance y valor de la cosa juzgada.

Todas las leyes de procedimiento judicial o las reglamentaciones de procedimientos administrativos prevén instancias de conciliación para intentar avenir a las partes y llegar a acuerdos que pongan fin al litigio. En el ámbito nacional, la ley 24.635 creó el Servicio de Conciliación Laboral Obligatorio (SECLO), dependiente del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

31. Las convenciones colectivas no son susceptibles de aplicación analógica

Si bien las convenciones colectivas de trabajo celebradas por una asociación profesional, con personería gremial, con representantes de los empleadores y homologadas por el Ministerio de Trabajo, son de aplicación a todos los trabajadores y empleadores de la actividad, vale decir que tienen efecto erga omnes, ello es sólo en relación con los trabajadores y empleadores que hayan estado representados en la celebración del convenio, ya que el origen de éste es esencialmente contractual, por lo que no está permitida su aplicación analógica a relaciones que no están comprendidas en su ámbito de vigencia personal y territorial. No puede aplicarse a la empresa un convenio colectivo que no suscribió y en cuya celebración no estuvo representada(61).

32. Jurisprudencia

Acuerdos conciliatorios y principio de irrenunciabilidad

"Resulta válido el pago gratificatorio realizado al trabajador compensable, en forma genérica, con cualquier otro crédito que tuviese con motivo de la disolución del vínculo, o derivado de las disposiciones de la ley 9688. La existencia de tales acuerdos no viola el principio de irrenunciabilidad (art. 12 de la LCT), aún en el supuesto de carecer de homologación judicial".

CSJN, 23/8/1988, "Gatarri, Alfredo c. Cometarsa Construcciones Metálicas Argentina, SAIC", Fallos: 312:1244, DT, 1989-A-585.

Acuerdos conciliatorios. Homologación. Requisitos

"...Dado que las condiciones pactadas en el acuerdo conciliatorio alcanzado entre la actora y la codemandada son razonables en atención a la suerte de los rubros en cuestión y no implican ni tácita no expresa renuncia de derechos amparados en normas de orden público, habiendo alcanzado las partes una justa composición de sus derechos e intereses, corresponde que se homologue el acuerdo pasando en autoridad de cosa juzgada conforme lo establece el art. 15 de la LCT y el art. 69 de la ley 18.345...".

CNTrab., sala IX, 11/4/2014, "P., L. E. c. A., S. R. y otros", LLAR/JUR/108919/2013.

Acuerdos conciliatorios. Efectos de cosa juzgada

"Los acuerdos de parte adoptados con intervención y aprobación del Ministerio de Trabajo, tienen el carácter y el alcance de la cosa juzgada".

CNTrab. en pleno, 26/8/1953, "Corujo, Osvaldo c. Doncourt Hnos.", Acta 393, DT, XII-549.

Acuerdos conciliatorios. Efectos de cosa juzgada

"La manifestación de la parte actora en un acuerdo conciliatorio de que 'una vez percibido íntegramente la suma acordada en esta conciliación nada más tiene que reclamar de la demandada por ningún concepto emergente del vínculo laboral que las uniera', hace cosa juzgada en juicio posterior donde se reclama un crédito que no fue objeto del proceso conciliatorio".

CNTrab. en pleno, 29/9/1970, "Lafalce, Ángel y otros c. Casa Enrique Schuster SA", LA LEY, 140-287, DT, 1970-718.

Acuerdos conciliatorios. Efectos de cosa juzgada

"La manifestación del trabajador en un acuerdo conciliatorio de que nada más tiene que reclamar del empleador por ningún concepto emergente del vínculo laboral que los uniera no comprende la acción fundada en el art. 1113 del Cód. Civil".

CNTrab. en pleno, 25/8/1982, "Aizaga, Jorge A. c. I. P. S. A. M. S A", LA LEY, 1983-A, 247, DT, 1982-B-1341.

Exclusión de aplicación analógica de las convenciones colectivas de trabajo

"...resulta inaplicable el CCT 36/75 a la Entidad Binacional Yacyretá, pues dicho convenio fue suscripto por la Federación de Trabajadores de Luz y Fuerza y distintas entidades representativas de la parte empleadora y tanto aquélla como éstas carecen de representación en relación con los trabajadores de la Entidad y de ésta respectivamente. En consecuencia, dado que tampoco resulta de la causa que resulte aplicable algún otro convenio a dicha Entidad (lo que impide proceder como lo establece el tercer párrafo del art. 245, LCT) y que no corresponde la aplicación analógica de tales normas colectivas (art. 16, LCT), cabe entender que no resulta aplicable en la especie el tope previsto en el segundo párrafo del citado artículo 245...".

CNTrab., sala III, 12/4/2005, "Entidad Binacional Yaciretá c. Eseverri, Esteban s/consignación".

Convenio colectivo. Ámbito material de aplicación

"...La disposición del art. 30 del CCT 308/75, independientemente del carácter normativo, no puede exceder el ámbito material de aplicación y, por ende no puede incidir sobre empresas que no estuvieran representadas por entidad alguna en la suscripción del convenio colectivo. Aun cuando estuviere en plena vigencia el art. 3º de la ley 14.546 que le otorga prevalencia a la Federación Única de Viajantes para representar a los trabajadores viajantes para la celebración de los convenios colectivos válidos para su profesión, ello no implica que cualquiera de los que celebre o haya pactado con alguna o algunas entidades patronales o empresariales, hagan de valer para cualquier empleador, de cualquier actividad que fuere, porque la representación válida de éstos es requisito básico para ello en los términos del art. 9º de la ley 14.250...".

CNTrab., sala VII, 29/10/1993, "Federación Única de Viajantes de la República Argentina y otro c. Etchart, Arnaldo S.A.", DT, 1994-A-212.

Prohibición de hacer discriminaciones

Art. 17. — Por esta ley se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivos de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad.

Art. 17 bis. — Las desigualdades que creara esta ley a favor de una de las partes, sólo se entenderán como forma de compensar otras que de por sí se dan en la relación.

• Comentario:

33. Principio de no discriminación. Normas constitucionales e internacionales

El derecho a la igualdad de trato constituye un derecho humano fundamental toda vez que emana de la dignidad que tiene toda persona. Está reconocido por la Constitución Nacional en el art. 16 y es también otro principio rector de las relaciones laborales. La Carta Magna contiene, en materia laboral, una garantía específica como es la de "igual remuneración por igual tarea" (art. 14 bis).

Los tratados internacionales con jerarquía constitucional reconocen expresamente este derecho al trato igualitario. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que todos los hombres son iguales ante la ley, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición (arts. 2º y 7º). La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre dispone que todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna (art. II). El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que "Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social" (art. 2º, apart. 2º). La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial manifiesta que "Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social" (art. 2º.1, inc. a). En dicha Convención, la expresión "discriminación racial" denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural, o en cualquier otra esfera de la vida pública (art. 1º). La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en su art. 1º, señala que, a los efectos de la citada Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo, que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

La Constitución Nacional, a partir de la reforma del año 1994, introdujo nuevas normas que inducen a la discriminación inversa y a la adopción de medidas positivas. Así establece que "La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral" (art. 37, apart. 2º).

Asimismo, el art. 43, al regular la acción de amparo, amplía su campo de acción, pues, por un lado, dispone que "podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación '... el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines...'" (párr. 2º) y, por otro lado, contempla el llamado hábeas data, que es una acción de amparo para tomar conocimiento de los datos registrados y referidos a una persona con el objeto de discriminarla (párr. 3º).

Por su parte, el art. 75 dispone que corresponde al Congreso Nacional sancionar leyes que consoliden "...la igualdad real de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna..." (inc. 19, apart. 3º) y también "legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad" (inc. 23).

La OIT adoptó distintos convenios contra la discriminación en el mundo del trabajo. La República Argentina ratificó los Convenios nro. 111, sobre discriminación en el empleo y en el ejercicio de la profesión, y nro. 100, relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, por lo que tienen jerarquía superior a las leyes (art. 75, inc. 22, párr. 1º, CN).

La Declaración Sociolaboral del Mercosur establece, en el art. 1º, que todo trabajador tiene garantizada la igualdad efectiva de derechos, tratamiento y oportunidad en el empleo y ocupación, sin distinción o exclusión por motivo de raza, origen nacional, color, sexo u orientación sexual, edad, credo, opinión política o sindical, ideología, posición económica o cualquier otra condición social o familiar, en conformidad con la disposiciones legales vigentes. Los estados partes se comprometen a garantizar la vigencia de este principio de no discriminación. En particular, se comprometen a realizar acciones destinadas a eliminar la discriminación, en lo que refiere a los grupos en situación desventajosa en el mercado de trabajo.

El nuevo Código Civil y Comercial Unificado consagra enfáticamente la Inviolabilidad de la persona humana y dispone que "La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad" (art. 51). Consecuentemente establece que la persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1. (art. 52).

34. Ley de Contrato de Trabajo y normas laborales

La LCT recepta la directiva constitucional de trato igualitario en los arts. 17 y 81. La primera de estas normas establece la prohibición de hacer cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores, por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad, mientras que la segunda dispone: "El empleador debe dispensar a todos los trabajadores igual trato en identidad de situaciones. Se considerará que existe trato desigual cuando se produzcan discriminaciones arbitrarias fundadas en razones de sexo, religión o raza, pero no cuando el diferente tratamiento responda a principios de bien común, como el que se sustente en la mayor eficacia, laboriosidad o contracción a sus tareas por parte del trabajado".

La LCT, además de esta protección genérica, ampara de modo especial a la mujer cuando es despedida en razón de haber contraído matrimonio o bien por su situación de embarazo (arts. 178, 181 y 182).

En materia sindical, la ley 23.551, en su art. 7º, excluye las diferencias por razones ideológicas, políticas, sociales, de credo, nacionalidad, raza o sexo, debiendo las asociaciones sindicales dar un trato no discriminatorio a los afiliados. Asimismo protege a los trabajadores que ocupan cargos electivos o representativos en asociaciones sindicales con personería gremial, en organismos que requieran representación gremial o en cargos políticos en los poderes públicos, pues dispone que no pueden ser despedidos durante el término de un (1) año, a partir de la cesación de sus mandatos, salvo que mediare justa causa de despido. Los representantes sindicales en la empresa, elegidos de conformidad con lo establecido en el art. 41 de la ley, continuarán prestando servicios y no podrán ser suspendidos, modificadas sus condiciones de trabajo, ni despedidos durante el tiempo que dure el ejercicio de su mandato y hasta un año más, salvo que mediare justa causa (art. 48). La ley ampara también al trabajador, a partir de su postulación para un cargo de representación sindical, cualquiera sea dicha representación, y establece que en tal caso no podrá ser suspendido sin justa causa, ni modificadas sus condiciones de trabajo, por el término de seis meses (art. 50). La ley de Asociaciones Sindicales prevé procedimientos específicos destinados a hacer efectivas estas garantías (arts. 47, 52 y 53).

Al respecto, conviene recordar que la CSJN declaró inconstitucional el art. 41, inc. a), de la ley 23.551, ya que sostuvo que esa disposición (en cuanto establece que para ejercer la función de delegado del personal o en comisiones internas y organismos similares en los lugares de trabajo se requiere estar afiliado a una asociación sindical con personería gremial) contradice los principios de democracia y libertad sindical que, según la Constitución Nacional y los convenios y tratados internacionales, deben informar el modelo sindical argentino(62). El Alto Tribunal también declaró inconstitucional el art. 52 de la citada ley de asociaciones sindicales porque, al limitar a los representantes gremiales de los sindicatos con personería gremial los alcances de la protección prevista en la norma, violentaba de manera tan patente como injustificada la esfera en la que el legislador puede válidamente dispensar determinados privilegios a las asociaciones más representativas. La distinción legalmente establecida, esto es, el diferente grado de tutela reconocido a los representantes gremiales, según provengan de sindicatos simplemente inscriptos o de sindicatos con personería gremial, mortifica la libertad sindical respecto de los primeros y de los trabajadores en general, en sus dos vertientes inescindibles: individual y social(63).

La Corte, en referencia a la garantía constitucional de trato igualitario, sostuvo que la ley debe ser "igual para todos en igualdad de circunstancias", sin que ello obste a que el legislador puede contemplar en forma distinta situaciones que considera diferentes. Significa el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se les concede a otros en iguales circunstancias. Consiste en el reconocimiento de que el orden está hecho de desigualdades, y que de la armonización de éstas depende la convivencia social(64).

La ley 25.013 (B.O. del 24/9/1998), en el art. 11, dispuso que será considerado despido discriminatorio el originado en motivos de raza, nacionalidad, sexo, orientación sexual, religión, ideología u opinión política o gremial. En este supuesto, la prueba estará a cargo de quien invoque la causal. La indemnización prevista en el art. 7º de esta ley se incrementará en un 30% por ciento y no se aplicará el tope establecido en el segundo párrafo del mismo. El legislador había considerado discriminatorios los despidos originados en motivos de raza, nacionalidad, sexo, orientación sexual, religión, ideología u opinión política o gremial. El Poder Ejecutivo Nacional, mediante dec. 1111/1998, vetó el artículo y sólo calificó como discriminatorios los despidos vinculados a razones de raza, sexo y religión. Esta norma fue derogada por la ley 25.877 (B.O. del 3/1/2005).

35. Ley 23.592

Esta ley dispone: "Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos 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" (art. 1º).

La ley confiere al sujeto afectado por la discriminación las siguientes acciones: pedir que se deje sin efecto el acto, o bien que cese en su realización, y la correspondiente reparación por daño material y moral. El acogimiento de la primera de las pretensiones lleva a declarar la ineficacia del acto reprochable por ser un acto jurídico de objeto prohibido (conf. art. 953 del Cód. Civil). Dicha norma ha sido receptada por el art. 279 del nuevo Código Civil y Comercial Unificado pues, aunque con diversa redacción, mantiene su télesis, dado que alude a los requisitos que exige el objeto de los actos jurídicos: la posibilidad y su licitud. De lo contrario, el art. 386 del nuevo dispositivo legal establece idéntica sanción: la nulidad.

Un sector de la doctrina y de la jurisprudencia sostiene que ninguna disposición del Derecho del Trabajo admite la sanción de nulidad del despido por causa discriminatoria y que la jurisprudencia de la CSJN no convalida un supuesto de estabilidad absoluta(65), con lo que se estaría afirmando que la nulidad de los actos discriminatorios que permite la ley general en el ámbito del derecho común no opera en el marco de las relaciones laborales, por lo que la conducta discriminatoria sólo puede sancionarse con el pago de una indemnización adicional. Esta postura afirma también que, aun en los casos que la ley laboral presume que el despido tiene una causa discriminatoria arbitraria (embarazo o matrimonio), el despido es eficaz para extinguir la relación contractual, el sistema de presunciones está acotado en el tiempo, y la sanción agravada consiste en el pago de un año de salarios (arts. 177, 178, 181 y 182, LCT). Del mismo modo, en el supuesto de despido de representantes sindicales, la tutela que la ley 23.551 les confiere también está limitada temporalmente(66).

La tesis mayoritaria considera que la ley 23.592 es plenamente aplicable a las relaciones laborales porque la norma en cuestión garantiza enfáticamente a todos los habitantes de la Nación —en pie de igualdad— el pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional. En consecuencia, no existe ninguna razón que justifique excluir de este universo a los trabajadores dependientes, sólo por ser trabajadores. La tesis contraria lleva a que el empleado padezca una doble discriminación, la que resulta de la actitud discriminatoria y la que implica negarle el acceso a las acciones que confiere la ley 23.592 a la generalidad de la población. Negar al trabajador dependiente dicha protección significa, correlativamente, que los empleadores podrían discriminar arbitrariamente sin estar sometidos a las consecuencias que establece la ley para la sociedad en general. En especial, no puede soslayarse que la ley 23.592 califica como actos u omisiones discriminatorios a los determinados por motivos tales como la opinión política "o gremial"; por ende, resulta irrazonable que esta norma no pueda aplicarse a las relaciones laborales, cuando este es el único ámbito en el que puede desarrollarse la actuación gremial. La doctrina que sentara la CSJN al decidir la causa "De Luca, José E.", en cuanto declaró la inconstitucionalidad de las normas que establecían la estabilidad absoluta del trabajador, sólo puede aplicarse cuando se trata de un despido arbitrario, vale decir aquél que carece de justa causa en los términos del art. 242 de la LCT. Pero no puede hacerse una interpretación extensiva de ese criterio cuando está comprobado que el despido tiene una motivación discriminatoria porque, en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio de igualdad y no discriminación tiene un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos, tanto en el derecho internacional como en el interno.

Por otra parte, también resulta inconsistente considerar que la ley 23.592 es aplicable a las relaciones laborales, salvo que la conducta discriminatoria se haya llevado a cabo mediante un despido, pues la protección que confiere la ley se tornaría inoperante ante el acto más grave que puede realizar un empleador, que discrimina por causas prohibidas por la ley. Si el empleador despidió con motivos discriminatorios a un empleado, no puede invocar la garantía de libertad de contratar, porque la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos (conf. art. 1071 del Cód. Civil) y los derechos que reconoce la Constitución Nacional no son absolutos, sino que están sujetos a las leyes que reglamentan su ejercicio (art. 28, CN), y, concretamente, la prohibición de no discriminar que establecen las normas precedentemente citadas constituyen un límite específico e infranqueable a la libertad de contratar y a la libertad de organizar la empresa que tiene todo empleador. Las disposiciones del citado art. 1071 se encuentran contempladas, con idéntico sentido, en el art. 10 del nuevo Código Civil y Comercial Unificado.

Por lo tanto, no existe obstáculo para que el despido sea declarado nulo, pues es la consecuencia natural del acto jurídico de objeto prohibido (arts. 953 y 1044 del Cód. Civil, 279 y 386 del CCyCN), ni tampoco para que se reinstale al trabajador en su puesto de trabajo, ya que el resarcimiento de los daños sufridos debe consistir en la reposición de las cosas a su estado anterior (art. 1083 del Código de Vélez y 390 de la nueva codificación). Asimismo, resultan procedentes tanto el pago de los salarios caídos desde que se dispuso el despido hasta que la reinstalación se haga efectiva como también la reparación del daño moral sufrido por la discriminación(67).

Finalmente, la CSJN ha zanjado la controversia, pues ha resuelto que la ley 23.592 es plenamente aplicable a las relaciones laborales, y por lo tanto corresponde declarar la nulidad de los despidos y la reposición de los trabajadores en sus respectivos puestos de trabajo(68).

El nuevo Código Civil y Comercial Unificado mantiene la télesis de los citados arts. 953 y 1044 pues contempla los requisitos que exige el objeto de los actos jurídicos (posibilidad y licitud) y sanciona a aquellos que no los reúnan con idéntica sanción: la nulidad (arts. 279 y 386). Por su parte, la manda del art. 1083 es contemplada, con igual sentido, por el art. 1740 del nuevo dispositivo legal.

36. Discriminación salarial

El art. 14 bis de la CN consagra la garantía de igual remuneración por igual tarea. El Convenio 100 de la OIT (año 1951), sobre igualdad de remuneración, en su art. 3º, dispone que se deberán adoptar medidas para promover la evaluación objetiva del empleo, tomando como base los trabajos que éste entraña, y que las diferencias que resulten de dicha evaluación objetiva no podrán considerarse contrarias al principio de igualdad. Este principio originariamente estuvo dirigido a regular la situación salarial de la mano de obra femenina pero en la actualidad el criterio debe ser más amplio, con el fin de lograr métodos de fijación de los salarios más equitativos; vale decir que las diferencias remuneratorias deben fundarse en circunstancias objetivas y demostrables de calificaciones y aptitudes(69).

No es contraria al principio de trato igualitario la circunstancia de que una persona sea retribuida por encima del resto de los trabajadores; sí lo es que una lo sea en detrimento de la generalidad. Ello significa que la mayoría no premiada no podrá alegar discriminación; por el contrario, podrá hacerlo el único trabajador postergado. En este caso habrá trato desigual, aun sin considerar ninguna condición personal del segregado.

El trabajador que sufre un acto discriminatorio en el aspecto salarial tiene a su disposición las mismas vías que asisten a los trabajadores ante cualquier otra discriminación arbitraria. Así podría darse por despedido —previas las intimaciones del caso—, por constituir una injuria laboral, por cuanto se ha violado un deber legal (arts. 17 y 81 de LCT). En este caso, a las indemnizaciones previstas por los arts. 231, inc. a), 233 y 245 de la citada ley, podría acumularse la reparación que consagra el art. 1º de la ley 23.592, vale decir, por los daños morales y materiales ocasionados. O bien podría accionar de conformidad con esta última norma, pretendiendo que se deje sin efecto el acto discriminatorio o que cese en su realización y genere la reparación de los daños y perjuicios sufridos o reclamar, con apoyo en la ley laboral, las eventuales diferencias económicas que el acto discriminatorio hubiere causado(70).

37. Carga probatoria

En relación con la prueba, en caso de despido discriminatorio, se presentaron también dos posiciones. Una, que podemos denominar restrictiva, sostiene que una respuesta de nulidad tan intensa como la contemplada en la ley 23.592, ya que se pretende nulificar un despido considerado discriminatorio, requiere la producción de una prueba muy convictiva y una apreciación muy exigente de los elementos acompañados, pues se imputa al empleador una conducta que, sin ser de tipo penal, presenta una grave antijuridicidad, por lo que rige la presunción de inocencia; ningún despido arbitrario debe tenerse por discriminatorio sin una convicción suficientemente profunda, a fin de evitar el riesgo de que los despidos arbitrarios se deslicen poco a poco hacia la protección antidiscriminatoria(71). La otra, en cambio, atiende las serias dificultades probatorias que regularmente enfrentan las presuntas víctimas de actos discriminatorios para acreditar, mediante plena prueba, el aludido motivo, y considera que el medio para superar dicho problema consiste, por un lado, en reducir el grado de convicción que, respecto de la existencia del motivo discriminatorio, debe generar la prueba que recae sobre quien invoca ser víctima de dicho acto, y por el otro, a partir de lo anterior, en la distribución de la carga de la prueba y la medida en que ésta pesa sobre el demandado al que se imputa la responsabilidad por el mencionado acto. En consecuencia, el trabajador tiene la carga de aportar un indicio razonable de que el despido es discriminatorio, para lo cual no basta un mero alegato sino la debida acreditación de la existencia de algún elemento que induzca al tribunal a una creencia racional sobre su posibilidad. Una vez configurado este cuadro indiciario, recae sobre el empleador la carga de acreditar que su actuación tiene causas reales, absolutamente extrañas a la invocada discriminación, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión rupturista. En síntesis, propicia que se aplique la doctrina de las cargas dinámicas de la prueba(72).

La CSJN adoptó esta última tesitura al decidir la causa "Liliana Pellicori c. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/amparo"(73).

38. Discriminación positiva

Cuando se habla de discriminación, algunos autores la circunscriben a la de contenido ilícito, es decir, aquella arbitraria e irrazonable que está fundada en razón del sexo, la raza, las ideas religiosas o políticas de los trabajadores. Sin embargo existe una discriminación llamada positiva, que es aquella desigualdad creada por la ley y que tiene como finalidad promover un determinado sector de la población que históricamente ha sido privado de los derechos que le correspondían. La Constitución Nacional —como se ha señalado— incorporó, a partir de la reforma de 1994, las acciones positivas para garantizar la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios, tanto en la regulación de los partidos políticos como en el régimen electoral (art. 37, párr. 2º).

En nuestro país se han dictado distintas leyes que tienen por objeto implementar políticas proactivas en favor de grupos históricamente discriminados. Por ejemplo, la llamada Ley de Cupo Femenino (ley 24.012), de cupo para personas con capacidades diferentes (ley 25.689), de cupo para liberados en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires (ley provincial 14.301).

El art. 17 bis de la LCT, incorporado por art. 1º de la ley 26.592 (B.O. del 21/5/2010), dispone que las desigualdades creadas por esta ley a favor de una de las partes, en concreto del trabajador, sólo se entenderán como forma de compensar otras que, de por sí, se dan en la relación laboral.

Esta norma es otra manifestación de la llamada discriminación positiva, que pretende contrarrestar las desigualdades que se dan en el trabajo dependiente, ya que este se caracteriza por el diferente poder negocial, que normalmente existe entre el empleador y el trabajador individual.

Al respecto, cabe tener presente que la Comisión Redactora del Anteproyecto del Código Civil y Comercial Unificado señaló como principios que caracterizan al nuevo ordenamiento, entre otros, el de la igualdad y entre sus finalidades "la búsqueda de una igualdad real", para lo cual "desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables" basada en un paradigma no discriminatorio, lo cual debe entenderse como una reafirmación del principio protectorio que caracteriza al Derecho del Trabajo.

39. Jurisprudencia

Discriminación. Género

"...La sentencia que, tras sostener que no se había comprobado un supuesto de discriminación, rechazó el amparo colectivo interpuesto contra la denegación del puesto de trabajo como conductor de transporte público a una mujer, debe ser dejada sin efecto, pues no valoró adecuadamente la prueba, de la que surge que en las empresas demandadas no existen mujeres contratadas y que esa práctica se mantuvo aun después de las sucesivas postulaciones y reclamos de la amparista, ni tuvo en cuenta que las dogmáticas explicaciones de las accionadas, que solo negaron su intención discriminatoria, resultan inadmisibles para destruir la presunción de haber incurrido en conductas y prácticas en ese sentido contra las mujeres en general y contra la reclamante, en particular...".

CSJN, 20/5/2014, "Sisnero, Mirtha Graciela y otros c. Tadelva SRL y otros", LLAR/JUR/15946/2014.

Discriminación. Género

"...Al haberse acreditado la conducta discriminatoria de la empresa que durante años prefirió la contratación de empleados de sexo masculino, corresponde hacer lugar a la acción de amparo interpuesta —en el caso, por una fundación— y condenar a la demandada a que en el futuro contrate sólo personal femenino hasta compensar en forma equitativa y razonable la desigualdad producida... Al limitarse a la mujer, por la sola razón de su sexo, la posibilidad de emplearse en determinadas tareas y condiciones de trabajo —en el caso, en una heladería— se restringe su derecho a elegir una ocupación adecuada a sus aptitudes y necesidades, derecho que, en rigor, no es sino una manifestación del ejercicio de la libertad...".

CNCiv., sala H, 16/12/2002, "Fundación Mujeres en Igualdad y otro c. Freddo SA", LA LEY, 2003-B, 970.

Discriminación. Procedencia del daño moral

"... independientemente del ilícito contractual que supone haber dispuesto un despido sin causa, la demandada adoptó una decisión que aparece directamente relacionada con la afiliación y consiguiente actividad sindical del trabajador y que, por lo tanto, configura un claro acto de discriminación y un ilícito extracontractual cuyas consecuencias debe repararse al margen de la tarifación prevista en la LCT...".

CNTrab., sala II, 26/10/2006, "Chiappara Arroyo c. Trans American Air Lines SA".

Discriminación. Aplicabilidad de la ley 23.592 al ámbito laboral

"...Debe confirmarse la sentencia que ordenó la reinstalación y reparación económica de los trabajadores víctimas de un despido discriminatorio por su actividad sindical con fundamento en el art. 1º de la ley 23.592 —de actos discriminatorios—, pues nada hay de objetable a la aplicación de esa normativa —que reglamenta un principio constitucional de la magnitud del art. 16 de la Constitución Nacional— al ámbito del derecho individual del trabajo, ello por tres razones: 1) nada hay en el texto de ley ni en la finalidad que persigue que indique lo contrario; 2) la proscripción de la discriminación no admite salvedades o ámbitos de tolerancia, que funcionarían como 'santuarios de infracciones': se reprueba en todos los casos, y 3) reviste una circunstancia que hace a la norma por demás apropiada y necesaria en ese ámbito, toda vez que la relación laboral, si algo muestra a estos efectos, es una especificidad que la distingue de manera patente de otros vínculos jurídicos, puesto que la prestación de uno de los celebrantes, el trabajador, está constituida nada menos que por la actividad humana, la cual resulta, per se, inseparable de la persona humana y, por lo tanto, de su dignidad...".

CSJN, 7/12/2010, "Álvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud SA", Fallos: 333:2306, 2313/2315, 2320, 2323, DT 2011 (febrero), p. 329 y LL AR/JUR/77141/2010.

Discriminación. Aplicabilidad de la ley 23.952 al ámbito laboral

"...Corresponde confirmar la decisión de nulificar los despidos y ordenar la reinstalación de los actores, así como también el pago de los salarios caídos, lo que implica considerar la subsistencia del vínculo de trabajo y su presupuesto, la disposición generadora de los salarios, en los términos del art. 103 de la Ley de Contrato de Trabajo (DT, t.o. 1976-238), toda vez que se encuentra acreditado que la empleadora obró en represalia por la creación de una entidad sindical lo cual configuró una conducta discriminatoria" (del voto de la doctora González, en mayoría); "...La protección a la estabilidad que garantiza la Ley de Asociaciones Sindicales se encuentra temporalmente limitada al año posterior al vencimiento del mandato que le hubiera sido otorgado al representante o delegado gremial, por lo que la aplicación del sistema de reinstalación previsto en el art. 52 de la mencionada ley no supone el reestablecimiento por tiempo indefinido de la relación contractual, por ello si se admitiera que un trabajador que no tiene mandato gremial ni plazo de tutela alguno, con motivo de un despido discriminatorio derivado de su actividad sindical, pudiera resultar beneficiado con su reinstalación sin una limitación temporal, llegaría a tener una protección superior a la de cualquier delegado o representante sindical..." (del voto del Dr. Pirolo, en minoría).

CNTrab., sala II, 25/6/2007, "Álvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud SA", DT 2008 (agosto), 891 con nota de Jorge Rodríguez Mancini.

Discriminación. Aplicabilidad de la ley 23.952 al ámbito laboral

"...La ley 23.592 es plenamente aplicable a las relaciones laborales... porque no es admisible que por el solo hecho de poner su fuerza de trabajo a disposición de otro, el trabajador esté impedido de acceder a beneficios conferidos por la ley cuando precisamente es con motivo o en ocasión del trabajo que ha sufrido daños y perjuicios en su persona o en sus bienes. Este disímil tratamiento resulta contrario al orden constitucional, dado que la carta magna consagró el principio de igualdad de trato y enfáticamente dispuso que el trabajo debe gozar de la protección de las leyes, vale decir, que la legislación debe dar al trabajador un amparo mayor o por lo menos igual que el reconocido al común de los habitantes, de modo que el trabajador no puede quedar en una situación más desfavorable respecto de cualquier otro afectado... La tesis contraria lleva a que el empleado padezca una doble discriminación, la que resulta de la actitud discriminatoria y la que implica negarle el acceso a las acciones que confiere la ley 23.592 a la generalidad de la población..." (del voto de la Dra. Porta, en mayoría).

CNTrab., sala III, 29/7/2009, "Camusso, Marcelo Alberto c. Banco de la Nación Argentina", LA LEY del 2/12/2009, 9 con nota de Pablo A. Devoto, LA LEY 2010-A, 3 con nota de Pablo A. Devoto, DT 2010 (febrero), 312 con nota de María Paula Lozano, LLO, con nota de Sebastián Serrano Alou.

Discriminación

"...Corresponde confirmar la sentencia apelada, en cuanto confirmó la de primera instancia, que hizo lugar a la demanda del actor despedido y ordenó su reincorporación, entendiendo que resultaba innecesario tratar el planteo de inconstitucionalidad del art. 18 del Estatuto para el Personal del Banco Central, y en su lugar el caso debía ser resuelto a la luz de una norma más general, la ley 23.592, que determina la nulidad de los despidos discriminatorios, que juzgó demostrado en autos, pues no se advierte que los jueces, para decidir de ese modo, hayan quebrantado el marco de atribuciones y deberes definido por el principio iuria curia novit toda vez que, en ejercicio de las facultades que les son propias, han arribado a un resultado valioso y debidamente fundado tras un adecuado examen del material fáctico y su pertinente encuadre en las disposiciones jurídicas que mejor tutelaban la pretensión del demandante".

CSJN, 28/10/2014, "Monteagudo Barro, Roberto José Constantino c. Banco Central de la República Argentina s/reincorporación" (voto de la mayoría).

"....Cabe puntualizar que, como lo ha definido la Corte Suprema en reiteradas ocasiones, el principio iuria curia novit faculta al juzgador a discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas que la rigen con prescindencia de los fundamentos jurídicos que invoquen las partes, por lo tanto, el ejercicio prudencial de tal atribución, no configura una alteración del principio de congruencia y, por consiguiente, no importa un agravio constitucional. En ningún caso, el nomen iuris utilizado por el demandante ata al juez, quien está constitucional y legalmente investido de imperium para declarar cuál es el derecho aplicable."

CSJN, 28/10/2014, "Monteagudo Barro, Roberto José Constantino c. Banco Central de la República Argentina s/reincorporación" (voto de la mayoría).

Debe confirmarse la decisión impugnada pues, más allá de contar con un fundamento jurídico diverso al postulado en la demanda, guarda total correspondencia con el petitorio inicial, ya que satisface el requerimiento sustancial del actor, es decir, su pretensión de ser reincorporado en el cargo que ocupó o en uno de similar jerarquía, de allí que no se constate transgresión alguna a la directiva que veda a los tribunales fallar extra petita.

CSJN, 28/10/2014, "Monteagudo Barro, Roberto José Constantino c. Banco Central de la República Argentina s/reincorporación" (voto de la mayoría).

"....Es pertinente señalar que el principio de congruencia impone a los jueces y tribunales decidir de conformidad con los hechos y pretensiones deducidas —arts. 34, inc. 4º y 163, inc. 6º del CPCCN—, sin embargo, tal limitación, infranqueable en el terreno fáctico —congruencia objetiva—, no rige en el plano jurídico donde la fundamentación en derecho o la calificación jurídica efectuada por los litigantes no resulta vinculante para el juez a quien, en todos los casos, le corresponde decir el derecho —iuris dictio o jurisdicción— de conformidad con la atribución iura curia novit."

CSJN, 28/10/2014 ,"Monteagudo Barro, Roberto José Constantino c. Banco Central de la República Argentina s/reincorporación" (voto de la mayoría).

"...Corresponde revocar la sentencia impugnada, en la medida que lo resuelto no responde al ejercicio normal del iura curia novit, configurándose un exceso de facultades judiciales por violación al principio de congruencia, pues al resolver como lo hizo el a quo soslayó este principio, ya que en ningún momento el actor demandó la nulidad del despido con sustento en su supuesto carácter discriminatorio, en tales condiciones las decisiones de autos —al alterar las bases fácticas del litigio—, lejos de suplir una omisión del litigante en la calificación jurídica, vino a modificar la pretensión originariamente deducida con mengua del derecho de defensa del demandado, quien por esa vía se vio privado tanto de la oportunidad de controvertir esta nueva imputación, como de ofrecer y producir la prueba conducente a esos fines.

CSJN, 28/10/2014, "Monteagudo Barro, Roberto José Constantino c. Banco Central de la República Argentina s/reincorporación" (del voto en disidencia de los Dres. Lorenzetti y Highton de Nolasco).

Discriminación. Carga de la prueba

"... En los procesos donde se controvierte la existencia de un motivo discriminatorio del acto en juego resultará suficiente, para la parte que afirma haber sufrido tal acto, la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación... La doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación relativa a la carga probatoria del demandado de la razonabilidad del acto que se tilda de discriminatorio no supone la eximición de prueba a la víctima de ese acto, pues, de ser esto controvertido, pesa sobre aquélla la carga de acreditar los hechos de los que verosímilmente se siga la configuración del motivo debatido, ni tampoco implica, de producirse esa convicción, una inversión de la carga probatoria, ya que, ciertamente, en este supuesto, al demandado le corresponderá probar el hecho que justifique descartar el prima facie acreditado...".

CSJN, 15/11/2011, "Pellicori, Liliana Silvia c. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal", Fallos: 334:1387, LLAR/JUR/68958/2011.

Discriminación salarial. Prueba

"Quien alega la existencia de un trato discriminatorio desde el punto vista salarial, debe probar la identidad de situaciones y el trato desigual, es decir, acreditar que quienes ostentan la misma categoría que el dependiente, perciben un salario superior, y al empleador le incumbe demostrar las sinceras razones objetivas que justificaron dicha desigualdad —principios del bien común, como el que se sustente en la mayor eficacia, laboriosidad o contracción a sus tareas—, pues de lo contrario, la decisión del principal resulta arbitraria y fundada en su sola voluntad".

CNTrab., sala I, 29/11/2013, "Espínola, Liliana de las Mercedes c. Galeno Argentina SA", DT 2014 (junio), 1531.

Discriminación. Indicios suficientes

"...En materia de despidos discriminatorios y lesivos de los derechos fundamentales, el trabajador tiene la carga de aportar un indicio de prueba dirigido a poner de manifiesto, el motivo oculto de aquél, para ello no basta una mera alegación, sino que ha de acreditar la existencia de algún elemento que, sin servir para formar de una manera plena la convicción del tribunal, le induzca a creer sobre su posibilidad, y una vez configurado el cuadro indiciario, recae sobre el empleador la carga de acreditar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la vulneración de derechos fundamentales...".

CNTrab., sala V, 14/6/2006, "Parra Vera, Máxima c. San Timoteo SA", LA LEY del 7/7/2006, 7.

Discriminación. Indicios suficientes

"...En materia de despidos en los que se alegan motivos discriminatorios, corresponde seguir el criterio que inclusive rige en sede civil —en donde el principio protectorio y las normas adjetivas que hacen a la facilitación de la prueba en el proceso no son aplicables—, según el cual no corresponde exigir al trabajador plena prueba del motivo discriminatorio, bastando a tal efecto con indicios suficientes en tal sentido (conf. art. 163 inc. 5º CPCCN). En el reparto de cargas procesales, a cargo de la empleadora debe colocarse la justificación de que el acto obedece a otros motivos. Desde tal perspectiva, he puntualizado que la carga probatoria que se impone al empleador en tales casos, no implica desconocer el principio contenido en el art. 377 del CPCCN, ni lo específicamente dispuesto en la ley 23.592, ya que "...quien se considere afectado en razón de cualquiera de las causales previstas en esta ley (raza, nacionalidad, opinión política o gremial, sexo, caracteres físicos, etc.), deberá, en primer lugar, demostrar poseer las características que considera motivantes del acto que ataca...y los elementos de hecho, o en su caso, la suma de indicios de carácter objetivo en los que funda la ilicitud de éste, quedando en cabeza del empleador acreditar que, el despido tuvo por causa una motivación distinta y a su vez excluyente, por su índole, de la animosidad alegada, y ello por cuanto, ante la alegación de un acto discriminatorio, mediando indicios serios y precisos en tal sentido, es el empleador quien debe aportar los elementos convictivos que excluyan la tipificación enrostrada, todo lo cual encuentra sustento en la teoría de las cargas dinámicas probatorias, según la cual, sin desmedro de las reglas que rigen el onus probandi, quien se encuentra en mejores condiciones, es quien debe demostrar objetivamente los hechos en los que sustenta su obrar, máxime cuando las probanzas exigidas pudieran requerir la constatación de hechos negativos...".

CNTrab., sala II, 28/2/2013, "Paracampo, Edgardo César c. Toko Argentina S.A. s/despido".

Discriminación salarial

"... Asiste derecho del empleador a premiar los méritos de sus dependientes con una remuneración superior al convenio colectivo, sin que esta facultad esté condicionada a la prueba de que esos méritos existan, es decir queda dentro del ámbito de su discrecionalidad. Asimismo se establece que la cláusula del art. 14 bis que establece el principio de 'igual remuneración por igual tarea' no es sino la expresión de una regla más general que establece que la remuneración debe ser justa".

CSJN, 26/8/1966, "Ratto, Sixto y otro c. Productos Stani SA", Fallos: 265:242, LLAR/JUR/30/1966.

Discriminación salarial

"Sin establecer presunciones legales, el art. 81 de la Ley de Contrato de Trabajo ha fijado con el carácter de obligación para el principal, la igualdad de trato a sus dependientes en 'identidad de situaciones'. Luego, el tratamiento diferenciado, para no resultar lesivo de derechos debe justificarse en razones objetivas. Por lo mismo, cada una de las partes deberá probar el presupuesto de la norma que invoca como fundamento de su pretensión o excepción: el trabajador deberá acreditar sus circunstancias y quien se excepciona aduciendo que la desigualdad obedece a la valoración de los méritos del dependiente o a circunstancias de bien común, debe acreditar estas afirmaciones...".

CSJN, 23/8/1988, "Fernández Estrella c. Sanatorio Güemes SA", Fallos: 311:1602, DT, 1989-A-580.

Discriminación salarial. Tareas y no categoría como módulo de comparación

"En virtud de lo previsto en el art. 14 bis de la CN y en el art. 81 de la LCT y habiéndose acreditado que el trabajador realizaba idénticas tareas de reposición que otro que percibía una remuneración mayor él, corresponde hacer lugar al reclamo por las diferencias remuneratorias, pues, si bien la empleadora sostuvo que ambos revestían diferentes categorías, lo relevante a los fines del reclamo es que realizaban las mismas tarea".

CNTrab., sala I, 18/12/2013, "Castillo, Fabio Damián c. Inc SA", LLAR/JUR/100741/2013.

Inexistencia de discriminación. Pago de adicional por antigüedad

"...El pago de un adicional por antigüedad remunera la permanencia en el lugar de trabajo y la mayor experiencia adquirida; si hay diferencia salarial justificada exclusivamente en la antigüedad del dependiente, esa circunstancia constituye una pauta objetiva que excluye la existencia de discriminación en los términos de los arts. 81 de la LCT y 16 de la CN...".

CNTrab., sala III, 29/5/2009, "Conde, Natalia Andrea c. Hsbc Bank Argentina SA".

Discriminación por edad

"... Los elementos de prueba aportados a la causa dan cuenta acabadamente de que uno de los parámetros que tuvo en cuenta la demandada para el diseño de la política de despidos dispuesta en el marco del proceso de reestructuración empresaria fue la edad de los trabajadores. Repárese en que la empleadora no invoca razones que expliquen la incidencia de esta medida en la superación de la crisis económico - financiera que padeció entre los años 1999 y 2001. Desde tal perspectiva, considero que la política empresaria de despedir a trabajadores en función de su edad configuró un acto de discriminación ilegítima y por ende, dado que los actores superaban los 55 años al momento de la cesantía, no cabe otra solución que concluir que la demandada actuó en forma discriminatoria al prescindir de sus servicios".

CNTrab., sala lll, 30/5/2008, "Privitera, Héctor Eduardo y otros c. Peugeot Citroen Argentina SA".

Tiempo de servicio

Art. 18. — Cuando se concedan derechos al trabajador en función de su antigüedad, se considerará tiempo de servicio el efectivamente trabajado desde el comienzo de la vinculación, el que corresponda a los sucesivos contratos a plazo que hubieren celebrado las partes y el tiempo de servicio anterior, cuando el trabajador, cesado en el trabajo por cualquier causa, reingrese a las órdenes del mismo empleador.

Plazo de preaviso

Art. 19. — Se considerará igualmente tiempo de servicio el que corresponde al plazo de preaviso que se fija por esta ley o por los estatutos especiales, cuando el mismo hubiere sido concedido.

• Comentario:

40. Definición de tiempo de servicio

Las normas laborales, frecuentemente, reconocen ciertos beneficios a los trabajadores en atención de la antigüedad de la relación; por lo tanto, es común que los empleadores intenten que los trabajadores no adquieran esa antigüedad. Una manera de evitar la acumulación de antigüedad podría consistir en despedir y retomar al trabajador o bien formalizar sucesivos contratos a plazos fijos y breves(74).

Para impedir este tipo de fraudes, la LCT, en el art. 18, precisa que cuando se concedan derechos al trabajador en función de su antigüedad se considerará tiempo de servicio el efectivamente trabajado desde el comienzo de la vinculación, el que corresponda a los sucesivos contratos a plazo que hubieren celebrado las partes y el tiempo de servicio anterior, cuando el trabajador, cesado en el trabajo por cualquier causa, reingrese a las órdenes del mismo empleador.

De los términos de la norma resulta que no se considera tiempo de servicio la suspensión por causas imputables al trabajador —huelgas ilícitas, incapacidad por enfermedad originada en culpa del propio trabajador, los casos de suspensión disciplinaria—, el estado de excedencia (art. 184 de la LCT) y el período correspondiente a la conservación del empleo (art. 211 de la ley citada)(75).

En cambio, se computan como tiempo de servicios los períodos en los cuales el trabajador esté eximido de prestarlos por causas que no le son imputables, con independencia de que durante esos períodos perciba o no remuneración. Así deben computarse como tiempo de servicios los lapsos correspondientes a suspensiones por fuerza mayor y falta o disminución de trabajo (arts. 220 y 221, LCT), como también las ausencias por accidente o enfermedad inculpable (art. 208).

El reingreso del trabajador a las órdenes del mismo empleador permite computar el tiempo de servicio anterior y, en el supuesto de mediar despido incausado, podrán deducirse las indemnizaciones que hubiera percibido con motivo de la extinción del contrato anterior (art. 255, LCT).

En el caso de trabajo a plazo fijo o eventual se debe sumar el tiempo de servicio de cada contratación a los efectos del cómputo de la antigüedad. Si se trata de un trabajo de temporada, sólo se computa el tiempo de trabajo efectivo. La solución legal coincide con la adoptada por la jurisprudencia(76). También corresponde computar como tiempo de servicio el período de prueba, en tanto el contrato continuase después de transcurrido el período de prueba (conf. art. 92 bis, inc. 6º de la LCT)(77).

No obstante la falta de prestación efectiva de servicios, la ley considera como período de trabajo, a los efectos del cómputo de la antigüedad, el tiempo en que el trabajador debía prestar el servicio militar obligatorio o el lapso durante el cual el trabajador hubiera desempeñado un cargo electivo en el orden nacional, provincial o municipal, o cargos electivos o representativos en asociaciones sindicales de trabajadores con personería gremial o en organismos o comisiones que requieran representación sindical (conf. arts. 214, 215 y 217 de la LCT)(78).

41. El plazo del preaviso

Se considera igualmente tiempo de servicio el que corresponde al plazo de preaviso que fija la LCT o los estatutos especiales, cuando el mismo hubiere sido concedido (art. 19). Este fue también el criterio adoptado por la jurisprudencia(79).

42. Reingreso del trabajador jubilado

En caso de que el trabajador titular de un beneficio previsional de cualquier régimen volviera a prestar servicios en relación de dependencia, sin que ello implique violación a la legislación vigente, el empleador podrá disponer la extinción del contrato invocando esa situación, con obligación de preavisarlo, y abonar la indemnización en razón de la antigüedad prevista en el art. 245 o, en su caso, lo dispuesto en el art. 247. En este supuesto, conforme lo dispuesto por el último párrafo del art. 253 —incorporado por el art. 7º de la ley 24.347 (B.O. del 29/6/1994)—, sólo se computará como antigüedad el tiempo de servicios posterior al cese.

En los tribunales se discutió cómo debía computarse el tiempo de servicio de aquellos trabajadores que, pese a haber obtenido el beneficio previsional, continuaron trabajando para el mismo empleador sin ninguna interrupción y la jurisprudencia plenaria de la Capital Federal decidió que en este caso debía aplicarse también ese último párrafo; vale decir que sólo se computará como antigüedad el tiempo de servicios posterior a la obtención de la jubilación(80).

43. Jurisprudencia

Tiempo de servicio. Licencia por enfermedad inculpable

"...memoro que el art. 18 de la LCT considera tiempo de servicio al 'efectivamente trabajado'. Pero ello no significa que corresponda excluir del cómputo de antigüedad a la licencia remunerada que prevé el art. 208 del mismo ordenamiento e incluso al lapso temporal de conservación del empleo (art. 211 ídem). La finalidad del legislador ha sido la de conceptualizar a la antigüedad en el empleo como 'extensión de la duración del vínculo' porque una interpretación diferente no brinda explicación a la inclusión como tiempo de trabajo a los efectos del cálculo de la antigüedad a la licencia por ocupar cargos electivos (art. 215) o por cumplimiento del servicio militar (art. 214) o por el ejercicio de funciones sindicales (art. 217)...".

CNTrab., sala X, 27/3/2012, "Dogliotti, Laura Elizabeth c. Inortrau SA...".

Tiempo de servicio. Excedencia

"...la actora se acogió al estado de excedencia y que de conformidad con lo dispuesto en el art. 184, último párrafo, de la LCT, ese período no se puede computar como tiempo de servicio...".

CNTrab., sala III, "Carbonell, Cora Inés c. Amadeus Argentina SA".

Tiempo de servicio

"...A los fines de establecer la antigüedad de quien se desempeñó primero para el Estado y luego para una sociedad perteneciente a éste, debe considerarse que se trata de dos empleadores distintos ya que la circunstancia de que esta última presente el carácter de público no permite desplazar el principio general de que las personas jurídicas de existencia ideal cuentan no sólo con patrimonio específico sino con autonomía, más allá de que pudieran tener que remitir al erario público...".

CNTrab., sala I, 29/6/2012, "Alarcia, Gustavo Alejandro c. Telam Sociedad del Estado", DT 2013 (febrero), 295 con nota de Carlos Pose.

Tiempo de servicio. Huelga ilícita

"...En esta situación, la decisión de no trabajar no tiene fundamento en el ejercicio de un derecho, de manera que hay un incumplimiento liso y llano de su deber contractual imputable al empleado, con prescindencia de si ello es suficiente o no para que la otra parte resuelva la relación, por lo cual no son válidas las en el caso las razones esgrimidas para considerar el tiempo transcurrido como trabajo efectivo...".

CNTrab., sala I, 25/11/1965, DT, XXVI-278, CTrab., Santa Fe, 17/2/1964, LA LEY, XXV-233, nro. 632.

Tiempo de servicio. Incumplimientos imputables al trabajador

"...En el supuesto de un contrato permanente y con prestación discontinua, el tiempo de servicios a los efectos del cálculo de la indemnización por antigüedad del trabajador (art. 18, LCT) debe medirse en principio por la duración del período en que aquél se encuentra a disposición del empleador sin incurrir en incumplimientos contractuales que le sean imputables y con independencia del eventual derecho al cobro de la remuneración durante el mismo...".

SC Buenos Aires, 17/5/1994, "Barberis, Magdalena Catalina c. Club Atlético Colegiales".

Tiempo de servicio. Preaviso omitido

"...Cuando el dependiente ha sido despedido intempestivamente, no corresponde sumar a la antigüedad el plazo del preaviso omitido...".

CNTrab. en pleno, 1/10/1970, "Quevedo, Clara Luz c. Consorcio de Propietarios Gascón 899", DT, 1970-786.

Trabajo de temporada. Tiempo de servicio computable

"... En el trabajo de temporada, a los efectos de establecer el monto de las indemnizaciones derivadas del despido, se computa como antigüedad el tiempo trabajado durante los períodos de actividades de la explotación...".

CNTrab. en pleno, 13/5/1959, "Bonanata Gorizia, Emma c. Nestlé SA", LLAR/JUR/12/1959.

Reingreso del trabajador jubilado

"...Tanto en el caso del empleado que continúa trabajando luego de obtener la jubilación o que reingresa a las órdenes del mismo empleador, la antigüedad a computarse debe ser la comprendida a partir del otorgamiento del beneficio...".

TS Córdoba, sala laboral, 17/4/1998, "Agüero, Aldo c. Cadol S.C.", DT, 1998-B-2467.

Jubilado que continúa trabajando sin interrupción

"...Es aplicable lo dispuesto por el art. 253, último párrafo, LCT, al caso de un trabajador que sigue prestando servicios sin interrupción a las órdenes del mismo empleador, luego del goce del beneficio de jubilación...".

CNTrab. en pleno, 5/6/2009, "Couto de Capa, Irene Marta c. Aryva SA", LA LEY del 16/6/2009, 11.

Gratuidad

Art. 20. — El trabajador o sus derecho-habientes gozarán del beneficio de la gratuidad en los procedimientos judiciales o administrativos derivados de la aplicación de esta ley, estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo.

Su vivienda no podrá ser afectada al pago de costas en caso alguno.

En cuanto de los antecedentes del proceso resultase pluspetición inexcusable, las costas deberán ser soportadas solidariamente entre la parte y el profesional actuante.

• Comentario:

44. Principio de gratuidad en los procedimientos judiciales y administrativos

El art. 20 de la LCT consagra también otra directriz como es la de gratuidad en los procedimientos judiciales o administrativos, derivados de la aplicación de normas laborales, tanto para el trabajador como para sus derecho-habientes.

Esta regla es también manifestación del principio protectorio receptado por el art. 14 bis de nuestra Carta Magna y está destinada a que la cuestión patrimonial no impida al trabajador el acceso pleno a la jurisdicción, derecho reconocido tanto por la Constitución Nacional (arts. 14 bis y 18) como por la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8º) .

La norma citada tiene por finalidad asegurar la plena vigencia de los derechos reconocidos por ley al trabajador, eliminando las trabas que implicaría someterlo a exigencias previas o responsabilidades ulteriores, como consecuencia del adecuado ejercicio que haga de sus derechos(81).

El beneficio ampara al trabajador con independencia de su condición patrimonial, de sus ingresos, de tener lo indispensable para procurarse su subsistencia, de percibir un salario o disponer de otros bienes.

La gratuidad alcanza al pago de la tasa de justicia u otros gravámenes y se extiende a lo largo del proceso, por lo que el trabajador no está obligado a realizar los depósitos exigidos por las normas adjetivas para acceder a instancias revisoras.

45. Diferencia con el beneficio de litigar sin gastos

El beneficio de litigar sin gastos que establecen las normas procesales generales, depende de la petición de la parte y de la decisión del juez, mientras que la gratuidad que prevé el art. 20 de la LCT es de aplicación automática. El solo hecho de reclamar un derecho fundado en normas laborales produce la automática aplicación del principio de gratuidad(82).

El beneficio de gratuidad previsto en el art. 20 de la LCT y la exención de gravámenes que establecen las normas adjetivas de carácter laboral están destinados a remover cualquier obstáculo de índole económica en aras de favorecer a los trabajadores el acceso al sistema judicial, pero no significa que el trabajador esté eximido de afrontar las costas del juicio cuando así corresponda por aplicación de las normas procesales(83).

46. Inembargabilidad de la vivienda del trabajador

El citado art. 20 dispone también que la vivienda del trabajador no puede ser afectada al pago de costas en caso alguno, lo que significa que es inembargable. Esta disposición ubica a la vivienda del trabajador en la categoría de bienes exceptuados de embargo por la ley (conf. art. 219, inc. 3º del CPCCN).

La protección alcanza sólo a la vivienda, a su morada, es decir, al lugar en el que el trabajador habita. Por lo tanto, los otros bienes de su propiedad son embargables, por lo que obviamente podrían afectarse al pago de las costas del juicio, por ejemplo, aquellos otros inmuebles que no estuvieran destinados a vivienda, vehículos o salarios, en la medida establecida por el art. 120 de la LCT y el dec. 484/1987.

Vázquez Vialard explica también que este beneficio ampara a cualquier trabajador, aunque se trate de un alto empleado y cualquiera sea la condición del inmueble, aun cuando fuere suntuoso. La protección tampoco se extingue porque el trabajador dependiente deviniera trabajador autónomo antes, en el curso o después del juicio, si el litigio que diera lugar al pago de las costas hubiera estado fundado en la existencia de un contrato de trabajo(84).

El beneficio que prevé el art. 20 de la LCT respecto de la vivienda del trabajador es diferente de la afectación de un inmueble al régimen de bien de familia (conf. art. 38 de la ley 14.394), pues para la operatividad de dicho beneficio no se requiere que el trabajador presente ninguna petición al respecto ni tampoco que realice una inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble, sino que la exención se funda en la condición de trabajador que tiene el deudor y en que se trata de un crédito que tiene su causa en una condena al pago de costas procesales en un juicio laboral(85).

El régimen de bien de familia ha sido sustituido por uno nuevo, ya que el Código Civil y Comercial Unificado contempla la posibilidad de afectar un inmueble destinado a vivienda al sistema que el mismo diseña (Libro Primero: Parte General, Título 3: Bienes, Capítulo 3: Vivienda) y en el art. 244, 1er. párr. "in fine" establece que "Esta protección no excluye la concedida por otras disposiciones legales". En consecuencia, la nueva regulación no excluye la protección que confiere a la vivienda del trabajador el art. 20 de la LCT.

47. Pluspetición inexcusable

En cuanto de los antecedentes del proceso resultase pluspetición inexcusable, las costas deberán ser soportadas solidariamente entre la parte y el profesional actuante (art. 20). Esta pluspetición consiste en reclamar en juicio un derecho sin fundamento en norma alguna (o con grave error en la interpretación de ella), o invocando hechos o situaciones inexistentes, con clara conciencia de su falsedad. En el primer caso, la responsabilidad es atribuible al letrado, cuya función es asesorar en cuanto al derecho que asiste al litigante a quien patrocina; en el segundo, salvo que mediara complicidad o grave negligencia por parte de aquel, la responsabilidad es del litigante(86).

Centeno expresa que, para que la pluspetición sea considerada "inexcusable", debe tratarse de un acto consciente, deliberado e intencional de demandar más de lo debido, y señala también que, a su parecer, este tercer párrafo del art. 20 es inconstitucional, pues se trata de una disposición de claro carácter procesal, cuyo dictado corresponde a las provincias (conf. arts. 75, inc. 12, y 116 de la CN)(87).

48. Consejo práctico

Para que la vivienda del trabajador no sea embargada no se requiere que el trabajador presente ninguna petición al respecto ni tampoco que realice una inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble. El trabajador condenado a afrontar las costas del juicio, ante un pedido de embargo sobre su casa-habitación de parte de un acreedor por costas, deberá manifestar su oposición sustentada en lo dispuesto por el citado art. 20, así como acompañar la prueba que acredite que reside en ese inmueble (conf. art. 89 del Cód. Civil). El nuevo Código Civil y Comercial Unificado por ley 26.994, aunque con diferencias de redacción, mantiene el sentido del citado art. 89 en su art. 73.

49. Jurisprudencia

Principio de gratuidad. Embargo de la vivienda. Inexistencia de relación laboral

"...La sentencia que hizo lugar al embargo de la vivienda del trabajador, apartándose de lo dispuesto en el art. 20 de la LCT, en razón de que la condena en costas de aquel se basó en la falta de prueba sobre la relación laboral con uno de los socios codemandados de la empresa fallida para la que aquél trabajó, es arbitraria, por introducir una hipótesis de inaplicabilidad de la norma que ésta no prevé lo cual violenta la pauta interpretativa que desaconseja distinguir donde la ley no distingue... El art. 20 de la LCT, en cuanto determina que la vivienda del trabajador no podrá ser afectada al pago de costas en caso alguno permite observar que la intención del legislador ha sido resguardar ese bien de cualquier intento de ejecución de honorarios o gastos causídicos que aquél deba soportar como consecuencia del rechazo total o parcial de las pretensiones reclamadas con base en el derecho laboral, pues la expresión 'en caso alguno' es determinante y no deja resquicios por los que puedan introducirse excepciones al régimen protector...".

CSJN, 15/5/2014, "Velárdez, Julio César c. Jasnis y Basano SA", LA LEY del 10/6/2014, 7, ED del 30/6/2014, 4, DT 2014 (julio), 1826, con comentarios de Nicolás J. R. Vitantonio y Elsa Porta, LA LEY 15/7/2014, 6 con nota de Alejandro Gabet.

Principio de gratuidad. Falta de depósito exigido por norma procesal

"... Corresponde dejar sin efecto la sentencia del Superior Tribunal de Misiones que declaró inadmisible el recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto por la concubina del causante contra el rechazo del reclamo indemnizatorio previsto por el art. 248 de la LCT, por no haber efectuado el depósito previo exigido por la ley del rito, pues sostuvo que ello privó del acceso a las vías procedimentales al justiciable sin hacerse cargo que la norma nacional reconoce el beneficio de la gratuidad en los procedimientos judiciales o administrativos derivados de la Ley de Contrato de Trabajo, estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo al trabajador o sus derechohabientes" (del dictamen de la Procuradora Fiscal que la Corte hizo suyo),

CSJN, 14/9/2010, "Machado, Epifanio Roque", Fallos: 333:1765, DT 2011 (mayo), 1108.

Principio de gratuidad. Solicitud de quiebra del empleador por parte del trabajador en proceso comercial

"...Es aplicable el beneficio de gratuidad consagrado por el referido art. 20, a quien intentó el cobro de créditos laborales mediante la extensión de la quiebra de su ex empleador, por considerar a la quiebra como una continuación del juicio laboral...".

CNCom., sala C, 13/8/2010, "Compañía Láctea del Sur SA c. Molinos y Est. Brouning SA", LLAR/JUR/56935/2010.

Gratuidad. Alcance

"...El beneficio de gratuidad consagrado por el art. 20 de la LCT no supedita su aplicación a los supuestos de progreso de la demanda o reconocimiento de la relación laboral, sino que es aplicable a todos los procedimientos —judiciales o administrativos— en los que se reclama la aplicación de las normas laborales —LCT, CCT, estatutos profesionales—. Ello a fin de garantizar el acceso pleno e igualitario a la jurisdicción por parte del trabajador, independientemente del resultado del pleito. La eximición de su vivienda del pago de las costas procesales (art. 20, 2º párrafo de la LCT) responde a la misma finalidad y debe ser interpretada en el mismo sentido, máxime teniendo en cuenta que conforme los términos de la ley 'no podrá ser afectada al pago de costas en caso alguno', afirmación que no deja lugar a dudas acerca de la voluntad del legislador...".

JNTrab. nro. 4, 7/10/2003, "Olguin, Ernesto c. Marasco, Haydeé".

Beneficio de gratuidad no implica eximición de costas

"... el beneficio de gratuidad, al que es comparable el de pobreza instituido por el inc. 6º del art. 13 de la ley 24.028, está enderezado a impedir que por razones patrimoniales se dificulte el acceso pleno a la jurisdicción, pero no puede interpretarse como impidiente de la condenación en costas o condicionante de las normas de los arts. 68 y concordantes del CPCCN...".

CNTrab., sala III, 25/10/2007, "Cano, Juan Manuel c. Dota SA de Transportes Automotor".

Diferencia con el bien de familia

"...La diferencia entre la norma del art. 20 de la LCT, que establece que la vivienda del trabajador no puede ser afectada al pago de costas en ningún caso, y el bien de familia estriba en que, en el caso del trabajador no se requiere que formule petición al respecto, y su inscripción aparezca en el Registro de la Propiedad, sino que la que la exención se funda en la condición de trabajador que tiene el deudor y en que se trata de un crédito que tiene su causa en una condena al pago de costas procesales en un juicio laboral...".

CNTrab., sala II, 16/2/1998, "Tabanno, José L. c. Vandentil S.A.", TSS, 1998-983.

TÍTULO II Del Contrato de Trabajo en General

CAPÍTULO I Del contrato y la relación de trabajo

Contrato de trabajo

Art. 21. — Habrá contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios en favor de la otra y bajo la dependencia de ésta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración. Sus cláusulas, en cuanto a la forma y condiciones de la prestación, quedan sometidas a las disposiciones de orden público, los estatutos, las convenciones colectivas o los laudos con fuerza de tales y los usos y costumbres.

Relación de trabajo

Art. 22. — Habrá relación de trabajo cuando una persona realice actos, ejecute obras o preste servicio en favor de otra, bajo la dependencia de ésta en forma voluntaria y mediante el pago de una remuneración, cualquiera sea el acto que le dé origen.

• Comentario:

50. Contrato de trabajo

El contrato de trabajo es aquél por el cual una persona humana(88) compromete su trabajo personal en favor de otra, humana o jurídica, por cuenta y riesgo de esta última, que organiza y dirige la prestación y aprovecha sus beneficios mediante el pago de una retribución. Los sujetos del contrato, por tanto, son por una parte el empleador y por otra el trabajador dependiente(89).

Las partes del contrato laboral, al configurar el vínculo, deben actuar dentro del marco que establecen las normas que tienen carácter de orden público laboral, es decir que deben respetar las condiciones que resultan de las leyes o bien de los convenios colectivos. Sólo podrían apartarse de estos mínimos inderogables para convenir condiciones más favorables para el trabajador.

51. Caracteres

El contrato de trabajo es un contrato típico, conforme la clasificación del art. 1143 del Cód. Civil, que tiene una regulación propia contemplada en la Ley de Contrato de Trabajo y admite modalidades especiales relativas al tiempo o a la forma de la prestación de servicios. También puede ser considerado bilateral o sinalagmático, ya que las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra (art. 1138 del Cód. Civil); a título oneroso, porque las ventajas que procuran a una u otra de las partes no les es concedida sino por una prestación que ella le ha hecho o que se obliga a hacerle (art. 1139 del Cód. Civil y art. 115 de la LCT); conmutativo, porque las ventajas para ambas partes no dependen de un acontecimiento incierto (art. 2051 del Cód. Civil); de ejecución continuada, de tracto sucesivo o de duración, porque existe una ejecución que se prolonga en el tiempo; de carácter consensual, porque queda concluido y resulta eficaz desde que las partes hubiesen manifestado recíprocamente su consentimiento (art. 1140 del Cód. Civil); no formal, porque la ley no le impone una forma determinada para su validez, como por ejemplo, el contrato por tiempo indeterminado y el de temporada. Sin embargo, algunas modalidades de contratación tienen carácter formal porque la ley subordina su validez a la observancia de ciertas formas, como el contrato de trabajo a plazo fijo (art. 90, LCT) y el eventual (arts. 69 y 72)(90).

El nuevo Código Civil y Comercial Unificado, mantiene la referida clasificación de los contratos, en tanto los distribuye en nominados —o típicos— e innominados (art. 970), conmutativos o aleatorios (art. 968) e introduce, por primera vez, la distinción entre formales y no formales (art. 969). Por el contrario, no contempla una norma que, tal como el art. 1140 del Código Civil, clasifique los contratos en consensuales o reales. Estimamos que ello obedece a razones metodológicas que, dada la novedad de la cuestión, deberán ser abordadas por la doctrina.

Otro carácter fundamental es que el trabajo que es objeto del contrato constituye un hacer infungible porque atiende exclusivamente a la tarea y a las condiciones personales del contratado; por lo tanto, el contrato es personalísimo respecto del trabajador(91).

52. Relación de dependencia

La ley no define la relación de dependencia. Es un concepto construido por la doctrina y la jurisprudencia, pero su existencia es la nota que tipifica el contrato de trabajo y lo distingue de otros contratos(92).

La doctrina y jurisprudencia delinearon un concepto generalmente aceptado que reconoce distintos perfiles o facetas que contribuyen a su caracterización. Esos perfiles son el jurídico y el económico. La faceta jurídico- personal se configuraría cuando un trabajador en forma voluntaria se incorpora a una empresa total o parcialmente ajena y, coaccionado por la posibilidad de que el empleador haga cesar la vinculación en caso de desobediencia, se compromete a acatar las órdenes y directivas que le impartan las personas que tienen a su cargo el ejercicio efectivo del poder de dirección, en tanto no se aparten de los términos del contrato y demás normas del Derecho objetivo aplicables(93).

La faceta económica de la dependencia se configuraría en la situación en que el trabajador se asegura el cobro de una retribución, otorgando por anticipado al empleador el derecho de disponer del producto que pueda resultar de su actividad física o mental, utilizada de acuerdo con los términos del contrato y de la ley, para que éste obtenga la mayor utilidad posible o soporte los riesgos de no poder negociar el producto, de hacerlo a menos costo, o de la insolvencia del comprador, y también en la necesidad de incorporarse a una organización empresarial total o preponderantemente ajena para participar en el sistema de generación de bienes y servicios y obtener de éste lo necesario para proveer a la subsistencia propia y familiar(94).

La Ley de Contrato de Trabajo concede relevancia al perfil jurídico de la subordinación, ya que los arts. 4º, 5º y 27 ponen el acento en la facultad de dirección que posee el empresario y en la sujeción a directivas que este puede impartir.

Como se resaltara, resulta relevante que la Comisión Redactora del nuevo Código Civil y Comercial Unificado, en los Fundamentos del Anteproyecto, expresamente señalara que éste "regula tanto los contratos civiles como los comerciales" (Libro Tercero, Título II "Contratos en general"), por lo que es válido concluir que los contratos laborales, que, están destinados a regir un vínculo tan específico como es el atinente al trabajo por cuenta ajena, han quedado al margen de esta regulación.

Para más, al tratar específicamente los contratos de obra y de servicios, el art. 1252, en su segundo párrafo, establece que "Los servicios prestados en relación de dependencia se rigen por las normas del derecho laboral". En los Fundamentos del Anteproyecto, la Comisión Redactora, también de modo expreso, distingue entre servicios autónomos y dependientes y al respecto manifiesta que "La definición del contrato comienza señalando que se actúa independientemente. Este elemento permite una primera división, ya que el trabajo dependiente se encuentra regulado en la ley especial de contrato de trabajo 20.744 y sus modificatorias" y agrega "Para saber cuándo un servicio es dependiente o no se debe recurrir a las normas de la ley de contrato de trabajo". Esta afirmación resulta definitoria, ya que será el juez laboral, quien sobre la base de lo dispuesto por las normas que integran el Derecho del Trabajo, determinara si existe o no relación de dependencia.

En consecuencia, la "discrecionalidad técnica", entendida como la libertad que tiene el prestador de la obra o de los servicios para elegir los medios que utilizará para la ejecución del contrato, extremo que la nueva legislación toma en cuenta para establecer el carácter autónomo del prestador(95) no es relevante, pues a la luz de lo dispuesto por las leyes laborales, esta discrecionalidad no basta por sí sola para descartar la existencia de trabajo dependiente.

Estas directivas expresas, que resultan tanto de los referidos Fundamentos como del texto del citado art. 1252, se proyectan respecto de todos los contratos regulados por el nuevo Código en los cuales se utilizan las locuciones "independiente", "independientemente", "relación de dependencia" (por ejemplo, al establecer el contrato de corretaje —art. 1345—, de agencia —art. 1479—, de franquicia —art. 1520—)(96).

53. Relación de trabajo

El art. 21 de la LCT distingue el contrato de trabajo de la situación de hecho —la relación de trabajo—, y en este caso prescinde del acto o la causa que la motivó.

Esta distinción responde a una situación de orden histórico, que tuvo su desarrollo a partir de la década de los años 20 del siglo pasado, en especial en Alemania. A través de la obra del profesor mexicano Mario De la Cueva, tuvo una amplia difusión en Argentina e impactó a muchos iuslaboralistas, a partir de los años 40 de ese siglo. En esa época, se consideró que podía darse una relación de trabajo sin que ella fuera consecuencia de un trato previo, de un contrato. A ese efecto, se elaboraron distintas teorías, entre ellas la del enganche, en virtud de la cual la relación de trabajo tiene como base el hecho del efectivo ingreso del trabajador a la empresa. Esa teoría trataba de dar una explicación al hecho de la real existencia de la relación, aun cuando el acto jurídico que le habría dado origen fuera nulo, por lo que, aun cuando desde el punto de vista del Derecho Civil no pudiera configurarse una relación válida, bastaba la efectiva prestación de servicios para admitir la existencia de un vínculo jurídico que producía efectos válidos y determinaba la aplicación de las normas laborales(97).

El art. 21 otorga preeminencia al hecho de la efectiva prestación de servicios en relación de dependencia por sobre el acto jurídico que le haya dado origen(98).

Al respecto, Fernández Madrid sostiene que "...La relación de trabajo es la relación jurídica que surge entre el trabajador y el empleador por el hecho de la prestación de los servicios, con independencia del acto jurídico que ha originado dicha prestación. Cuando ese vínculo cobra vida, por la prestación efectiva del trabajo, queda bajo la protección completa del orden público laboral, aun cuando no exista contrato o éste sea nulo o anulado"(99).

Por lo tanto, puede caracterizarse como relación laboral el vínculo que se establece entre las personas privadas de la libertad ambulatoria que trabajan en contexto de encierro, por un lado, y el estado (autoridad penitenciaria —nacional o provincial— o entes descentralizados como el ENCOPE —Ente de Cooperación Técnica y Financiera del Servicio Penitenciario Federal—) con concurrencia de empresas mixtas o privadas, por el otro, dado que, como se expusiera al comentar el art. 2º de la LCT, tanto la ley de ejecución penal (24.660), como el Reglamento General de Procesados que rige en el ámbito federal, disponen que este trabajo debe respetar la legislación laboral vigente(100).

En España, el Estatuto de los Trabajadores confiere el carácter de "relación laboral especial" a "la de los penados en instituciones penitenciarias" (art. 2.1.c).

Presunción de la existencia del contrato de trabajo

Art. 23. — El hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario.

Esa presunción operará igualmente aun cuando se utilicen figuras no laborales, para caracterizar al contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio.

Efectos del contrato sin relación de trabajo

Art. 24. — Los efectos del incumplimiento de un contrato de trabajo, antes de iniciarse la efectiva prestación de los servicios, se juzgarán por las disposiciones del derecho común, salvo lo que expresamente se dispusiera en esta ley.

Dicho incumplimiento dará lugar a una indemnización que no podrá ser inferior al importe de un (1) mes de la remuneración que se hubiere convenido, o la que resulte de la aplicación de la convención colectiva de trabajo correspondiente.

• Comentario:

54. Presunción

El legislador ha establecido una serie de presunciones a favor del trabajador, a fin de la aliviar la difícil actividad probatoria. Estas presunciones son juris tantum, por lo que alteran la carga de la prueba. El art. 23 consagra una presunción relevante que facilita la prueba respecto de la existencia del contrato de trabajo, ya que establece que, acreditada la prestación de servicios, se presume que el vínculo tiene carácter laboral, salvo prueba en contrario.

Un sector minoritario tanto de la doctrina como de la jurisprudencia interpreta que, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 23 de la LCT, se presume el contrato de trabajo en tanto se trate de la prestación de servicios dependientes(101). Esta posición torna estéril la presunción, pues la prueba de este extremo significa probar la existencia misma del contrato de trabajo.

La doctrina mayoritaria y también la jurisprudencia entienden que la prestación de servicios personales infungibles lleva a que el beneficiario de los servicios deba demostrar que ellos no tuvieron por causa un contrato de trabajo. Según Fernández Madrid, la presunción que establece el citado art. 23 tiende a facilitar la prueba de la existencia del contrato: el trabajador debe probar la prestación de servicios para otro y a este último le corresponderá acreditar que esos servicios no son laborales. La presunción legal responde a la naturaleza de las cosas y expresa el principio protectorio(102).

En consecuencia, quien invoca la calidad de trabajador deberá probar la efectiva prestación de servicios y quien desconoce el carácter laboral del vínculo deberá demostrar que las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven, desmienten tal carácter.

55. Circunstancias que desvirtúan la existencia de un vínculo laboral

El art. 23 desplaza la carga de la prueba sobre la parte que tiene interés en negar la existencia del contrato de trabajo, por lo tanto a ella incumbe demostrar que "... las circunstancias las relaciones o las causan que lo motiven..." acreditan que se trata de un servicio no laboral(103).

El receptor de los servicios deberá demostrar que estos fueron realizados por un trabajador autónomo o que se trata de trabajo benévolo, amistoso, familiar, religioso(104). Es decir, deberá acreditar que falta alguno de los elementos que caracteriza el vínculo laboral, por ejemplo: las prestaciones no tienen carácter personal e infungible, no hay onerosidad y por lo tanto falta la relación de cambio. Tampoco existe un vínculo dependiente si no hay inserción en una empresa ajena o si falta la subordinación jurídica.

Asimismo, es eficaz para desactivar la presunción (lo dispuesto por el art. 23, en su párrafo final), respecto a las circunstancias del caso que llevan a calificar como empresario a quien presta el servicio.

56. Circunstancias que no desvirtúan la existencia de relación laboral

A menudo el receptor de los servicios pretende desactivar la presunción prevista por el art. 23, invocando ciertas circunstancias que son irrelevantes. Por ejemplo:

a) La emisión de facturas así como la inscripción de quien presta servicios en carácter de trabajador autónomo ante los organismos impositivos no son eficaces para desmentir la existencia de una relación laboral, ya que frente al denominado "principio de primacía de la realidad", válidamente, puede concluirse que se trata de conductas que obedecen a exigencias del empleador para eludir la aplicación de las normas laborales que resultan indisponibles para las partes (art. 12 de la LCT).

b) Tampoco es importante la falta de exclusividad, porque ésta no es una característica tipificante de la relación de trabajo(105).

c) La circunstancia de que quien presta servicios perciba honorarios en la medida en que cumple la prestación a su cargo no resulta idónea para desvirtuar el carácter laboral de la relación, pues tal denominación no le quita a esos pagos carácter remuneratorio, ya que el salario es la retribución del trabajador dependiente, que constituye la ventaja patrimonial (o "ganancia") que recibe como contraprestación del trabajo subordinado(106).

d) La falta de reclamo por parte del prestador de servicios no permite concluir que no existió un contrato de trabajo ni tampoco puede considerarse que hubo consentimiento de su parte, ya que el paso del tiempo y el silencio del trabajador no pueden ser valorados como renuncia a derechos conferidos por la ley y, en virtud de lo dispuesto por el art. 260 de la LCT, se encuentra facultado a reclamar las diferencias salariales a las que se considera asistido de derecho (arts. 12, 58 y 259 de la LCT).

e) La discontinuidad de las prestaciones no excluye la existencia de un contrato de trabajo, pues es sólo una modalidad de la vinculación que se relaciona con las características de la actividad y con las necesidades funcionales de la empresa(107).

57. Uso de figuras no laborales

La segunda parte del art. 23 determina que la presunción resulta igualmente operativa aun cuando se utilicen figuras no laborales para caracterizar el contrato, y en tanto que por las circunstancia del caso no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio.

Esta disposición complementa al art. 14, que declara "nulo todo contrato por el cual las partes han procedido con simulación o fraude a la ley laboral aparentando normas contractuales no laborales, interposición de personas o de cualquier otro medio".

Sin embargo, la presunción se desactiva cuando se demuestra que quien presta el servicio es empresario, es decir que cuenta con una organización propia, posee establecimiento, giro comercial autónomo, clientela, fija el precio de los servicios, etcétera.

El Código Civil y Comercial Unificado regula los contratos de servicios —antes locación de servicios— (art. 1251), corretaje (art. 1345), agencia (art. 1479) y franquicia (art. 1512), en todos los casos pone el acento en el carácter independiente del prestador del servicio, del corredor, del agente y del franquiciado: Al regular el contrato de servicios precisa que los servicios prestados en relación de dependencia que se rigen por las normas del derecho laboral (arts. 1252, 2º párr.). La exposición de motivos que explica que se distingue "...entre servicios autónomos y dependientes. La definición del contrato comienza señalando que se actúa independientemente; Este elemento permite una primera división, ya que el trabajo dependiente se encuentra regulado en la ley especial de contrato de trabajo 20.744 y sus modificatorias. Para saber cuándo un servicio es dependiente o no se debe recurrir a las normas de la ley de contrato de trabajo. Sin perjuicio de ello, el se establece que el prestador autónomo tiene discrecionalidad técnica, es decir, tiene libertad para elegir los medios que utiliza para la ejecución del contrato..." y el art. 1253 recepta el mismo principio.

A la luz de las normas y principios del derecho laboral, esta discrecionalidad técnica no resulta relevante, pues existen casos en que la dependencia técnica puede no ser intensa, sin perjuicio de la existencia del contrato laboral, por ejemplo, cuando las prestaciones son muy específicas y requieren particulares conocimientos y responsabilidades profesionales.

58. Casos dudosos

58.1. Profesionales universitarios

Se configura un contrato laboral cuando el profesional presta servicios de modo personal (como médico, odontólogo, contador, abogado, etc.), en una empresa ajena, renunciando así al ejercicio independiente de su profesión —en el tiempo y condiciones del contrato—, pues su capacidad profesional está destinada al cumplimiento de fines empresariales ajenos. También los frutos de su trabajo le son ajenos, porque sus ingresos no dependen ya ni de su voluntad ni de su relación con los pacientes o clientes, sino que son fijados por el empresario, quien recibe la prestación y administra lo producido. Correlativamente, también le son ajenos los riesgos de su labor, porque éstos son afrontados exclusivamente por el empleador(108).

Una postura minoritaria considera que no se aplica la presunción prevista por el art. 23 de la LCT a los profesionales universitarios, pues la posesión de un título habilitante que define una aptitud cuasimonopólica es un medio inmaterial que, en los términos del art. 5º de la LCT, es elemento constitutivo de una empresa autónoma(109).

58.2. Becas

El art. 7º de la ley 24.241 del sistema integrado de jubilaciones y pensiones excluye del concepto de remuneración, a los efectos del pago de aportes y contribuciones de la seguridad social, a "las asignaciones pagadas en concepto de becas". Los contratos de becas son contratos atípicos, celebrados entre empresas y entidades educativas o estudiantiles que por su naturaleza se entienden ajenos al derecho laboral, porque están destinados a quienes requieren una particular capacitación. La entidad otorgante tiene la posibilidad de brindar esa formación mediante el pago de una asignación o estímulo, que no posee carácter remuneratorio, para solventar los gastos de los becarios. Se trata, en principio, de vinculaciones no laborales, salvo el caso de fraude (art. 14 de la LCT)(110).

58.3. Pasantías

Hay contrato de pasantía cuando la relación entre un empleador y un estudiante tenga como fin primordial la práctica relacionada con su educación y formación (art. 2º de la ley 25.013, B.O. del 24/9/1998).

El dec. regl. 1227/2001 (B.O. del 5/10/2001) distinguió entre las pasantías relativas a prácticas establecidas en currículas correspondientes a programas educativos oficiales regidas por el dec. 340/1992, las pasantías de la ley 25.165, del año 1999, destinadas a estudiantes universitarios y de educación superior, y las pasantías de la ley 25.013, que se orientan a la formación profesional de estudiantes desocupados.

La ley 26.427 (B.O. del 22/12/2008) derogó todas estas normas y creó el sistema de pasantías educativas en el marco del sistema educativo nacional para los estudiantes de la educación superior (ley 26.206), la educación permanente de jóvenes y adultos (ley 26.206) y la formación profesional (ley 26.058).

"Pasantía educativa" es el conjunto de actividades formativas que realicen los estudiantes en empresas y organismos públicos o empresas privadas con personería jurídica, relacionado con la propuesta curricular de los estudios cursados en unidades educativas, que se reconoce como experiencia de alto valor pedagógico, sin carácter obligatorio.

Este vínculo no tiene carácter laboral y el pasante debe ser mayor de 18 años.

La pasantía se realiza en empresas y organismos públicos o empresas privadas con personería jurídica, con excepción de las empresas de servicios eventuales, aun cuando adopten la forma de cooperativas. Las pasantías no pueden ser utilizadas para cubrir vacantes o creación de empleo nuevo ni para reemplazar al personal de las empresas y organismos públicos o privados.

Tienen una duración mínima de 2 meses y máxima de 12 meses, con una carga horaria semanal de hasta 20 horas, cumplido el plazo máximo establecido; una vacante de pasantía educativa puede renovarse a favor del mismo pasante por hasta 6 meses adicionales.

Los pasantes reciben una suma de dinero, sin carácter remunerativo, en calidad de asignación estímulo. Están incluidos en el régimen de las leyes 24.557 y 23.660 (de riesgos laborales y de obras sociales, respectivamente).

58.4. Taxistas y remiseros

Tanto en el caso del remisero como en el del taxista a porcentaje se deben evaluar las particularidades de cada uno. Resulta relevante determinar si el trabajador puede ser sustituido por otra persona, pues ello demuestra que no se trata de una actividad infungible.

Se configura un supuesto de trabajo subordinado cuando el propietario de un vehículo o de una tropa de taxis se sirve en forma permanente e ininterrumpida de un grupo de trabajadores en un claro estado de dependencia económica y jurídica personal. Este criterio se ha extendido incluso a los taxistas vinculados por un contrato de locación de automotor mediante el pago de una tarifa, acudiendo a las disposiciones del art. 23 de la LCT. En la práctica se utiliza un modo fraudulento de instrumentar la relación, adoptando figuras contractuales no laborales, como por ejemplo la simulación de locación de cosas en la cual el precio del alquiler es una comisión sobre los ingresos. Sin embargo, el vehículo afectado al servicio de taxis constituye "establecimiento", en los términos del art. 5º de la LCT, y su conducción configura la prestación personal de servicios que torna operativa la presunción laboral.

Cabe destacar que la jurisprudencia tiende a considerar al remisero como trabajador autónomo sobre la base de analizar la forma de distribución de los ingresos entre él y la agencia, o la ausencia de la facultad de aplicar sanciones disciplinarias.

58.5. Fleteros

Según una antigua decisión plenaria de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, los fleteros, portadores, acarreadores y afines, no se encuentran amparados por las disposiciones que rigen las relaciones laborales, salvo prueba en contrario, es decir que tienen derecho a tales beneficios cuando prueban fehacientemente que pese a la denominación de tal relación contractual se encuentran ligados por un verdadero contrato de trabajo (CNTrab. en pleno, 26/6/1956, "Sebastián Mancarella y otros c. Viñedos y Bodegas Arizú SA", LLAR/JUR/34/1956).

Esta doctrina ha perdido entidad a partir de la vigencia del art. 23 de la LCT. En los años '90, el dec. 1494/1992, que reguló el transporte terrestre de cargas, intentó atenuar la presunción contendida en el citado art. 23, LCT, al consignar que el transporte prestado a título oneroso, en forma exclusiva o para más de un cargador, y por cuenta de otro que actúa como principal, será considerado en todo caso como contrato de transporte y no como una relación laboral.

El art. 4º, inc. h) de la ley 24.653, define al fletero como aquel "transportista que presta servicios por cuenta de otro que actúa como principal, en cuyo caso no existe relación laboral ni dependencia con el contratante", y el inc. f) define al transportista como el propietario o copropietario de una unidad de carga que opera independientemente, por cuenta propia o de otro, con o sin carácter de exclusividad.

La jurisprudencia ha concluido que esta norma no determina la exclusión de relación laboral en todos los supuestos, sino que deben valorarse las circunstancias del caso; por ejemplo: quién asume los riesgos de la actividad (pago del seguro del vehículo, del seguro de la mercaderías transportadas, gastos de combustible, pago de patentes, etc.), la realización de cobranzas, la toma de pedidos, la obligación de usar uniformes y emblemas de la empresa, el transporte exclusivo, etcétera.

59. Efectos del contrato sin relación de trabajo

En este caso las partes han celebrado un contrato laboral plenamente válido, pero han diferido para más adelante el efectivo cumplimiento de sus respectivas prestaciones. Sin embargo, durante ese lapso están obligadas a observar los deberes de conducta que establece la ley laboral, específicamente, a actuar de buena fe y en forma solidaria (arts. 62 y 63 de la LCT).

Aun cuando la ley establezca que el incumplimiento de un contrato de trabajo antes de iniciarse la efectiva prestación de servicios se juzga por las disposiciones del derecho común, lo cierto es que el trabajador podría exigir al empleador el cumplimiento de la obligación a su cargo —satisfacer el deber de ocupación— (conf. art. 505 del Cód. Civil), o bien una reparación por los daños sufridos.

Las disposiciones del mencionado art. 505 han sido receptadas, con idéntico sentido por el art. 730 del nuevo Código Civil y Comercial Unificado.

El art. 24 impone una presunción iuris et de iure de daño, puesto que el incumplimiento —expresa— "...dará lugar a una indemnización que no podrá ser inferior al importe de un mes de la remuneración que se hubiere convenido, o la que resulta de la aplicación de la convención colectiva de trabajo correspondiente..."(111).

Esta es la reparación mínima. El afectado podrá obtener una indemnización mayor si prueba un daño patrimonial superior, según las normas del derecho común. El afectado puede ser tanto el trabajador como el empleador y cualquiera de las partes podrá reclamar el resarcimiento previsto por la norma. En materia de reparación, rige lo dispuesto por el nuevo Código Civil y Comercial Unificado al regular la responsabilidad civil y más específicamente la función resarcitoria de la misma.

60. Consejos prácticos

Al momento de acreditar o desmentir la existencia de un vínculo laboral es importante establecer quién asume los riesgos económicos de la explotación, por ejemplo en el caso de los fleteros: quién paga los seguros correspondientes a las mercaderías transportadas. También resulta relevante determinar si quien presta los servicios puede ser reemplazado por un tercero y si efectivamente ello ha ocurrido. Otra pauta a tener en cuenta es quién fija el precio de los servicios, pues la existencia de un presupuesto previo por parte de quien va a prestarlos es característica de la existencia de una relación autónoma. También es relevante determinar si el prestador de los servicios cuenta con una organización propia, aunque fuera incipiente, porque tiene giro comercial, establecimiento y dependientes.

61. Jurisprudencia

Contrato de Trabajo Dependencia

"...Es procedente el despido indirecto si los testigos propuestos por ambas partes declararon espontáneamente, sobre hechos de su directo conocimiento, dando suficiente razón de sus dichos, refiriendo las prestaciones realizadas diariamente por el actor vinculadas al objeto de la sociedad demandada, el cumplimiento de horarios, la percepción de porcentajes sobre las cobranzas, el cumplimiento de órdenes e instrucciones emanadas de la casa central de la entidad accionada, todo lo cual demuestra indudablemente que la vinculación entre las partes presentó los elementos esenciales del contrato de trabajo, por existir una clara subordinación económica, técnica y jurídica bajo las cuales el actor cumplía sus tareas a favor de la demandada...".

C2aTrab., Mendoza, 28/12/2010, "Vitale, Agustín Joaquín c. Sistemas Unificados de Crédito Dirigido SA", LLAR/JUR/85815/2010.

Contrato de Trabajo Dependencia

"...Debe rechazarse la existencia de un contrato de trabajo por quien cumplió funciones en una peluquería si la prueba producida no demostró la existencia de notas tipificantes del contrato de trabajo, desde que no logró comprobar que se hallara bajo el poder de dirección jurídica, económica o técnica del demandado...".

TTrab. nro. 1, La Plata, 16/10/2012, "Piselli, Claudio Marcelo c. Akimenco, Pedro Estanislao", LLAR/JUR/61616/2012.

Contrato de Trabajo. Dependencia técnica.

"...Existen casos en que la dependencia técnica puede no ser intensa, sin perjuicio de la existencia del contrato laboral, cuando las prestaciones son muy específicas y requieren particulares conocimientos y responsabilidades profesionales".

CNTrab., sala II, 12/11/2015, "Fierro Paula Cecilia c. Centro Gallego de Buenos Aires Mutualidad Cultura y Acc. Social y otro s/despido".

Contrato de Trabajo. Dependencia

"..No resulta decisivo, para determinar un genuino ejercicio del poder de dirección patronal, las restricciones impuestas a la actividad profesional del médico como producto de la fijación de horarios para la atención de pacientes, del sometimiento a un cierto contralor y de la exigencia de cumplir con diversas reglas propias del ejercicio de la profesión pues, por las circunstancias del caso, dichas medidas pudieron haber sido consecuencia necesaria de la organización y funcionamiento del sistema médico-asistencial en que el reclamante se había incorporado sin que por ello precisamente se altere la naturaleza autónoma de los servicios comprometidos.."

CSJN, 1468/2011 (47-C) Recurso de Hecho, "Cairone, Mirta Griselda y otros el Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires - Hospital Italiano si despido". (Voto concurrente del Dr. Lorenzetti).

"..Con el propósito de establecer el verdadero alcance del vínculo de que se trata, no es posible desconocer el comportamiento asumido (Fallos: 326:3043). El causante, como decisión propia y voluntaria, pudo evaluar la conveniencia de desarrollar su tarea en el centro asistencial demandado del modo efectuado durante más de 32 años, sin manifestar conflicto alguno atinente al encuadramiento jurídico de la relación que los unió... La resolución impugnada tampoco considera la buena fe como deber jurídico de todo comportamiento que genera expectativas en otras personas. La prestación que desarrolló el doctor Estala tuvo el mismo carácter durante todo el tiempo que duró la relación, emitió facturas a través de la "AAARBA" (Asociación de Anestesia, Analgesia y Reanimación de Buenos Aires), y nunca hizo reclamo alguno al respecto. Sólo manifestó su discrepancia al momento del distracto, conducta que contraría sus propios actos y la regla de la buena fe, al quebrar, sin causa fundada, la razonable expectativa de la institución que lo contrató durante tantos años sobre la base de una relación jurídica de servicios autónomos...".

CSJN, 1468/2011 (47-C), Recurso de Hecho, "Cairone, Mirta Griselda y otros el Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires - Hospital Italiano si despido". (Voto concurrente del Dr. Lorenzetti).

Contrato de Trabajo. Presunción

"...Habiéndose comprobado la prestación de tareas por parte de la accionante, corresponde tener por acreditada la existencia de contrato de trabajo por aplicación de la presunción establecida en el art. 23 de la LCT, pues el empleador no cumplió la carga de acreditar que la vinculación existente responde a una característica diferente a la laboral...".

CNTrab., sala VII, 31/3/2014, "M., P. E. c. Hale Construcciones SRL y otro", LLAR/JUR/6388/2014.

Contrato de Trabajo. Presunción

"... La prestación de servicios que genera la presunción iuris tantum prevista por el art. 23 de la Ley de Contrato de Trabajo es la de servicios bajo la dependencia de otro, pues sólo estos son los que se contemplan en la tipificación legal del contrato y de la relación de trabajo (arts. 21 y 22, LCT)...".

SC Buenos Aires, 3/4/2008, "Frigoli, Daniel c. Importadora y Exportadora de la Patagonia SA".

Contrato de Trabajo. Presunción

"...No es procedente la interpretación del art. 23, LCT, que restringe la operatividad de la presunción al caso en que se hayan acreditado servicios prestados en relación de dependencia. De ese modo se esterilizaría el propósito de la norma. La relación de dependencia es, precisamente, la piedra de toque de ese concepto, por momentos inasible, que es el contrato de trabajo. Si existe relación de dependencia existe seguramente contrato laboral, hasta tal punto que ambas expresiones suelen usarse como sinónimas en el ámbito de las relaciones jurídicas. En estas condiciones, afirmar que 'la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo' tan sólo cuando estamos seguros de que tal prestación se ha cumplido en relación de dependencia equivaldría, en la práctica, a sostener que la presunción del contrato de trabajo requiere previa prueba del mismo contrato...".

CNTrab., sala III, 19/8/1997, "Correa, Silvia c. Argenseg SA".

Contrato de trabajo. Circunstancias que desvirtúan la presunción del art. 23, LCT

"...El vínculo afectivo que mantenía el actor con la demandada probado por la totalidad de los testimonios rendidos en la causa, y silenciado llamativamente en la demanda, desvirtúa la aplicación de la presunción del art. 23 de la LCT y en función del principio de primacía de la realidad debe entenderse que el trabajo aportado por uno de los integrantes de la relación concubinaria sólo puede asimilarse al trabajo familiar y es ajeno al concepto de contrato de trabajo...".

CNTrab., sala II, 31/3/2014, "S. S. A. c. Federico Lacroze 2438 SA y otro", LA LEY del 4/7/2014, 6.

Contrato de trabajo. Circunstancias que desvirtúan la presunción del art. 23, LCT

"... Corresponde concluir que el actor prestó servicios en un establecimiento y en el marco de la actividad empresaria organizada y dirigida por su concubina destinada a brindar servicios de remisería para trasladar personas y que no probó que fue dirigido por la demandada ya que no se aprecia configurada la típica nota de ajenidad que caracteriza a toda relación dependiente...".

CNTrab., sala II, 10/10/2013, "Giménez, Pablo Martín c. International Health Services Argentina SA", LLAR/JUR/80240/2013.

Contrato de trabajo. Uso de figuras no laborales. Profesionales

"La circunstancia que el profesional médico haya firmado un contrato en que se califica la prestación como 'locación de servicios' o que percibiera una retribución bajo la denominación de honorarios carece de relevancia a los fines de la caracterización de la relación, toda vez que debe prevalecer el contenido real de la vinculación, así, el rigorismo de las formas cede para que prime la verdad objetiva y la naturaleza concreta de la relación existente...".

CNTrab., sala I, 21/11/2013, "B., G. J. c. P.A.M.I. Instituto Nacional De Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados", DJ del 4/6/2014.

Contrato de trabajo. Exclusividad

"...La circunstancia de que el accionante hubiera trabajado en su propio consultorio o para otra institución no lleva a concluir ineludiblemente que no prestara servicios dependientes para la demandada, ya que la exclusividad no constituye nota tipificante del vínculo laboral...".

CNTrab., sala II, 29/9/2004, "Waisman, Mariana c. Vilguad SA".

Contrato de trabajo. Uso de figuras no laborales

"...Debe concluirse que medió una relación de trabajo dependiente y no un contrato de locación de servicios entre el actor y la demandada, si aquel trabajaba en una oficina dentro del establecimiento de ésta, con materiales brindados por ésta, con los gastos derivados de viajes a cargo de la empresa, en exclusividad durante las horas que permanecía allí, se le abonaba la misma suma mensual —sin variables— y debía rendir cuenta de su labor al gerente de Recursos Humanos...".

Cám. Ap. en lo Civil, Comercial y Laboral de Rafaela, 29/5/2012, "Sieiro, Víctor Eduardo c. Sancor Cooperativas Unidas Ltda.", LLAR/JUR/27632/2012.

Contrato de trabajo. Uso de figuras no laborales. Inscripción ante la AFIP

"...La presunción del art. 23, LCT no puede considerarse desvirtuada por los contenidos de los contratos de locación de servicios suscriptos entre las partes, ni por el hecho de que el actor estuviera inscripto en la AFIP como autónomo y que se le hiciera facturar por el cobro de sus retribuciones...".

CNTrab., sala VI, 29/12/2009, "Flory, Rodolfo c. Ideas del Sur y otros", LLAR/JUR/57794/2009.

Contrato de trabajo. Franquicia

El contrato comercial de franquicia sólo puede entenderse celebrado entre comerciantes, cada uno con un emprendimiento propio y fines diferentes a los del otro, y no es admisible que un trabajador sujeto a órdenes por el pago de un salario sea otra cosa que un dependiente ligado por un contrato de trabajo. Tratándose de un trabajador a quien se pretendió engañar desfigurando un contrato de trabajo, incurriéndose en conducta maliciosa violatoria del orden público laboral, especialmente prevista en el art. 275, párr. 2º de la Ley de Contrato de Trabajo, corresponde condenar a las demandadas a pagar un interés en concepto de sanción de dos veces y media el que cobren los bancos oficiales para operaciones corrientes de descuento de documentos comerciales.

CNTrab., sala VI, 19/9/2012, "Fariña Cardozo Isidro c. Packer, Jorge Alan y otros s/despido", DT, 2013 (abril), 793, con nota de Marcelo E. Sambuccetti. Cita online: AR/JUR/55047/2012.

Contrato de trabajo. Profesionales

"...La sentencia que sostuvo la existencia de una relación laboral entre un letrado y el titular del estudio jurídico demandado debe confirmarse, pues el hecho de que aquél haya trabajado dentro del 'establecimiento' implica la prueba directa de la subordinación de los servicios, en tanto se llevaron a cabo en un ámbito sujeto a un poder jurídico de organización y de dirección ajeno, máxime cuando el accionado no acreditó que aquél contara con una auto-organización económica que permita calificarlo como un profesional independiente...".

CNTrab sala II, 24/9/2013, "C., L. M. c. S., M. M.", DT 2014 (abril), 884.

Contrato de Trabajo. Profesional universitario

"...El hecho de que la trabajadora sea una profesional universitaria no empece la posibilidad de establecer una relación laboral de tipo dependiente, ni tampoco es óbice para que rija la presunción del art. 23 de la Ley de Contrato de Trabajo, ya que aún las profesiones tradicionalmente consideradas como liberales han sufrido sensibles modificaciones en su desenvolvimiento o inserción en el campo social, pudiendo afirmarse que la excepcionalidad que antes se asignaba al desempeño como dependiente de personas con esa capacitación o habilitación, hoy ya es un fenómeno común - El hecho de que la empleadora le comunicara a la trabajadora los horarios en los que debía iniciar la atención de los clientes en la institución demandada no resulta extraño a un vínculo de naturaleza laboral, toda vez que no existe normativa alguna que exija el cumplimiento de un horario determinado o de una jornada mínima a fin de calificar el vínculo como laboral, sino que el orden público laboral se limita a determinar la jornada máxima. Sin perjuicio que la trabajadora fuera la propietaria del láser con el cual brindaba servicios en el centro de estética de la demandada, corresponde concluir que estaba vinculada con ésta mediante una relación de dependencia, toda vez que se encuentra acreditado que se hallaba inserta en una organización empresaria ajena y que percibía una retribución diaria por la prestación de los servicios estéticos que allí brindaba...".

CNTrab., sala IV, 3/3/2010, "C., Josefa Magdalena c. Krista SRL", LLAR/JUR/8880/2010.

Contrato de Trabajo. Profesionales

"...El accionante logró demostrar que trabajó en relación de dependencia para la clínica accionada desde 1977 sin ninguna interrupción hasta octubre de 2001, ya que todas las pruebas aportadas evidencian que el actor prestó servicios de modo personal como médico cardiólogo en el establecimiento asistencial que explota la accionada y abdicó del ejercicio independiente de su profesión —en el tiempo y condiciones del contrato— pues su capacidad profesional fue destinada al cumplimiento de los fines empresariales. Los frutos de su trabajo le fueron ajenos, porque sus ingresos no dependían ya ni de su voluntad ni de su relación con los pacientes, sino que eran fijados por el empresario, quien recibió la prestación y administró lo producido. Correlativamente, también le fueron ajenos los riesgos de su labor, porque éstos fueron afrontados exclusivamente por el empleador, ya que todos los testigos coincidieron en que el instrumental, así como, las instalaciones eran proporcionadas por la clínica sin costo para el actor (arts. 4º, 21, 22 de la LCT)...".

CNTrab., sala III, 29/9/2004, "Beistegui, Mario Rubén Ricardo Aníbal c. San Timoteo SA".

Contrato de Trabajo. Profesionales. Parámetros a analizar

"...Es descalificable el fallo que rechazó un reclamo laboral, al entender que el actor dirigía una organización empresaria en los términos del art. 5º de la Ley de Contrato de Trabajo (t.o. 1976) (Adla, XXXVI-B, 1175), toda vez que se omitió realizar un estudio minucioso de la situación, valorando las particularidades del sistema de contratación de profesionales, a los fines de discernir si mediaban en el caso elementos susceptibles de ser considerados o bien una expresión del 'poder de dirección patronal', o bien una necesaria adecuación de un prestador autónomo a una organización médico-asistencial...".

CSJN, 6/3/2007, "Farini Duggan, Héctor Jorge c. Swiss Medical Group SA", Fallos: 330:372, LLAR/JUR/2456/2007.

Pasantías

"...La pasantía educativa persigue el aprendizaje práctico relacionado con la formación de los pasantes y lo decisivo para determinar la viabilidad de esa modalidad excepcional de vinculación radica en la observancia de su objetivo, esto es, que la actividad involucrada pueda reputarse como una práctica relacionada con la educación y formación de la especialización teórica recibida por el pasante, que lo habilite para el ejercicio de la profesión u oficio elegido...".

CNTrab., sala IX, 30/8/2013, "Riedel, Gabriela Alejandra c. Telefónica de Argentina SA", LLAR/JUR/58367/2013.

Contrato de Trabajo. Remises

"... La demanda laboral iniciada por quien realizaba viajes de remises organizados por la agencia de remis debe rechazarse si este era propietario del vehículo, se hacía cargo de los gastos y no tenía obligación de cumplir un horario ni concurrir días determinados, todo lo cual determina que era una organización integrada por ambas partes...".

CNTrab., sala IV, 24/9/2013, "Maio, Juan Manuel c. Paklaian, Liliana Rosa y otro", LLAR/JUR/68731/2013.

Contrato de Trabajo. Remises

"...Debe entenderse que las partes estuvieron vinculadas por una relación de carácter asociacional si el automóvil que el conductor utilizaba para desarrollar sus tareas de remisero era de su propiedad y la agencia brindaba una organización administrativa que es establecida por la ley, en tanto que la relación de los remiseros con aquélla se aproxima más a un mandato que a una locación de servicios y resulta ajena de una relación de dependencia...".

CNTrab., sala I, 27/3/2013, "Díaz, Héctor Daniel c. Dall'Oro Ángel Salvador y otro", DT 2013 (agosto), 1917.

Fleteros

"...Cuando en la ley 24.653 (art. 4º, inc. h) se establece que el transportista que presta el servicio por cuenta de otro que actúa como principal (el denominado 'fletero') no tiene relación laboral ni dependencia, se refiere, inequívocamente, al 'contratante', vale decir a quien requirió sus servicios; dicho en otras palabras se aclara definitivamente que no existe vinculación laboral con el llamado 'cargador', según la descripción efectuada en el título V del C. de Comercio. Si se trata de una relación anudada entre una persona física y una sociedad dedicada al transporte de carga, al no contener ninguna definición expresa en la ley citada (ni en ninguna otra) se encuentra sujeta a las disposiciones de los citados arts. 21, 22 y 23 y concs. de la LCT...".

CNTrab., sala X, 29/6/2001, "Marote, Juan c. Alpar Service SRL S." del voto del Dr. Scotti (en mayoría), LL AR/JUR/6810/2001.

Fleteros

"...Es necesario destacar que la relación de dependencia en el caso de los 'fleteros' es una cuestión de hecho y prueba, que debe analizarse en cada caso particular, resultando decisivas circunstancias tales como el horario, permanencia, habitualidad, existencia de una zona determinada, exclusividad y control de la actividad etc., lo que puede generar la presunción contenida en el art. 23 de la LCT...".

CNTrab., sala VII, 17/5/2004, "Gai, Marcelo c. Andreani Logística SA".

Contrato sin relación de trabajo

"... La norma aplicable a la falta de inicio de la relación laboral es el art. 24 de la LCT y no el art. 241 que supone una relación efectivamente cumplida..." (mayoría); "...El art. 24 de la LCT remite al derecho común sólo 'a los efectos del incumplimiento', de modo que las formas de extinción se rigen por las normas laborales comunes, es decir, en el caso, el art. 241 de la LCT...". (del voto en minoría del doctor de la Fuente).

CNTrab., sala VI, 24/2/2000, "Ríos Corbo, Julio D. c. Ujihara, Mónica R.", TSS, 2000-983.

Contrato sin relación de trabajo

..."la realización de una medida meramente preparatoria previa al inicio del vínculo contractual —como es el examen médico preocupacional— no puede ser entendida precisamente como una pauta concreta de su existencia que genere obligaciones para las partes. La postura de la recurrente no se sustenta en elemento de juicio alguno del que pueda extraerse el acuerdo de voluntades apto para perfeccionar el contrato de trabajo, habida cuenta su naturaleza consensual y máxime cuando ninguna prueba ha producido para acreditar la firma con fecha 7 de julio del contrato que invocó en la demanda"

CNTrab., 5/2/2015," Gorzalczany Fernando Gastón c.Elektra de Argentina S.A. s/despido".

Sección II - LCT (ley 20.744), arts. 25 al 44. Por Gabriela Palmieri

• Normas aplicables: Ley de Contrato de Trabajo, 20.744: arts. 25 al 44.

CAPÍTULO II De los sujetos del contrato de trabajo (1ª parte)

Trabajador

Art. 25. — Se considera "trabajador", a los fines de esta ley, a la persona física que se obligue o preste servicios en las condiciones previstas en los artículos 21 y 22 de esta ley, cualesquiera que sean las modalidades de la prestación.

Empleador

Art. 26. — Se considera "empleador" a la persona física o conjunto de ellas, o jurídica, tenga o no personalidad jurídica propia, que requiera los servicios de un trabajador.

Socio-empleado

Art. 27. — Las personas que, integrando una sociedad, prestan a ésta toda su actividad o parte principal de la misma en forma personal y habitual, con sujeción a las instrucciones o directivas que se le impartan o pudieran impartírseles para el cumplimiento de tal actividad, serán consideradas como trabajadores dependientes de la sociedad a los efectos de la aplicación de esta ley y de los regímenes legales o convencionales que regulan y protegen la prestación de trabajo en relación de dependencia.

Exceptúanse las sociedades de familia entre padres e hijos. Las prestaciones accesorias a que se obligaren los socios, aun cuando ellas resultasen del contrato social, si existieran las modalidades consignadas, se considerarán obligaciones de terceros con respecto a la sociedad y regidas por esta ley o regímenes legales o convencionales aplicables.

Auxiliares del trabajador

Art. 28. — Si el trabajador estuviese autorizado a servirse de auxiliares, éstos serán considerados como en relación directa con el empleador de aquél, salvo excepción expresa prevista por esta ley o los regímenes legales o convencionales aplicables.

• Comentario:

1. Trabajador. Concepto

Vázquez Vialard sostiene que "trabajador es la persona física que libremente se compromete o directamente realiza, en virtud de un convenio explícito o implícito, una prestación que consiste en la realización de actos, ejecución de obras o prestaciones de servicios en forma remunerada y que dirige otra persona"(1). Krotoschin refiere que "es aquella persona física que libremente presta trabajo para un patrono mediante una relación jurídica de coordinación, pero con carácter dependiente"(2). Martínez Vivot lo definió como "la persona física que personalmente pone su actividad a disposición de un empleador, en forma voluntaria y remunerada, para que aquél la organice y dirija y, además, aproveche en su interés, total o parcialmente, los frutos de la misma"(3). Por su parte, Rodríguez Mancini señala que el trabajador "es la persona física que libremente presta su trabajo personal bajo dependencia de otra, por cuenta y riesgo de esta última, a cambio de una remuneración"(4).

Al respecto, cabe señalar que el nuevo Código Civil y Comercial Unificado adopta la expresión persona humana (Libro Primero, Parte General, Título I).

El trabajador adquiere tal calidad desde la celebración del contrato, es decir, desde que asume la obligación de prestar servicios a favor del empleador, aun cuando el contrato de trabajo no llegue a ejecutarse.

2. Requisitos

a) El trabajador debe ser siempre una persona humana y no puede ser nunca una persona jurídica.

Al respecto, Krotoschin precisa que "una persona jurídica no puede prestar trabajo personalmente; sólo puede comprometerse a prestar servicios por intermedio de personas físicas, sin que importe el vínculo en que estas personas se hallen con la persona jurídica"(5). De ahí que, a fin de conjurar el fraude a la ley laboral, incluso en los casos en los que la relación laboral se oculta detrás de un contrato entre empresas, la ley establece que se ha entablado un contrato de trabajo por equipo y cada uno de sus integrantes será trabajador dependiente del tercero a quien se hubieran prestado efectivamente los mismos (art. 102, LCT).

b) La persona debe obligarse libre y voluntariamente.

Ello implica que las tareas deben ser aceptadas voluntariamente por el trabajador, sin que se ejerza sobre él ninguna coacción. Por ende, quedan excluidos de esta caracterización los servicios prestados con carácter forzoso, como ocurre en el caso de los penados o los prisioneros de guerra(6). Sin embargo, cabe tener presente en relación con los penados, como se señalara precedentemente, al comentar el art. 2º, que la ley 24.660 de ejecución penal establece que el trabajo voluntario de estos sujetos debe respetar la legislación laboral vigente (art. 107, inc. g) y el Reglamento General de Procesados, en el ámbito federal, contiene disposiciones análogas.

c) La tarea pactada debe ser realizada en forma personal por aquel que se obligó al celebrar el contrato de trabajo.

Vázquez Vialard señala que esta labor se califica de infungible, no tanto en cuanto se refiere a la actividad desplegada sino a la persona que la realiza y que le imprime un sello indeleble, propio de su personalidad(7). Por eso, no es admisible que aquélla sea encomendada a terceros, salvo el caso del auxiliar y siempre dentro de los límites propios de la tarea asignada(8).

d) La obligación asumida debe serlo respecto de servicios dependientes.

En efecto, la persona para ser calificada como trabajadora debe obligarse a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios a favor de otra y bajo su dependencia (conf. arts. 21 y 22 de la LCT).

e) La labor pactada debe ser remunerada.

Tal como lo destacan Litterio y Guisado, la onerosidad es una característica esencial del contrato de trabajo, de manera que, cuando alguien presta los servicios y no espera obtener por ello una retribución, no es trabajador a los fines de nuestra disciplina(9). Al respecto, Justo López sostiene que la onerosidad de la prestación de trabajo subordinado (incluso presunta) fija imperativamente el tipo legal, cualquiera haya sido el acuerdo de partes. Dicho de otra manera: el simple acuerdo, incluso presunto, sobre la prestación onerosa de trabajo subordinado (cualquiera sea la forma que asuma y el nombre que las partes den a su relación), configura el negocio contractual constitutivo de la relación de trabajo tipificada por la Ley de Contrato de Trabajo(10).

f) El trabajo debe ser por cuenta ajena.

La persona debe trabajar por cuenta de otro, respecto de quien está subordinado o a su disposición; ingresa a la organización ajena y a ella se sujeta. A cambio de esa puesta a disposición de su capacidad de trabajo, adquiere el derecho a una retribución garantizada (remuneración) y queda ajeno al riesgo empresario, que estará a cargo del empleador(11).

3. Limitaciones y exclusiones del concepto trabajador

a) Trabajador autónomo.

Éste no se incorpora a la organización de otro y, en consecuencia, asume los riegos de su actividad. Se desempeña en forma independiente y en beneficio propio; no existe un empleador y no se trabaja al servicio de otro sino por y para sí mismo. Por eso no celebran contratos de trabajo quienes trabajan en utilidad patrimonial propia (y no por cuenta ajena) y organizan su propio trabajo(12).

b) Trabajo benévolo, amistoso o de vecindad (ver comentario al art. 4º).

c) Voluntariado social (ver comentario al art. 4º).

d) Trabajo de los religiosos (ver comentario al art. 4º).

e) Trabajo amateur (ver comentario al art. 4º).

f) Becario (ver comentario al art. 23 —casos dudosos—).

g) El socio de una cooperativa de trabajo.

Las cooperativas de trabajo son sujetos de derecho, distintos de sus socios, fundadas en el esfuerzo propio y la ayuda mutua que se organizan para prestar servicios a los mismos o a terceros. Su capital se constituye en cuotas sociales que deben constar en acciones. Están reguladas por la ley 20.337 y tienen como finalidad incrementar la participación de los trabajadores en la propiedad de los medios de producción y en la gestión de la empresa. El nuevo Código Civil y Comercial incorpora en el art. 148 a las cooperativas como personas jurídicas privadas. Funcionan utilizando el trabajo de sus miembros, quienes al mismo tiempo se encargan de su administración sobre la base de una igualdad de derechos y obligaciones.

Está discutido, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, si el socio de una cooperativa de trabajo puede ser, al mismo tiempo, trabajador subordinado de aquélla. Es decir, si el aporte que efectúa el socio cooperativo puede ser interpretado, a su vez, como trabajo personal dependiente en los términos de los arts. 21, 22, 25 y 27, LCT. Una parte de la doctrina afirma que el trabajo cooperativo excluye la posibilidad de que el socio sea considerado trabajador dependiente de aquélla(13), y otro sector sostiene, en cambio, que el socio puede ser trabajador dependiente(14).

En tal sentido, Candal y Pereira entienden que un asociado a una cooperativa de trabajo pura o regular no podría, a su vez, revestir la condición de trabajador dependiente en los términos del art. 27, LCT pues, si bien se verifica una prestación de trabajo personal sometido a un determinado orden jerárquico, dicha actividad constituye precisamente la materia del acto cooperativo, que hace la finalidad de su constitución, y no podría, a su vez, estar regido por las normas aplicables al trabajo dependiente(15).

Distinta es la solución cuando la constitución de la sociedad o la recepción del trabajo personal de los asociados responden a una finalidad diferente de la libre asociación de trabajadores independientes. En tal caso la pretendida sociedad cooperativa será fraudulenta y, como tal, sancionada por la ley con la nulidad y, por ende, quien presta su trabajo personal bajo la falsa condición de asociado será considerado trabajador en los términos del art. 25, LCT.

La jurisprudencia, a fin de esclarecer si una aparente relación cooperativista encubre, en realidad, un vínculo laboral dependiente, da primacía a la realidad; es decir, no considera relevante el simple cumplimiento de recaudos formales (suscripción de una solicitud de asociación por parte del prestador del servicio, tampoco si recibió pagos bajo la forma de anticipo de retornos, etc.) En cambio, entendió fundamental determinar si el trabajador tuvo efectivamente posibilidad de intervenir en la formación de la voluntad social mediante su participación en las asambleas que debían ser convocadas para tales fines, pues esta es una característica esencial del vínculo cooperativo que no halla su correlato en el derecho del trabajo, ya que en éste el empleador tiene la facultad de sustituir la voluntad del trabajador por la suya propia en lo que hace a la organización del trabajo y al modo en que debe ser cumplido, con los límites que resulten razonables según el caso (arts. 64, 65, 66 y concs. de la LCT)(16).

h) El director — empleado.

Los directores de las sociedades anónimas, en principio, constituyen el órgano directivo de la sociedad, por lo que no pueden estar subordinados jurídicamente al ente societario, pues no se daría el presupuesto de recibir órdenes ya que, como integrantes del directorio, contribuyen a la elaboración de aquéllas. Ese vínculo del director con la sociedad queda encuadrado dentro del marco del derecho comercial y no del laboral. Es decir que, cuando el director ejerce funciones y responsabilidades propias de su cargo, no puede ser considerado trabajador en los términos del art. 25, LCT. No obstante, si aquél, además de ejercer una función como expresión del órgano societario, tiene asignada una función directiva dentro de la empresa (por ejemplo, la de gerente), su relación sería doble: por un lado, se regiría de acuerdo con las normas propias de la Ley de Sociedades y, por el otro, de acuerdo con las disposiciones de la LCT en cuanto se configuren los elementos propios de la llamada "subordinación jurídica"(17). En este contexto, la doctrina y la jurisprudencia han reconocido el carácter de empleado al director - gerente, es decir, al director con funciones ejecutivas en la empresa. Sin embargo, precisa Guisado que cabe apartarse de esta regla si el director, con funciones gerenciales, es a la vez titular de una parte importante de las acciones, que le asegura de hecho y de derecho la conducción de la empresa, supuesto en el cual no estaría sujeto a un poder de dirección ajeno(18).

4. Socio - empleado

En este caso, el legislador laboral ha resuelto que, aun cuando alguien resulte socio de una sociedad, debe considerarse también empleado dependiente, en los términos del art. 25, LCT si, además de su rol como socio de la persona jurídica, presta servicios personales a favor de aquélla, pues la calidad de socio no impide, a su vez, la de dependiente si dan los supuestos de hecho previstos en el art. 27 de la citada ley. La norma en cuestión tiene una doble finalidad: por un lado, prevenir el fraude a la ley, cuando mediante la adopción de una figura contractual no laboral y a través de una simulación ilícita, se pretendiera evadir la aplicación de la legislación laboral y de la seguridad social, haciendo aparecer al trabajador dependiente como integrante de la sociedad; y por otro lado, definir cuál es el status jurídico—laboral del socio que presta a la sociedad toda o parte principal de su actividad en forma personal y habitual, con sujeción a instrucciones o directivas que se le impartan, permitiendo la acumulación de ambas calidades: la de socio y la de empleado(19).

Quedan fuera del ámbito de aplicación normativa las sociedades de familia entre padres e hijos ya que, en estos casos, aun cuando la tarea es dirigida por otro (generalmente el padre, pero puede ser a la inversa), quien lo hace es un integrante del núcleo conviviente de cuyos ingresos participa el que realiza la labor. En el caso de los menores de edad, normalmente su trabajo constituye una ayuda a sus progenitores (conf. art. 671, inc. c]del CCyCN), siempre, claro está, dentro del respeto de las normas que emergen en relación a la prohibición del trabajo infantil, tanto en el derecho interno como en el internacional. En este punto, cabe aclarar que el Código Civil y Comercial ha eliminado la potestad que tenían los padres de exigir a los hijos colaboración propia de su edad sin derecho a pago o recompensa (conf. arts. 277,165 y ss. del Cód. Civil anterior) y la ha matizado con el deber que tienen los últimos de prestar a sus progenitores colaboración propia de su edad y desarrollo (conf. inc. c] del art. 671 ya citado). Lo mismo ocurre, en principio, con el trabajo prestado por el/la cónyuge o conviviente. Sin embargo, cuando quien trabaja es un hijo o un hermano mayor de edad con familia constituida, que no vive en el hogar familiar ni participa de sus beneficios o riesgos, la relación sería laboral(20).

5. Empleador. Concepto

Es el otro sujeto del contrato de trabajo: la persona que da u otorga trabajo y la que recibe la tarea que brinda el trabajador y normalmente le paga la remuneración. Vázquez Vialard señala que "el concepto de empleador incluye a todo aquel que reciba o se comprometa a hacerlo, la prestación de servicios, realización de actos o ejecución de obras de una persona física bajo su dirección, ya sea para sí —demanda directa— o para otro —demanda derivada"(21). Krotoschin destaca que "la definición del concepto 'empleador' o 'patrono' resulta de la contraposición en que éste se halla con respecto al trabajador dependiente. Es empleador la persona física o jurídica (sea de derecho público o privado) que ocupa a uno o varios trabajadores dependientes"(22). Por su parte, Plá Rodríguez expresa que "empleador es la persona natural o jurídica que utiliza los servicios de otro en virtud de una relación de trabajo. No se requiere que la persona que utilice los servicios de otro tenga fines lucrativos"(23).

6. Requisitos y características

Los recaudos propios que caracterizan a este sujeto de la relación son similares a los expuestos respecto del trabajador. Sin embargo, una diferencia importante radica en que el empleador puede ser tanto una persona humana o conjunto de ella, o jurídica, sea de carácter público o privado tenga o no personalidad jurídica propia (conf. arts. 141, 146, 148 y concs. del CCyCN). Aquí resulta conveniente precisar que, diferencia del Código Civil anterior, el actual Código Civil y Comercial establece una regulación general en relación a las personas jurídicas donde, por un lado, desaparece la referencia a la locución "de existencia ideal" vigente en el régimen anterior, para pasar a hacerse alusión únicamente a las "personas jurídicas", y se instituye, por otro lado, una regulación aplicable a las asociaciones civiles, simples asociaciones y fundaciones, en un único ordenamiento de fondo. El régimen de las fundaciones (ley 19.836) se deroga, y se incorpora al nuevo cuerpo normativo (arts. 193 a 224) junto con las normas sobre personería jurídica, con las asociaciones civiles (arts. 168 a 186), y las de simples asociaciones (arts. 187 a 192), en un régimen general que procura integrarlas armónicamente. Al catálogo de personas jurídicas privadas del viejo Código se agregan a las mutuales, las cooperativas, el consorcio de propiedad horizontal, las comunidades indígenas (art. 148), así como, en una formulación de amplio espectro, toda otra persona jurídica contemplada en el nuevo Código Civil y Comercial o en otras leyes cuyo carácter de tal se establezca o resulte de su finalidad y normas de funcionamiento (art. 148, inc. i]). Cabe decir que las mutuales están reguladas por las leyes 20.321 y 19.331 y las cooperativas por la ley 20.337, que siguen vigentes, al igual que las sociedades comerciales que continúan regidas por la Ley General de Sociedades, que es la ley 19.550 con las modificaciones introducidas por la ley 26.994. La participación del Estado en personas jurídicas privadas no modifica el carácter de éstas. No obstante, la ley o el estatuto pueden prever derechos y obligaciones diferenciados, considerando el interés público comprometido en dicha participación (conf. art. 149 CCyCN). Por último y, como lo señalara Porta"(24), la enumeración normativa no es taxativa, ya que existen otras personas jurídicas como sindicatos, obras sociales, etc., que aunque no son mencionadas en las disposiciones del Código, también quedan sujetas a la nueva normativa. En síntesis, conforme la definición que da el Código Civil y Comercial, cualquier ente al que el ordenamiento jurídico le confiera la aptitud de adquirir derechos y contraer obligaciones, tendrá ese carácter y consecuentemente, podrá actuar como empleador en los términos del art. 26 de la LCT.

En caso de ser una persona humana debe contar con capacidad de ejercicio para celebrar contratos de trabajo (conf. arts. 23, 24 y concs. del CCyCN).

Otra característica del sujeto empleador es que el contrato de trabajo no es generalmente intuitu personae a su respecto. De ahí la posibilidad de que el contrato de trabajo subsista en las mismas condiciones, pese a las variaciones producidas en la persona del empleador.

Para el caso de que detente tal calidad una persona jurídica, tienen que celebrar el contrato sus representantes legales, que son necesariamente personas humanas. Los órganos que expresan la voluntad de la persona jurídica dependen del estatuto de cada sociedad o asociación.

7. Empleador múltiple

También puede ser empleador un conjunto de personas humanas, aun cuando no sea siquiera una sociedad de hecho. Un ejemplo muy claro de este supuesto se da cuando un grupo de profesionales del arte de curar (médicos o dentistas) se turnan en uno o varios consultorios instalados en un ambiente común (departamento, casa u oficina) y todos contratan a una persona para cumplir funciones auxiliares como recepcionista. En este caso la relación la establecen todos en conjunto (y no puramente cada uno en particular) con ella, sin que por esto sea necesario que formen o integren una sociedad(25).

El art. 26 admite la posibilidad de que pueda darse el supuesto de empleador múltiple, conformado no sólo por varias personas humanas sino también por personas humanas y una jurídica o, incluso, también la posibilidad de que sea conformado por varias personas jurídicas, formen o no un conjunto económico(26).

Ahora bien, como hemos visto, el Código Civil y Comercial ha modificado significativamente el régimen de personas jurídicas, mantuvo por medio de la Ley General de Sociedades, la regulación autónoma de las sociedades mercantiles, introdujo como novedad la Sociedad Anónima Unipersonal y alteró el régimen de responsabilidad para el caso de las sociedades irregulares. Otro dato a tener en cuenta consiste en la nueva regulación de los contratos asociativos, todo lo cual, obviamente tiene una enorme incidencia en la figura del empleador.

8. Personas jurídicas

El nuevo Código define a las personas jurídicas como entes a los cuales el ordenamiento jurídico les otorga aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones "para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación" (art. 141). Tienen personalidad distinta de la de sus miembros, que no responden por las obligaciones de aquéllas, "excepto en los supuestos que expresamente se prevén en este Título y lo que disponga la ley especial" (conf. arts. 143 y 144). Establece que son personas jurídicas públicas: a) el Estado Nacional, las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los municipios, las entidades autárquicas y las demás organizaciones constituidas en la República a las que el ordenamiento jurídico atribuya ese carácter; b) los Estados extranjeros, las organizaciones a las que el derecho internacional público reconozca personalidad jurídica y toda otra persona jurídica constituida en el extranjero cuyo carácter público resulte de su derecho aplicable; c) la iglesia católica (art. 146). Al elenco de personas jurídicas privadas que efectuara el viejo Código Civil, la nueva normativa incorporó, por un lado, a algunas entidades ya existentes, cuya condición de personas jurídicas, pues se hallaba reconocida por normas especiales, como son las fundaciones, las mutuales y las cooperativas y las comunidades indígenas. Y, ha agregado también a la enumeración a las simples asociaciones, a los consorcios de propiedad horizontal y, en una formulación residual amplia, "a toda otra entidad contemplada en disposiciones de este Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento (art. 148).

Simples asociaciones

Su inclusión en el nuevo elenco de personas jurídicas aparece, en todo caso, como una "elevación" o mejora en el grado de reconocimiento del ordenamiento a su respecto, ya que, en el ordenamiento anterior, fueron reconocidas como entidades sin existencia legal como personas jurídicas, aunque "sujetos de derecho", según el fin de su instituto (art. 46 del Cód. Civil)(27). En la nueva normativa, continúa la exigencia de la formalidad para su acto constitutivo (instrumento público o instrumento privado con firma certificada por escribano público) y se establece que al nombre de aquéllas debe agregársele, antepuesto o pospuesto, el aditamento "simple asociación" o "asociación simple". Se rigen, por lo dispuesto para las asociaciones civiles y comienzan su existencia como persona jurídica a partir de la fecha del acto constitutivo (conf. arts. 187 a 189 CCyCN).

Consorcios de Propiedad Horizontal

La reforma reconoce formalmente su condición de persona jurídica, al que define como el constituido por "el conjunto de propietarios de las unidades funcionales" (art. 2044), destinando un tratamiento y regulación específica de particular contenido en varios temas a su respecto, entre ellos, el vinculado a la responsabilidad, particularmente en relación al consejo de propietarios y el administrador. Se establece que tiene su domicilio en el inmueble y prevé que sus órganos son la asamblea, el consejo de propietarios y el administrador (art. 2024 citado). Así quedó zanjada la vieja discusión, tanto en los ámbitos civil y comercial como en lo laboral, y que motivó el dictado, por parte de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, del Fallo Plenario 100, en autos "Noguera Seoane, José c. Consorcio de Propietarios Tucumán", del 2/12/1965.(28)

9. Sociedad Anónima Unipersonal

El art. 1º de la Ley General de Sociedades, dispone: "Habrá sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas. La sociedad unipersonal no puede constituirse por una sociedad unipersonal".

Es decir que, a partir de la vigencia de la nueva normativa, es posible constituir una sociedad por una única voluntad(29). Se trata de la sociedad anónima unipersonal. También, puede presentarse el supuesto de que aquellas sociedades constituidas, cuyo tipo exige pluralidad de socios, quede reducida a uno, por situaciones de hecho ocurridas durante el desarrollo de su vida societaria (tal el supuesto previsto en el nuevo art. 94 bis de la LGS).

A los efectos de la registración de este nuevo tipo societario, tratándose de un subtipo de la sociedad anónima, la ley le impone los mismos requisitos de constitución que para aquélla, que incluye un capital mínimo que, de conformidad con lo dispuesto por los arts. 11, inc. 4º y 186, inc. 3º y 187, debe suscribirse e integrarse totalmente al tiempo de celebración del contrato constitutivo(30). Ésta constituye una clara diferencia con los restantes tipos societarios previstos en la ley, en los que se encuentra ausente dicha exigencia, posibilitando la integración hacia el futuro. Cabe resaltar que este recaudo es apropiado, pues se trata de un "patrimonio especial", por lo que la función de garantía estará ceñida a los bienes que integran dicho patrimonio particular (conf. art. 242 in fine CCyCN). Se establece la obligatoriedad de contar con un directorio integrado, al menos, por tres directores titulares (art. 255, 2º párr., LGS) y por una sindicatura colegiada en número impar (al menos, tres síndicos titulares y tres suplentes), conforme lo establece el art. 284, 2º párr., de la citada ley. El nuevo art. 164 prevé que, en caso de la sociedad anónima unipersonal, la denominación social deberá contener la expresión "sociedad anónima unipersonal", su abreviatura o la sigla S.A.U. Obviamente, este requisito hace al derecho de información de los terceros contratantes con la sociedad. También se dispone expresamente que no podrá constituirse por otra sociedad unipersonal, situación que podría generar supuestos de fraude. En cuanto a su constitución, por tratarse de una sociedad anónima, está sujeta a ciertas exigencias en cuanto a sus formas: deberá expresarse por instrumento público y por acto único (conf. art. 165 LS, no modificado) y luego deberá efectuarse la inscripción en el Registro Público respectivo y está sometida al control estatal permanente (art. 299 LGS).

Podemos decir que su incorporación al texto legal suprime la premisa del Código Civil anterior en cuanto a que cada persona tiene un único patrimonio, pues ahora puede tener otro "especial" conformado únicamente con los bienes que integran dicho patrimonio particular. La responsabilidad que surja en el desenvolvimiento de la sociedad, entre ellas, las laborales, estará circunscripta al capital social lo que implica, obviamente, una disminución a la garantía común de los acreedores. En efecto, una persona física puede constituir un ente societario de este tipo, registrar a sus trabajadores como empleados de la sociedad unipersonal que sólo él integra y, en ese caso, los acreedores laborales sólo podrán ir contra el patrimonio del ente social y no contra el de la persona humana.

Por último, cabe señalar que el nuevo tipo societario no parecería adecuado para las pequeñas empresas o emprendimientos familiares y, seguramente será utilizada por sociedades constituidas en el extranjero o nacionales, que tengan interés de constituir una SAU para organizar su actividad en el país(31).

10. Sociedades no constituidas según los tipos del Capítulo ii y otros supuestos

Con anterioridad a la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, la ley 19.550 regulaba a las denominadas "sociedades de hecho con objeto comercial y las sociedades de los tipos autorizados por la ley, que no se constituyan regularmente, los cuales eran sujetos de derecho (art. 21 de la LSC). Las normas que regulaban estos supuestos tenían como finalidad u objeto, evitar su conformación o funcionamiento.

La nueva Ley General de Sociedades, trata en la Sección IV "De las sociedades no constituidas según los tipos del Capítulo II y otros supuestos"; y en su art. 21 establece como sociedades incluidas en este tipo: aquella que no se constituya con sujeción a los tipos del Capítulo II (sociedades atípicas), que omita requisitos esenciales; o que incumpla con las formalidades exigidas por la ley (no sólo en lo atinente al recaudo requerido para alcanzar la regularidad de la sociedad —inscripción temporáneamente en el Registro Público de Comercio— sino a otros elementos tales como si el contrato es verbal o escrito, o si se constituye la sociedad por instrumento público o privado, etc. También se encuentran incluidas las que omitan requisitos esenciales tipificantes o no tipificantes y aquellas en las que existan elementos incompatibles con el tipo elegido (art. 25).

Se trata de sujetos de derecho conforme el art. 2º de la ley, pero con un régimen especial. No se encontrarán inscriptas en la Inspección General de Justicia. Serán plenamente válidas y eficaces, pues se les retira la sanción de nulidad por atipicidad y de anulabilidad por ausencia de algún requisito esencial no tipificante. Las cláusulas del contrato social o estatuto serán plenamente oponibles entre los socios (art. 22 de la LGS); son oponibles las normas en materia de representación frente a terceros si se exhibe el contrato (conf. art. 23 LGS). Los socios, salvo pacto en contrario, no responden solidariamente frente a terceros, sino en forma mancomunada y por partes iguales (art. 24 LGS). Pueden ser titulares de bienes registrables (conf. art. 23 citado) y las relaciones entre los acreedores sociales y los acreedores particulares de los socios, aun en caso de quiebra, se juzgan como si se tratara de una sociedad típica (conf. art. 23 LGS).

De lo expuesto se colige que la reforma resulta desfavorable para el acreedor laboral, pues los socios no responderán en forma solidaria e ilimitada como sí lo hacían con el régimen anterior; sino que sólo responderán en forma simplemente mancomunada y por partes iguales y porque, además, el contrato social podrá ser opuesto al trabajador, en caso de que se pruebe que al tiempo de contraerse la obligación tenía conocimiento de la existencia de la sociedad.

11. Régimen de responsabilidad

En materia de responsabilidades de las entidades jurídicas privadas, el nuevo ordenamiento prescribe, en un modo análogo a lo establecido en el art. 39 del Cód. Civil anterior, la regla general de la distinción o "separación" de la persona jurídica respecto de sus miembros (art. 143 CCyCN). Se establece, como principio general que los miembros de la persona jurídica n o responden por las obligaciones de la misma, salvo los supuestos de excepción que expresamente se prevén en el mismo Título II del Libro I o disposición en contrario de ley especial (conf. art. 143 citado).

En cuanto a las asociaciones civiles, establece un principio general similar, previendo que los asociados no responden en forma directa ni subsidiaria por las deudas de la asociación civil, limitándose su responsabilidad a la satisfacción de los aportes comprometidos y las cuotas y contribuciones a que se encuentren obligados (art. 181); y en relación a las simples asociaciones se establece un distingo, según sea si los fundadores o asociados hubieren intervenido en la administración o no de las mismas. En el primer caso estipula que si mediare un supuesto de insuficiencia de los bienes del ente, el administrador formal y todo miembro que administra de hecho, los asuntos asociativos, será "solidariamente responsable" de las obligaciones sociales que resulten de decisiones que hayan suscripto durante su gestión (art. 191). No obstante, se dispone para tal caso una suerte de privilegio a favor de los acreedores personales de aquéllos. En el segundo caso (asociado o fundador que no hubiera intervenido en la administración), se dispone que no se hallarán obligados a afrontar las deudas de la asociación, sino sólo hasta la concurrencia de la contribución prometida o de las cuotas sociales impagas (art. 192).

En cuanto a los consorcios de propiedad horizontal, se ha omitido una regulación expresa acerca de cómo responden los consorcistas por las deudas del ente, de modo que resultaría de aplicación en el tema la norma general del art. 143 in fine, de que los miembros de las personas jurídicas no responden por las obligaciones de las mismas, por lo que el acreedor laboral no contaría, en principio, con la posibilidad de dirigir su reclamo por responsabilidad subsidiaria contra los consorcistas(32).

12. Desestimación de la personalidad jurídica

Además, de otros cambios, en materia de extensión de la responsabilidad, el Código Civil y Comercial introduce una modificación significativa, que es la aplicación de la teoría de la "inoponibilidad" de la personalidad jurídica, vigente para las sociedades en materia mercantil, al resto de las personas jurídicas en general (art. 144).

La teoría del "disregard" ha sido aplicada no sólo en el campo del derecho comercial, sino también en nuestra disciplina, para la protección eficaz de los derechos de los trabajadores en aquellos supuestos en los que la persona ideal ha sido utilizada ilegítimamente, para cometer fraude perjudicando los derechos de aquél y de terceros; y de esta manera, imputar la responsabilidad consecuente en forma directa a los socios o controlantes que lo hicieron posible, los cuales deben responder solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados, según reza el último párrafo del art. 54 de la ley 19.550, con la reforma introducida por la ley 22.903(33).

Su incorporación al campo de las personas jurídicas en general constituye, la reforma más relevante en el tema, ya que la nueva normativa consagra el principio de relatividad de la persona jurídica y, por lo tanto, cuando ésta es usada para obtener finalidades distintas de aquellas para las cuales ha sido creada, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe y ello provoca un perjuicio a cualquier persona (tercero), resulta lícito indagar qué hay detrás del ente e imputar responsabilidad directamente a sus integrantes (socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos), quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.

Es decir que, en la actualidad existirían dos sistemas de "inoponibilidad" de la persona jurídica: uno regulado por la Ley General de Sociedades, que sólo rige para las sociedades comerciales (art. 54) y otro, el consagrado por el Código Civil y Comercial, que es aplicable a todas las demás personas jurídicas en general, contempladas en el art. 148 —tengan o no fin de lucro— con la única salvedad de que no rige respecto de aquellas entidades en las que intervenga el Estado, como socio o como controlante, atento lo dispuesto por los arts. 1764, 1765 y 1766 del Código Civil y Comercial.

De acuerdo con ello, se presentan ciertas diferencias entre los dos regímenes. La más relevante consiste en que la imputación de la conducta desviada es más amplia en el art. 144 del Código Civil y Comercial dado que alcanza a un mayor número de sujetos, pues la actuación de la persona jurídica se imputa a quienes a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos, hicieron posible dicha actuación; mientras que la LGS sólo responsabiliza a los socios o a los controlantes que la hicieron posible. Pero, con una consecuencia común para ambos supuestos: la responsabilidad solidaria e ilimitada de aquéllos.

13. La responsabilidad de los administradores de las personas jurídicas

El esquema de responsabilidad establecido por el Código Civil y Comercial en relación las personas jurídicas de carácter privado se integra con preceptos destinados a regular la actuación de los administradores de las mismas y las responsabilidades atinentes. Aquí también se observa una fuerte inspiración y un notable acercamiento al sistema establecido en el régimen societario en la materia (arts. 59 y 274 LGS) y hasta un ensanchamiento a su respecto.

Así el art. 159 del CCyCN prevé que los administradores de la persona jurídica deben obrar con lealtad y diligencia, sin que puedan perseguir ni favorecer intereses contrarios a los de la persona jurídica, y un interesante régimen a seguir en caso de presentarse un supuesto de conflicto o contradicción de intereses (que incluye la obligación de denuncia a los demás miembros del órgano de administración o, en su caso, al órgano de gobierno y abstenerse de cualquier intervención relacionada con dicha operación. A su vez, el art. 160 dispone la responsabilidad personal de aquéllos, en forma ilimitada y solidaria frente a la persona jurídica, miembros de la misma y terceros, por los daños causados por su culpa en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, por acción u omisión.

Por su parte, el art. 59 de la LGS regula la responsabilidad del administrador y la diligencia que el mismo debe observar prescribiendo que "deben obrar con la lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios". Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión. A esta disposición remite el art. 274 de la misma ley, cuando trata la responsabilidad del director de la sociedad anónima y ese régimen también es aplicable al gerente de la sociedad de responsabilidad limitada, atento lo dispuesto por el art. 157, 3er. párr.

Como se puede apreciar, en el ámbito societario, la actuación diligente del administrador es más exigente dado que debe hacerlo como "un buen hombre de negocios" porque 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 (conf. art. 1725 del CCyCN).

La nueva normativa introduce también otro supuesto de responsabilidad del administrador de una simple asociación que se configura cuando los bienes de esta persona jurídica resultan insuficientes. En este supuesto, el administrador y todo miembro que administra de hecho los asuntos de la asociación son solidariamente responsables de las obligaciones de la simple asociación que se originan en decisiones que han suscripto durante su administración. Los bienes personales de cada una de esas personas no pueden ser afectados al pago de las deudas de la asociación, sino después de haber satisfecho sus acreedores individuales (art. 191).

Por su parte, el art. 177 del CCyCN, prevé una quita de responsabilidad de los directivos de las asociaciones civiles bastante similar al imperante en el derecho mercantil para directores y gerentes de la sociedad (art. 275 LGS). Así prevé que la responsabilidad de aquéllos se extinguirá por la aprobación de su gestión, por renuncia o transacción resultas por la asamblea ordinaria. No se extingue: cuando la responsabilidad emergente deriva de la infracción a normas imperativas; si en la asamblea hubo oposición expresa y fundada de asociados con derecho a voto en cantidad no menor al 10% del total. En este último caso, según reza la norma, quienes hubieren deducido la oposición podrán ejercer la acción social de responsabilidad previstas para las sociedades en la ley especial (LSC).

En relación a los fundadores y administradores de fundaciones, el Código Civil y Comercial establece reglas especiales a su respecto. Por un lado, el art. 200 prevé un régimen de responsabilidad solidaria de aquéllos, por las obligaciones contraídas durante el período constitucional hasta la obtención de la autorización estatal para funcionar, pero estableciendo, al igual que en las simples asociaciones, un esquema de privilegio a favor de los acreedores individuales de los mismos, de modo tal que sus bienes personales sólo pueden ser afectados al pago de las deudas sociales adquiridas en dicho lapso, una vez satisfechos aquéllos. Y, en relación a las obligaciones contraídas con posterioridad, el art. 211 contempla en relación a los integrantes del Consejo de Administración, que en caso de violación de normas legales, reglamentarias o estatuarias, los mismos resultarán pasibles de acción por responsabilidad pertinente, que podrá ser deducida por la fundación como por la autoridad de contralor, más allá de las sanciones administrativas y medidas que la autoridad en cuestión pudiere adoptar respecto de la fundación e integrantes del consejo. Nada se menciona, al menos expresamente, respecto de la posible promoción de la citada acción de responsabilidad por terceros que podrían verse perjudicados por el referido comportamiento antijurídico, pero ello no parecería inhibir la aplicación en estos casos de lo dispuesto en los arts. 159 y 160 del CCyCN, de aplicación general a las personas jurídicas de carácter privado.

14. Los contratos asociativos

El Código Civil y Comercial regula estos contratos, de agrupamiento o de colaboración empresaria, en el Libro III, Derechos Personales, Título 4, Contratos en particular, Capítulo 16 (arts. 1442 y ss.) y precisa enfáticamente que no son sociedades, ni personas jurídicas, ni sujetos de derecho, por lo tanto no les son aplicables las normas sobre la sociedad (art. 1442, 2º párr.). Establece disposiciones generales aplicables a todos los contratos de esta clase (arts. 1442, 1446) y se consagra una libertad de formas (art. 1444) y una libertad de contenidos, previéndose que las partes, además de poder optar por los "tipos" contractuales regulados en dicho capítulo, tienen libertad para configurar los mismos con otros contenidos. Luego en la parte especial, se regulan cuatro de los contratos asociativos típicos: los negocios en participación (secc. 2º, arts. 1448 a 1452), las Agrupaciones de Colaboración - AC- (secc. 3ª, arts. 1453 a 1462), las Uniones Transitorias —UT— (secc. 4, arts. 1463 a 1469) y los "Consorcios de Colaboración" (secc. 5ª, arts. 1470 a 1478).

La nueva legislación derogó el art. 361 de la ley 19.550, que contemplaba la llamada "sociedad accidental o en participación" (art. 3º, inc. b] de la ley 26.994); eliminó de la ley de sociedades tanto esa sociedad como los contratos de colaboración empresaria, la agrupación de colaboración y la unión transitoria de empresas ya que el Código actual regula estos contratos asociativos, dado que parte de la premisa de que no se trata de sociedades ni de personas jurídicas.

En los contratos asociativos la comunidad de fin aparece como la causa del negocio. Las partes pueden ser tanto personas humanas como jurídicas de cualquier tipo, dado que la nueva normativa no hace ninguna referencia a empresas ni sociedades y, por ende, podrían celebrar este tipo de contratos las cooperativas y las mutuales. Los integrantes no tienen intereses contrapuestos ya que no hay relación de intercambio sino de cooperación para obtener con esfuerzos y medios comunes una finalidad común, a través del desarrollo de una actividad conjunta.

-Negocio en participación.

El art. 148 del CCyCN lo define como aquel que tiene por objeto la realización de una o más operaciones determinadas a cumplirse mediante aportaciones comunes y a nombre personal del gestor. No tiene denominación, no está sometido a requisitos de forma, ni se inscribe en el Registro Público.

Los terceros adquieren derechos y asumen obligaciones sólo respeto del gestor que es responsable en forma ilimitada (art. 1449). En este supuesto, la relación laboral se establecerá con el gestor, es decir con una persona física y éste será responsable, con su propio patrimonio en forma ilimitada.

No se trata de un sujeto de derecho, carece de patrimonio y de denominación. Las partes no tienen intereses contrapuestos, tienen comunidad de fines y ésta es precisamente la causa del negocio: contratan para perfeccionar su propia actividad y actúan en un plano de coordinación. Se trata de una integración parcial ya que los partícipes continúan con su gestión individual.

-Agrupaciones de colaboración.

En primer lugar, cabe decir que esta clase de negocios jurídicos, al igual que las Uniones Transitorias, no han experimentado modificaciones normativas relevantes y tampoco ha variado la naturaleza jurídica contractual de dichos negocios. Se trata de un contrato de colaboración, con finalidad común o asociativo, "plurilateral", con organización y sin personalidad jurídica, nominado, típico, consensual y oneroso y sin fines de lucro.

En cuanto a su definición, el art. 1453 del CCyCN reproduce casi literalmente gran parte de la que instituyera el art. 367 de la LSC y expresa: "hay contrato de agrupación de colaboración cuando las partes establecen una organización común con la finalidad de facilitar o desarrollar determinadas fases de la actividad de sus miembros o de perfeccionar o incrementar el resultado de tales actividades".

La agrupación no puede perseguir fines de lucro y las ventajas económicas que genere su actividad deben recaer directamente en el patrimonio de las partes agrupadas o consorciadas. La agrupación no puede ejercer funciones de dirección sobre la actividad de sus miembros (art. 1454). Se enfatiza con ello la finalidad mutualista del consorcio o agrupamiento cuyo objeto es reducir costos o maximizar beneficios para sus miembros.

Este sistema de agrupación permite mejorar la funcionalidad de varias empresas sin alterar su operatoria individual, particularmente en las pequeñas y medianas empresas, cuando el acceso a determinados bienes es sumamente costoso.

Existe un fondo operativo, pero los bienes que lo integran no están a nombre de la agrupación sino de los partícipes en indivisión funcional; se trata de un condominio con afectación a los fines del contrato. La dirección y administración debe estar a cargo de una o más personas humanas designadas en el contrato, o posteriormente, por resolución de los participantes. Son aplicables las reglas del mandato y en caso de ser varios los administradores, si nada dice el contrato, pueden actuar indistintamente (art. 1457).

Cabe resaltar que éste es el único de los contratos asociativos en el cual los participantes responden ilimitada y solidariamente respecto de terceros por las obligaciones que sus representantes asuman en nombre de la agrupación. La acción queda expedita después de haberse interpelado infructuosamente al administrador de la agrupación. El demandado por cumplimiento de la obligación tiene derecho a oponer las defensas personales y las comunes que correspondan a la agrupación (art. 1459).

Resta señalar que el agrupamiento como tal no está facultado para prestar una actividad productiva o de servicios a terceros, pues sólo puede dirigir la actividad hacia los miembros. Tampoco se pueden registrar bienes a nombre del agrupamiento. Ello resultaría también reflejo de la falta de personalidad jurídica diferenciada de aquél (arts. 1454 y 1442).

15. Uniones Transitorias

Al igual que en las Agrupaciones de Colaboración, la figura de las Uniones Transitorias no ha sido objeto de modificaciones sustanciales en el Código Civil y Comercial, más allá del cambio de su nueva ubicación sistemática.

El art. 1463 que, en líneas generales, mantiene el sentido del art. 377 de la ley 19.550, contempla a este tipo de agrupamiento en los siguientes términos: "Hay contrato de unión transitoria cuando las partes se reúnen para el desarrollo o ejecución de obras, servicios o suministros concretos, dentro o fuera de la República. Pueden desarrollar y ejecutar las obras y servicios complementarios y accesorios al objeto principal.

Debe recordarse que la unión transitoria no tiene fin de lucro propio, sino que la actividad desplegada genera beneficios para los partícipes, precisamente por la ausencia de personalidad jurídica de la organización. Las UT, no constituyen sociedades ni son sujetos de derecho. El art. 1464 CCyCN, que sigue los lineamientos de la ley 19.950, establece que el contrato respectivo se debe otorgar por instrumento público o privado con firma certificada notarialmente, y debe contener el detalle de las especificaciones allí previstas. Debe designarse un representante con poderes suficientes de todos y cada uno de los miembros para ejercer los derechos y contraer las obligaciones que hacen al desarrollo o ejecución de la obra, servicio o suministro. El contrato y la designación del representante deben ser inscriptos en el registro público que corresponda. El art. 1467 del CCyCN, el cual nada innova respecto de la ley 19.550, consagra el principio de que no se presume la solidaridad de los miembros por los actos y operaciones que realicen en la unión transitoria, ni por las obligaciones contraídas frente a los terceros, lo cual diferencia a la unión transitoria de la agrupación de colaboración donde sí se prevé la solidaridad de los miembros de la última.

Etala señala que esto significa que, salvo convención en contrario en el instrumento constitutivo, y para el caso de que el empleo de trabajadores no haya sido asumido directamente por alguna de las sociedades o empresarios individuales que constituya la UTE, la obligación laboral de ésta es simplemente mancomunada y no solidaria, y se divide en tantas partes iguales como deudores haya (arts. 825 y 826 del CCyCN).

Desde tal perspectiva, a fin de determinar la responsabilidad que asumen los distintos miembros de una UT respecto de los diversos trabajadores en relación de dependencia que prestan su colaboración para lograr el cumplimiento del objetivo que convocó a aquéllos, debe tomarse como pauta quién los contrata, y básicamente podrían identificarse dos situaciones: a) si los trabajadores son contratados por un consorcista a fin de dar cumplimiento al aporte que se comprometió a prestar al grupo, en principio, aquéllos no tienen acción contra los demás consorcistas, ya que éstos no lo contrataron en forma directa ni indirecta, ni actúan como sus empleadores; 2) en cambio, si la relación laboral se concierta a través del representante del grupo (art. 1465 del CCyCN), todos los miembros de éste actúan como empleador múltiple (art. 26, LCT)(34). El representante debe tener los poderes suficientes de todos y cada uno de los integrantes del emprendimiento, para ejercer los derechos y contraer las obligaciones que fueran indispensables para el cumplimiento de los cometidos de la unión transitoria. Además, en razón de que las prestaciones que surgen de una relación laboral son de carácter indivisible(35), no es factible que, en este caso, los empleadores plurales puedan liberarse de su obligación mediante el pago de la porción que surge del contrato de colaboración empresaria (arg. art. 1467 citado), sino que deben satisfacer al trabajador el total del débito (conf. art. 816 del CCyCN), sin perjuicio de ejercer entre ellos las respectivas acciones de regreso, ya que cada uno está obligado en la medida que fija el contrato de coordinación empresaria.

En este sentido, Martorell expresa que si bien el principio aplicable a la UT es la mancomunación (art. 825 CCyCN), estará sujeto a varias excepciones: 1) que la solidaridad se pacte expresamente al contratar o al modificar posteriormente el contrato, o que le venga impuesto por terceros (por ej: en una licitación), dado que la norma del art. 1467 citado no es imperativa ni de orden público; 2) que la solidaridad tenga por origen una disposición legal, tal es el caso cuando la UT no sea más que un recurso para defraudar los derechos de los trabajadores (art. 14LCT), o los partícipes se comporten indistinta y promiscuamente como empleadores (art. 26LCT), o cuando con manifiesta exorbitancia del objeto existan verdaderos conjuntos económicos y se pruebe que han mediado maniobras fraudulentas o conducción temeraria (art. 31LCT)(36).

Por último, cabe decir que en caso de quiebra de cualquiera de los participantes de la Unión Transitoria, o muerte o incapacidad de las personas humanas integrantes, dichos sucesos no producen la extinción del contrato de Unión, el cual continúa con los restantes, si convienen la manera de hacerse cargo de las prestaciones ante terceros (art. 1469). De acuerdo con ello y a contrario, en el supuesto de no obtenerse acuerdo, debería concluirse la extinción del contrato asociativo.

16. Consorcios de cooperación

Éstos constituyen una modalidad moderna de colaboración empresaria cuyo propósito, según el Código Civil y Comercial es establecer "una organización común para facilitar, desarrollar, incrementar o concentrar operaciones relacionadas con la actividad económica de sus miembros a fin de mejorar o acrecentar sus resultados" (art. 1470). No constituyen un fenómeno normativo novedoso, pues ya se hallaba contemplado por nuestra legislación por la ley 26.005 que se deroga por el nuevo Código.

En cuanto a su diferenciación de las Agrupaciones de Colaboración, cabe decir que, el consorcio tiene fin de lucro y desarrolla una actividad "externa" con resultados a repartir y se distingue de la unión transitoria por la extensión de su objeto, porque en esta última las actividades y operaciones son específicas y de carácter transitorio, en tanto en los consorcios de cooperación la duración del negocio se determina según lo pactado en el contrato.

El Código establece que el Consorcio no puede ejercer funciones de dirección o control sobre la actividad de sus miembros (art. 1471). En cuanto a su forma, al igual que las AC y las UT, el contrato es de tipo formal, pues debe otorgarse por escrito, mediante instrumento público o privado con firma certificada notarialmente y además, debe inscribirse en el Registro Público que corresponda (conf. art. 1473).

En cuanto a la responsabilidad, en el nuevo Código se diferencia al Consorcio del régimen establecido para las AC pues, si bien se establece el régimen de la solidaridad como supletorio, se permite a las partes pactar libremente la proporción en que cada uno responderá por las obligaciones del Consorcio (arts. 1459 y 1470). En ese sentido, se agrega la presunción de que, ante la falta de expresa inclusión en el contrato del régimen de responsabilidad frente a terceros, se presume la responsabilidad solidaria de los participantes (art. 1477).

17. Auxiliares del trabajador

A pesar del carácter personal que reviste la prestación laboral a cargo del trabajador, la ley prevé que, por vía de excepción y, previa autorización expresa o tácita del empleador, aquél pueda ser ayudado por otra persona (art. 28, LCT). En estas circunstancias, quien asiste al trabajador en el cumplimiento de las tareas a su cargo también es considerado empleado en relación de dependencia con el empleador. La autorización puede provenir de la ley, el convenio colectivo, el contrato o los usos y costumbres. Es común que suceda con los fleteros, en los casos en que éstos estén en relación de dependencia(37).

Al respecto, Vázquez Vialard afirma que entre el trabajador y su auxiliar se da la relación propia que existe entre dos personas vinculadas por una causa laboral con un mismo y único empleador, en una misma y única actividad vinculada a un establecimiento y en forma coordinada, ya que una de ellas ayuda a la otra en su tarea, por lo cual el ayudado puede desempeñar un cierto papel jerárquico con respecto a la función que ejerce su ayudante(38).

En el supuesto en análisis, lo que la norma tiende a evitar es la interposición de una persona física (el propio dependiente) entre la beneficiaria del servicio (la empresa principal) y quien presta también en su beneficio su trabajo personal (el ayudante del trabajador). El apartamiento de este principio por vía convencional debe encontrarse justificado en las características de la actividad que se regula puesto que, de interpretar la norma como una potestad absoluta de las partes colectivas, llevaría a considerar que ésta promociona la evasión normativa, lo que no puede suceder, precisamente, en una norma antifraude.

18. Consejos prácticos

Cabe tener presente que la figura del empleador debe ser distinguida del intermediario —hombre de paja— que, en determinadas ocasiones, se utiliza para enmascarar las relaciones laborales como una forma de fraude a la ley que es atacado a través de directivas específicas (arts. 14 y 29, LCT). En efecto, muchas veces, la persona humana titular de la empresa es desconocida por el operario, que se encuentra subordinado a las directivas de los representantes del empresario en la organización productiva, sean directores, gerentes, jefes de área y/o de personal, quienes mantienen relación directa y personal con el trabajador. En estos casos, el empleador responde por los actos de sus representantes legales o convencionales e, incluso, frente a terceros, por los actos de sus dependientes ejecutados bajo la égida de mando laboral (conf. art. 1753 del CCyCN).

A los efectos de definir cuál es el status jurídico - laboral del socio que presta a la sociedad sus servicios, con sujeción a las instrucciones o directivas que se le impartan o pudieran impartírsele, resulta irrelevante que aquél haya aportado capital a la sociedad y/o que su trabajo haya sido contemplado en el estatuto social. Lo esencial es que las tareas que cumple puedan catalogarse como dependientes en forma paralela a su situación de socio.

19. Jurisprudencia

Concepto de trabajador

"... En la estructura típica del contrato de trabajo, un sujeto —trabajador— se obliga a poner su fuerza de trabajo a disposición del otro —empleador— para colaborar con él en la realización del proceso productivo en la empresa y el titular de la explotación se compromete a pagar, a cambio una remuneración cierta".

CNTrab., sala VI, 14/10/1993, "Saiz, Mirta E. c. Emapa SA", DT, 1994-B-2337.

Inexistencia de trabajo familiar

"Corresponde tener por acreditada la relación de empleo dependiente de la actora con la empresa de la que su madre era titular, toda vez que no se encuentran acreditados los requisitos para que dicho trabajo sea considerado familiar, pues no residía en el mismo domicilio que su madre, con su trabajo contribuía a la consecución de objetivos propios de la empresa de la cual aquella era titular y además dicho trabajo constituía un medio de vida para la actora".

C1ª Trab. y Minas Santiago del Estero, 15/10/2004, "Yelin de Korman, Fany c. Davidson de Yelin, Raquel suc. y/o resp.", LLNOA, 2005-350.

Trabajo familiar. Inexistencia de contrato de trabajo

"No estando probada en autos, la prestación de servicios invocada, no resulta aplicable la presunción dispuesta en el art. 23, LCT, por lo que incumbía a la demandante acreditar el vínculo laboral denunciado, extremo que no ha logrado demostrar, sino, por el contrario, el hecho de que la actora residiera en la parte alta del local de los accionados, solo fue producto de la solidaridad que preside a las relaciones familiares y en ningún momento se le requirió algún tipo de contraprestación a cambio de la hospitalidad".

CNTrab., sala III, 16/7/2010, "Qi, Xiwwen c. Lin, Zengshui y otro", LLAR/JUR/42608/2010.

Sociedad empleadora del yerno de un socio

"Cabe afirmar que existió relación de dependencia entre el yerno de uno de los socios de la sociedad comercial demandada y esta última si la demandada reconoció la presencia de aquel en el lugar de trabajo, pues si bien sostuvo que ello sucedió con vistas a su incorporación como directivo en razón del vínculo sentimental mencionado, aún así esa prestación de servicios se debería considerar como perteneciente a un contrato de trabajo, ello en virtud de lo dispuesto por el art. 27 de la ley 20.744".

CTrab. San Francisco, 4/9/2014, "Género, Mauricio c. Traverso Hnos. y Cía. S.R.L. s/ordinario - otros", LL, AR/JUR/50225/2014.

Empleador múltiple

"Las personas físicas codemandadas deben responder junto con la sociedad empleadora, respecto de las indemnizaciones debidas a un trabajador que se consideró despedido con causa, pues si bien aquéllos cedieron formalmente el contrato de trabajo en favor de la última, siguieron abonando los salarios y dando órdenes e instrucciones, actuando como empleadores en los términos del art. 26 de la LCT, por lo que no resulta equitativo fraccionar la responsabilidad de cada uno de ellos frente al dependiente.

CNTrab., sala V, 4/11/2011, "Leira Victorino Ramón Enrique c. Los Zorros S.R.L. y otro s/despido", LL, AR/JUR/81400/2011.

Cooperativa de Trabajo

"Proceden los agravios relativos a la determinación imperativa de la calidad de empleado del socio de una cooperativa de trabajo y a la inexistencia de norma que torne inaplicable el art. 27 de la Ley de Contrato de Trabajo, a los fines del reclamo indemnizatorio con base en la legislación laboral, si se prescindió de examinar el sentido y esencia del tipo societario al que aquéllas se adecuan y el régimen establecido por la ley 20.337, pues, ninguna consideración merecieron los caracteres y concepto de estas entidades, 'fundadas en el esfuerzo propio y la ayuda mutua para organizar y prestar servicios' —art. 2—, sus particulares formas de constitución, las condiciones de ingreso y los derechos de los 'asociados', así como las modalidades de retiro y, sobre todo, de exclusión de éstos —arts. 23 y 62—, la formación del capital, las cuotas sociales, los caracteres de los bienes aportables, el régimen de gobierno, de administración y de representación, y la fiscalización pública a la se encuentran sometidas".

CSJN, 24/11/2009, "Lago Castro, Andrés Manuel c. Cooperativa Nueva Salvia Limitada y otros", LA LEY del 14/12/2009, 14/12/2009, 11; LA LEY del 3/2/2010, 7, con nota de Dante Cracogna; LA LEY, 2010-A, 292, con nota de Dante Cracogna; LA LEY del 15/2/2010, 9, con nota de Ricardo J. Cornaglia; LA LEY, 2010-A, 486, con nota de Ricardo J. Cornaglia; IMP, 2010-4-261; DJ del 7/4/2010, 852, con nota de Alberto Víctor Verón; Fallos: 332:2614; LL AR/JUR/43974/2009.

Cooperativa de Trabajo. Prueba de la relación laboral

"Dado que la mera existencia de una cooperativa de trabajo no obsta a la aplicación de las normas que rigen el contrato de trabajo, es ella quien debe probar que el ingreso del trabajador se efectuó en calidad de aspirante y, por lo tanto, la relación existente entre ambos tenía carácter contractual no laboral".

CNTrab., sala VII, 29/5/2009, "Yanz, Oscar Luis c. Cooperativa de Trabajo Artes Gráficas El Sol Ltda.", LLAR/JUR/15884/2009.

Cooperativa. Ausencia de relación laboral

"En una cooperativa de trabajo genuina la calidad de socio excluye la de trabajador dependiente".

CNTrab., sala VIII, 23/10/2009, "Perazzo, Ricardo Alberto c. Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires y otro".

Cooperativas. Prueba de la relación laboral y no asociativa

"Corresponde establecer que entre las partes existió un vínculo de naturaleza laboral, y no un vínculo asociacional cooperativo, toda vez que la cooperativa demandada fue constituida con la finalidad de que sus integrantes realizaran tareas de conducción de trenes aprovechando la capacidad técnica demostrada por los trabajadores asociados, que eran empleados de la ex empresa ferroviaria estatal y por medio de aquella había tercerizado".

CNTrab., sala VI, 26/2/2010, "Martínez, Humberto René c. Empresa Ferrocarriles General Belgrano SA y otro", LLAR/JUR/2606/2010.

Cooperativa de trabajo. Inexistencia de relación laboral

"El art. 27 de la Ley de Contrato de Trabajo es inaplicable al caso si la accionante no acreditó su desempeño en condición de compatibilidad —socio empleado—, ni que la cooperativa de trabajo de la que era parte, se hubiese formalizado evadiendo la legislación laboral".

SC Buenos Aires, 25/9/2013, "Navarro Diana A. c. Avellaneda Cooperativa de Trabajo Limitada y otro s/despido", LL, AR7JUR/86514/2013.

Empleador. Trabajador contratado por una UTE

"Las uniones transitorias de empresas tienen por finalidad el desarrollo o la ejecución de una obra, servicio o suministro concreto, y no constituyen una persona jurídica. No obstante, cuando la que asume el carácter de empleadora es la UTE existe responsabilidad directa de quienes la han conformado si en el contrato constitutivo nada se dispuso respecto de la solidaridad por las obligaciones contraídas frente a terceros y, por ende, las empresas que la conforman resultas responsables de modo simplemente mancomunado frente a los accionantes".

CNTrab., sala I, 28/2/2003, "Martín, Marcelo F. y otros c. Dota SA y otros", LLAR/JUR/7035/2003.

Empleador múltiple. Trabajador de una UTE. Responsabilidad solidaria de todos los partícipes del ente

"... Cuando el trabajador formó parte de los medios personales de la unión transitoria de empresas y los servicios que prestaba estaban encaminados a la concreción del objeto que determinó ese contrato de colaboración empresaria, y aun cuando una sola de las empresas apareciera formalmente como empleadora, debe considerarse que ambas sociedades actuaron como sujeto empleador en los términos de los arts. 5º y 26 de la LCT".

CNTrab., sala III, 26/7/2005, "Varone, Daniel N. c. Cinarsa S.A. y Otros".

Inoponibilidad de la personalidad jurídica de la sociedad. Extensión de condena a los socios por pagos en negro

"... Corresponde hacer lugar al pedido de responsabilizar solidariamente a los integrantes de la sociedad demandada por el pago "en negro" de haberes, ya que esta conducta configura un típico fraude laboral, conforme lo dispuesto por el art. 54, última parte de la ley 19.550 (t.o. 1984) (Adla, XLIV-B, 1319), dado que si bien no encubre fines extrasocietarios, puesto que el principal objeto de una sociedad comercial es el lucro, si constituye un recurso para violar la ley y el orden público —arts. 7º, 12, 13 y 14LCT (t.o. DT, 1976-238)— la buena fe —art. 63, normativa citada— y para frustrar derechos de terceros, tales como el trabajador, el sistema previsional y los integrantes del sector privado".

CNTrab., sala III, 11/4/1997, "Delgadillo Linares, Adela c. Shatell S.A. y Otros s/Despido", LL, AR/JUR/5968.

Responsabilidad solidaria del presidente de una S.A.

"El presidente de la sociedad empleadora debe ser condenado solidariamente junto a ésta por las obligaciones derivadas del despido de un trabajador, pues si bien adujo haberse desvinculado del directorio con bastante anterioridad al distracto no está probado que ello fuera registrado ante la Inspección General de Justicia al menos hasta la fecha en que surge como presidente otro socio y además aparecería en carácter de presidente otorgando poder judicial, por lo que cabe concluir que durante una parte del vínculo laboral aquél detentaba registralmente el cargo de Presidente del Directorio, a pesar de la mentada "desvinculación".

CNTrab., sala V, 13/12/2011, "Bettega, Silvio Fabián c. 099 Central de Monitoreo S.A. y otros s/Despido", LLAR/JUR/88024/2011.

Responsabilidad solidaria de los socios. Omisión de registro del vínculo laboral e ingreso de aportes a la obra social

..."El socio es solidariamente responsable con la empresa por las indemnizaciones derivadas del despido del trabajador, en tanto está acreditado que omitió denunciar el vínculo laboral e ingresar los aportes ante la obra social de la actividad y que tal procedimiento previsto en la Ley de Sociedades Comerciales para la disolución de la sociedad fue incumplido, máxime si se reúne una voluntad social superior a la mayoría absoluta que le permite por sí sola decidir sobre la totalidad de las acciones llevadas a cabo por la sociedad".

CNTrab., sala VI, 29/2/2012, "Domínguez, Carlos Alejandro c. Alverom SRL y otros s/despido", LLAR/JUR/2941/2012.

Responsabilidad solidaria del Director Suplente. Supuesto de no extensión

"El art. 274 de la Ley de Sociedades Comerciales resulta inaplicable al socio que se desempeñó como director suplente, toda vez que no se acreditó el efectivo cumplimiento de funciones en el órgano directivo por vacancia del director titular".

CNTrab., sala VIII, 30/9/2015, "Moscheu Raúl Esteban c. Astilleros Klase A. S.A. y otros s/Despido", LLAR/JUR/42832/2015.

No extensión de responsabilidad a los integrantes de un órgano directivo de una Fundación en los términos de la LGS

"... Tratándose la empleadora de una fundación, que el art. 193 del CCyCN define como una persona jurídica sin fines de lucro, y en la medida que el Código no tiene un régimen específico para las asociaciones civiles referido a la responsabilidad solidaria de los integrantes del órgano directivo frente a terceros, luego de su conformación y desde que han obtenido autorización para funcionar (art. 200 CCyCN), no corresponde hacer extensiva por analogía las disposiciones previstas en la ley 19550, ya que no se verifica—ni se ha invocado en el sub lite— el presupuesto de hecho que amerita el corrimiento del velo de la persona jurídica; es decir, el enriquecimiento ilícito del directivo, derivado de una conducta antijurídica de su parte. Esto último, en la medida que las asociaciones civiles a diferencia de las sociedades comerciales no tienen fines de lucro".

CNTrab., sala VIII, 17/2/2016, "Bonelli, Mónica c. Fundación de los Relatos, Arte y Cultura y Otros s/Despido".

Interposición y mediación. Solidaridad

Art. 29. — Los trabajadores que habiendo sido contratados por terceros con vista a proporcionarlos a las empresas, serán considerados empleados directos de quien utilice su prestación.

En tal supuesto, y cualquiera que sea el acto o estipulación que al efecto concierten, los terceros contratantes y la empresa para la cual los trabajadores presten o hayan prestado servicios responderán solidariamente de todas las obligaciones emergentes de la relación laboral y de las que se deriven del régimen de la seguridad social.

Los trabajadores contratados por empresas de servicios eventuales habilitadas por la autoridad competente para desempeñarse en los términos de los artículos 99 de la presente y 77 a 80 de la Ley Nacional de Empleo, serán considerados en relación de dependencia, con carácter permanente continuo o discontinuo, con dichas empresas. (Párrafo sustituido por art. 75 de la ley 24.013 B.O. 17/12/1991)

Art. 29 bis. — El empleador que ocupe trabajadores a través de una empresa de servicios eventuales habilitada por la autoridad competente, será solidariamente responsable con aquélla por todas las obligaciones laborales y deberá retener de los pagos que efectúe a la empresa de servicios eventuales los aportes y contribuciones respectivos para los organismos de la Seguridad Social y depositarlos en término. El trabajador contratado a través de una empresa de servicios eventuales estará regido por la Convención Colectiva, será representado por el Sindicato y beneficiado por la Obra Social de la actividad o categoría en la que efectivamente preste servicios en la empresa usuaria.

(Artículo incorporado por art. 76 de la ley 24.013 B.O. 17/12/1991)

Subcontratación y delegación. Solidaridad

Art. 30. — Quienes cedan total o parcialmente a otros el establecimiento o explotación habilitado a su nombre, o contraten o subcontraten, cualquiera sea el acto que le dé origen, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito, deberán exigir a sus contratistas o subcontratistas el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de seguridad social.

Los cedentes, contratistas o subcontratistas deberán exigir además a sus cesionarios o subcontratistas el número del Código Único de Identificación Laboral de cada uno de los trabajadores que presten servicios y la constancia de pago de las remuneraciones, copia firmada de los comprobantes de pago mensuales al sistema de la seguridad social, una cuenta corriente bancaria de la cual sea titular y una cobertura por riesgos del trabajo. Esta responsabilidad del principal de ejercer el control sobre el cumplimiento de las obligaciones que tienen los cesionarios o subcontratistas respecto de cada uno de los trabajadores que presten servicios, no podrá delegarse en terceros y deberá ser exhibido cada uno de los comprobantes y constancias a pedido del trabajador y/o de la autoridad administrativa. El incumplimiento de alguno de los requisitos harán responsable solidariamente al principal por las obligaciones de los cesionarios, contratistas o subcontratistas respecto del personal que ocuparen en la prestación de dichos trabajos o servicios y que fueren emergentes de la relación laboral incluyendo su extinción y de las obligaciones de la seguridad social". Las disposiciones insertas en este artículo resultan aplicables al régimen de solidaridad específico previsto en el art. 32 de la Ley 22.250. (Párrafo incorporado por art. 17 de la ley 25.013 B.O. 24/9/1998)

Empresas subordinadas o relacionadas. Solidaridad

Art. 31. — Siempre que una o más empresas, aunque tuviesen cada una de ellas personalidad jurídica propia, estuviesen bajo la dirección, control o administración de otras, o de tal modo relacionadas que constituyan un conjunto económico de carácter permanente, serán a los fines de las obligaciones contraídas por cada una de ellas con sus trabajadores y con los organismos de seguridad social, solidariamente responsables, cuando hayan mediado maniobras fraudulentas o conducción temeraria.

• Comentario:

20. Suministro de mano de obra

El art. 29 de la LCT, en sus dos primeros párrafos, contempla los casos en que una organización contrata personal no para utilizarlo en su propio beneficio, sino para proveerlo a otras empresas, quienes aprovecharán los servicios de los trabajadores. Es un supuesto de contratación lícita, pues este tipo de relaciones no está prohibido y la norma es aplicable sin necesidad de demostrar la existencia de fraude. Si bien la ley atribuye el carácter de empleador únicamente a la empresa usuaria, con la finalidad de proteger al trabajador de una eventual insolvencia, establece la responsabilidad solidaria de ambas empresas por las obligaciones laborales y de la seguridad social(39).

El hecho de atribuir la calidad de empleador directo sólo a la empresa usuaria tiene importantes consecuencias, pues todas las obligaciones que la ley pone a cargo de aquél son exigibles a la usuaria y el trabajador está habilitado para dirigirle todos sus cuestionamientos, así como los emplazamientos vinculados con el cumplimiento de las leyes laborales y de la seguridad social, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria que corresponda a la empresa intermediaria.

Al respecto, la Cámara Nacional de Apelación del Trabajo, en pleno, decidió que "...cuando, de acuerdo con el primer párrafo del art. 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 art. 8º de la ley 24.013 aunque el contrato de trabajo haya sido inscripto solamente por la empresa intermediaria..."(40). Esta solución es correcta pues, en los términos del citado art. 29, la única empleadora es la empresa usuaria y ésta es la única obligada a registrar el contrato, ya que el art. 7º de la ley 24.013 dispone que "...se entiende que la relación o contrato de trabajo ha sido registrado cuando el empleador hubiere inscripto al trabajador...".

21. Empresas de servicios eventuales

El tercer párrafo de art. 29 de la LCT, agregado por el art. 75 de la ley 24.013 (B.O. del 17/12/1991), autoriza una excepción a la regla que establecen los dos primeros, pues contempla la hipótesis de los trabajadores que son contratados por empresas de servicios eventuales, habilitadas a funcionar como tales, para aquellos que se desempeñen en tareas eventuales cuando concurren las circunstancias que, de modo taxativo, indica el art. 6º del dec. 1694/2006 (B.O. del 27/11/2006). En este caso, los trabajadores serán considerados en relación de dependencia con la empresa de servicios eventuales (intermediaria).

La ley exige que las empresas de servicios eventuales se constituyan exclusivamente como personas jurídicas (sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, en comandita por acciones). Las referidas empresas deben tener como finalidad exclusiva la prestación de servicios eventuales a empresas usuarias y estar habilitadas por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, para lo cual deberán cumplir los requisitos que al efecto establece el citado dec. 1694/2006. El art. 4º de la ley 25.250 (B.O. del 2/6/2000) prohíbe a las cooperativas actuar como empresas de servicios eventuales.

22. Trabajos de carácter eventual

La LCT considera que se configura un supuesto del trabajo eventual "...cualquiera sea su denominación, cuando la actividad del trabajador se ejerce bajo la dependencia de un empleador para la satisfacción de resultados concretos, tenidos en vista por éste, en relación a servicios extraordinarios determinados de antemano o exigencias extraordinarias y transitorias de la empresa, explotación o establecimiento, toda vez que no pueda preverse un plazo cierto para la finalización del contrato. Se entenderá además que media tal tipo de relación cuando el vínculo comienza y termina con la realización de la obra, la ejecución del acto o la prestación del servicio para el que fue contratado el trabajador. El empleador que pretenda que el contrato invista esta modalidad, tendrá a su cargo la prueba de su aseveración..." (art. 99, sustituido por art. 68 de la ley 24.013).

El art. 6º del dec. 1694/2006 establece que la empresa de servicios eventuales sólo podrá asignar trabajadores a las empresas usuarias cuando los requerimientos de las segundas tengan por causa exclusiva alguna de las siguientes circunstancias: a) ante la ausencia de un trabajador permanente durante ese período; b) en caso de licencias o suspensiones legales o convencionales, durante el período en que se extiendan, excepto cuando la suspensión sea producto de una huelga o por fuerza mayor, falta o disminución de trabajo; c) cuando se tratase de un incremento en la actividad de la empresa usuaria que requiera, en forma ocasional y extraordinaria, un mayor número de trabajadores; d) cuando deba organizar o participar en congresos, conferencias, ferias, exposiciones o programaciones; e) cuando se requiera la ejecución inaplazable de un trabajo para prevenir accidentes, por medidas de seguridad urgentes o para reparar equipos del establecimiento, instalaciones o edificios que hagan peligrar a los trabajadores o a terceros, siempre que las tareas no puedan ser realizadas por personal regular de la empresa usuaria; f) en general, cuando por necesidades extraordinarias o transitorias deban cumplirse tareas ajenas al giro normal y habitual de la empresa usuaria.

La inobservancia de estas previsiones dará lugar a la aplicación de sanciones dispuestas por el citado decreto.

23. Consecuencias

En el supuesto de que se cumplan todos los requisitos establecidos por el art. 29, en su tercer párrafo (intermediación de una empresa de servicios eventuales habilitada y carácter eventual de las tareas a que se destina a los trabajadores), éstos serán considerados en relación de dependencia, con carácter permanente continuo o discontinuo, con dichas empresas.

El art. 4º del dec. 1694/2006 establece que los trabajadores que la empresa de servicios eventuales contrate para prestar servicios en su sede, filiales, agencias u oficinas, serán considerados vinculados por un contrato de trabajo permanente continuo. Los trabajadores que la empresa de servicios eventuales contrate para prestar servicios bajo la modalidad de trabajo eventual serán considerados vinculados a la empresa de servicios eventuales por un contrato de trabajo permanente discontinuo.

A todos los trabajadores dependientes de la empresa de servicios eventuales, ya sea que presten servicios continuos o discontinuos, les será de aplicación toda disposición legal, estatutaria, convencional, laboral y de la seguridad social vigente. Los aportes y contribuciones a la seguridad social respecto de los trabajadores permanentes discontinuos se efectuarán de acuerdo a la legislación aplicable en la empresa usuaria.

El referido decreto procura asegurar el empleo efectivo de los trabajadores comprendidos y a tal fin establece pautas claras en relación al período de suspensión entre las asignaciones para prestar servicios bajo la modalidad eventual en las empresas usuarias (art. 5º).

La ley descarta que el vínculo de estos trabajadores con la empresa de servicios eventuales pueda ser considerado de carácter eventual(41).

El art. 29 bis en su primer párrafo dispone que el empresario que utiliza la prestación del trabajador, con intervención de una empresa de servicios eventuales habilitada por la autoridad competente, es solidariamente responsable con aquélla por todas las obligaciones laborales y deberá retener de los pagos que realice a la empresa de servicios eventuales los aportes y contribuciones respectivos para los organismos de la seguridad social. Vale decir que la ley le impone dos obligaciones concretas, que son la responsabilidad solidaria y ser agente de retención en materia de seguridad social. La solidaridad es consecuencia de la contratación interempresarial con prescindencia de la acreditación de cualquier conducta o maniobra fraudulenta, se extiende sólo por el período en que la usuaria aprovechó los servicios del trabajador y abarca la totalidad de las obligaciones laborales y de la seguridad social(42).

Para evitar la fragmentación del colectivo obrero y la división en distintos segmentos en el seno del personal de la empresa usuaria, la ley determina que el trabajador contratado por intermedio de una empresa de servicios eventuales estará regido por la Convención Colectiva, será representado por el Sindicato y beneficiado por la Obra Social de la actividad o categoría en la que efectivamente preste servicios en la empresa usuaria (art. 29 bis, incorporado por art. 76 de la ley 24.013(43).

24. Ámbito de aplicación del art. 30 de la LCT

Este artículo contempla dos supuestos diferentes: por un lado, la cesión total o parcial del establecimiento o explotación habilitado a nombre del empresario y, en segundo lugar, la contratación y subcontratación de trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito.

La cesión no debe confundirse con la transferencia del establecimiento ni el arrendamiento o cesión transitoria a que se refieren los art. 225, 227 y 228 de la LCT, pues en esos casos la solidaridad se limita a las obligaciones emergentes del contrato de trabajo existentes a la época de la transmisión. En la cesión el cedente nunca pierde, ni siquiera transitoriamente, la titularidad del establecimiento, no interesa si la cesión se hace a título oneroso o gratuito. Debe entenderse que la ley equipara cualquier cesión —total o parcial— que transfiera la titularidad del establecimiento o explotación al supuesto de contratación o subcontratación que simultáneamente contempla(44). En esta hipótesis, a los fines de la aplicación de la norma no interesa que la actividad desarrollada en el establecimiento cedido sea normal y específica o meramente accesoria y escindible de la principal. En cualquier caso, el cedente resulta solidariamente responsable frente a las obligaciones del cesionario respecto del personal que ocupare, y que encuentren su causa en la relación de trabajo(45).

En el supuesto de contratación o subcontratación, la empresa principal requiere del servicio de otra para completar su ciclo productivo.

En ambos casos, la ley impone a cedentes, contratistas o subcontratistas determinadas obligaciones legales, cuyo incumplimiento convierte a aquélla en responsable solidaria de su contratista, por las deudas laborales y previsionales contraídas por éste frente a sus dependientes. Éstas son, fundamentalmente, obligaciones de control en forma acumulativa y sin excepción. La inobservancia de alguno de esos deberes de fiscalización activa la solidaridad del principal respecto de la responsabilidad de su contratista hacia sus trabajadores. Se trata de un control amplio que deberá ejercer en forma continua, que no puede delegar en terceros y que no se agota en la legislación del trabajo y de la seguridad social, sino en la totalidad de las normas que integran el ordenamiento laboral y previsional(46).

La exigencia de adecuado cumplimiento de las normas que impone el art. 30 al principal respecto del contratista, es una obligación de resultado y no de medio, por lo que el primero no puede eludir su responsabilidad acreditando haber dirigido al subcontratista alguna exhortación formal en tal sentido o supervisado sus libros(47).

Rodríguez Mancini señala que coinciden los autores en que la norma del art. 30 de la LCT, en la medida en que impone una solidaridad amplia en materia laboral y de la seguridad social, no exige para su aplicación la demostración de que los sujetos comprendidos en aquélla han actuado en fraude de la ley, ocultando situaciones, simulando, o bajo cualquier forma eludiendo el cumplimiento de las normas legales laborales. Se trata de una imposición de responsabilidad objetiva que se produce cuando están presentes los supuestos exigidos por la norma: básicamente, que se trate de la contratación o subcontratación de trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento(48).

Con anterioridad a la reforma introducida por la ley 25.013 (B.O. del 24/9/1998), los cedentes y contratantes debían exigir de sus cesionarios, contratistas o subcontratistas, el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de la seguridad social. La ley 25.013, si bien mantuvo ese primer párrafo, incorporó a continuación otros dos imponiendo a cedentes, contratistas o subcontratistas la obligación de exigir a sus cesionarios o subcontratistas datos de cada uno de los trabajadores que presten servicios y documentación vinculada al pago de la remuneración, de los aportes al sistema de seguridad social, una cuenta corriente bancaria de la cual sea titular y una cobertura por riesgos del trabajo.

En caso de incumplimiento, los primeros resultan solidariamente responsables con las obligaciones de los segundos, respecto del personal que ocuparen en la prestación de dichos servicios y que fueren emergentes de la relación laboral, incluyendo su extinción y de las obligaciones de la seguridad social.

La solidaridad abarca solo las obligaciones contraídas durante el lapso de duración de la obra y con motivo de su realización; por lo tanto, no se le podrán exigir al empresario principal obligaciones que comprendan períodos ajenos a la contratación respectiva(49).

La ley 25.013 introdujo también un último párrafo en el citado art. 30 de la LCT que establece que "(l)as disposiciones insertas en este artículo resultan aplicables al régimen de solidaridad específico previsto en el art. 32 de la ley 22.250".

Un sector de la doctrina considera que esta norma termina con una antigua discusión que sobre este punto se había entablado en doctrina y jurisprudencia y que en la Capital Federal había sido zanjada mediante el plenario nro. 265 del 27/12/1988 en los autos "Medina, Santiago c. Nicolás y Enrique Hernán Flamingo SA", el que queda sin efecto por la reforma. Es decir —sostiene— que ahora, quienes contraten o subcontraten los servicios de contratistas o subcontratistas de la construcción deberán exigir a estos últimos, además de la inscripción el Registro Nacional de la Industria de la Construcción, todos y cada uno de los recaudos previstos en los párrafos segundo y tercero del art. 30, pues de lo contrario, serán responsables solidariamente de las obligaciones de dichos contratistas o subcontratistas respecto al personal ocupado en la obra(50). Otros autores consideran que los párrafos del art. 30 de la LCT, sustituidos por la ley 25.013, no desplazan el régimen de solidaridad previsto por el art. 32 de la ley 22.250 ni operan en forma "paralela" a éste, ni tampoco desplazan la operatividad de la mencionada doctrina plenaria. Si se lee detenidamente el último párrafo incorporado al art. 30 de la LCT, podrá advertirse que no existe contradicción con los términos de la referida doctrina plenaria. En efecto, según el párrafo mencionado, las disposiciones insertas en el art. 30 resultan aplicables al régimen de solidaridad específico previsto en el art. 32 de la ley 22.250, que no es lo mismo que decir que resultan aplicables a los contratos regidos por el régimen estatutario mencionado, o sea que el nuevo párrafo sólo es aplicable dentro del marco de solidaridad específico previsto por el citado art. 32 del estatuto(51).

25. Actividad normal y específica

La CSJN sostuvo que para que exista responsabilidad solidaria del cedente es necesario que la actividad del subcontratado o cesionario complemente o complete la actividad normal específica de aquél, pues debe existir una unidad técnica de ejecución entre la empresa y su contratista(52).

Justo López sostiene que por "actividad normal y específica propia del establecimiento" no debe entenderse sólo la actividad principal —en el sentido de que lo principal se suele oponer a lo accesorio-, sino que la expresión comprende también a las actividades que pudieran ser calificadas de secundarias o de accesorias, con tal que estén integradas permanentemente al establecimiento, con lo cual sólo se excluirían a las extraordinarias o excepcionales(53).

A fin de admitir la solidaridad que establece el art. 30, debe analizarse si existe correspondencia entre la actividad desplegada por la empleadora y la actividad concreta que despliega la principal, y no entre la actividad de aquélla y el objeto genérico de ésta(54). La norma comprende las hipótesis en que un empresario encomienda a un tercero la realización de aspectos o facetas de la misma actividad que desarrolla en su establecimiento.

26. Contrato de franquicia

El advenimiento de grandes procesos de comercialización novedosos y cada vez más acelerados ha sido acompañado de una profunda transformación de los contratos, en procura de su adecuación a las nuevas exigencias socieconómicas.

Precisamente, en este contexto, es que el contrato de franquicia, al igual que el de Agencia, había tenido una amplia difusión en nuestro país con anterioridad a la sanción del nuevo Código, pero carecía de una regulación especial a su respecto.

Actualmente, el Código Civil y Comercial suple aquella omisión, y contempla expresamente a este tipo de contrato, dedicando un capítulo entero al efecto (capítulo 19, Libro Tercero, arts. 1512 y ss.). Según la definición legal "habrá contrato de franquicia comercial cuando una parte denominada franquiciante, otorga a otra, llamado franquiciado, el derecho a utilizar un sistema probado, destinado a comercializar determinados bienes o servicios bajo el nombre comercial, emblema o la marca del franquiciante, quien provee un conjunto de conocimientos técnicos y la prestación continua de asistencia técnica o comercial, contra una prestación directa o indirecta del franquiciado".

La norma prevé que el franquiciante debe ser titular exclusivo del conjunto de los derechos intelectuales, marcas, patentes, nombres comerciales, derechos de autor y demás comprendidos en el sistema bajo franquicia; o en su caso, tener derecho a su utilización y transmisión al franquiciado en los términos del contrato. Y que, el franquiciante no puede tener participación accionaria de control directo o indirecto en el negocio del franquiciado (art. 1512, párrs. 2º y último).

Es un contrato consensual, bilateral, oneroso, conmutativo, de tracto sucesivo; generalmente se da entre empresas, es de adhesión y típico(55)

En cuanto al objeto del citado contrato consiste, a grandes rasgos, en una licencia o autorización al franquiciado para explotar el plan negocial, de propiedad o titularidad de uso del franquiciante, y que, generalmente, involucrará el permiso de uso del nombre comercial del franquiciante, las marcas registradas y patentadas y, también los métodos y procesos que constituyen el know how que se transfiere y que forma parte de aquél(56).

Respecto a las relaciones obligacionales entre franquiciante y franquiciado, desde la perspectiva mercantil, estos contratos constituirían negocios sometidos a los principios generales de la autonomía de la voluntad en la contratación privada, lo que supone la presunción general de que las partes son libres de estipular la intensidad y las características del vínculo jurídico que los une en el tráfico mercantil con exclusiva limitación de no ser contrarios a la ley, la moral y el orden público.

Comúnmente la franquicia, a diferencia del contrato de trabajo, no involucra necesariamente la prestación personal y directa de servicios por parte del franquiciado que, generalmente, llevará a cabo el negocio a través de terceras personas con quienes puede entablar un vínculo jurídico, incluso laboral. No obstante, ello no implica que en ningún caso dicho contrato no pueda resultar generador de responsabilidad del dador de la franquicia en el plano del derecho laboral, las que podrían suscitarse tanto en relación con la otra parte del negocio contractual, como también con relación a terceros, los trabajadores contratados por la tomadora de la franquicia e, incluso eventualmente, los organismos de la Seguridad Social(57).

Sobre este tópico, el art. 1520 del Código Civil y Comercial, establece expresamente que "Las partes del contrato son independientes, y no existe relación laboral entre ellas". Resalta la situación de autonomía entre franquiciado y franquiciante (art. 1520 citado) y en igual línea, admite la posibilidad de que se otorguen sub- franquicias a terceros por el franquiciado con autorización del franquiciante (art. 1518, inc. a] CCyCN) y prevé la "no transmisión al franquiciante de las obligaciones del franquiciado, "salvo disposición legal en contrario (conf. inc. a] del art. 1.520 citado), ni la relación con sus dependientes, "sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre fraude laboral" (conf. inc. b] de la citada norma).

En síntesis, la posible configuración de responsabilidad laboral de los nuevos agentes en el contrato de franquicia, al igual que lo que acontecería con otros contratos similares (v.gr. de agencia o concesión), podría darse en tres supuestos. Por un lado, en lo atinente a la relación que se establece entre franquiciante y franquiciado, cuando este último fuera una persona física que prestare servicios en el marco del contrato de franquicia. Otro, la relativa a la relación que se establece entre dichos sujetos del contrato y de éstos con los trabajadores del franquiciado ya que la interacción entre ambos destinada a garantizar el negocio común mercantil, podría, de darse una situación de fraude, determinar la eventual imputación a este último sujeto de la condición de empleador directo, contratista o intermediario, y, en consecuencia, comprometer la responsabilidad de aquél frente a los trabajadores del franquiciado (conf. arts. 29 y 30 de la LCT). Y, uno último que, por la particular integración que se suscita entre las partes del contrato, podría darse, en determinadas circunstancias, si se tratare de empresas, la configuración de aquéllas de un conjunto económico, en los términos del art. 31 de la LCT.

27. La responsabilidad del Estado

La CSJN, secundada por la mayoría de los tribunales, ha considerado que el Estado no es responsable, en los términos del citado art. 30 de la LCT, en materia de cesión, contratación y subcontratación. Esta conclusión se funda en que la referida norma no resulta aplicable, pues presupone fraude, lo cual es incompatible con la presunción de legitimidad de los actos administrativos (conf. art. 12 de la ley 19.549). Señala también que el Estado no puede ser considerado "empleador", conforme los términos de la LCT, salvo que se configurara la situación contemplada por el art. 2º de la citada ley y, por último, el Estado (nacional, provincial o municipal) no es una empresa sino que es una autoridad político-administrativa y, en cumplimiento de ese rol, dirige y administra distintos establecimientos que se dedican a diversas actividades, por lo que no se verifica el presupuesto esencial contemplado en el art. 30(58).

Una posición minoritaria(59) rebate tales argumentos, pues considera que la norma en cuestión prescinde del fraude, ya que establece una responsabilidad objetiva, que por otra parte, el Estado no es condenado por su condición de empleador, dado que no es titular de la relación, sino como obligado solidario y el texto del art. 30 no menciona a la empresa porque utiliza el pronombre "quienes", que es mucho más genérico y no excluye al Estado de la responsabilidad solidaria que consagra, como sí lo hace el art. 230 de la LCT, en caso de transferencia del establecimiento(60).

En esta cuestión también resulta relevante la reforma introducida por el Código Civil y Comercial en cuanto en su art. 1765 establece que "la responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda".

28. Empresas subordinadas o relacionadas

El art. 31 dispone, en el caso de empresas subordinadas o relacionadas de modo permanente, aunque tuviesen cada una de ellas personalidad jurídica propia, que a los fines de las obligaciones contraídas por cada una de ellas con sus trabajadores y con los organismos de seguridad social, serán solidariamente responsables cuando hayan mediado maniobras fraudulentas o conducción temeraria.

La norma contempla dos supuestos: uno, de empresas subordinadas, cuestión que esclarecen los términos de los arts. 33 y 256 de la ley 19.550, y el otro es el de empresas relacionadas que constituyen un conjunto económico, que a los fines de la aplicación de la norma debe ser de carácter permanente.

Justo López considera que la clave de lo que debe entenderse por conjunto económico está dada, precisamente, por la "efectiva unidad económica", que fue el criterio que utilizó la CSJN al decidir los casos "Parke Davis y Cía. de Argentina SAIC"(61) y "Compañía Swift de La Plata"(62). Esta unidad económica no es otra cosa que una clara confusión de los patrimonios de las empresas integrantes de ese conjunto económico. Son notas características de este conjunto económico poseer un capital común (formalmente separado, pero realmente confundido) y poseer también una dirección común. Esta noción es la que se ha dado en llamar "unidad jurídica" cuando dos sociedades constituyen en realidad una sola empresa, bajo dirección única y con el mismo patrimonio(63).

La norma requiere además que esta relación sea de carácter permanente, es decir que se prolonguen por períodos importantes de tiempo las necesidades y fines empresarios para los cuales las empresas se vinculan, con lo cual no se configurará conjunto económico cuando la interrelación sea momentánea y a los fines de un negocio específico, cuya concreción extingue la vinculación entre ambas. Esa permanencia que impone el legislador se contrapone con la mera provisionalidad de la vinculación de los sujetos involucrados con las denominadas "uniones transitorias de empresas". En consecuencia, lo dispuesto por el art. 31 no resulta de aplicación a las denominadas "uniones transitorias-UT" pues no son sociedades ni sujetos de derecho, ni responden solidariamente por los actos y operaciones que realicen (arts. 377 y 381, ley 19.550, y 1463 y 1467 del CCyCN, como ya se ha destacado anteriormente). Cabe remitirse a las consideraciones ya expuestas.

Asimismo corresponde destacar que para que se configure la responsabilidad establecida en este artículo es requisito indispensable que la empleadora haya incurrido en conducción temeraria o maniobras fraudulentas tendientes a eludir su responsabilidad frente al trabajador o a los organismos de seguridad social(64).

La conducción temeraria alude al manejo irresponsable, negligente o doloso que generalmente se evidencia en la quiebra o concurso de la sociedad empleadora o en el llamado "vaciamiento" que determine su insolvencia, pues lo que se busca en estos casos es que responda la unidad económica (grupo de interés económico común), pese a que esté formada por entidades con distinta personalidad jurídica (y por lo tanto con autonomía formal de acuerdo con el orden jurídico)(65).

En cuanto a las maniobras fraudulentas, no es necesario demostrar la intención subjetiva de evadir normas imperativas; basta la acreditación de ciertos extremos para que se configure un supuesto de evasión de las normas laborales, lo que hace aplicable la solidaridad dispuesta en el art. 31 de la LCT. Por ejemplo, la fragmentación de la antigüedad del trabajador, el registro del vínculo con una remuneración menor a la real o con una falsa fecha de ingreso o cuando se haga aparecer al trabajador como empleado de una empresa en la que efectivamente no presta servicios con la finalidad de sustraerse a la aplicación de un convenio, juzgado más oneroso que el que rige en la que trabaja en realidad(66).

29. Efectos de la solidaridad

La solidaridad pasiva que establecen los arts. 29, 29 bis, 30 y 31 debe interpretarse a la luz de lo que al respecto dispone el Código Civil y Comercial ya que éste precisa que la obligación mancomunada es solidaria, cuando la totalidad del objeto de ella puede, en virtud del título constitutivo o de una disposición de la ley, ser demandada por cualquiera de los acreedores o a cualquiera de los deudores (art. 827). Entre las notas características de esta definición, aparte de las comunes con las restantes tipos de obligaciones de sujeto plural, se identifica la necesidad de que exista una causa única, en contraposición con las obligaciones concurrentes previstas en los arts. 850 y 852 del nuevo cuerpo normativo.

En consecuencia, en esta clase de obligaciones el acreedor posee el ius electionis, el derecho de elegir contra cuál de los deudores solidarios dirigirá su pretensión, así puede requerirla a cualquiera de ellos o a todos, simultánea o sucesivamente. Ello no implica que las prestaciones se sumen, se acumulen o se dividan, salvo voluntad expresa del acreedor, sino que, por el contrario, subsisten en su identidad y continúan siendo una sola. Se trata de una única e idéntica prestación, se debe el todo; la deuda sólo puede satisfacerse de una vez y la calidad de deudor se ostenta simultáneamente, y si la obligación se extingue, se extingue para todos los deudores.

Los autores coinciden en que la ventaja práctica de la solidaridad pasiva radica en poner a disposición del acreedor varios patrimonios para una sola y misma prestación, sin que el codeudor pueda oponer el beneficio de división ni valerse de la llamada "garantía del codeudor solidario". Este instituto apunta a la seguridad del acreedor, para quien constituye el sistema más perfecto de garantía personal, puesto que lo pone a cubierto de la insolvencia de cualquier deudor al poder exigir la responsabilidad de otro cualquiera de los deudores. La solidaridad pasiva ha sustituido a la simple fianza pues constituye una garantía más adecuada, perfecta y cómoda; por ello el deudor solidario no goza del beneficio de excusión que tiene el fiador ni es necesario demandar previamente al supuesto deudor principal para recién después poder ejecutar al fiador. Todos los deudores solidarios están ubicados en el mismo plano, todos revisten el carácter de deudores sin que los haya principales o secundarios. El hecho de que varios codeudores queden vinculados por la totalidad del débito importa mejores perspectivas de cobro para el acreedor que tendrá varios patrimonios en pie de igualdad afectados al pago de la deuda. Se trata de una forma anómala, heterodoxa de garantía(67).

Al respecto, la Cámara Nacional de Apelación del Trabajo en pleno, decidió que "es aplicable el art. 705 del Código Civil a la responsabilidad del art. 30, LCT"(68). La norma antes citada se encuentra actualmente contenida en el art. 833 del CCyCN el cual, pese a su cambio de redacción, mantiene la télesis de la norma anterior en cuanto establece el derecho del acreedor a reclamar pago a uno, a varios o a todos los codeudores en el mismo acto ("simultánea") o en distintas oportunidades ("sucesivamente"), siempre y cuando la obligación no se encuentre cumplida. El texto destierra la tesis que sostenía que si el acreedor elige demandar a un codeudor y es insolvente, pierde la facultad de reclamarle a los restantes. Este pronunciamiento pone fin a la controversia que se había suscitado en el seno de dicho tribunal, pues algunos fallos desconocían el derecho del trabajador de accionar judicialmente contra el contratista principal, en los términos del art. 30 de la LCT, con prescindencia de su empleador real, dado que distinguían entre deudor principal y vicario, producto, a su vez, de una denominada solidaridad impropia(69).

30. Jurisprudencia

Art. 29, LCT. Obligaciones de la ley 24.013

"...Cuando de acuerdo con el primer párrafo del art. 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 art. 8º de la ley 24.013 aunque el contrato de trabajo haya sido inscripto solamente por la empresa intermediaria...".

CNTrab. en pleno, 30/6/2010, "Vásquez, María Laura c. Telefónica de Argentina SA y otro", LA LEY del 7/7/2010, 11, LA LEY del 16/7/2010, 3 con nota de Andrea E. García Vior.

Art. 29, LCT

"...De acuerdo con el art. 29 de la LCT la empresa concesionaria codemandada debe responder solidariamente por las indemnizaciones derivadas del despido de un trabajador, pues se acreditó que fue usuaria y beneficiaria de la fuerza de trabajo del dependiente, la cual consistía en realizar la limpieza técnica de dispositivos de soldaduras...".

CNTrab., sala X, 31/10/2011, "Peralta, Raúl Rogelio c. Peugeot Citroen Argentina SA y otro", DT 2012 (febrero), 304 con nota de Juan José Etala (h.).

Art. 29, LCT

"... El empresario que utiliza los servicios del trabajador contratado por el intermediario es el empleador directo y, por lo tanto, está directa e inmediatamente sometido a todas las obligaciones y a todos los deberes y cargas de la relación de trabajo incluso las cargas de documentación...".

CNTrab., sala IV, 14/11/2008, "Bravo, Norberto Donato c. Aguas Danone de Argentina SA", LLAR/JUR/20207/2008.

Art. 29, LCT. Solidaridad de empresa beneficiaria de la prestación

"La empresa propietaria del establecimiento donde el actor prestó tareas como vigilador es responsable en forma solidaria de las obligaciones derivadas del despido, pues se acreditó que los mecanismos utilizados por la cooperativa codemandada resultaron un encubrimiento ilegítimo de la relación laboral real entablada y que la finalidad de la misma era la de proveer servicios a terceros bajo la apariencia de supuestos actos cooperativos, cuando en realidad las labores desplegadas por el trabajador carecían del carácter asociativo y el aporte de éste benefició en definitiva a la firma que recibió su labor, actuando la cooperativa como mera intermediaria."

CNTrab., sala IX, 31/5/2016, "Cerutti, Dino Andrés c. Cooperativa de Trabajo Siempre Alerta Ltda. y otro s/despido", LL, AR/JUR/39975/2016.

Art. 29, LCT. Falta de acreditación del carácter eventual de las labores

"...No basta que la empresa de servicios eventuales lleve sus libros en legal forma y registre el contrato celebrado, porque el carácter eventual de la contratación debe emerger de circunstancias objetivas, que no se derivan de la sola intermediación, y en el caso, la demandada denunció que la contratación del actor fue para cubrir picos de trabajo y licencias del personal permanente que se hallaba de vacaciones, pero lo cierto es que tal pico de tareas no fue acreditado en la causa —al menos en la extensión de tiempo que duró el vínculo— y tampoco se aportaron los datos de los empleados que supuestamente se encontraban en uso de licencia y cuya ausencia requiriera la contratación del actor...".

CNTrab., sala I, 3/5/2011, "Saucedo, Damián Gabriel c. SAF SA y otro", LLAR/JUR/25001/2011.

Art. 29, LCT. Falta de acreditación del carácter eventual de las labores

"...Debe considerarse que existe una relación de trabajo entre un trabajador de una empresa de servicios eventuales y la empresa demandada si no se ha acreditado que el actor hubiera sido contratado para desempeñarse en los términos de los arts. 99 de la Ley de Contrato de Trabajo y 77 a 80 de la ley 24.013, por lo cual la relación cae bajo el principio general que rige a la subempresa de mano de obra, consagrado en el primer párrafo del art. 29, según el cual se establece una relación directa y permanente con el empresario que utilizó los servicios del trabajador...".

CNTrab., sala IV, 29/3/2010, "Carocci, Pablo David c. Autoliv Argentina SA", DJ del 22/9/2010, 2632.

Art. 29, LCT. Relación laboral con la empresa de servicios eventuales

"...Es legítimo el despido indirecto fundado en una negativa de tareas si, de acuerdo a los arts. 29 de la Ley de Contrato de Trabajo —mod. por ley 24.013— y 4º del dec. 1694/2006 la relación con la agencia contratante fue permanente continua y por ello, ésta no estuvo legitimada para declarar abierto el período de interrupción previsto en el art. 5º del decreto ni para destinar la prestación del actor a una nueva usuaria, porque esas decisiones sólo pudieron haber sido adoptadas en el marco de una relación permanente y discontinua. Ante la falta de acreditación de la eventualidad de la prestación que motivó la contratación del trabajador por una empresa proveedora de personal temporario, es indiscutible que la usuaria asumió el carácter de empleadora directa y que ella y la intermediaria son solidariamente responsables por las obligaciones derivadas del vínculo...".

CNTrab., sala II, 25/2/2010, "Palazzo, Griselda Jacqueline c. Delicia Felipe Fort SA y otro", LLAR/JUR/680/2010.

Art. 30, LCT

"Para que exista responsabilidad solidaria del cedente es necesario que la actividad del subcontratado o cesionario complemente o complete, la actividad normal específica de aquél, pues debe existir una unidad técnica de ejecución entre la empresa y su contratista".

CSJN, 15/4/1993, "Rodríguez, Juan R. c. Embotelladora Argentina y otro", Fallos: 316:713, DT, 1993-B-871.

Art. 30, LCT

"...La protección de los derechos laborales no justifica que se pongan en tela de juicio otros derechos también garantizados constitucionalmente. Sobre tal base no procede una interpretación lata del art. 30 de la LCT, que extienda desmesuradamente su ámbito de aplicación por la cesión de tareas que no hacen a la actividad normal y específica propia del establecimiento comercial explotado...".

CSJN, 2/7/1993, "Luna, Antonio R. c. Agencia Marítima Rigel SA y otros", Fallos: 316:1609, DT, 1993-B-1407 con nota de Amanda Lucía Pawlowski de Pose.

Art. 30, LCT. Interpretación y alcances del art. 30, LCT. Insuficiencia de un estricto apego al Fallo "Rodríguez c. Cía. Embotelladora Argentina" (Fallos: 316:713)

"...Tal como se sigue de las disidencia formuladas en el precedente 'Rodríguez, Juan Ramón c. Cía. Embotelladora Argentina SA y otro', es impropio de su cometido jurisdiccional, en el marco del recurso extraordinario, formular una determinada interpretación del art. 30, LCT, dado el carácter común que ésta posee. La vía para obtener la unificación de la jurisprudencia entre las salas de una Cámara Nacional es la del recurso de inaplicabilidad de ley (y no la extraordinaria). Cabe entender configurada la 'inconveniencia' de mantener la ratio decidendi de 'Rodríguez, Juan Ramón c. Cía. Embotelladora Argentina SA y otro' (Fallos: 316:713) para habilitar esta instancia y para asentar la exégesis de normas de derecho no federal, en el caso, el art. 30, LCT (doct. Fallos: 183:409, 183:413). La decisión del a quo, en tanto no se apoya en un criterio propio sobre la interpretación y alcances del antedicho precepto, sino que se reduce a un estricto apego a la doctrina mayoritaria de 'Rodríguez, Juan Ramón c. Cía. Embotelladora Argentina SA y otro', debe ser dejada sin efecto con el objeto de que la cuestión litigiosa sea nuevamente resuelta en la plenitud jurisdiccional que le es propia a los jueces de la causa..." (del voto de los Dres. Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni.); "...La interpretación del derecho del trabajo que se hace en el fallo 'Rodríguez, Juan Ramón c. Cía. Embotelladora Argentina SA c. y otro' (Fallos: 316:713) (considerandos 8 a 11), así como la finalidad de establecer un quietus en la práctica de los tribunales correspondientes (consid. 7), carecen de toda fuerza normativa, por un doble orden de razones: porque no versan específicamente sobre derecho federal, para cuya aplicación tiene competencia apelada esta Corte (arts. 116, CN, 14, ley 48 y 6, ley 4055), y porque no forman parte del fundamento central o ratio decidendi del pronunciamiento emitido en el caso citado..." (de la disidencia de la Dra. Argibay).

CSJN, 22/12/2009, "Benítez, Horacio Osvaldo c. Plataforma Cero SA y otros", Fallos: 332:2815, LA LEY del 10/2/2010, p. 8 con nota de Sebastián Serrano Alou.

Solidaridad art. 30, LCT. Alcances

"...La solidaridad que establece el art. 30, LCT no constituye en su texto actual una sanción por fraude, ya que no se presume ninguna clase de conducta fraudulenta por parte de la contratante, sino que se trata de una simple función de garantía para el trabajador —que, a diferencia del contratante, no puede elegir ni controlar la solvencia y cumplimiento de la ley de los contratados— y que se activa por el mero hecho de que la contratante no haya sido diligente a la hora de elegir a empresas formales, cumplidoras de las leyes laborales...".

CNTrab., sala II, 7/2/2007, "Poma Vergara, Julio y otros c. Bariffi, Josefina y otros".

Art. 30, LCT. Obligación de otorgar certificado de trabajo

"...La obligación de otorgar el certificado de trabajo corresponde únicamente al empleador directo, y no corresponde extender la condena a cumplir con él al supermercado para el cual prestaba efectivamente y fue condenado en los términos del art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo, ya que se trata de una obligación que carece de carácter patrimonial e intuito personae y sólo puede ser satisfecha por el empleador, máxime si luego del dictado de la Resoluciones Nº 2316 de la AFIP Nº 2316 y 601/08 de la Anses, sería inviable que aquella codemandada pudiere emitir la certificación con los requisitos formales exigidos por dichas disposiciones...".

CNTrab., sala X, 31/8/2012, "Estrella, Orlando Walter c. Diseño Laboral SA y otros", DT, 2013 (mayo), 1207.

Art. 30, LCT. Actividad principal

"...Son solidariamente responsables de las consecuencias derivadas del despido del trabajador, la empresa de limpieza que contrató en forma directa sus servicios y la Institución que de ellos se servía, toda vez que las tareas realizadas resultan integrativas de la actividad principal de la segunda en función de lo establecido en el art. 30 de la LCT...".

CNTrab., sala II, 16/10/2007, "Ramírez, Leonardo Héctor c. Nadelimp SRL y otro", LLAR/JUR/8532/2007.

Art. 30, LCT. Actividad principal

"...Corresponde atribuir responsabilidad solidaria en los términos del art. 30 de la LCT a la empresa de telefonía pública si las tareas desarrolladas por el trabajador dependiente de una empresa subcontratada eran las de telemarketer, y consistían en la venta de productos de telefonía a clientes propios de la empresa demandada y en el ofrecimiento de productos y servicios mediante comunicación con clientes a través de una base de datos propia de dicha empresa, pues no pueden sustraerse las mencionadas tareas de su giro comercial, en la medida en que integran una etapa fundamental de su actividad...".

CNTrab., sala II, 17/9/2004, "Vázquez, Gabriel H. c. Telefónica de Argentina SA y otro", LA LEY del 22/7/2005, 8.

Art. 30, LCT. Actividad principal

"...La condena al pago de una indemnización por despido impuesta a la constructora demandada, debe hacerse extensiva a la empresa proveedora de agua potable que contrató sus servicios, en virtud de la solidaridad del art. 30 de la LCT, pues las tareas realizadas por el actor —en el caso, como cambio de válvulas de agua o cloacas, reparación de hundimientos en pavimentos y calzadas por rotura de caños de agua— son coadyuvantes e imprescindibles para que la coaccionada cumpla su actividad normal y específica...".

CNTrab., sala X, 9/8/2004, "Tkaczek, Víctor M. c. Sthan SA y otro", LA LEY del 15/9/2004, 14.

Art. 30, LCT. Franquicia

El nuevo Código Civil y Comercial Unificado por ley 26.994 regula el contrato de franquicia en los arts. 1512 a 1524. "...Corresponde responsabilizar en los términos del art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo a ambas codemandadas quienes estaban vinculadas a través de una franquicia, pues, la comercialización de los productos por parte del franquiciado hace a la actividad normal y específica de la franquiciante...".

CNTrab., sala III, 31/8/2012, "Rodríguez Varas, Cristian Martín c. GoForIt SRL y otros", LLAR/JUR/45205/2012.

Art. 30, LCT

"...La mera circunstancia que la quejosa haya controlado los comprobantes de pago a la seguridad social y al sindicato no la libera de las consecuencias patrimoniales previstas en el art. 30, LCT. La responsabilidad de esta norma es objetiva y entraña una herramienta legal de protección del crédito laboral. El cedente o contratista no se exime de responsabilidad probando que efectuó el control de los recaudos específicos incorporados por la ley 25.013. De allí el giro 'además', que emplea el art. 30, LCT, segundo párrafo, indicativo de que a más de las exigencias que incluyó la ley 25.013 ha quedado incólume el deber general de responder, concerniente al amplio espectro de las obligaciones laborales...".

CNTrab., sala VIII, 20/11/2008, "Waldovino, Gabriela c. Elkanet SRL y otro".

Art. 30, LCT e Industria de la Construcción

"...La ley 25.013 agregó al art. 30, LCT un párrafo que establece que sus disposiciones 'resultan aplicables al régimen de solidaridad específico previsto en el art. 32 de la ley 22.250', por ello la situación de quien contrata la realización de una obra ha variado de manera importante con la reforma introducida al art. 30, LCT. Se pone en cabeza del comitente mayores obligaciones que las impuestas por el art. 32 de la ley 22.250, que mantiene su vigencia, de manera que a las cargas legales establecidas por la norma citada en primer término cabe agregar la carga impuesta por el art. 32, ley 22.250. No se aplica la regla que da relevancia al régimen particular por sobre el general, pues el último párrafo del mencionado art. 30 reformado alude expresamente a la aplicación de sus reglas al régimen previsto en la ley 22.250, lo que disipa los endebles argumentos deducidos por la accionada al respecto...".

CNTrab., sala IV, 30/12/2011, "Lizardo, Roberto Elvio c. Maxener UTE y otro".

Art. 30, LCT e Industria de la Construcción

"...La constancia de inscripción de los contratistas o subcontratistas en el IERIC (art. 32, ley 22.250) ya no resulta suficiente para excluir la responsabilidad solidaria del empresario que contrató los servicios, sino que además debe exigir las constancias individualizadas en el segundo párrafo del art. 30, LCT, modificado por el art. 17 de la ley 25.013. Asimismo, carece de asidero la defensa esgrimida por la recurrente relativa al correcto ejercicio de sus obligaciones de control sobre la empresa subcontratista con fundamento en lo informado por el perito contador (ver fs. 180/vta.), por cuanto de conformidad con la conclusión arribada por el Sr. Juez de grado y la que en el presente voto se propone confirmar, como lo expreso en el considerando siguiente, surge acreditada la existencia de pagos extracontable de más del 100% de la remuneración percibida por el trabajador, lo que demuestra el deficiente cumplimiento del deber impuesto en la norma en análisis. Así, se ha sostenido que 'el incumplimiento de «alguno de los requisitos» hará responsable solidariamente al principal por las obligaciones de los cesionarios, contratistas o subcontratistas, respecto del personal que ocuparen en la prestación de dichos servicios y que fueren emergentes de la relación laboral...'".

CNTrab., sala IV, 20/11/2013, "Gauna, Roque c. Benassi SA y otro".

Solidaridad. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

"...Corresponde dejar sin efecto la sentencia que condenó solidariamente a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires a abonar la indemnización fijada a los actores, con motivo de la relación laboral que los unió a la codemandada, en razón de ser esta empresa concesionaria de la explotación de espacios para estacionamiento de vehículos. Ello es así, pues los agravios referidos al carácter administrativo del contrato de concesión, así como la circunstancia de que el acuerdo se encuentra regido por el derecho público local y no puede ser alcanzado por las regulaciones laborales, conforman razonamientos que no fueron tratados específicamente por el a quo, máxime si el régimen legal en el que el proveyente fundó la responsabilidad comunal está condicionado en su aplicación a que resulte compatible con la naturaleza y modalidades de la actividad de que se trate y con el específico régimen a que se halle sujeta (art. 2º, párrafo 1º, LCT)...".

CSJN, 2/9/1986, "Mónaco, Nicolás y otros c. Cañogal SRL y otro", Fallos: 307:958.

Solidaridad. Contrato de Trabajo. Estado Nacional

"...No compromete la responsabilidad del Consejo Nacional de Educación por obligaciones laborales contraídas frente al personal, la gestión de un comedor escolar por una asociación cooperadora...".

CNTrab en pleno, 25/8/1982, "Cussi de Salvatierra, Fructuosa y otros c. Asociación Cooperadora Escolar nro. 5 D.E. nro. 2, Ursula Llames de Lapuente y otro", Plenario nro. 238, LA LEY, 1983-A, 317, DT, 1982-1273-60.

Solidaridad. Contrato de trabajo. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

"... Que el a quo ha desconocido, en primer término, que el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no es empleador según el Régimen de Contrato de Trabajo —salvo que por acto expreso se incluya a sus dependientes dentro de su ámbito— por lo que mal puede ser alcanzado, entonces, por una responsabilidad solidaria que solo es inherente a esta clase de sujetos del contrato de trabajo (arts. 2º, inc. a) y 26). Y, en segundo lugar, que dicha regulación es incompatible con el régimen de derecho público (art. 2º, párrafo 1º) a que se halla sujeta la apelante. En función de lo expuesto, lo resuelto guarda nexo directo e inmediato con las garantías constitucionales que se invocan como vulneradas (art. 15 de la ley 48), por lo que corresponde su descalificación como acto jurisdiccional en los términos de conocida doctrina de esta Corte sobre arbitrariedad...".

CSJN, 17/9/2013, "Gómez, Susana Gladys c. Golden Chef SA y otros", G.78.XLV. RHE, LA LEY del 21/10/2013, 10; LA LEY 2013-E, 568; LA LEY del 21/10/2013, 10.

Solidaridad. Contrato de Trabajo. Estado Nacional

"...La Administración Pública no es empleadora según el Régimen de Contrato de Trabajo salvo que por acto expreso se incluya a sus dependientes dentro de su ámbito, por lo que mal puede ser alcanzada, entonces, por la responsabilidad solidaria establecida en el art. 30 de la LCT que sólo es inherente a esta clase de sujetos abarcados por esa norma, incompatible con el régimen de derecho público ... La presunción de legitimidad de los actos administrativos aparece en pugna con aquella contenida en el art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo, que presupone una actividad en fraude a la ley por parte de los empleadores (de la doctrina de la Corte Suprema sentada en 'Mónaco, Nicolás y otros' —Fallos: 308:1591— a la cual remite)".

CSJN,17/9/2013, "Monrroy, Elsa Alejandra c. Infantes SRL y otro", M.130.XLV. RHE, ED, 254-276; LA LEY del 13/11/2013, 8; LA LEY, 2013-F, 206; DT 2014 (febrero), 286 con nota de Carlos Pose.

Conjunto económico

"...En virtud de lo establecido en los arts. 30 y 31 de la LCT corresponde responsabilizar a los codemandados en forma solidaria, pues debe tenerse por acreditada la existencia de un contrato de gestión comercial entre ambos, donde uno de ellos se reservó el control del personal afectado a esos negocios, es decir, asumió la función de un empleador en los términos de la ley 20.744...".

CNTrab., sala VII, 22/5/2014, "C., J. E. c. Canal del Este SA y otros", LLAR/JUR/27875/2014.

Conjunto Económico

"La empresa de turismo empleadora y la línea aérea que le proveía los tickets de vuelo son responsables en forma solidaria —art. 31 de la ley 20.744— por las indemnizaciones derivadas del despido, pues se trata de sociedades con directivos y domicilio social común, que utilizan la misma organización con medios instrumentales y materiales comunes, bajo la dirección de los componentes de una y otra, conformando un conjunto económico de carácter permanente".

CNTrab., sala VII, 24/2/2014, "M. C., M. E. c. Marsans Internacional Argentina SA y otros", LLAR/JUR/5974/2014.

Conjunto Económico

"...Las codemandadas resultan responsables en los términos del art. 31 de la LCT, pues, se encuentra acreditada la sustracción a normas laborales y de seguridad social, al registrarse una remuneración inferior a la realmente percibida por el trabajador, al no ingresar los aportes del seguro de retiro, no habiendo tampoco ninguno de ellos traído al juicio documentación respaldatoria en cuanto al contrato de franquicia que afirman les unió...".

CNTrab., sala VII, 27/11/2013, "Fernández, David Mariano c. 25 Horas SA y otros", LLAR/JUR/87609/2013.

Conjunto Económico

"...Resultan inaplicables las disposiciones de los arts. 225 y 228, LCT, pues no existió transferencia alguna del establecimiento a favor de estas codemandadas; así tampoco la responsabilidad que emerge del art. 31 de la LCT, dada la ausencia de elementos que respalden la existencia de un conjunto económico con carácter permanente, ni la realización de maniobras fraudulentas o conductas temerarias que involucren a las sociedades demandadas...".

CNTrab., sala IX, 28/8/2013, "Isabel Lezcano, Sergio Wilfredo c. Repsol YPF Gas SA y otros", LLAR/JUR/58286/2013.

Conjunto Económico

"...A la droguería codemandada debe condenarse en forma solidaria, si se acreditó que sus socios eran los mismos que los de la Farmacia donde se desempeñaba el trabajador, que las dos sociedades tenían objetos sociales relacionados, y que había reuniones de gerentes y subgerentes de ambas empresas y de otras farmacias del grupo, porque tenían un lugar común donde se reunían, todo lo cual lleva a concluir con la existencia del supuesto de conjunto económico previsto en el art. 31 de la Ley de Contrato de Trabajo...".

CNTrab., sala III, 28/2/2013, "Carreira, Juan Fernando c. Droguería del Sud SA y otro", DT, 2013 (julio), 1618 con nota de Carlos Pose.

Conjunto Económico

"...Las demandadas Transportes Ferrovial SA y CCI Construcciones —quién absorbió a Servente Construcciones— constituyeron un conjunto económico, pues se trata de diferentes personas jurídicas, formadas por las mismas personas físicas (Eduardo y Roberto Servente), que hacían un uso común de los medios personales y materiales lo que demuestra a todas luces que ha existido una íntima relación entre ambas sociedades (art. 31, LCT). Cabe señalar que para responsabilizar solidariamente a los integrantes de las empresas que formaron un conjunto económico, no es necesario demostrar la intención subjetiva de evadir normas laborales imperativas. En el caso el recurrente no logra desvirtuar un esencial razonamiento del magistrado que lo llevó a concluir que en la especie se ha demostrado la existencia de conducta temeraria, pues ello se evidencia en una conducta reprochable en la dirección de la actividad del conjunto económico ante la insolvencia y vaciamiento de la empleadora principal Transportes Ferrovial SA...".

CNTrab., sala III, 29/12/2005, "Olivera, Mario Alberto c. Transportes Ferrovial SA y otro".

Conjunto económico

"...Para responsabilizar solidariamente a los integrantes de las empresas que formaron un conjunto económico, no es necesario demostrar la intención subjetiva de evadir normas imperativas. El caso de la fragmentación de la antigüedad de una trabajadora, que derivaría de la existencia de vínculos distintos cuando en verdad se trataba de una sola empresa con nombres de fantasía diferentes, constituye un supuesto de evasión de las normas laborales que tornaría aplicable la solidaridad dispuesta en el art. 31 de la LCT...".

CNTrab., sala X, 21/3/2002, "Torres González, Silis c. Percivalle, Carlos y otros".

Conjunto económico

"..La empresa de turismo empleadora y la línea aérea que le proveía los tickets de vuelo son responsables en forma solidaria —art. 31 de la ley 20.744— por las indemnizaciones derivadas del despido, pues se trata de sociedades con directivos y domicilio social común, bajo la dirección de los componentes de una y otra, conformando un conjunto económico, de carácter permanente".

CNTrab., sala VII, 24/2/2014, "M.C., M. E c. Marsans International Argentina S.A. y otros s/despido", LL, AR/JUR/5974/2014.

Conjunto económico

"... Debe entenderse configurado entre dos empresas un grupo económico permanente en los términos del art. 31 de la ley 20.744, si existe unicidad de criterios empresariales, con intereses comunes, mutua interposición en su carácter de empleadores, entrecruzamiento de directivos y un funcionamiento administrativo común al utilizar los mismos establecimientos, ello sumado a la existencia de un fraude laboral o conducción temeraria, no solo por esas situaciones sino por la incorrecta registración de la relación laboral del trabajador al omitir su registro desde la verdadera fecha de inicio...".

CTrab. Corrientes, 21/3/2016, "Turismo Miramar S.R.L. c. Blanco, Marcelo Fabián s/Consignación", LL, AR/JUR/11467/2016.

Obligaciones solidarias. Efectos

"...Es aplicable el art. 705 del Código Civil a la responsabilidad del art. 30, LCT".

CNTrab. en pleno, 3/2/2006, "Ramírez, María Isidora c. Russo Comunicaciones e Insumos SA y otro", Plenario nro. 309, LA LEY del 3/5/2006, 7 con nota de Jorge Rodríguez Mancini; LA LEY del 19/4/2006, 8 con nota de Julio César Simón.

Obligaciones solidarias. Efectos

"En el caso de las obligaciones solidarias previstas en los arts. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo y 32 de la ley 22.250, resulta aplicable lo dispuesto por el art. 3994 del Cód. Civil en el sentido de que la interposición de la acción contra uno de los deudores interrumpe la prescripción respecto de ese obligado y los restantes en virtud de lo previsto en el art. 731 del Cód. Civil...".

CNTrab., sala II, 23/2/1988, "Maciel, Tranquilino y otros c. Gepal SA", DT, 1988-A-944.

Obligaciones solidarias. Efectos

"Es procedente homologar el convenio celebrado entre el trabajador y los demandados pues no media violación de norma alguna de orden público ya que lo pactado se adecua a las previsiones de los artículos 704 y 705 del Código Civil, que permite a los acreedores dispensar de la solidaridad establecida a sus deudores, consintiendo la división de la deuda entre aquellos y pudiendo pretender del resto de ellos el todo de la deuda con deducción de la parte correspondiente a los deudores liberados".

CNTrab., sala V, 31/5/2010, "Bianchi, Stella Maris y otra c. Levy, Jorge Raúl Eduardo y otros", LLAR/JUR/24650/2010.

CAPÍTULO III De los requisitos esenciales y formales del contrato de trabajo

Capacidad

Art. 32. — Las personas desde los dieciocho (18) años, pueden celebrar contrato de trabajo.

Las personas desde los dieciséis (16) años y menores de dieciocho (18) años, pueden celebrar contrato de trabajo, con autorización de sus padres, responsables o tutores. Se presume tal autorización cuando el adolescente viva independientemente de ellos.

(Artículo sustituido por el art. 3º de la ley 26.390 B.O. 25/6/2008).

Facultad para estar en juicio

Art. 33. — Las personas desde los dieciséis (16) años están facultadas para estar en juicio laboral en acciones vinculadas al contrato o relación de trabajo y para hacerse representar por mandatarios mediante el instrumento otorgado en la forma que prevén las leyes locales, debiéndose cumplir en cualquier circunstancia las garantías mínimas de procedimiento en los procesos judiciales y administrativos establecidos por el art. 27 de la ley 26.061, que crea el sistema de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

(Artículo sustituido por art. 4º de la ley 26.390 B.O. 25/6/2008).

Facultad de libre administración y disposición de bienes

Art. 34. — Los menores desde los dieciocho (18) años de edad tienen la libre administración y disposición del producido del trabajo que ejecuten, regidos por esta ley, y de los bienes de cualquier tipo que adquirieran con ello, estando a tal fin habilitados para el otorgamiento de todos los actos que se requieran para la adquisición, modificación o transmisión de derechos sobre los mismos.

Menores emancipados por matrimonio

Art. 35. — Los menores emancipados por matrimonio gozarán de plena capacidad laboral.

Actos de las personas jurídicas

Art. 36. — A los fines de la celebración del contrato de trabajo, se reputarán actos de las personas jurídicas los de sus representantes legales o de quienes, sin serlo, aparezcan como facultados para ello.

• Comentario:

31. Capacidad para celebrar contrato de trabajo

Conviene recordar que la capacidad de derecho es la aptitud de la persona para ser titular de relaciones jurídicas(70), mientras que la capacidad de hecho es la aptitud que el ordenamiento jurídico reconoce a la persona para realizar por sí una actividad o comportamiento jurídicamente relevante relacionado con la esfera de sus intereses(71). El art. 32 de la LCT se refiere a la capacidad que tiene la persona para celebrar el contrato de trabajo y para los demás actos que interesan a su actuación como tal, ya que no existen limitaciones para ser titular de derechos laborales más que las que resultan de la moral y las buenas costumbres (arts. 39 y 40, LCT)(72).

Al respecto, cabe señalar que el Código Civil y Comercial incorporó al derecho interno un conjunto de principios y postulados consensuados a nivel internacional(73) y trata el tema de la capacidad en los artículos que van desde el 22 al 55. Contempla expresamente la capacidad de derecho y la de ejercicio en los arts. 22 y 23, que introduce una norma expresa sobre capacidad de ejercicio. Establece como regla la capacidad (arts. 22 y 31, inc. a]), y sus limitaciones sólo son posibles o se justifican en interés de la persona de que se trate (art. 31, inc. b]). Ha dejado de lado la clasificación de incapacidad de hecho relativa y absoluta; la categoría de menor impúber considerado como incapaz absoluto, menor adulto (incapaz relativo), demente (incapaz absoluto), sordomudo (incapaz absoluto). Dispone que las restricciones a la capacidad deben ser declaradas por los jueces, quienes deberán determinar en cada caso concreto la afectación a la capacidad de la persona, conforme a sus circunstancias y procurando que la restricción sea lo menos limitante posible. Prevé medidas de apoyo, tanto judiciales como extrajudiciales, que faciliten a la persona la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general (art. 43). Sus normas constituyen un gran avance en lo que respecta al desarrollo pleno de la capacidad de las personas al incrementar sus niveles de independencia, su integración comunitaria y su satisfacción subjetiva y se enmarcan en una clara defensa de la libertad y dignidad de las personas.

32. Mayoría de edad

El Código Civil, antes de la vigencia de la ley 26.579 (B.O. del 22/12/2009), disponía que la mayoría de edad se adquiría al cumplir los 21 años (art. 128 del Cód. Civil). La norma antes citada se encuentra actualmente contenida en el artículo 25 del CCyCN, el cual reafirma que la mayoría de edad se obtiene, tal como lo dispuso la ley 26.579, a los dieciocho años. De esta manera la legislación interna se adecua a la Convención sobre los Derechos del Niño, que ubica en este hito el punto final de la infancia y se incorpora a la figura del "adolescente" referida al menor que ha cumplido trece años.

En ese contexto, el art. 32 de la ley 20.744, que fijó en 18 años la aptitud legal para celebrar un contrato de trabajo —con el correlato de la libre administración y disposición del producido del trabajo, reconocidos tanto por el art. 128 del Cód. Civil como por el art. 34, LCT— funcionaba para el trabajador dependiente como un supuesto de excepción a la capacidad general del derecho común.

En la actualidad, a partir de la vigencia de la ley 26.579, la mayoría de edad se alcanza al cumplir los 18 años. Por lo tanto, en este punto la ley laboral concuerda con las normas del derecho civil y la persona que cumple los 18 años no sólo está facultada legalmente para celebrar contrato de trabajo sino también tiene capacidad para ejercer todos los actos de la vida civil, sin depender de la autorización de padres, tutores o jueces (conf. arts. 22, 23 y 25 del CCyCN), excepto las limitaciones expresamente previstas en el citado cuerpo normativo (ver Libro Primero, Parte General, Título 1, Capítulo 2). Algunos autores consideran que el art. 32 de la LCT regula no sólo la capacidad de la persona para obligarse como trabajador sino que se refiere también a la capacidad para hacerlo como empleador(74). Sin embargo, la postura mayoritaria considera que la Ley de Contrato de Trabajo no establece ninguna norma relativa a la capacidad del empleador y, por ende, corresponde aplicar a su respecto supletoriamente las normas de derecho común(75).

También son plenamente capaces para celebrar contrato de trabajo los menores emancipados por matrimonio (art. 35, LCT). En nuestro país constituye impedimento para contraer matrimonio ser menor de 18 años (conf. art. 403, inc. f] del CCyCN), que mantiene el mismo sentido e incluso reproduce la redacción del art. 166, inc. 5º del Cód. Civil anterior). Los menores de esa edad, pero que hayan cumplido dieciséis años, pueden hacerlo con autorización de sus representantes legales y, a falta de ésta pueden hacerlo previa dispensa judicial; y, los menores que no alcanzan la edad de dieciséis, sólo pueden hacerlo previa dispensa judicial (conf. art. 404 del CCyCN). Cabe decir que, cuando son autorizados para hacerlo, se produce su emancipación y adquieren plena capacidad civil, salvo aquellos actos que requieren autorización judicial (conf. arts. 27 y 29 del CCyCN que mantiene, en sustancia, el mismo régimen de emancipación del sistema legal que le precedió). La emancipación alcanzada por el matrimonio es irrevocable y la capacidad plena para obrar subsiste aunque el matrimonio se disuelva durante la minoridad.

Ahora bien, sin perjuicio de que el art. 35 de la LCT es categórico merece una aclaración puntal a efectos de evitar interpretaciones equívocas en torno al cumplimiento de la edad mínima para empezar a trabajar. Ello, por cuanto a pesar de que los menores emancipados adquieren capacidad laboral plena antes de los dieciocho años, no los exime del cumplimiento de la norma general que les impide trabajar por debajo de la edad mínima de dieciséis, contenida en los arts. 32, 187 y 189 de la LCT (arg. art. 2º de la ley 26.390)(76).

33. Personas menores de edad

A diferencia del Código Civil anterior que consideraba "menores adultos" a las personas que no han adquirido la mayoría de edad pero tienen más de 16 años (conf. art. 127), el Código Civil y Comercial, dejó de lado la nomenclatura de menor "impúber" y "adulto", y en su art. 25 denomina genéricamente "menor de edad" a toda persona que no ha cumplido dieciocho años. Incorpora la figura del "adolescente", que es toda persona menor de edad que cumplió trece años y consagra un cambio de paradigma sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes, ya que se reconoce la capacidad progresiva de la persona menor de edad, teniendo en cuenta su grado de madurez y desarrollo (art. 26).

En relación con los menores, la LCT y el Código Civil y Comercial distinguen las siguientes situaciones:

a) Las categorizaciones que formula el nuevo ordenamiento civil en nada alteran el esquema laboral pues, a partir de la ley 26.390 de Prohibición del Trabajo Infantil y Protección del Trabajo adolescente, las personas son consideradas niños hasta los dieciséis años y adolescentes hasta los dieciocho. Recordemos que dicha ley eleva la edad mínima de ingreso al empleo y prohíbe, por primera vez, en forma expresa, el trabajo infantil en todas sus formas por debajo de los dieciséis años, exista o no relación de empleo contractual, y sea o no remunerado (art. 2º). Existen únicamente dos excepciones puntuales a esta prohibición. Ambas están previstas en el Convenio nro. 138 de la OIT sobre edad mínima (aprobado y ratificado por nuestro país). Son las siguientes: los trabajos ligeros regulados en el art. 189 bis de la LCT, que pueden prestar las personas de catorce a dieciséis años en empresas de sus padres, madres, o tutores, en las condiciones y con los requisitos impuestos por la norma; y los trabajos artísticos, prestados sin límite de edad en las condiciones y cumpliendo los recaudos exigidos por las resoluciones administrativas locales(77). El nuevo Código no afecta estas conclusiones, pues si bien el art. 681 dispone que el hijo menor de dieciséis años no puede ejercer, oficio, profesión o industria, ni obligar su persona de otra manera sin autorización de sus progenitores; en todo caso, debe cumplirse con las disposiciones de este Código y de leyes especiales, lo cierto es que esta remisión a las leyes especiales debe ser entendida como aquellas normas que expresamente prohíben trabajar a las personas que tienen menos de dieciséis años. Por lo tanto, los menores de esa edad no pueden trabajar ni con autorización de sus padres, salvo las excepciones expresamente señaladas con anterioridad(78).

b) Las personas mayores de 16 años, pero menores de 18 años pueden celebrar contrato de trabajo, pero es necesaria la autorización de sus padres, responsables o tutores (art. 32, LCT). Esta autorización puede ser expresa, tácita o presumida por la ley.

c) Tal autorización se presume cuando los menores de esa condición viven independientemente de sus padres, responsables o tutores (párrafo final del art. 32 de la LCT). En este sentido, el art. 683 del CCyCN, que mantiene la presunción de autorización de los progenitores que traía el art. 283 del Cód. Civil anterior, dispone que "se presume que el hijo mayor de dieciséis años que ejerza algún empleo, profesión o industria, está autorizado por sus progenitores para todos los actos y contratos concernientes a esa actividad y, en todos los casos debe cumplirse con las disposiciones del Código Civil y Comercial y la normativa referida al trabajo infantil.

d) Por su parte, el art. 30 del CCyCN, que reproduce la parte pertinente del art. 128 del Cód. Civil anterior, faculta al menor de edad que ha obtenido título habilitante(79) para el ejercicio de una profesión a ejercerla por cuenta propia, sin necesidad de previa autorización; y a administrar y disponer de los bienes que adquiere con el producto de su profesión y estar en juicio civil o penal por cuestiones vinculadas a ella. Esta norma se contrapone con el art. 681 del mismo cuerpo normativo, el cual establece que los menores de dieciséis años no pueden ejercer oficio, profesión o industria, ni obligar a su persona de otra manera sin la autorización de sus progenitores.

Dado que la norma en cuestión sólo habilita al menor a ejercer dicha profesión por cuenta propia, cabe preguntarse si también puede hacerlo en relación de dependencia, de acuerdo con lo previsto en la normativa laboral. Desde una visión estricta, que incluso acota a la edad de 16 años la regla permisiva del art. 30 citado (art. 128 del Cód. Civil), se sostuvo que "todo trabajo de menores hasta los dieciséis años está vedado, sea éste en el ámbito del contrato de trabajo o fuera del mismo, salvo las expresas excepciones de la ley(80). Otros, en cambio, sostienen que los preceptos del Código Civil no son aplicables frente a las normas especiales, como las leyes laborales y, por ende, la autorización será siempre necesaria cuando se trate del trabajo de quien no ha cumplido los 18 años de edad(81). Finalmente, se postula, en cambio, que el giro idiomático "por cuenta propia" no obsta a que el menor ejerza su profesión en relación de dependencia, ya que quien puede lo más, puede lo menos(82). En este sentido, cabe hacer la siguiente observación: el referido art. 30 no hace referencia a estar en juicio laboral, por lo cual podría considerarse que deja fuera al trabajo en relación de dependencia y sólo contempla el ejercicio autónomo o por cuenta propia de la profesión(83).

34. Capacidad para estar en juicio

La legitimación procesal que se reconoce a los menores desde los 16 años está restringida a los juicios que éstos pudieren promover o, en su caso, ser demandados, en calidad de trabajadores y, únicamente, en acciones vinculadas al contrato o relación de trabajo. La facultad para estar en juicio por sí se extiende a la de otorgar mandato para ser representado en el proceso, en cuyo caso deberán cumplirse los trámites que indiquen las respectivas leyes de organización y procedimiento de los tribunales competentes. En el ámbito de la Justicia Nacional del Trabajo dicho mandato puede ser instrumentado a través del acta-poder prevista en el art. 36 de la ley 18.345.

Corresponde señalar que el art. 33 de la LCT, antes de la reforma de la ley 26.390, requería la intervención promiscua de Ministerio Público. La ley citada suprimió la referencia a esta intervención y adaptó su texto a las previsiones de la ley 26.061, que crea el sistema de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Sin embargo, pese a dicha reforma, es obligatoria la intervención del Ministerio Público en representación del menor, de acuerdo con lo prescripto por el art. 59 del Cód. Civil(84). La norma antes citada se encuentra actualmente contenida en el art. 103 CCyCN que ratifica la actuación del Ministerio Público respecto de las personas menores de edad, entre otras que allí detalla. Se establece que su intervención, en el ámbito judicial puede ser complementaria o principal. Es complementaria en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de aquéllos. La falta de su intervención causa la nulidad relativa del acto. La actividad principal siempre tiene por objeto suplir la inacción de los representantes, exigir el cumplimiento de determinadas obligaciones o frente a la ausencia de un representante de realizar las gestiones para suministrárselo. En el ámbito extrajudicial, se establece que actúa ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales, cuando están comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales de los niños.

35. Capacidad para participar en las asociaciones sindicales

De acuerdo con el art. 13 de la ley 23.551 (texto según ley 26.390), las personas desde los 16 años pueden afiliarse a una asociación sindical sin necesidad de autorización, pero tanto para integrar sus órganos directivos (art. 18, inc. a), LAS) como para ejercer la representación sindical en la empresa, la edad mínima es de dieciocho años (conf. art. 41, inc. b), ley 23.551).

36. Facultad de libre administración y disposición de bienes

A partir de la vigencia de la ley 26.579, de reformas al Código Civil, la mayoría de edad se alcanza cuando la persona cumple los 18 años, de modo que a partir de entonces es plenamente capaz y está habilitada para el ejercicio de todos los actos de la vida civil (conf. arts. 22, 23 y 25 del CCyCN, excepto las limitaciones expresamente previstas en ese cuerpo normativo).

Por lo tanto, en la actualidad y en este aspecto, el precepto contenido en el art. 34 de la LCT resulta sobreabundante. En lo que respecta a los mayores de 16 años que ejercen algún empleo, profesión o industria (supuesto previsto en el art. 683 del CCyCN) cabe decir que, de acuerdo con el nuevo ordenamiento civil, también tienen la libre administración de los bienes adquiridos mediante trabajo, empleo, profesión o industria, aunque convivan con sus progenitores (conf. art. 686, inc. a] del CCyCN).

37. Supuestos de capacidad restringida

El Código Civil anterior establecía que los dementes declarados tales en juicio o los sordomudos que no sabían darse a entender por escrito eran incapaces absolutos de hecho (conf. art. 54) y, por ende, cualquier acto llevado a cabo por tales personas era nulo de nulidad absoluta (arts. 1041 y 1044).

El art. 54 citado se encuentra actualmente contenido en el art. 24 del CCyCN, que lo modificó sustancialmente. En efecto, el cuerpo legal vigente incorporó de lleno los principios, definiciones y postulados de distintas convenciones y tratados internacionales (entre ellos, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada por nuestro país por ley 26.378); dejó de utilizar la terminología de "incapacidad absoluta" y refiere a "personas incapaces de ejercicio". No incluye el supuesto de sordomudez, cuya regulación había sido muy criticada en doctrina y tampoco hace mención a los dementes sino a la "persona declarada incapaz por sentencia judicial". Establece un sistema de protección de derechos flexible, proporcionado a las circunstancias de la persona. Invierte la carga de la prueba porque la capacidad se presume (arts. 21 y 31) y quien quiera probar lo contrario deberá argumentar en ese sentido. Fortalece la autonomía y el desarrollo de las personas con capacidad restringida y contempla medidas de apoyo cuando aquellas no puedan comprender total o parcialmente la naturaleza de sus actos (arts. 32 a 38 y 43). Así el Código Civil y Comercial supera el paradigma de la sustitución en la toma de decisiones para basarse en la asistencia de la persona en la realización de actos jurídicos(85).

En cuanto a los supuestos contemplados en el art. 152 bis del Cód. Civil anterior —inhabilitados judicialmente por embriaguez habitual, uso de estupefacientes disminución mental o prodigalidad— que, en principio, podían celebrar contrato de trabajo sin que sea necesaria la conformidad del curador, salvo que, por las circunstancias del caso, el juez consideraba conveniente restringir esa capacidad (art. 152 bis, ya citado, última parte)(86), el Código Civil y Comercial los contempla en los arts. 32, 48 y 49. El primero abandona el término demencia y comprende tanto al supuesto de adicciones como el de alteraciones mentales, permanentes o prolongadas de suficiente gravedad. El segundo, referido a los "pródigos", apunta especialmente a la protección del interés patrimonial familiar. El concepto de discapacidad que transcribe la norma es el del art. 2º de la ley 22.431. La declaración de inhabilitación importa la designación de un apoyo en los términos del nuevo artículo 43 que debe asistir al inhabilitado en los actos allí previstos. El cese de la inhabilitación la decreta el Juez que la declaró, previo examen interdisciplinario que dictamine sobre el restablecimiento de la persona y si no es total, puede ampliar la nómina de actos que la persona puede realizar por sí o con apoyo (conf. art. 50).

Las previsiones de los arts. 1041 y 1044 del Cód. Civil anterior, se encuentran actualmente contenidas en los arts. 44 y 45 del CCyCN. El primero establece que son nulos los actos de la persona incapaz y con capacidad restringida que contrarían lo dispuesto en la sentencia realizados con posterioridad a su inscripción en el Registro. La nulidad es relativa (conf. arts. 386 y 388, del nuevo Código). En el segundo se prevé que los actos anteriores a la inscripción pueden ser declarados nulos si perjudican a la persona incapaz o con capacidad restringida y se cumplen los extremos allí previstos (a- la enfermedad mental era ostensible a la época de la celebración del acto; b- quien contrató con él era de mala fe; c- el acto es a título gratuito).

38. El caso de los fallidos, los privados de su libertad y los extranjeros

Si bien el fallido no puede contratar como empleador, lo cierto es que no se ve afectada su capacidad para celebrar contrato de trabajo en calidad de trabajador, pues la quiebra le impide administrar su patrimonio, pero no el ejercicio de los derechos inherentes a su persona, como el derecho a trabajar (art. 104 de la Ley de Concursos y Quiebras)(87).

En cuanto a las personas privadas de la libertad, la ley de ejecución penal (24.660) regula expresamente el trabajo voluntario de los condenados (Capítulo VII), mientras que el Reglamento General de Procesados, que rige en el ámbito federal, contempla el trabajo de quienes se encuentran detenidos sin que aún se hubiera dictado sentencia que establezca su responsabilidad penal (Título XI). El trabajo de los condenados es considerado un derecho-deber, es una de las bases del tratamiento de reinserción social y tiene positiva incidencia en la formación de dichas personas (art. 106 ley citada). Para los procesados, en cambio, el trabajo debidamente remunerado constituye un derecho (art. 97 RGP). El trabajo en contexto de encierro —como se señalara al comentar el art. 2º de la Ley de Contrato de Trabajo, tiene un régimen jurídico propio— porque se rige por normas específicas como son la citada ley 24.660 y el RGP, las cuales remiten, a su vez, a la legislación laboral común, la que será aplicable en la medida en que resulte compatible con la naturaleza y modalidades de la actividad atento el ámbito y las condiciones en las cuales se desarrolla(88).

Por último, la condición de extranjero no constituye impedimento para celebrar contrato de trabajo, siempre y cuando su situación no contravenga la ley migratoria 25.871. En caso de que residan irregularmente en el país, no podrán trabajar ni realizar tareas remuneradas o lucrativas, ya sea por cuenta propia o ajena, con o sin relación de dependencia, y ninguna persona de existencia visible o ideal, pública o privada, podrá proporcionales trabajo u ocupación (conf. arts. 53 y 55, ley cit.). Sin embargo, el empleador en ningún caso se exime de cumplir las obligaciones emergentes de la legislación laboral y no pueden afectarse los derechos adquiridos por el trabajador como consecuencia de los trabajos realizados, cualquiera sea su condición migratoria (art. 56 de la citada ley).

39. Actos de las personas jurídicas

Las personas de existencia ideal se manifiestan y obligan a través de sus representantes legales. Sin embargo, muchas veces la contratación del trabajador la efectúa un representante convencional, que no cumple ninguna función orgánica dentro de la persona jurídica titular de la empresa, pero que sí tiene un rol en el ámbito fáctico de la organización empresarial, tales como gerentes, capataces, etc. La ley otorga facultades de representación a quienes, sin ser efectivamente los representantes legales del ente ideal, aparentan serlo. Cabe aclarar que, aunque el art. 36 hace referencia únicamente al caso de las personas jurídicas, no se discute en doctrina que tal precepto es también aplicable al supuesto en que se trata de una empresa que pertenece a una o varias personas físicas, ya que lo relevante es que la voluntad de contratación haya partido de quien aparece externamente como facultado para obligar al empresario(89). Cabe decir que esta representación se admite expresamente para la celebración del contrato de trabajo, pero tanto la doctrina como la jurisprudencia la extienden también a otros actos vinculados tanto al desarrollo de la relación laboral como a su extinción(90).

40. Consejos prácticos

Desde un punto de vista procesal, debe tenerse presente que la facultad para estar en juicio de las personas a partir de los 16 años no se extiende a los procesos orientados al cobro de créditos distintos a los que reconocen su causa en el "contrato o relación de trabajo" que tiene ese menor como dependiente y, por ende, no pueden estar en juicio las personas menores de 18 años sino a través de sus representantes legales, incluso cuando el proceso versa sobre la indemnización del art. 248 de la LCT, aunque ésta le corresponda iure proprio.

La facultad para estar en juicio por sí se extiende a la de otorgar mandato para ser representado en el proceso. Sin embargo, la actuación por sí de los menores desde los 16 años no desplaza la necesaria representación promiscua del Ministerio Pupilar que, en el ámbito nacional y federal es ejercida por el Ministerio Público de la Defensa (ley 24.946,arts. 25 y 54), la cual resulta ineludible, pues su omisión acarrea la nulidad del procedimiento (art. 103 del CCyCN).

En este sentido, no debe soslayarse tampoco que los requerimientos de estos menores están exceptuados del procedimiento obligatorio y previo a la demanda judicial que impuso la ley 24.635 en el ámbito capitalino (conf. art. 2º, inc. 6º).

41. Jurisprudencia

Prohibición de contratar menores. Consecuencias dirigidas al empleador

"Las prohibiciones relativas al trabajo de menores sólo están dirigidas al empleador, por lo tanto, éste no puede pretender prevalerse de tal ilegalidad para negarse a pagar la remuneración e indemnización —en el caso, se acreditó que el actor trabajaba para el empleador desde los 12 años de edad— que correspondan".

CLab. y Paz Letrada Corrientes, 15/4/2005, "Sánchez, Héctor E. c. Rojas, Julio F.", LLLitoral, 2006-262.

Menores. Prohibición de su empleo (art. 189, LCT). Ineficacia de la renuncia

"Siendo la renuncia un acto formal que solamente puede ser otorgado por los que tienen suficiente capacidad para contratar, es ineficaz la renuncia de los menores de edad, pues si no pueden tomar empleo sin la debida autorización, tampoco pueden renunciar sin ella".

C2aTrab y Minas Santiago del Estero, 12/2/1998, "P. M. del V. c. Abdala, Juan C. y otros", LA LEY, 1999-C, 762.

Trabajo de menores. Remuneración

"El trabajador menor tiene derecho a la igualdad de remuneración, cuando cumple jornadas de trabajo o realiza tareas propias de trabajadores mayores".

CNTrab., sala II, 18/12/1989, "Alvarenga, Oscar Hugo c. Verde, Hugo Horacio".

Tutela especial de los menores. Aplicación de normas internacionales. Protección contra el trabajo que pueda resultar nocivo

"La tutela especial de los menores surge del art. 195, LCT y se encuentra asegurada a su vez, por normas del derecho internacional vigentes y jerárquicamente superiores a la Ley de Riesgos del Trabajo (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional) que ponen en evidencia, con particular énfasis, la necesidad de otorgar a los menores una protección especial. En tal sentido, en el caso concreto, el actor —menor de edad al momento de padecer el siniestro— se hallaba tutelado por la Convención de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de la ONU, que establece la obligación del Estado de proteger a los niños contra cualquier trabajo que pueda ser peligroso o nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social, obligación que se extiende a la adopción de las medidas legislativas necesarias (conf. art. 32-19)".

CNTrab., sala IV, 30/12/2003, "Balbuena, Claudia c. Fernández, Ariel y otros".

Menores. Prohibición de su empleo. Compensación debida

"Frente a la inexistencia de contrato de trabajo —en razón de una relación laboral prohibida por violar el art. 189 de la Ley de Contrato de Trabajo— no cabe abonar al trabajador los salarios de ley establecidos por el convenio para la actividad, sino las sumas equivalentes a una justa compensación por las tareas que éste realizara".

C2aTrab. y Minas Santiago del Estero, 12/2/1998, "P. M. del V. c. Abdala, Juan C. y otros", LA LEY, 1999-C, 762.

Menores, Deber de seguridad y protección

"La LCT impone el deber de seguridad y protección de los trabajadores por parte de sus empleadores en su art. 75. Para el caso concreto, tratándose de un dependiente menor de edad, la responsabilidad del principal también encuentra fundamento en lo normado por el art. 195 del mismo plexo normativo. Si bien algunos autores interpretan que dicha norma se halla tácitamente derogada ante la sanción de la ley de riesgos, lo cierto es que esta norma no contiene una disposición expresa en tal sentido. En consecuencia, declarada para el caso la inconstitucionalidad de la ley 24.557, recobra vigencia la norma supuestamente abrogada".

CNTrab., sala X, 31/7/2000, "Lizarraga, Juan E. c. Streitfeld, Jorge", LLAR/JUR/941/2000.

Responsabilidad del empleador pese al ocultamiento del menor de su fecha de nacimiento

"Aunque el menor haya ocultado su fecha de nacimiento, la accionada tenía el deber de averiguarla, por lo que existe responsabilidad si se lo sometió a condiciones de trabajo anómalas en franca violación a las previsiones del régimen legal vigente".

CNTrab., sala V, 28/2/1991, "Fernández, Carlos c. Coop. Trabajo, Vigilancia y Seguridad Ltda.", DJ, 1991-2-335.

Trabajador extranjero

"No es válido el contrato de trabajo celebrado por un trabajador extranjero que reside en el país en infracción a la ley 17.294, sin perjuicio de su derecho a percibir la retribución por el trabajo cumplido".

CNTrab. en pleno, 7/9/1973, "Nauroth y Echegaray, Ricardo Hans Oscar c. D'Onofrio, Nicolás O.", DT, 1973, 703.

Trabajador extranjero

"El hecho de que el trabajador sea un inmigrante ilegal no obsta a que pueda reclamar los créditos salariales e indemnizatorios de los que resulte acreedor, ya que si bien el art. 53 de la ley 25.871 prohíbe trabajar a los extranjeros que residan irregularmente en el país y veda a las personas físicas y jurídicas darle ocupación, estas limitaciones deben considerarse encuadradas en las previsiones de los arts. 40 y 42 de la Ley de Contrato de Trabajo, pues la finalidad de la norma es evitar que las empresas recurran a la contratación de extranjeros ilegales con el fin de sustraerse de la aplicación de normas imperativas".

CNTrab., sala II, 12/10/2010, "Ortiz Ramírez, Eugenio c. Céspedes, Alan Joel", DT, 2011 (febrero), 347 con nota de Liliana H. Litterio.

Trabajador extranjero

"La prohibición de otorgar ocupación remunerada a un residente ilegal va dirigida siempre a quien utilice sus servicios en violación a las disposiciones de la ley, en tal sentido, la Ley de Migraciones establece en su art. 56 que la aplicación de lo dispuesto en dicha normativa no exime al empleador o dador de trabajo del cumplimiento de las obligaciones emergentes de la legislación laboral respecto del extranjero 'cualquiera sea su condición migratoria' y que en modo alguno pueden afectarse sus derechos adquiridos en virtud de trabajos ya realizados".

CNTrab., sala II, 26/3/2009, "Alzamora Zegarra, Wilver Arturo c. Mercado Claros, Leonila", DT, 2009 (agosto), 871 con nota de Laura Etel Papo; Liliana Noemí González.

Aplicación de la teoría de la apariencia

"La excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por quien fuera demandado por despido resulta improcedente, si él excepcionalmente asumió su rol de empleador a título personal frente a los reclamos documentados del trabajador, sin invocar ninguna representación, cargo o función a nombre de terceros, pues ha creado con ello una apariencia jurídica que lo convierte en responsable por las obligaciones laborales frente al dependiente",

CTrab. Trelew, sala A, 30/9/2008, "Pastor Neil, B. E. c. G. C.", LLAR/JUR/34002/2008.

Representante de la sociedad

"En el marco de un reclamo laboral, resulta improcedente extender la responsabilidad a la persona física codemandada puesto que de las constancias de la causa no surge que éste hubiera asumido cargo alguno dentro de la sociedad que permita extender la responsabilidad por hechos cometidos bajo tal carácter ni se acreditó que su actuación pudiera asimilarse a la del representante de la sociedad, máxime cuando los testigos manifestaron que era un trabajador más".

CNTrab., sala III, 23/10/2008, "Bobbio, Pablo Leandro c. Embotelladora Maestrojuan SRL", LLAR/JUR/12678/2008.

CAPÍTULO IV Del objeto del contrato de trabajo

Principio general

Art. 37. — El contrato de trabajo tendrá por objeto la prestación de una actividad personal e infungible, indeterminada o determinada. En este último caso, será conforme a la categoría profesional del trabajador si se la hubiese tenido en consideración al tiempo de celebrar el contrato o en el curso de la relación, de acuerdo a lo que prevean los estatutos profesionales y convenciones colectivas de trabajo.

Servicios excluidos

Art. 38. — No podrá ser objeto del contrato de trabajo la prestación de servicios ilícitos o prohibidos.

Trabajo ilícito

Art. 39. — Se considerará ilícito el objeto cuando el mismo fuese contrario a la moral y a las buenas costumbres pero no se considerará tal si, por las leyes, las ordenanzas municipales o los reglamentos de policía se consintiera, tolerara o regulara a través de los mismos.

Trabajo prohibido

Art. 40. — Se considerará prohibido el objeto cuando las normas legales o reglamentarias hubieren vedado el empleo de determinadas personas o en determinadas tareas, épocas o condiciones.

La prohibición del objeto del contrato está siempre dirigida al empleador.

• Comentario:

42. Concepto y características del objeto

El objeto del contrato de trabajo radica, principalmente, en el trabajo mismo o la actividad humana, descripción que remite a las definiciones que la misma ley proporciona en los arts. 4º, 21 y 25(91). En doctrina(92) se destaca la índole personal de esta prestación, que responde al hecho de que el contrato de trabajo es, como se suele decir, intuito personae(93) y, por ende, la persona del trabajador es esencial. De ahí que su desaparición física o la imposibilidad de seguir desempeñando sus tareas desemboca fatalmente en la extinción del vínculo (lo que no ocurre regularmente respecto del empleador, conf. arts. 226 y 249 de la LCT), sin que el contrato pueda continuar con los sucesores del dependiente, pues la labor de aquél es insustituible. La prestación incluye tanto la tarea efectiva como la puesta de la capacidad de trabajo a disposición del empleador, que debe recibirla con indiferencia del resultado (arts. 21, 22, 26, 74, 103, 112 y 197, primer párrafo, LCT).

Como todo negocio jurídico es bilateral y, por ende, se admite, en general, que su objeto se integra también con la contraprestación a cargo del empleador: la remuneración(94). Sin embargo, la LCT pone especial énfasis en la prestación laboral que el trabajador se ha obligado a cumplir, como si fuera el único objeto. La norma privilegia una concepción humanista del trabajo como actividad creadora del hombre, transformadora del mundo y vehículo de su realización plena como persona y ubica, en un segundo plano, la idea meramente mercantilista o económica de la actividad humana(95).

43. Requisitos del objeto

De acuerdo con la teoría general del contrato(96), la prestación laboral debe consistir en hechos posibles, determinados (o determinables) y lícitos. Respecto a la posibilidad basta con que la actividad comprometida sea posible en sí misma, aunque no lo sea para el trabajador contratado, de manera que la falta de aptitud de éste no provoque la invalidez del contrato por imposibilidad del objeto(97).

En relación con el segundo requisito, el art. 37 admite que tal prestación sea "indeterminada o determinada".

Como advierte Guibourg(98), estos términos han sido traspuestos en el texto legal, ya que la aclaración contenida en la segunda oración del artículo resulta consistente sólo si se la considera como un límite legal al empleador en aquellos casos en que se hubiera contratado una actividad indeterminada.

En este sentido, cabe aclarar que es posible que el contenido de la obligación del trabajador presente un alto grado de indeterminación, pero ésta no puede ser absoluta. De lo contrario, no existiría un consentimiento válido para perfeccionar el contrato. Por ello, cabe interpretar que, cuando el precepto en cuestión alude a una actividad "indeterminada" se refiere a la tarea que no ha quedado precisamente detallada y tiene un contenido relativamente flexible. Esto es lo que sucede cuando se pacta el trabajo de una categoría a secas, en cuyo caso se entiende que pueden y deben realizarse todos los servicios comprendidos en la definición de dicha categoría)(99).

A los efectos de la determinación de la calidad o especie del trabajo comprometido basta con la designación de la categoría o calificación contractual, que es la tarea o conjunto o género de tareas sobre las cuales se produjo el acuerdo de voluntades (p. ej.: peón, cajero, gerente)(100).

Ahora bien, la Ley de Contrato de Trabajo define al trabajo como una "actividad lícita" (art. 4º) y luego, concretamente, en el art. 38, en concordancia con los arts. 279, 1003 y 1004 del CCyCN excluye a los servicios ilícitos o prohibidos como objeto del contrato de trabajo. Como señala De la Fuente, en realidad las dos categorías previstas por la ley constituyen supuestos de ilicitud, por cuanto en ambos casos se contradice al derecho objetivo imperativo. Y, si bien habrán de producir efectos jurídicos diferentes —lo que justifica la distinción—, la terminología legal resulta desafortunada, pues en derecho siempre lo ilícito es prohibido y viceversa(101).

Sin embargo, podemos decir, que la ley laboral, reserva el primer calificativo para los casos de ilicitud esencial, es decir, para aquellos supuestos en los que la prestación es contraria a la moral y a las buenas costumbres (art. 39LCT); y el segundo se aplica, en cambio, a los supuestos de ilicitud por prohibición legal (art. 40LCT), es decir, para las actividades que el ordenamiento considera inadmisibles para determinados casos o personas, o bien se encuentran prohibidas por otras causas, sin que esencialmente se trate de trabajos inmorales(102). A diferencia de lo que ocurre en el derecho civil y comercial, ambas categorías de ilicitud reciben distinto tratamiento jurídico, como veremos al tratar el tema de la nulidad.

44. Objeto ilícito

En general, la calificación de ilicitud supone una conducta contraria a una norma preexistente. Sin embargo, el art. 39 reserva la expresión "objeto ilícito" a la prestación de servicios contrarios a la moral y a las buenas costumbres. Cualquiera sea la posición teórica que se sustente, en este aspecto, es indiscutible que la falta de acuerdo sobre la identificación y el contenido que en un momento dado puede darse a las normas morales o los alcances de las acciones que pueden calificarse como buenas costumbres dificulta la delimitación del marco que ha de utilizarse para juzgar el objeto de un contrato desde este punto de vista. Tal actividad será realizada por los jueces a partir de la tensión entre lo que consideran valioso en términos personales y lo que puede evaluarse de igual modo para un grupo humano en un momento determinado; y, por ende, la vaguedad normativa se disolverá de modo variable, de acuerdo a los criterios morales preponderantes en cada momento(103).

La definición legal ha sido sostenida por la jurisprudencia(104). No obstante, aquélla se ha extendido a los supuestos en los que el trabajo en sí constituye un delito penal, ya sea porque se entiende que el legislador ha considerado incluidos estos supuestos de ilicitud penal dentro del concepto de trabajo inmoral, o por aplicación de los principios generales antes mencionados(105). La parte final de la norma introduce una excepción a tal calificación de ilicitud (de contenido moral) cuando exista alguna norma permisiva que consienta, tolere o regule la actividad en cuestión. Así, una conducta censurable, desde el punto de vista ético, puede resultar lícita a los efectos de la calificación jurídica del objeto, lo cual permite resolver, en favor a la validez del contrato, ciertas hipótesis que podrían ser consideradas dudosas, tales como la actividad de las llamadas "señoritas de alterne de clubes nocturnos"(106).

Llamativamente, la ley no hace referencia expresa a los supuestos en los que el trabajo en sí constituye un delito penal. No obstante, ya sea en virtud de los principios generales mencionados (arts. 279, 1003, 1004 del CCyCN) o que se acepte que el legislador ha considerado incluidos estos supuestos de ilicitud penal dentro del concepto de trabajo inmoral, el contrato con objeto delictivo debe considerarse también trabajo ilícito, en la terminología de la ley laboral. Cabe aclarar que el nuevo texto mantiene el sentido de la norma anterior (art. 953 del Cód. Civil) aunque ahora no se establece la previsión que sí tenía la última de que los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición eran nulos como si no tuviesen objeto. Esto puede deberse a que el nuevo artículo 382 prevé categorías de ineficacia de los actos jurídicos y el 386 un criterio de distinción entre nulidad absoluta y relativa.

45. Objeto prohibido

El obstáculo aquí es legal, en cuanto el objeto es contrario al sistema jurídico, con indiferencia del tramo normativo respecto del cual la contrariedad pueda juzgarse. Se trata de aquellos supuestos en los que el trabajo en sí no es inmoral ni delictivo, pero su prestación se encuentra prohibida a determinadas personas (por ejemplo, el trabajo de los menores de 16 años, conf. art. 189, LCT, reformado por ley 26.390, con las excepciones del 189 bis), o cuando se prohíbe trabajar a algunos sujetos en determinadas actividades (como las de carácter penoso, peligroso e insalubre, vedadas para mujeres y menores, arts. 176 y 191, LCT) o en ciertas épocas (mujeres en período pre y posparto, art. 177, LCT); o en determinadas condiciones (caso de los menores en trabajo nocturno, art. 190, LCT; descanso al mediodía, art. 174; jornada, art. 196; descansos, arts. 203 y 204 y días no laborales, art. 167 de la citada norma). La prohibición, en la mayoría de los casos, es establecida en protección del trabajador, pero también existen otras que se fundan en consideraciones de orden público general, como las que obedecen a fines de seguridad nacional(107) o de política migratoria(108).

46. Trabajo de los extranjeros ilegales

Tradicionalmente, las leyes migratorias han prohibido la contratación de estos sujetos, lo que ha dado lugar, antes y después de la LCT, a una interesante polémica en la doctrina y en la jurisprudencia acerca de las consecuencias de la infracción a dicha restricción.

En el año 1973, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en pleno decidió que "no es válido el contrato de trabajo celebrado por un trabajador extranjero que reside en el país en infracción a la ley de migraciones(109), sin perjuicio de su derecho a percibir la retribución por el trabajo cumplido(110). En la formulación de la doctrina plenaria no se hizo referencia a las indemnizaciones. No obstante, en el voto de la mayoría de los jueces se expresó que el despido del inmigrante ilegal no daba derecho a indemnización alguna(111).

La actual Ley de Migraciones 25.871 dispone que "los extranjeros que residan irregularmente en el país no podrán trabajar o realizar tareas remuneradas o lucrativas, ya sea por cuenta propia o ajena, con o sin relación de dependencia" (art. 53). Asimismo, prohíbe a toda persona de existencia visible o ideal, pública o privada, proporcionar a aquéllos trabajo u ocupación remunerada, con o sin relación de dependencia (conf. art. 55, 2º párrafo). La infracción de estas normas se sanciona con multa (art. 59). No obstante, la norma en cuestión establece que su aplicación "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, ni se afectarán sus derechos adquiridos como consecuencia de los trabajos ya realizados" (art. 56).

A partir de la vigencia de la citada ley, no hay duda de que el trabajador que reside en el país en infracción a las leyes de inmigración tiene derecho a percibir las indemnizaciones correspondientes a la extinción del contrato de trabajo, ya que la ley 25.871 obliga al empleador al "cumplimiento de las obligaciones emergentes de la legislación laboral" dentro de la cual, obviamente, se encuentran incluidas las obligaciones indemnizatorias.

47. Consejos prácticos

Cabe tener en cuenta que, al momento de la celebración del contrato de trabajo, las partes pueden especificar concretamente cuáles serán las tareas a desempeñar por el trabajador; o bien omitir esa especificación y limitarse a acordar cuál será la categoría o calificación contractual del dependiente, supuesto éste en el cual el empleador podrá elegir las tareas a asignar, aunque siempre dentro de los márgenes de la categoría y con arreglo a lo previsto en los estatutos profesionales y convenciones colectivas de trabajo.

48. Jurisprudencia

Objeto del contrato. Prestación personal

"El objeto del contrato de trabajo es la prestación de una actividad personal e infungible, de modo tal que la posibilidad de que el actor pudiera hacerse reemplazar por otra persona indica la ausencia de un elemento esencial en la configuración de una relación laboral, cual es la prestación personal del trabajador (art. 37 de la LCT)".

SC Buenos Aires, 4/9/2009, "Salinas, Jorge H. c. Clínica Noguera S.A. y Otros". LL, cita online 70054009.

Diferencia entre contrato de objeto prohibido y objeto ilícito

"Se considera ilícito el objeto del contrato de trabajo, cuando el mismo fuere contrario a la moral y a las buenas costumbres y se considera prohibido, cuando las normas legales o reglamentarias hubieran vedado el empleo de determinadas personas en ciertas tareas, épocas o condiciones, ello en virtud de lo previsto en los arts. 39 y 40 del régimen del contrato de trabajo".

CNTrab., sala II, 6/6/1986, "González, Héctor M. c. Universitas SRL y otra", LA LEY, 1986-E, 324; DT, 1986-B-181.

Aplicación por parte del Juez de las normas morales

"No cabe que los jueces se guíen, al determinar el derecho, por patrones de moralidad que excedan los habitualmente admitidos por el sentimiento medio, pues como lo señala Cardozo los jueces deben dar vigor a sus sentencias a la moralidad corriente de los hombres y mujeres de conciencia recta" ("The nature of the judicial process", p. 106 U.S. 1937, Yale University Press). "En efecto, la decisión judicial no ha de reemplazar las opciones éticas personales cuya autonomía también reconoce el art. 19 de la Constitución Nacional".

CSJN, 5/8/1986, "Santa Coloma, Luis F. y otros c. Empresa Ferrocarriles Argentinos", Fallos: 308:1160, LA LEY, 1987-A, 442.

Objeto Prohibido. Consecuencias para el empleador

"En el ámbito de la legislación laboral, el contrato de objeto prohibido sólo genera consecuencias en relación al empleador. (En el caso, se invocó que no se registró el vínculo porque el trabajador no presentó documentación suficiente a esos fines)".

CNTrab., sala I, 30/11/2000, "Vergel González, Augusto A. c. Global Food Argentina SA y otro", DT, 2001-A-794.

Objeto prohibido. Inoponibilidad al trabajador

"El contrato de objeto prohibido es inoponible al trabajador, por lo cual no enerva su derecho a reclamar salarios por la tarea realizada o el cobro de indemnizaciones que correspondan con motivo de la extinción del contrato".

TTrab. Nro. 3, Lomas de Zamora, 25/8/1987, "Sampayo Sánchez, Ronaldo c. Zaworotny, Alberto y otro", DT, 1987-B-2097.

Diferencia entre objeto prohibido y objeto ilícito

"Es improcedente considerar que en el caso en que el presidente de una sociedad se "autocontrató" como dependiente de aquélla, existió un contrato de objeto ilícito en los términos del art. 39 de la LCT, pues no se ha visto perjudicada ni la moral ni las buenas costumbres, y sí en tal caso podría ser considerado como un contrato de objeto prohibido en los términos del art. 40 del mismo cuerpo legal, que está dirigido al empleador, que como dijera asintió la mencionada autocontratación del actor".

CNTrab., sala VII, 29/4/2016, "M.D. y otros c. ZKL Rodamientos Sociedad Anónima y otro s/Ind. por fallecim.", LL, AR/JUR/25973/2016.

Trabajador extranjero. Derecho a retribuciones devengadas

"No es válido el contrato de trabajo celebrado por un trabajador extranjero que reside en el país en infracción a la ley 17.294, sin perjuicio de su derecho a percibir la retribución por el trabajo cumplido".

CNTrab. en pleno nro. 1993, 17/9/1973, "Nauroth y Echegaray, Ricardo O. c. D'Onofrio, Nicolás", DT, 1973-703.

Trabajador extranjero. Inmigrante ilegal

"El hecho de que el trabajador sea un inmigrante ilegal no obsta a que pueda reclamar los créditos salariales e indemnizatorios de los que resulte acreedor, ya que si bien el art. 53 de la ley 25.871 prohíbe trabajar a los extranjeros que residan irregularmente en el país y veda a las personas físicas y jurídicas darle ocupación, estas limitaciones deben considerarse encuadradas en las previsiones de los arts. 40 y 42 de la LCT, pues la finalidad de la norma es evitar que las empresas recurran a la contratación de extranjeros ilegales con el fin de sustraerse de la aplicación de normas imperativas".

CNTrab., sala II, 12/10/2010, "Ortiz Ramírez, Eugenio c. Céspedes, Alan Joel", DT, 2011 (febrero), 347.

Trabajador extranjero. Inmigrante ilegal

"El trabajador extranjero injustificadamente despedido con fundamento en su supuesta situación de ilegalidad en el país tiene derecho a las indemnizaciones derivadas del distracto, por aplicación directa y operativa del principio fundamental de igualdad y no discriminación integrante del ius Mogens".

CNTrab., sala V, 23/4/2008, "Dávila Guevara, Egla Leonor c. Rovepe SRL", IMP, 2008-13 (Julio), 1154; LA LEY del 26/8/2008, 6.

Del objeto del contrato de trabajo

Nulidad del contrato de objeto ilícito

Art. 41. — El contrato de objeto ilícito no produce consecuencias entre las partes que se deriven de esta ley.

Nulidad del contrato de objeto prohibido. Inoponibilidad al trabajador

Art. 42. — El contrato de objeto prohibido no afectará el derecho del trabajador a percibir las remuneraciones o indemnizaciones que se deriven de su extinción por tal causa, conforme a las normas de esta ley y a las previstas en los estatutos profesionales y las convenciones colectivas de trabajo.

Prohibición parcial

Art. 43. — Si el objeto del contrato fuese sólo parcialmente prohibido, su supresión no perjudicará lo que del mismo resulte válido, siempre que ello sea compatible con la prosecución de la vinculación. En ningún caso tal supresión parcial podrá afectar los derechos adquiridos por el trabajador en el curso de la relación.

Nulidad por ilicitud o prohibición. Su declaración

Art. 44. — La nulidad del contrato por ilicitud o prohibición de su objeto tendrá las consecuencias asignadas en los artículos 41 y 42 de esta ley y deberá ser declarada por los jueces, aun sin mediar petición de parte. La autoridad administrativa, en los límites de su competencia, mandará cesar los actos que lleven aparejados tales vicios.

• Comentario:

49. Régimen general de las nulidades en nuestro ordenamiento jurídico

Conviene recordar que, según los principios generales, la nulidad o invalidez de un contrato es una sanción legal que priva al acto de todos o algunos de sus efectos por una causa existente al momento de la contratación, consistente en la carencia o defecto de alguno de sus presupuestos de validez. Desde esta perspectiva, y de acuerdo con los criterios que rigen en materia civil, la nulidad puede ser absoluta o relativa, clasificación que se funda en el interés predominantemente protegido, según sea éste general o particular. Así, son de nulidad absoluta "los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres" y, de nulidad relativa "los actos a los cuales la ley impone esta sanción sólo en protección del interés de ciertas personas" (art. 386). Estos son conceptos, que ya habían sido aceptados de manera prácticamente unánime por la doctrina y jurisprudencia, pero no estaban precisados en el Código Civil anterior (arts. 1047 y 1048). Los efectos de cada una de ellas están regulados respectivamente en los arts. 387 y 388, que, siguen en general, los lineamientos del ordenamiento sustituido. La absoluta puede ser declarada por el juez, aun sin mediar petición de parte, si es manifiesta "en el momento de dictar sentencia" (y no "manifiesta en el acto", como decía el anterior art. 1047). También puede ser alegada por el Ministerio Público y por cualquier interesado, "excepto por la parte que invoque la propia torpeza para lograr un provecho" y no es susceptible de saneamiento, ni por confirmación ni por prescripción. En cambio la relativa, sólo puede declararse a instancia de las personas en cuyo beneficio se establece y, excepcionalmente, por iniciativa de la otra parte "si es de buena fe y ha experimentado un perjuicio importante". Pero la parte que obró con ausencia de capacidad de ejercicio para el acto, no puede alegarla si obró con dolo. Aquí sí se permite expresamente la posibilidad de saneamiento por la confirmación del acto y por prescripción de la acción. Paralelamente, el nuevo Código mantiene la distinción del anterior entre la nulidad total y parcial, según se encuentre afectado el acto en todo o en parte y, en este último caso, si fueran separables las disposiciones no viciadas. Si no son separables, porque el acto no puede subsistir sin cumplir su finalidad, se declara la nulidad total (art. 389 del CCyCN). Cabe señalar que la nueva norma innova y pone fin al conflicto del rol del Juez para el caso de declarar la nulidad parcial al disponer que, "en caso de ser necesario, debe integrar el acto de acuerdo a su naturaleza y a los intereses que razonablemente puedan considerarse perseguidos por las partes.(112). Los arts. 1041, 1042, 1043 y 1044 del Cód. Civil han sido eliminados, ya que el artículo 382 unifica la declaración de ineficacia de la nulidad como sanción, sea para el caso de que los vicios sean manifiestos u ocultos. No obstante, algunas situaciones reguladas en el Código de Vélez se encuentran actualmente contenidas en los artículos 44 (cuando establece que son nulos los actos de la persona incapaz y con capacidad restringida); 334 (establece que la simulación ilícita provoca la nulidad del acto ostensible) y en 338 (prevé la posibilidad de que todo acreedor puede solicitar la declaración de inoponibilidad de los actos celebrados en fraude de sus derechos).

En tal contexto general, podría asimilarse la hipótesis de nulidad absoluta a los supuestos previstos por la LCT en los arts. 41 y 42, y de nulidad parcial al contemplado por el art. 43.

50. Nulidad del contrato de objeto ilícito y efectos

De conformidad con los criterios reseñados, el contrato de objeto ilícito es pasible, como lo prevé el propio art. 41 de la LCT, de la máxima sanción de invalidez: su nulidad absoluta, cuando el trabajo comprometido sea en sí mismo inmoral (y no esté consentido, tolerado o regulado por Estado), como así también cuando constituya un delito penal. Dado que en estos supuestos está afectado el orden público, su invalidez no es susceptible de saneamiento por prescripción o confirmación (conf. art. 387 del CCyCN); su declaración podrá ser invocada por el Ministerio Público y por cualquier interesado, "excepto la parte que invoque la propia torpeza para lograr un provecho (conf. art. 387 citado)(113) y debe ser declarada, incluso, de oficio por los jueces al advertir su presencia (conf. arts. 44, LCT y 387 del CCyCN).

Si bien la ley laboral faculta también a la autoridad administrativa del trabajo, dentro de los límites de su competencia (en el ámbito nacional conforme las leyes: 18.695, 25.212, 25.877 y las provinciales de policía de trabajo) para ordenar el cese de los actos que involucren este tipo de vicios (art. 44 citado), lo cierto es que, frente a una actividad delictiva o inmoral, es muy remota la posibilidad de que aquélla actúe, pues en atención a la índole del vicio, normalmente serán los organismos de seguridad los que tendrán una intervención directa(114).

En consecuencia, el contrato no produce ningún efecto, ni genera ninguna obligación entre las partes.

51. Invalidez del contrato de objeto prohibido. Inoponibilidad al trabajador

De acuerdo, también con el régimen general civil, nuestra ley —al igual que en los supuestos de ilicitud—, sanciona con la nulidad al contrato de objeto prohibido, lo cual garantiza que los servicios prohibidos no se sigan prestando bajo ninguna circunstancia (conf. art. 44, LCT).

Se considera prohibido el objeto cuando las normas legales o reglamentarias hubieren vedado el empleo de determinadas personas o en determinadas tareas, épocas o condiciones. En la mayor parte de los casos se trata de prohibiciones establecidas en protección del trabajador (las previstas en los arts. 177, 189, 190, 191, 196, 197, 200 y 204 de la LCT) pero también existen otras que obedecen a razones de defensa nacional o de política migratoria (por ejemplo, lo atinente al trabajo de extranjeros ilegales, ver comentario al art. 40).

Tampoco en estos casos la invalidez podrá ser subsanada; deberá ser declarada de oficio por el juez y podrá ser alegada por las partes y por el Ministerio Público, "excepto por la parte que invoque la propia torpeza para lograr un provecho" (arts. 44 citado y 387 CCyCN). Aquí cabe tener en cuenta que, según, el art. 40 de la LCT, la prohibición del objeto del contrato siempre está dirigida al empleador, razón por la cual éste se encuentra privado de legitimación para plantear la nulidad por este vicio, porque ello implicaría invocar su propia torpeza. No ocurre lo mismo con el trabajador que es el beneficiario de la prohibición, ya que el derecho del trabajo no lo trata como cómplice sino como víctima(115). La autoridad administrativa del trabajo está facultada legalmente para ordenar el cese del trabajo prohibido. Por lo común, la forma que tiene aquélla de ejercer tal facultad es por medio de la aplicación de sanciones —generalmente multas— (art. 5º del anexo II de la ley 25.212), las que, a su vez, pueden llevar al empleador a eliminar la parte prohibida o bien a extinguir el contrato; e incluso —excepcionalmente— puede llegar a disponerse la clausura del establecimiento (art. 2º de la ley 24.493)(116).

Si bien la sanción legal al contrato de objeto prohibido es la misma que se aplica a los supuestos que cuadran en la calificación del art. 39, LCT, la ley establece una importante distinción entre ambos tipos, cuando establece las consecuencias que producirá entre las partes el trabajo prestado. En el contrato de objeto ilícito, los efectos que acarrea la declaración de su nulidad alcanzan a ambas partes, de manera que ninguna de ellas puede reclamarle nada a la otra con fundamento en lo pactado en ese contrato inválido (conf. art. 41 citado). En cambio, en el caso de objeto prohibido la ley flexibiliza los efectos de la nulidad del contrato, apartándose de la regulación general (arts. 382 y 386 del CCyCN), a favor del trabajador (arts. 40 y 42, LCT). Así, la ley dispone en forma expresa que la prohibición está siempre dirigida al empleador, de modo que la nulidad del contrato es inoponible al trabajador. En consecuencia, éste tiene derecho a percibir las remuneraciones devengadas por el trabajo prestado e, incluso, "las indemnizaciones que se deriven de la extinción del contrato por tal causa".

52. Prohibición parcial. Consecuencias

La ley ha previsto también la posibilidad de que el objeto del contrato fuese "sólo parcialmente prohibido", como sería, por ejemplo, el caso de un menor que realizara tareas insalubres o en horario nocturno durante una porción de su jornada laboral. En tal supuesto, es obvio que debe suprimirse la parte prohibida, pero no produce —en principio— la nulidad total del contrato, pues sólo se quita la parte írrita. El vacío consiguiente se integra con las normas imperativas que correspondan y no se afecta lo que resulta válido. En cualquier caso, la supresión parcial no afectará los derechos adquiridos por el trabajador en el curso de la relación (conf. art. 43 de la LCT).

Si como consecuencia de tal supresión, no es posible la continuación de la relación, el empleador deberá responder por la extinción. Esto obedece al criterio general de que la prohibición está siempre dirigida al empleador(117).

53. Declaración de nulidad por ilicitud y prohibición

En síntesis, la ley establece la nulidad del contrato por ilicitud o prohibición de su objeto e impone a los jueces —al igual que lo hace el art. 387 del CCyCN el deber de su declaración, aun sin mediar petición de parte (art. 44, LCT).

Como se señalara, la autoridad administrativa del trabajo también está facultada para ordenar el cese de los actos que involucren tales vicios. Los límites de su competencia, mencionados por la norma, están dados por las leyes que rigen en el ámbito nacional (leyes 18.695, 25.212, 25.877 y las provinciales de policía del trabajo).

Finalmente, con respecto a los efectos de la nulidad, la primera consecuencia que produce es la finalización de la relación laboral, al desaparecer el negocio constitutivo de esa relación (conf. art. 390 del CCyCN, que mantiene la regla de los arts. 1050 y 1052 de la legislación sustituida). Y, si se trata de un supuesto de objeto ilícito, por razones de orden público general y no simplemente laboral, la ley niega acción a las partes para formularse cualquier tipo de reclamos, a diferencia de lo que ocurre si se trata de un supuesto de prohibición legal, pues como vimos, el art. 42 de la LCT habilita al trabajador a reclamar al empleador las remuneraciones e indemnizaciones debidas.

54. Consejos prácticos

Cabe tener en cuenta que, en los supuestos de objeto prohibido, la restricción está dirigida siempre al dador del trabajo, lo que implica: por un lado, que la prohibición sólo puede ser invocada por el trabajador y no por el empleador, ya que de lo contrario estaría invocando su propia torpeza; y, por otro, que la infracción cometida no responsabiliza al dependiente, pues, como vimos, la propia ley determina que sus consecuencias recaen exclusivamente sobre el empleador(118).

En lo que respecta, al trabajo de menores, cabe tener en cuenta que la infracción en la que incurra el empleador a lo dispuesto por el art. 189 de la LCT, art. 32 de la Convención sobre los Derechos del Niño y art. 2.3. del Convenio 138 de la OIT, comprobada en una causa, dará lugar a la comunicación de esa situación al agente fiscal en turno, pues aquella conducta resultaría presumiblemente encuadrable en la tipificación prevista en el art. 148 bis del Código Penal.

55. Jurisprudencia

Contrato de objeto ilícito

"Corresponde rechazar la demanda de despido instada por el actor contra un escribano y un grupo económico de empresas en virtud del contrato laboral que los uniera, toda vez que el accionante sabía que aquellas sociedades se habían constituido con el fin de posibilitar el ejercicio simultáneo de la profesión del notario con el comercio en violación del régimen de incompatibilidades que establece el art. 7º de la ley 12.990, pues tratándose de un contrato con objeto ilícito no puede generar consecuencias entre las partes".

CNTrab., sala V, 28/5/2003, "Elissalde, Roberto L. c. A. G. y otros", LA LEY, 2003-F, 628; IMP, 2003-B-2611.

Contrato de objeto ilícito

"Corresponde rechazar el recurso intentado por el actor y confirmar la sentencia apelada que rechazó la demanda con sustento en que el caso encuadra en las previsiones del art. 41 de LCT por tratarse de un objeto ilícito pues no es posible en modo alguno pretender que, frente al cambio del sistema operado legalmente desde el año 2002 y atendiendo a los claros términos de la ley 21.526 de Entidades Financieras y de la ley 19.359 de Régimen Penal Cambiario, el actor desconociera el carácter ilícito de las tareas en las que fundó su reclamo".

CNTrab., sala VII, 28/6/2013, "Pereira, Juan Carlos c. Garzón Roberto Horacio y Otro s/Despido".

Contrato de objeto prohibido. Trabajador sin título habilitante. Derecho a percibir salario

"Si el trabajador carecía de título habilitante para desempeñar la función que cumplió a las órdenes de la empleadora ello no afecta su derecho a percibir las remuneraciones e indemnizaciones que deriven del distracto, toda vez que en todo supuesto —se estaría en presencia de un contrato de objeto prohibido— según lo previsto en el art. 42 de la Ley de Contrato de Trabajo".

CNTrab., sala II, 30/6/1995, "C. A. E. c. Instituto Técnico H. S. y otro", DT, 1995-B-2069; DJ, 1996-1-310.

Trabajador extranjero. Objeto prohibido

"La cuestión debe considerarse encuadrada en las previsiones de los arts. 40 y 42 de la LCT, pues la prohibición de otorgar ocupación remunerada a un residente ilegal va dirigida siempre a quien utilice sus servicios en violación a las disposiciones de la ley. En tal sentido, la propia ley de migraciones establece en su art. 56 que la aplicación de lo dispuesto en dicha normativa no exime al empleador o dador de trabajo del cumplimiento de las obligaciones emergentes de la legislación laboral respecto del extranjero 'cualquiera sea su condición migratoria', y que en modo alguno pueden afectarse los derechos adquiridos de éstos, en virtud de trabajos ya realizados".

CNTrab., sala II, 26/3/2009, "Alzadora Zegarra, Wilver c. Mercado Claros, Leonila".

Objeto prohibido. Derecho adquirido

"En una acción por despido incoada por quien se desempeñaba como personal de seguridad en un prostíbulo resulta improcedente calificar de ilícito el objeto del contrato de trabajo del actor ya que, se trata de la prestación de servicios de seguridad, por lo que en el caso no se configura el presupuesto previsto en el art. 38 de la LCT".

CNTrab., sala III, 28/12/2007, "R., M. R. c. P. A. A. 2", LLAR/JUR/10007/2007.

Nulidad del contrato de objeto prohibido. Inoponibilidad al trabajador

"La limitación de la celebración de un contrato de objeto prohibido está siempre dirigida al empleador, resultando inoponibles sus consecuencias al trabajador en lo referente a sus derechos a la percepción de la remuneración y de las indemnizaciones derivadas del despido, sin perjuicio de que sea intimado para acreditar los correspondientes trámites de radicación, bajo apercibimiento de dar intervención a la Dirección Nacional de Migraciones".

CNTrab., sala II, 9/11/1990, "Mamani, Cori c. Rivero".

Objeto prohibido. Derecho a percibir indemnizaciones

"La inhibición que recae sobre el personal militar para el desempeño de cargos o empleos remunerados en el orden nacional, provincial, comunal o empresas del Estado (art. 7º, ley 19.101) aun cuanto califica a la relación laboral como de objeto prohibido (art. 40, LCT), no afecta el derecho del trabajador a percibir las indemnizaciones que se deriven de la extinción del contrato (art. 42, LCT), sin perjuicio de las consecuencias de que ello pueda acarrear en el ámbito de la justicia militar".

CNTrab., sala VIII, 24/5/1995, "González, Armando c. Círculo de Suboficiales de las Fuerzas Armadas, Asociación Mutual, Deportiva y Cultural", DT, 1995-B-2281.

Menores. Prohibición de su empleo (art. 189, LCT). Nulidad por objeto prohibido. Imposibilidad de afectar intereses del menor

"La prohibición de celebrar contratos de trabajo antes de cumplir la edad mínima requerida, no puede volverse en contra de la persona en cuya tutela acudió la norma".

C2 Trab. y Minas, Santiago del Estero, 12/2/1998, "P., M. del V. c. Abdala, Juan C. y otros", LA LEY, 1999-C, 762, LLNOA, 2000-72.

Menores. Trabajo en exceso de la jornada legal. Objeto parcialmente prohibido. Inoponible al menor

"Las tareas realizadas por un menor en exceso de las 36 horas semanales deben serle remuneradas —en el caso, con los recargos que establece el art. 201 de la LCT— más allá de que resulte un supuesto típico de trabajo prohibido contemplado por el art. 40 de la ley 20.744, dado que la proscripción está dirigida al empleador".

CLab. Gualeguaychú, sala II, 28/4/2016, "G. O. A. c. D. Z., L. O. y Otro s/cobro de pesos", LL, AR/JUR/23959/2016.

Contrato de objeto parcialmente prohibido. Derechos adquiridos por el trabajador

"Debe revocarse la sentencia de grado en cuanto acogió el reclamo por horas extras impagas, pero lo limitó a 200 horas mensuales conforme el máximo previsto en el dec. 484/2000 del PEN, pues si bien el contrato que unió a las partes tenía un objeto parcialmente prohibido al superarse ampliamente la cantidad de horas suplementarias permitidas por el citado decreto, conforme lo establecido por el art. 43 de la Ley de Contrato de Trabajo, los efectos de la prohibición no pueden afectar derechos adquiridos por el trabajador en el curso de la relación".

CNTrab., sala IX, 12/8/2009, "Miranda, Jerónimo Franco c. Torrejón Guevara, Alex", DT, 2010 (marzo), 562, con nota de Juan José Etala (h).

Sección III - LCT (ley 20.744), arts. 45 al 61. Por Giselle Blanchard

• Normas aplicables: Ley de Contrato de Trabajo, 20.744: arts. 45 al 61.

CAPÍTULO V De la formación del contrato de trabajo

Consentimiento

Art. 45. — El consentimiento debe manifestarse por propuestas hechas por una de las partes del contrato de trabajo, dirigidas a la otra y aceptadas por ésta, se trate de ausentes o presentes.

Enunciación del contenido esencial. Suficiencia

Art. 46. — Bastará, a los fines de la expresión del consentimiento, el enunciado de lo esencial del objeto de la contratación, quedando regido lo restante por lo que dispongan las leyes, los estatutos profesionales o las convenciones colectivas de trabajo, o lo que se conceptúe habitual en la actividad de que se trate, con relación al valor e importancia de los servicios comprometidos.

Contrato por equipo. Integración

Art. 47. — Cuando el contrato se formalice con la modalidad prevista en el art. 101 de esta ley, se entenderá reservada al delegado o representante del grupo de trabajadores o equipo, la facultad de designar las personas que lo integran y que deban adquirir los derechos y contraer las obligaciones que se derivan del contrato, salvo que por la índole de las prestaciones resulte indispensable la determinación anticipada de los mismos.

• Comentario:

1. La oferta

La oferta o "propuesta" a la que alude el art. 45 de la LCT es la manifestación unilateral de voluntad mediante la cual una persona ofrece a otra u otras la celebración de un contrato, con la intención de obligarse y con las precisiones necesarias para establecer los efectos que debe producir de ser aceptada (cfr. art. 972 del Código Civil y Comercial Unificado).

Asimismo, de acuerdo a lo establecido por el art. 971 de dicho ordenamiento, el consentimiento —elemento constitutivo del contrato de trabajo— se forma a partir de la recepción de la aceptación de una oferta o por una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo, es decir, a partir del recibimiento, por parte del oferente, de una declaración de voluntad expresa o tácita (conformada, en este último caso, por la ejecución de hechos tendientes a permitir tener por concluido el contrato).

La propuesta y la aceptación deben versar, únicamente, acerca del enunciado esencial del objeto de la contratación, esto es, el compromiso de cada parte de cumplir sus obligaciones de prestación (el trabajador de realizar las tareas y el empleador de abonar la remuneración y brindar ocupación pues, en todo lo demás, el contrato se regirá por la ley, el convenio colectivo y/o por cualquier otra norma, costumbre o uso de la actividad aplicable.

Resulta innecesario determinar el monto concreto de la remuneración, dado que ésta será siempre determinable (arts. 56, 114 y 116 de la LCT)(1).

Dado el carácter personal del contrato de trabajo, la oferta debe ser dirigida a una o varias personas determinadas. Por tal razón, no puede considerarse que las propuestas de empleo publicadas en periódicos u otros medios de comunicación impliquen una oferta de trabajo concreta y vinculante, sino que son sólo invitaciones a contratar dirigidas a todas aquellas personas que cumplan los requisitos exigidos para el puesto, de modo indeterminado(2).

Dicha situación se encuentra regulada, en la actualidad, por el art. 973 del CCyCN, norma que establece que "...la oferta dirigida a personas indeterminadas es considerada como invitación para que hagan ofertas, excepto que de sus términos o de las circunstancias de su emisión resulte la intención de contratar del oferente...". Es decir, la nueva codificación diferencia entre persona determinable (pautas para identificar a la persona del aceptante, como ser que se prometa el celebrar el contrato a quien la acepte o realice cierta actividad en particular o cumpla determinados requisitos), de la oferta destinada a personas indeterminadas, donde no es posible conocer ni identificar quiénes son los destinatarios de la declaración de voluntad, por lo cual simplemente funciona como una solicitud para que alguna persona se presente a ofertar(3).

Tanto la oferta como la aceptación tienen carácter recepticio, ya que ambas se perfeccionan al llegar a la órbita de conocimiento del destinatario (conf. art. 971 del CCyCN).

2. Manifestación del consentimiento

En el contrato de trabajo el consentimiento puede exteriorizarse oralmente, por escrito, por signos inequívocos o de modo tácito (arg. cfr. arts. 262 y 264 del CCyCN) En efecto, en la gran mayoría de los casos se configura esta última situación, por cuanto el consentimiento se manifiesta a partir de "...una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo..." (según el nuevo art. 971 del CCyCN) o por la presencia de los "...signos inequívocos..." a los que se refería el antiguo art. 1146 del Cód. Civil, tales como la prestación de tareas y su recepción; es decir, por la existencia de la relación de trabajo (art. 22, LCT)(4).

En el caso de los contratos entre ausentes (cuando el trabajador se encontrase radicado en un lugar distinto al de la empresa y la negociación se hiciese por medio de comunicaciones telegráficas, telefónicas o electrónicas o, incluso, con un representante), a fin de complementar lo establecido por el art. 45 de la LCT debe recurrirse a lo normado por los arts. 980 y 981 del CCyCN, es decir, que la contratación se perfecciona cuando la aceptación es recibida por el proponente durante el plazo de vigencia de la oferta, aunque debe tenerse en cuenta que la aceptación puede ser retractada siempre que la comunicación de su retiro sea recibida por el destinatario antes o al mismo tiempo que la correspondiente a la anterior aceptación.

Si el proponente o el destinatario falleciesen o perdiesen su capacidad para contratar antes de la recepción de la aceptación de la oferta, ésta quedará sin efecto. Asimismo, la oferta caduca si fue aceptada por el destinatario desconociendo la muerte o incapacidad del oferente, aunque aquél mantiene el derecho de reclamar la reparación de los gastos o pérdidas en que hubiese incurrido como consecuencia de la aceptación (arg. cfr. art. 976 CCyCN).

Desde ya, el consentimiento, para ser considerado válido, debe ser prestado con discernimiento, intención y libertad (art. 897 del Cód. Civil, hoy receptada con idéntico sentido por el art. 260 del CCyCN), por lo que el contrato puede ser anulado si se hubiese actuado con error, dolo, violencia o lesión.

3. Tratativas precontractuales

El Código Civil, con anterioridad a la reforma de la ley 26.994, no contemplaba en forma expresa la responsabilidad precontractual por ruptura de las tratativas previas, por cuanto el análisis recién comenzaba a efectuarse a partir de la oferta, sin que ninguna norma se refiriese a la etapa anterior a su formulación(5).

Ello se ha modificado a partir del dictado del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, cuyo art. 990 consagra expresamente la "libertad de negociación" en los siguientes términos: "...las partes son libres para promover tratativas dirigidas a la formación del contrato y para abandonarlas en cualquier momento..." Durante aquellas negociaciones adquiere plena vigencia el deber de buena fe, por cuanto aun cuando no se hubiese formulado la oferta, las partes no pueden frustrarlas injustificadamente; de lo contrario, se genera la responsabilidad de resarcir el daño que sufra el afectado por haber confiado, sin su culpa, en la celebración del contrato (arg. art. 991 CCyCN).

Las nuevas pautas legales anteriormente reseñadas, trasladables a aquellos supuestos en los cuales las tratativas previas a la celebración de un contrato de trabajo se frustran por voluntad unilateral de alguna de las partes (mayormente, del empleador, quien —por ejemplo— debido a prácticas discriminatorias se retira de las tratativas precontractuales de modo intempestivo luego de obtener el resultado de los exámenes preocupacionales), resultan complementarias de la jurisprudencia y la doctrina elaborada anteriormente sobre el tema, por cuanto con fundamento en el Convenio 111 sobre Discriminación, Empleo y Ocupación de la OIT, los arts. 1071 y 1198 del Código de Vélez Sarsfield (hoy receptados por los arts. 10 y 961 del CCyCN), la ley 23.592 y los arts. 11 y 63 de la LCT se ha sostenido que la etapa previa a la celebración del contrato de trabajo se halla regida por los siguientes derechos: la libertad de elegir, la buena fe, la intimidad del trabajador y la no discriminación.(6)

Desde ya, deben distinguirse los citados supuestos de abandono de tratativas contractuales de la situación regulada por el art. 24 de la LCT —a cuyo comentario nos remitimos- , por cuanto en este último caso, el contrato llega a celebrarse, pero nunca se concreta la prestación efectiva de los servicios a cargo del trabajador.

4. Trabajo de grupo o por equipo

El equipo al que aluden los arts. 47 y 101 de la LCT se conforma a partir de varios trabajadores, organizados espontánea y exclusivamente, para realizar un trabajo común.

Sus integrantes se vinculan con el empleador por medio de un delegado o representante, también denominado director o jefe de equipo, quien se encarga de asignar a cada uno la función que debe llevar a cabo. Asimismo, tiene la facultad de reemplazar a los miembros no indispensables, es decir, a aquellos cuyas condiciones personales no fueron la razón determinante de la contratación. En este caso, deberá proponer el nuevo miembro a la aceptación del empleador (art. 101 de la LCT).

No obstante la intermediación del jefe de equipo, se establece una relación laboral individualizada entre cada uno de los trabajadores integrantes del equipo y el empleador beneficiario de los servicios, ya que se trata de una relación laboral pluri-individual y no un vínculo jurídico del empleador con el equipo(7).

Este tipo de contratación debe ser claramente diferenciado de otra forma de prestar la labor que se designa, asimismo, con el nombre de trabajo por equipo, legislada en los arts. 196 y 202 de la LCT, relativa a las prestaciones en turnos y a la jornada laboral(8).

Para un mayor desarrollo del tema, nos remitimos al comentario del art. 101 de la LCT.

5. Consejos prácticos

Debe tenerse en cuenta que algunos trámites previos al inicio de la prestación de tareas pueden implicar, en la práctica, la aceptación de la propuesta a la que alude el art. 45 de la LCT y, por ende, el perfeccionamiento del contrato de trabajo (por ejemplo, la suscripción y envío del formulario de "Alta Temprana"(9) de la AFIP).

En esos casos, aun cuando el trabajador nunca iniciase la prestación a su cargo, la situación quedará regida por las disposiciones del art. 24 de la LCT ("Efectos del contrato sin relación de trabajo"), y aquél podrá reclamar una reparación que ascenderá, como mínimo, a un mes de la remuneración convenida o prevista por el convenio colectivo aplicable.

6. Jurisprudencia

Alta Temprana. Aceptación de la oferta

"Sin lugar a dudas, frente al trabajador oferente de trabajo la conducta de enviar el alta temprana es un signo inequívoco de aceptación de la oferta por parte de la empresa de servicios eventuales. Por todas estas razones no tengo hesitación alguna respecto a que las partes se encontraron vinculadas por un contrato de trabajo".

JTrab. nro. 46, 4/6/2009, "Garay, Diego Ezequiel c. Bayton SA y otro", confirma CNTrab., sala IX, 10/2/2010.

Oferta dirigida a persona determinada

"Para que haya promesa, el Código Civil exige que lo sea a persona o personas determinadas sobre un contrato especial, con todos los antecedentes constitutivos de los contratos (art. 1148) y establece, por otro lado, que cualquier modificación que se hiciere en la oferta, al aceptarla, importará la propuesta de un nuevo contrato (art. 1102)".

CNTrab., sala VIII, 2/5/1997, "Alonso, María A. y otros c. Banco de la Ciudad de Buenos Aires", DT, 1997-B-2491.

Acreditación de la contratación. Signos inequívocos

"Es procedente la acción de daños y perjuicios iniciada por quienes fueron contratados para realizar un espectáculo cuyo estreno no llegó a concretarse por voluntad de la accionada, pues de la prueba aportada surge acreditada la existencia de ensayos en la sede de ésta, la aceptación del presupuesto presentado por los actores, la realización de vestuario y la contratación de una maquilladora, todo lo cual, demuestra la existencia de la contratación invocada".

CNTrab., sala VII, 7/7/2005, "Jaule, Aníbal Norberto y otros c. Pigal SA", ED, 216-256.

Tratativas precontractuales. Discriminación

"...Se desconoce, entonces, el motivo por el cual sin haber sorteado con éxito el examen técnico, la demandada requirió el análisis preocupacional, cuando la testigo P., especialista en recursos humanos, explicó que primero se requiere el técnico y luego el preocupacional. Reitero que se carece de constancias documentales de ese examen, de su contenido, a la par que se desconocen los requerimientos técnicos del puesto administrativo contable por el cual fue preseleccionado, y que no se explicaron los motivos por los cuales la demandada requirió al Centro Médico... la realización, al actor, del análisis preocupacional. Tampoco sabemos si la testigo P. informó a la demandada sobre el estado de salud que el actor le informara en la primera entrevista, porque la testigo no lo dijo. Se extrae de su declaración que fue la testigo quien no consideró relevante ese dato, más lo concreto es que la demandada decidió no contratarlo luego de haber sido notificada por el Centro Médico del resultado del examen. La reseña efectuada contiene una serie de interrogantes que la demandada debió haber despejado. Al omitir hacerlo, todo ello constituye una serie de indicios relevantes que me inclinan a concluir que el actor fue objeto de arbitraria discriminación, ya que, reitero, transitó por un proceso de selección de personal que culminó en la realización de un análisis preocupacional a través del cual la demandada tomó conocimiento de su estado de salud, y luego del cual no fue contratado, sin que se hayan acercado a este Tribunal elementos que ilustren sobre la deficiencia técnica que se alega, ni sobre el motivo por el cual sin haber supuestamente sorteado un examen técnico, se le requirió el preocupacional...".

CNTrab, sala I, 30/10/2012, "D., C. A. c. Sownne Fitness Wear S.R.L. s/daños y perjuicios", RCyS, 2013-VI, p. 77. Cita online: AR/DOC/1360/2013.

Contrato de equipo. Configuración

"...En la cuadrilla como en el contrato de trabajo de equipo o de grupo, se está ante una pluralidad de contratos individuales, porque del lado del obrero, un ente abstracto no puede ser sujeto de una relación de trabajo. La contratación con el dador de trabajo la hacen solamente uno o algunos de los componentes en virtud de un mandato, que es ratificado tácitamente por los demás en el momento en que inician el trabajo. Si quien actúa de capataz y recluta a los trabajadores del grupo lo hace como intermediario de quien recibe el trabajo, con su consentimiento expreso o implícito, debe interpretarse que aquella pluralidad de vínculos se forma con el empleador principal. En caso de duda, a éste corresponde la prueba de la calidad de contratista independiente que atribuye al jefe de grupo...".

SC Buenos Aires, 14/2/1967, "Ayala, Felipe A. c. Rico SA", LA LEY, XXVIII-548, sum. 199.

Contrato de equipos. Inexistencia

"Se descarta la existencia del contrato de trabajo por grupo o por equipo al no demostrarse la existencia del delegado o representante" (del voto de la mayoría); "Se ha cometido fraude en perjuicio de la ley laboral, al simular la realización de trabajos de faenamiento realizados por intermediación de una cooperativa de trabajo, siendo que en realidad éstos se cumplieron por los actores laborando de acuerdo a las modalidades del art. 101 de la LCT" (del voto de la minoría).

CNTrab. Bahía Blanca, 21/3/1995, "Acosta, Pascual y otros c. Frigorífico Guillermo F. Paloni", DT, 1995-B-1417.

CAPÍTULO VI De la forma y prueba del contrato de trabajo

Forma

Art. 48. — Las partes podrán escoger libremente sobre las formas a observar para la celebración del contrato de trabajo, salvo lo que dispongan las leyes o convenciones colectivas en casos particulares.

Nulidad por omisión de la forma

Art. 49. — Los actos del empleador para cuya validez esta ley, los estatutos profesionales o las convenciones colectivas de trabajo exigieran una forma instrumental determinada se tendrán por no sucedidos cuando esa forma no se observare.

No obstante el vicio de forma, el acto no es oponible al trabajador.

Prueba

Art. 50. — El contrato de trabajo se prueba por los modos autorizados por las leyes procesales y lo previsto en el art. 23 de esta ley.

Aplicación de estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo

Art. 51. — Cuando por las leyes, estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo se exigiera algún documento, licencia o carné para el ejercicio de una determinada actividad, su falta no excluirá la aplicación del estatuto o régimen especial, salvo que se tratara de profesión que exija título expedido por la autoridad competente.

Ello sin perjuicio que la falta ocasione la aplicación de las sanciones que puedan corresponder de acuerdo con los respectivos regímenes aplicables.

• Comentario:

7. Principio de libertad de formas

Las partes no deben observar ninguna formalidad al momento de concertar el contrato de trabajo, por lo que basta con que ambas expresen verbalmente su voluntad en tal sentido para que el vínculo se perfeccione (art. 48LCT y 1015 CCyCN).

Sin embargo, dicho principio admite excepciones, puesto que a fin de proteger al trabajador, las leyes y los convenios colectivos de trabajo establecen la obligatoriedad de la forma escrita para la concertación de ciertas modalidades contractuales. Debe aclararse que su omisión no hace a la validez del contrato, sino a la eficacia del tipo o modalidad en cuestión.

Tal es el caso del contrato por plazo fijo (art. 90, inc. a) de la LCT), del contrato eventual (arts. 69 y 72, inc. a) de la ley 24.013), del colaborador extra común previsto por el art. 7.6.1 del CCT 389/2004, del contrato de aprendizaje (art. 1º de la ley 25.013), de las pasantías (art. 8º de la ley 26.427) y de la exclusividad del viajante de comercio (art. 1º de la ley 14.546), entre otros.

Por idénticos fundamentos, el art. 49 de la LCT establece la nulidad de los actos del empleador por omisión de las formas instrumentales exigidas por la ley o por la convención colectiva aplicable. En este sentido pueden citarse el art. 55 del CCT 1/1975, que establece un régimen formal de ejercicio del poder disciplinario, y diversas normas de la LCT que imponen para ciertos actos la forma escrita; por ejemplo, para suspender al trabajador (art. 218), para plasmar su conformidad con la cesión del personal (art. 229), para la renuncia al empleo (art. 240), para la extinción del vínculo por mutuo acuerdo (art. 241) y para la comunicación de la justa causa del despido (art. 243).

En estos casos, si se obviase la forma exigida ad solemnitatem, el acto se considerará como no sucedido; aunque, desde ya, el trabajador siempre podrá invocar su existencia si ello lo beneficia. El empleador no cuenta con tal posibilidad, pues sabido es que no puede alegar su propia torpeza(10).

8. Amplitud probatoria

El art. 50 de la LCT consagra el denominado "principio de la libertad de prueba", ya que la existencia del contrato de trabajo puede ser acreditada por todos los medios probatorios admitidos por las leyes procesales (documentos, testimonios, peritajes, informes de entidades públicas y privadas y, desde ya, la confesión de las partes), así como por la presunción prevista por el art. 23 de la LCT (a cuyo comentario nos remitimos).

Explica Goldín que la aludida amplitud probatoria se corresponde "...con el tenor tuitivo del ordenamiento laboral y la circunstancia de ser el trabajador —para quien es generalmente difícil, cuando no imposible, preconstituir pruebas en su favor— quien tiene sobre sí la carga de acreditar el vínculo..."(11).

En la práctica diaria se advierte que quienes intentan demostrar la existencia de un contrato de trabajo suelen invocar, asimismo, las presunciones contempladas por los arts. 55 y 57 de la LCT.

La mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia se pronunció en contra de dicha posibilidad, con el argumento de que ambas resultan operativas únicamente en el marco de un contrato de trabajo previamente acreditado, ya que quien no reviste el carácter de empleador no se encuentra obligado a brindar una réplica(12) ni a llevar el libro especial del art. 52 de la LCT.

A guisa de ejemplo, podemos mencionar un reciente precedente jurisprudencial perteneciente a la sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, que sintetiza la postura anteriormente reseñada, en el sentido de que "...la aplicación de la presunción emanada del art. 55 de la LCT ...no puede tener favorable acogimiento por cuanto la actora no acreditó a través de la prueba testimonial producida ni de ningún otro medio que haya trabajado en favor del demandado con motivo de una relación encuadrable en el marco de la LCT. En efecto, (aquella) presunción... se origina cuando el empleador no lleva o no exhibe los libros que el art. 52LCT prevé y...opera sólo con relación a los hechos y circunstancias que debieron estar consignados en esos libros. Esta previsión normativa no puede llevar a tener por acreditada una relación de carácter dependiente en el marco de la LCT desde el momento que, por razones obvias, ésta no habría sido registrada, por lo que la ausencia de los mencionados libros, no puede generar evidencia de aquello que, verosímilmente, no habría estado contenido en ellos. A fin de que tal disposición normativa cobrara operatividad en favor de las manifestaciones vertidas por la actora en el escrito inicial, era menester que ésta acreditara el presupuesto de hecho esencial de su invocación, es decir, la existencia de la relación laboral invocada en la demanda...de modo fehaciente..." (CNTrab., sala II, 23/3/2016, "González, Marcela Alejandra c. Ercolessi, Guillermo Javier").

No obstante, un sector minoritario entiende que la estricta interpretación del citado art. 57 supone que cuando se reclama un derecho de orden laboral referido a la existencia misma del contrato, se impone que el destinatario se explique, sea a través de la negación de su existencia o del desconocimiento de la persona que reclama; y que si no lo hiciese, debería presumirse la existencia de un contrato de trabajo, a menos que el pretendido empleador demostrase lo contrario(13).

De igual modo, se registran algunos precedentes jurisprudenciales que infieren la existencia de una relación laboral a partir de la negativa del invocado empleador a exhibir, ante el requerimiento judicial, planillas de servicios, de recaudación y/o documentación análoga, en los términos del art. 55 de la LCT (ver en el acápite "Jurisprudencia" el sumario del fallo emitido por la sala VI de la Cámara de Apelaciones del Trabajo de Tucumán el 29/2/2012, in re "Ibargoyen, Juan Rodrigo c. Empresa Libertad S.R.L.", publicado en LLNOA, 2012 junio, p. 573. Cita online: R/JUR/1204/2012).

9. Regímenes especiales. Innecesariedad de licencia para su aplicación

La falta del documento, licencia, carné o registro exigido por las leyes, los estatutos o los convenios colectivos para el ejercicio de una determinada actividad no obsta a la aplicación del régimen especial en cuestión, sin perjuicio de las sanciones que pudiese aplicar la autoridad administrativa como consecuencia de dicha irregularidad.

A modo de ejemplo puede mencionarse la libreta de trabajo exigida a los encargados de casa de renta (ley 12.981) o el carné de los periodistas profesionales (ley 12.908).

En cambio, no resultan aplicables estos razonamientos cuando se trata de trabajos prestados por profesionales que necesitan contar con un título habilitante expedido por la autoridad competente (abogados, médicos, psicólogos, etc.) o con cualquier otra forma de habilitación profesional (por ejemplo, licencia de los conductores de transporte público de pasajeros).

10. Consejos prácticos

Para desvirtuar la existencia de un vínculo dependiente, el pretendido empleador suele invocar la figura de la locación de servicios. Sin embargo, reiterada jurisprudencia ha sostenido que ello no favorece su defensa, ya que gran parte de la doctrina civilista considera que cuando los servicios son prestados por una persona humana se configura, en la actualidad, un contrato de trabajo que debe regularse como tal(14), con fundamento en que la expresión "locación de servicios" es "...una terminología anacrónica, basada en circunstancias históricas desaparecidas..."(15).

El Código Civil y Comercial Unificado —como ya se señalara— regula el contrato de servicios poniendo el acento en que quien presta los servicios actúa independientemente (art. 1251) y tanto en los Fundamentos del Anteproyecto como en el art. 1252, segundo párrafo, expresamente se establece que los servicios prestados en relación de dependencia se rigen por las normas del derecho laboral.

De todos modos, no debe perderse de vista que la invocación de la existencia de un contrato de servicios de naturaleza civil implica el reconocimiento del "...hecho de la prestación de servicios..." contemplado por el art. 23 de la LCT, extremo que determina la inversión de la carga probatoria, por lo que será el demandado quien deberá demostrar que el reclamante es, en realidad, un empresario.

A tal fin, debe producirse prueba tendiente a acreditar que aquél cuenta con una organización económica o que posee independencia para realizar las tareas del modo en que lo creyese oportuno y con libertad funcional(16).

No resulta relevante que se haya exigido al trabajador la emisión de facturas para percibir su remuneración, porque la modalidad implementada por la empleadora para el pago del salario no incide en la determinación de la naturaleza del vínculo que constituye la causa fuente de la relación(17). Para mayor información acerca de las circunstancias que no desvirtúan la existencia de la relación laboral, nos remitimos al comentario del art. 23 de la LCT.

11. Jurisprudencia

Existencia del Contrato de Trabajo. Ineficacia presunción art. 55, LCT

"Cabe señalar que las presunción prevista por el art. 55 de la LCT sólo cobra operatividad si, previamente, se acredita la relación laboral, circunstancia que no ha ocurrido en las presentes actuaciones".

CNTrab., sala III, 11/9/1992, "Marchetti, Erika c. Luna Stella".

Existencia del Contrato de Trabajo. Eficacia presunción art. 55, LCT

"En cuanto a la relación laboral invocada surge de la propia contestación de demandada su desconocimiento y negativa cuando se manifiesta que "...nunca el (actor) prestó servicios para mi representado, ni como chofer con corte de boleto ni en ninguna otra ocupación..." (sic). Frente a lo manifestado por la accionada... la parte actora solicita a la empresa demandada ... que exhiba toda la documentación detallada en ofrecimiento probatorio, incumpliendo con tal requerimiento judicial...(lo que) hace suponer que la falta de exhibición de las planilla de servicios y planillas de recaudación de todos sus coches y en particular el interno 26, desde el mes de diciembre del año 2006 al mes de julio del año 2007, requerida judicialmente, impidió conocer y determinar la existencia o no de la relación laboral. Que por ello, el incumplimiento en que incurrió la empresa demandada...es sancionado por la ley con la presunción a favor de las afirmaciones efectuadas en la demanda (art. 61, 2º párr. del CPL y art. 55LCT), puesto que la demandada tuvo oportunidad para demostrar que no existía relación alguna con el actor, exhibiendo la documentación requerida y omitió hacerlo".

CTrab. Tucumán, sala VI, 29/2/2012, "Ibargoyen, Juan Rodrigo c. Empresa Libertad S.R.L.", LLNOA, 2012 (junio), 573. Cita online: AR/JUR/1204/2012.

Existencia del Contrato de Trabajo. Ineficacia presunción art. 57, LCT

"Para que la presunción prevista por el art. 57 de la LCT resulte operativa es necesario que previamente se demuestre la existencia de un contrato de trabajo, es decir, se debe constatar la existencia de un vínculo laboral para que opere la mencionada presunción".

CNTrab., sala X, 29/10/2010, "Álvarez, Daniel Narciso c. Mazzitelli, Mariana y otro", LLAR/JUR/72014/2010.

Libro especial art. 52 de la LCT. Valor probatorio relativo

"Las registraciones contables y laborales de la empleadora, aun llevadas en legal forma, no hacen plena prueba de su contenido, si existen otros elementos de juicio que los contradicen, ya que los datos allí volcados, por emanar exclusivamente del empleador, son inoponibles al trabajador".

CNTrab., sala III, 31/5/2002, "Rosemgurten, Ludmila c. Cabildo 1168 SRL y otros".

Sustitución de la locación de servicios por el régimen de contrato de trabajo

"La doctrina civilista se ha expedido en forma unánime en el sentido que la figura de la locación de servicios ha sido sustituida por la del contrato de trabajo, y la forma en que la caracteriza nuestro Código Civil es anacrónica y basada en circunstancias históricas desaparecidas, por lo que no resulta hoy acertado acudir al vocablo 'locación' para referirse al contrato de trabajo. Tal figura era posible en el derecho romano donde se arrendaba una cosa como el trabajo ajeno, pero hoy resulta una injuria mencionar al trabajo humano como si se tratara de 'una cosa', pues hay un abandono del criterio terminológico del Código Francés que condice con la trascendencia social del trabajo que ha merecido regulación en la Constitución Nacional".

CNTrab., sala X, 31/12/1997, "Greco, Héctor C. c. Consultas SA y otro", LLAR/JUR/2678/1997.

Medios de acreditación de la existencia del contrato. Nuevas tecnologías

"Cabe destacar que estos dos artículos citados (arts. 21 y 22 de la LCT) deben interpretarse en concordancia con lo dispuesto por los arts. 48 y 50 del la ley citada, que contemplan el principio de libertad de las formas y total amplitud de medios de prueba para acreditar la existencia del contrato de trabajo y que, su apreciación en caso de duda debe decidirse en el sentido más favorable al trabajador (cfr. art. 9º de la LCT), más aún cuando estamos en presencia de los denominados contratos realidad... La demandada remitió una carta de intención vía correo electrónico, con las condiciones de su contratación que fueron aceptadas por la actora... quien firmó el mencionado instrumento y lo remitió de la misma forma (vía correo electrónico) los que se encuentran reconocidos así como acreditada su existencia conforme informe del perito analista de sistemas. La autenticidad de dichos correos electrónicos intercambiados entre las partes y las sucesivas entrevistas telefónicas mantenidas entre la accionante y la demandada permite concluir que al momento del despido dispuesto por la accionada sin invocación de causa, se encontraba vencido el período de prueba y, en consecuencia resultó injustificado".

CNTrab., sala X, 29/6/2012, "Bocchino, Stephanie Marie Nathalie c. Accor Argentina SA".

Libro especial. Formalidades. Prohibiciones

Art. 52. — Los empleadores deberán llevar un libro especial, registrado y rubricado, en las mismas condiciones que se exigen para los libros principales de comercio, en el que se consignará:

a) Individualización íntegra y actualizada del empleador.

b) Nombre del trabajador.

c) Estado civil.

d) Fecha de ingreso y egreso.

e) Remuneraciones asignadas y percibidas.

f) Individualización de personas que generen derecho a la percepción de asignaciones familiares.

g) Demás datos que permitan una exacta evaluación de las obligaciones a su cargo.

h) Los que establezca la reglamentación.

Se prohíbe:

1. Alterar los registros correspondientes a cada persona empleada.

2. Dejar blancos o espacios.

3. Hacer interlineaciones, raspaduras o enmiendas, las que deberán ser salvadas en el cuadro o espacio respectivo, con firma del trabajador a que se refiere el asiento y control de la autoridad administrativa.

4. Tachar anotaciones, suprimir fojas o alterar su foliatura o registro. Tratándose de registro de hojas móviles, su habilitación se hará por la autoridad administrativa, debiendo estar precedido cada conjunto de hojas, por una constancia extendida por dicha autoridad, de la que resulte su número y fecha de habilitación.

Omisión de formalidades

Art. 53. — Los jueces merituarán en función de las particulares circunstancias de cada caso los libros que carezcan de algunas de las formalidades prescriptas en el art. 52 o que tengan algunos de los defectos allí consignados.

Aplicación a los registros, planillas u otros elementos de contralor

Art. 54. — Aplicación de los registros, planillas u otros elementos de contralor. Idéntico requisito de validez deberán reunir los registros, planillas u otros elementos de contralor exigidos por las leyes y sus normas reglamentarias, por los estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo, que serán apreciadas judicialmente según lo prescrito en el artículo anterior. (Texto conforme ley 27.321, B.O. 15/12/2016).

Omisión de su exhibición

Art. 55. — La falta de exhibición a requerimiento judicial o administrativo del libro, registro, planilla u otros elementos de contralor previstos por los arts. 52 y 54 será tenida como presunción a favor de las afirmaciones del trabajador o de sus causahabientes, sobre las circunstancias que debían constar en tales asientos.

Remuneraciones. Facultad de los jueces

Art. 56. — En los casos en que se controvierta el monto de las remuneraciones y la prueba rendida fuera insuficiente para acreditar lo pactado entre las partes el juez podrá, por decisión fundada, fijar el importe de crédito de acuerdo a las circunstancias de cada caso.

• Comentario:

12. Datos que deben consignarse en el libro laboral del empleador

Según establece el art. 52 de la LCT todos los empleadores (esto es, sean o no comerciantes) deben llevar un libro especial registrado y rubricado por la autoridad administrativa laboral, en las "...mismas condiciones que se exigen para los libros de comercio...".

Por lo demás, recientemente el art. 320 del nuevo Código Civil y Comercial unificado ha extendido la obligación de llevar contabilidad a todas las personas, humanas o jurídicas, que sean titulares de empresas o desarrollen una "...actividad económica organizada...", la cual supone la existencia de empleados dependientes, o áreas y sectores con división del trabajo que componen una estructura o que reúnen otras características propias de las organizaciones(18). No resultan alcanzadas por tal obligación las personas humanas que desarrollan profesiones liberales o actividades agropecuarias y conexas no ejecutadas u organizadas en forma de empresa; aunque, claro está, deberán llevar —de todos modos— el libro especial exigido por el citado art. 52 si revistiesen como empleadoras de, al menos, un trabajador(19).

A fin de evitar que los asientos del libro especial sean modificados para disimular situaciones irregulares, se prohíbe dejar espacios en blanco, insertar enmiendas que no estén salvadas por la firma del trabajador y el control de la autoridad administrativa, borrar anotaciones, alterar la foliatura, etcétera (requisitos muy similares, por lo demás, a los exigidos por los arts. 323, 324 y 325 del CCyCN).

El empleador tiene la posibilidad de optar por un libro encuadernado o por sistemas de microfilmación, supuesto en que las fichas o planillas deben ser rubricadas por la autoridad administrativa y complementadas con elementos que permitan su visualización y la inserción de las rúbricas correspondientes(20).

En igual sentido, no debe perderse de vista que el nuevo art. 329 del CCyCN permite la sustitución —previa autorización del Registro Público y con excepción del de "Inventarios y Balances"— de los libros obligatorios (entre los que se encuentra, en el caso del empleador, el libro exigido por el art. 52 de la LCT, cfr. art. 322, inc. "d" del CCyCN) por la utilización de ordenadores u otros medios mecánicos, magnéticos o electrónicos, así como también la conservación de la documentación en microfilms, discos ópticos u otros medios aptos para ese fin. Dichos medios alternativos deben ser equivalentes, en cuanto a inviolabilidad, verosimilitud y completitud, a los sistemas cuyo reemplazo se pretende.

Resulta de importancia destacar que los empleadores que confeccionen el libro especial mediante el registro en hojas móviles (tal como autoriza el inc. "4" del citado art. 52) deberán emitir dichas hojas vía Internet utilizando el servicio denominado "Libro de Sueldos Digital"(21), al cual se accede por medio del sitio Web institucional de AFIP con la respectiva "Clave Fiscal", obtenida conforme las disposiciones de la RG 3713/15 (B.O. 22/1/2015).

En la enumeración de los datos que deben ser consignados en el libro especial que efectúa el art. 52LCT (nombre del trabajador, fecha de ingreso y egreso, remuneraciones asignadas y percibidas, etc.) no se menciona a la jornada ni a la categoría profesional del trabajador (al menos, no expresamente).

Existen distintas posturas al respecto, pues mientras que algunos fallos se inclinan por la negativa(22), otros estiman que se trata de condiciones alcanzadas por el inc. g) de la norma; es decir, que deben asentarse a fin de posibilitar "... una exacta evaluación..." de las obligaciones a cargo del empleador(23).

En el caso de los viajantes de comercio, el art. 10 de la ley 14.546 exige al empleador la confección de un libro especial en el que debe consignar los datos que la norma dispone.

Si el empleador no contase con dicho registro u omitiese su exhibición y el viajante (o sus derechohabientes) hubiesen prestado declaración jurada sobre los datos que allí debieron consignarse, se invierte la carga de la prueba y será el empleador quien deberá probar en contrario. La presunción no podrá funcionar en abstracto, por lo que es necesario que el trabajador individualice las operaciones sobre las que reclama comisión, porcentajes, zonas y tipo de mercadería vendida(24).

Por su parte, la ley 24.467 autoriza a las pequeñas y medianas empresas a sustituir el libro del art. 52 de la LCT por un registro único de personal, en el que se unifican los libros, registros, planillas y demás elementos de contralor exigidos (arg. art. 86). En caso de incumplimiento, el empleador puede ser sancionado con la exclusión del régimen de PyMES y con los incrementos indemnizatorios de la ley 24.013 (art. 88).

La ley 27.321 (B.O. 15/12/2016) dispone que los requisitos y prohibiciones previstos por el citado art. 52 también deberán observarse respecto de los registros, planillas u otros elementos de contralor exigidos por las leyes y sus normas reglamentarias, por los estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo, elementos que estarán sujetos a la apreciación judicial en los términos establecidos por el art. 53.

Entre los documentos contemplados por el art. 54 de la LCT podemos mencionar los registros horarios del dec. 16.115/1933, el legajo de salud que prescribe el art. 9º, inc. a) de la ley 19.587, el legajo médico del art. 21, incs. 1.1 y 1.6 del dec. 351/1979, constancias que acrediten la inscripción del empleador y del trabajador ante la AFIP (cfr. resolución general 2988/2010, B.O. 9/12/2010) y comprobantes de ingresos de los aportes retenidos a todos los fines (sindicales, de la seguridad social y tributarios)(25).

13. Eficacia probatoria

La eficacia probatoria del libro y de los demás elementos de contralor enumerados por el art. 54 de la LCT que adolezcan de algún defecto u omisión será valorada por el juez, quien según las circunstancias del caso les asignará o no validez, sin perjuicio de las sanciones administrativas que pudiesen corresponder(26).

Autorizada doctrina ha entendido que los nuevos criterios de apreciación establecidos recientemente por el art. 330 del CCyCN(27)para los libros y registros contables son similares a los que rigen respecto del libro especial del art. 52LCT, instrumento que prueba en contra del empleador en todos los casos y sólo en forma relativa en su favor, debido a la unilateralidad de su confección y a la falta de control por parte del trabajador, quien no puede ofrecer una contraprueba equivalente(28).

Por el contrario, su falta de exhibición ante un requerimiento judicial o administrativo torna operativa una presunción a favor de las afirmaciones del trabajador o de sus causahabientes al promover la demanda (cfr. art. 55 de la LCT). Se trata de una presunción iuris tantum que simplemente invierte la carga de la prueba, pues admite prueba en contrario.

Para determinar el tiempo de conservación obligatoria del libro del art. 52 de la LCT, la doctrina solía remitirse al tiempo fijado en el antiguo art. 67 del Cód. Com., cuya anterior redacción establecía que tal obligación perduraba hasta diez años después del cese de la actividad del comerciante, mientras que la documentación respaldatoria sólo debía conservarse durante los diez años siguientes a su fecha de emisión(29). En la actualidad, si bien en lo principal el contenido de aquella norma es receptado por el art. 328 del CCyCN (en cuanto estableció, asimismo, un plazo de diez años para la conservación de los libros), lo cierto es que ha cambiado el momento a partir del cual debe computarse dicho período, por cuanto debe contarse desde su último asiento, lo que implica —en los hechos— una reducción del plazo. Por el contrario, mantuvo de modo exacto la regulación referida a conservación de los instrumentos respaldatorios.

14. Registro de los trabajadores

La obligación de registrar al trabajador en el libro del art. 52 de la LCT se complementa con la impuesta por el art. 7º de la ley 24.013, que establece: "Se entiende que la relación o contrato de trabajo ha sido registrado cuando el empleador hubiese inscripto al trabajador:

"a) En el libro especial del art. 52 de la LCT (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 art. 18, inc. a).

"Las relaciones laborales que no cumplieren con los requisitos fijados en los incisos precedentes se considerarán no registradas".

El art. 18, inc. a) de la ley 24.013 creó el Sistema Único de Registro Laboral que, según dicha norma, debe concentrar los siguientes registros: "La inscripción del empleador y la afiliación del trabajador al Instituto Nacional de Previsión Social, a las cajas de subsidios familiares y a la obra social correspondiente...".

Sin embargo, lo cierto es que los arts. 91 y 96 del dec. 2284/1991 suprimieron las cajas de subsidios familiares y el INPS, por lo que en nuestros días el empleador debe registrar el vínculo ante la AFIP; más precisamente, por medio de un único trámite ("Registrar nueva alta") que se efectúa por medio del sistema "Simplificación Registral"(30).

En dicha oportunidad debe informar no sólo el CUIL, el nombre y apellido, el domicilio real, el CBU, el número telefónico y el correo electrónico del trabajador, sino también su inscripción en la obra social y en la aseguradora de riesgos del trabajo correspondiente, su remuneración, la fecha de inicio, el CCT aplicable, su categoría y demás datos acerca de sus vínculos familiares(31).

Para la realización de la gestión el empleador debe contar con su clave única de identificación tributaria (CUIT) y el trabajador, con el código único de identificación laboral (CUIL) que puede solicitarse a la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS).

No debe perderse de vista que el art. 19 de la ley 25.013 establece que "todos los contratos de trabajo y las pasantías" deben ser registrados ante los organismos de seguridad social y tributarios en la misma forma y oportunidad que los contratos por tiempo indeterminado, por lo que el empleador debe informar, al realizar la gestión, el tipo de contrato de que se trate y, si correspondiese, su fecha de inicio y finalización (cfr. art. 2º RG AFIP 2988/2010).

La misma norma otorga al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social pleno acceso a las bases de datos que contengan dichas comunicaciones.

Los trabajadores comprendidos en el régimen previsto por la ley 22.250 deben ser inscriptos, asimismo, en el Instituto de Estadística y Registro de la Industria de la Construcción. A tal fin, el empleador cuenta con quince días hábiles desde el ingreso del trabajador (art. 13).

15. Empleo no registrado

Las consecuencias de la falta o deficiencia de registro de la relación laboral son gravosas para el empleador, ya que en esos casos, si el trabajador o la asociación sindical que lo representa lo intimasen a que procediese a su registro o a que inscribiese su real fecha de ingreso o remuneración y no lo hiciese dentro del término de 30 días, deberá abonarle las indemnizaciones previstas en los arts. 8º a 10 de la ley 24.013.

En dicha intimación, prevista en su art. 11, el trabajador debe indicar su real fecha de ingreso y las circunstancias verídicas que permitan calificar a la inscripción como defectuosa. No debe perderse de vista que para tener derecho a las indemnizaciones anteriormente indicadas, el trabajador no sólo debe enviar la intimación antes de que finalice el vínculo laboral sino que también se encuentra obligado a remitir una copia de lo actuado a la AFIP, dentro de un término máximo de 24 horas (arg. art. 3º del dec. 2725/1991 y art. 47 de la ley 25.345).

El art. 8º de la ley 24.013 sanciona a aquellos empleadores que hayan omitido totalmente el registro del trabajador con una indemnización a favor de éste equivalente a una cuarta parte de las remuneraciones devengadas desde el comienzo de la vinculación, computadas a valores reajustados de acuerdo a la normativa vigente, cuyo monto total no puede ser inferior a tres veces el importe mensual del salario utilizado para el cálculo del art. 245 de la LCT.

Por su parte, los arts. 9º y 10 de la ley 24.013 establecen que aquellos empleadores que consignasen en la documentación laboral una fecha de ingreso posterior a la real o una remuneración menor a la percibida por el trabajador, deberán abonarle una indemnización equivalente a la cuarta parte del importe de las remuneraciones devengadas hasta la fecha de ingreso falsamente inscripta o a la cuarta parte de las sumas no registradas, respectivamente, debidamente reajustadas desde la fecha en que comenzaron a consignarse indebidamente estos extremos de la relación.

De todos modos, aquel dependiente que no hubiese cursado la intimación del art. 11 de la ley 24.013, tendrá derecho a percibir el doble de la indemnización contemplada por el art. 245 de la LCT si la relación laboral, al momento de su extinción, no hubiese sido registrada o lo haya sido de modo deficiente (art. 1º de la ley 25.323). Este incremento no es acumulable con el previsto por los arts. 8º, 9º y 10 de la ley 24.013.

Por último, el art. 15 de la ley 24.013 establece que si el empleador despidiere sin causa justificada al trabajador dentro de los dos años desde que se le hubiere cursado de modo justificado la intimación prevista en el art. 11, el trabajador despedido tendrá derecho a percibir el doble de las indemnizaciones que le hubieren correspondido como consecuencia del despido; lo que acontecerá, asimismo, cuando fuese éste quien hiciere denuncia del contrato de trabajo fundado en justa causa. Para la procedencia de esta indemnización, no se requiere el envío de la comunicación a la AFIP, pues no se encuentra comprendida dentro de la enumeración que el art. 47 de la ley 25.345 introdujo en el art. 11 de la ley 24.013(32).

16. Determinación de la remuneración por los jueces

El art. 56 de la LCT al igual que el art. 56 de la ley 18.345 y el art. 165 del CPCCN autoriza al juez a fijar el importe del crédito cuya existencia haya sido debidamente acreditada en la causa, pese a que no haya sucedido lo mismo con su cuantía.

A tal fin, debe tener en cuenta no sólo las particularidades de cada caso sino también la importancia de los servicios, las condiciones en que fueron prestados, el esfuerzo realizado y los resultados obtenidos (arg. art. 114 de la LCT).

La jurisprudencia suele exigir, asimismo, que no se pierdan de vista los salarios mínimos, vitales y móviles y las retribuciones habituales en la actividad(33).

17. Consejos prácticos

Suelen advertirse ciertas dificultades en relación con el alcance de la presunción prevista por el art. 55 de la LCT, cuya operatividad, como hemos visto, se debe a la falta de exhibición del libro exigido por el art. 52 de la LCT frente a un requerimiento judicial o administrativo.

Para una posición jurisprudencial mayoritaria, los efectos de esta presunción sólo se proyectan sobre la remuneración abonada de modo extracontable, sobre el período laborado clandestinamente o sobre las horas cumplidas en tiempo suplementario (si se entendiese que la jornada normal y habitual es una condición que debe ser inscripta en el libro especial de acuerdo a lo normado por el art. 52, inc. "g" de la LCT), cuando se hubiese efectivamente acreditado que el trabajador percibía parte de su remuneración en negro, que ingresó con anterioridad a la fecha consignada por el empleador o que su jornada excedía los límites legales; porque es obvio que si ello no hubiese acontecido, no habrían tenido que registrarse en el libro previsto en el art. 52, LCT una serie de hechos inexistentes.

En otras palabras, únicamente cuando se comprueban tales extremos puede considerarse que el empleador tenía obligación de asentar dichas circunstancias en el libro especial del art. 52 de la LCT y en el registro exigido por el art. 6º de la ley 11.544 y por el art. 21 del decreto 16.115/1933 (para el caso de las horas extras), por lo que su falta de exhibición activará la presunción en favor del trabajador (art. 55, LCT).

En síntesis, la ausencia del registro no puede llevar —por vía de una presunción simple— a tener por acreditado aquello de cuya demostración previa dependía la operatividad de la referida presunción(34).

La presunción tampoco resulta suficiente para acreditar reclamos formulados de modo global, es decir, sin la debida fundamentación fáctica y sin una explicación detallada de los cálculos utilizados para arribar al monto indicado en la demanda (arg. art. 65 de la ley 18.345).

La referida presunción no resulta eficaz cuando se trata de probar el estado civil de las personas, a los fines de la percepción de las asignaciones familiares o para demostrar la existencia de cargas de familia (art. 208, LCT)(35), ya que el nacimiento y filiación de las personas, así como el matrimonio, se demuestran en la forma prevista por los arts. 96 a 98 y 423 del nuevo Código Civil y Comercial Unificado(36).

En cuanto a la inviabilidad de la utilización de dicha presunción para acreditar la existencia de un contrato de trabajo, nos remitimos al comentario del art. 50 de la LCT, acápite 2º.

18. Jurisprudencia

Libro especial. Confección unilateral por el empleador

"...Las constancias de los libros laborales no son eficaces para acreditar el pago... pues se trata de registros llevados en forma unilateral por el empresario y por lo tanto inoponibles al trabajador...".

CNTrab., sala III, 31/10/2005, "Valiño, Claudio Adrián c. Auchan Argentina SA".

Libro especial. Valor probatorio relativo

"...El art. 52 de la LCT obliga a los empleadores a llevar el libro especial y el art. 55 establece una presunción a favor de las afirmaciones del trabajador sobre las circunstancias que deben constar en esos asientos cuando no existan en los libros o registros. Ni esas normas ni ninguna otra de la Ley de Contrato de Trabajo establecen que los libros prueban a favor de la empresa, aunque pueden probar en contra...".

CNTrab., sala IV, 30/12/1991, "Miletti, Juan c. Sade SA".

Libro especial. Extravío

"...Si efectivamente a una empresa se le extravían los libros y documentación respaldatoria, sus representantes, obrando como buenos hombres de negocios, tendrían que haber adoptado las medidas conducentes a fin de reconstruir sus registraciones...".

CNTrab., sala I, 26/6/2001, "Moles, Julio A. c. Buenos Aires Construcciones y Servicios", LLAR/JUR/5054/2001.

Libro especial. Rúbrica tardía

"...Más allá del insólito grado de atraso, la rubricación de los libros suele ser posterior al comienzo de las actividades y los asientos se refieren a operaciones realizadas, lo que se exige es la correlatividad temporal y, obviamente, el respaldo documental. Si, en ocasión de la exhibición judicial, se hallan rubricados, los asientos son correlativos y poseen dicho respaldo, no caben reproches respecto de la eficacia probatoria...".

CNTrab., sala VIII, 28/7/2009, "Schulz, Roberto A. c. Kovac, Juan y otros".

Libro especial. Supuestos de cesión o transferencia del establecimiento

"...en estos casos, las cargas de registración que el art. 52 de la LCT impone a los empresarios se cumple con el asiento de la fecha de ingreso real. No sólo no existe norma que obligue a registrar la antigüedad ficta, sino que ello importaría falsedad de los asientos, susceptibles de sanciones..".

CNTrab., sala III, 25/6/1997, "Rolando, Miguel c. GNC Argronomía SA".

Determinación de la remuneración. Razonabilidad

"...Los demandados se agravian porque consideran excesiva la remuneración de u$s 3.000 dólares estadounidenses mensuales aceptada en grado para efectuar el cálculo de las indemnizaciones derivadas del despido. No tienen razón en su planteo. Hago esta afirmación porque, además de lo reglado por el art. 55 de la LCT, presunción que se activó en la causa debido a que no se exhibieron los libros laborales correspondientes, se añade que el monto es razonable (art. 56, LCT). Ello es así, atendiendo a la actividad desarrollada por el actor, a la naturaleza de los negocios que concertaba (seguros de vida y capitalización), a los guarismos que surgen de la documental agregada —diplomas y planillas de liquidaciones— (fojas 129/171) y al hecho de que en varias oportunidades fue distinguido por sus logros laborales, lo que demuestra que se trataba de un trabajador con alta productividad...".

CNTrab., sala I, 28/9/2011, "Lerin, Federico c. Hope Funds Financial Services SA y otros".

Determinación de la remuneración. Facultades judiciales

"...Aún cuando la demandada no lleve registro contable alguno, si la remuneración denunciada en la demanda resulta a todas luces desmedida en relación a la índole de la relación profesional de que se trata, ésta debe ser estimada por el juzgador, en virtud de las facultades conferidas por los arts. 56 y 114 de la LCT...".

CNTrab., sala VII, 5/9/1996, "Aisemberg, Gabriel c. Florida Products SA", DT, 1996-B-3020.

Presunción del art. 55 de la LCT. Utilización de tarjetas magnéticas y/o fichas - reloj

"...El art. 55 de la LCT admite como medios de prueba no sólo los libros y registros sino, también, planillas u otros elementos de control. Acreditado en el caso la utilización de tarjetas magnéticas, planillas y/o fichas reloj por parte de la empleadora (aun cuando, de acuerdo con lo prescripto por el art. 52, LCT, no haya obligación de llevarlas), la omisión de su exhibición al Sr. Perito lleva sin más a la aplicación de la presunción establecida legalmente. Las explicaciones brindadas por la empleadora no logran desvirtuar la presunción que pesa en su contra...".

CNTrab., sala III, 16/7/2010, "Fezzardini, Silvia Emilia c. Obra Social de la Actividad de Seguros Reaseguros Capitalización y Ahorro y Préstamo para la Vivienda", LLAR/JUR/42587/2010.

Presunción del art. 55 de la LCT. Alcance

"...Tampoco cabe admitir los agravios respecto de la procedencia de las horas extras solicitadas, puesto que si bien esta sala tiene dicho que 'teniendo en cuenta lo establecido por el art. 8º del Convenio Nº 1 OIT, y por el art. 11 pto. 2 del Convenio Nº 30 OIT, ambos ratificados y de jerarquía supralegal conforme art. 75, inc. 22) Const. Nacional'; advirtiendo que esas normas internacionales se encuentran receptadas en el art. 6º, ley 11.544 y art. 21 del dec. 16.115/1933 la demandada estaba obligada a llevar un registro especial en el que constara el trabajo prestado en horas extraordinarias, y que ante la ausencia de exhibición, y lo dispuesto por el art. 52, incs. g) y h) y por el art. 55, LCT corresponde presumir que son ciertas las horas extras denunciadas en la demanda, lo cierto es que tal supuesto se torna operativo siempre y cuando en primer término se haya acreditado que en el establecimiento se laboraba en exceso de la jornada laboral; y que en el caso considero no se demostró...".

CNTrab., sala VI, 30/8/2013, "Leiva, Diego Gastón c. Covelia SA".

Datos que deben consignarse en el libro especial del art. 52 de la LCT. Horas extras. Presunción del art. 55 de la LCT. Alcance

"...Si bien entiendo que la indicación de la jornada normal y habitual de trabajo podría considerarse comprendida en la exigencia del art. 52, inc. g) de la LCT y que, por consiguiente, cuando estuviere fehacientemente acreditado el desempeño del trabajador en tiempo suplementario, la falta de exhibición del registro que indica el art. 6º de la ley 11.544 y 21 del decreto podría generar una presunción favorable a la posible extensión del tiempo extra de trabajo, estimo que dicha presunción no puede considerarse operativa cuando no está efectivamente acreditado que la labor haya excedido los límites fijados por normativa porque es obvio que, si no hubo trabajo en tiempo extra, no puede considerarse que haya tenido que registrarse en el libro previsto en el art. 52, LCT un exceso inexistente al límite de jornada. En otras palabras, sólo cuando se compruebe el trabajo en tiempo extra puede considerarse que el empleador tenía obligación de asentar el exceso en el registro que indica el art. 6º de la ley 11.544 y 21 del decreto y, la eventual falta de exhibición de éste, podría generar una presunción acerca de la extensión del ya comprobado trabajo en tiempo suplementario (art. 55, LCT). Pero, cuando no se prueba, como ocurrió en autos, el trabajo en tiempo extra, no puede considerarse que el empleador hubiera debido registrar aquello que no ha existido por lo que, en este último supuesto, la ausencia del registro no puede llevar —por vía de presunción— a tener por acreditado aquello de cuya demostración previa dependía la operatividad de la referida presunción...".

CNTrab., sala II, 31/3/2014, "Zembo, Jorge Eduardo c. Banco Santander Río".

Irregularidades comprendidas en el art. 1º de la ley 25.323

"...en cuanto a los conceptos de relación no registrada o registrada de modo deficiente —a los que alude el art. 1º de la ley 25.323—, aunque la ley no los define, debemos remitirnos a este respecto a la ley 24.013, por lo que se deberá considerar una relación laboral no registrada la determinada en el art. 7º de dicha ley y relación laboral insuficientemente registrada o registrada 'de modo deficiente' ...aquella en la que se consignare en la documentación laboral una fecha de ingreso posterior a la real (art. 9º, ley 24.013) o 'una remuneración menor que la percibida por el trabajador' (art. 10, misma ley)..." (del voto del Dr. Guisado); "...adhiero al voto que antecede, sin perjuicio de lo cual deseo dejar aclarada mi postura en relación a la procedencia del incremento previsto por el art. 1º de la ley 25.323. En efecto, la norma expresamente dispone la 'duplicación de la indemnización por antigüedad —art. 245, LCT (o las que en el futuro las reemplacen)—, cuando se trate de una relación laboral que al momento del despido no estuviese registrada o lo este de modo deficiente'. Para que proceda su aplicación, la ley no se limita a contemplar el supuesto de ausencia de registración sino que incluye los casos de registración defectuosa y, en tanto no consigna concretamente en que consiste la relación registrada 'de modo deficiente', comparto la corriente doctrinaria que sostiene que debe interpretarse como registro 'incompleto'; 'imperfecto', 'defectuoso', es decir no solo la falsedad de la remuneración o de la fecha de ingreso (como consigna mi distinguido colega preopinante)sino cualquier irregularidad o deficiencia en la registración..." (del voto de la Dra. Ferreirós).

CNTrab., sala IV, 20/10/2009, "Lebon, Carlos Alberto c. Acquanova SA y otros".

De la forma y prueba del contrato de trabajo

Intimaciones. Presunción

Art. 57. — Constituirá presunción en contra del empleador su silencio ante la intimación hecha por el trabajador de modo fehaciente, relativa al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo sea al tiempo de su formalización, ejecución, suspensión, reanudación, extinción o cualquier otra circunstancia que haga que se creen, modifiquen o extingan derechos derivados del mismo. A tal efecto dicho silencio deberá subsistir durante un plazo razonable el que nunca será inferior a dos (2) días hábiles.

Renuncia al empleo. Exclusión de presunciones a su respecto

Art. 58. — No se admitirán presunciones en contra del trabajador ni derivadas de la ley ni de las convenciones colectivas de trabajo, que conduzcan a sostener la renuncia al empleo o a cualquier otro derecho, sea que las mismas deriven de su silencio o de cualquier otro modo que no implique una forma de comportamiento inequívoco en aquel sentido.

Firma. Impresión digital

Art. 59. — La firma es condición esencial en todos los actos extendidos bajo forma privada, con motivo del contrato de trabajo. Se exceptúan aquellos casos en que se demostrara que el trabajador no sabe o no ha podido firmar, en cuyo caso bastará la individualización mediante impresión digital, pero la validez del acto dependerá de los restantes elementos de prueba que acrediten la efectiva realización del mismo.

Firma en blanco. Invalidez. Modos de oposición

Art. 60. — La firma no puede ser otorgada en blanco por el trabajador, y éste podrá oponerse al contenido del acto, demostrando que las declaraciones insertas en el documento no son reales.

Formularios

Art. 61. — Las cláusulas o rubros insertos en formularios dispuestos o utilizados por el empleador, que no correspondan al impreso, la incorporación a los mismos de declaraciones o cantidades, cancelatorias o liberatorias por más de un concepto u obligación, o diferentes períodos acumulados, se apreciarán por los jueces, en cada caso en favor del trabajador.

• Comentario:

19. Silencio del empleador ante la intimación del trabajador. Consecuencias

El empleador tiene la carga de contestar la intimación del trabajador relativa a las obligaciones derivadas del contrato, en virtud del principio de buena fe que debe regir durante su celebración, ejecución y extinción (art. 63 de la LCT).

A tal fin, cuenta con un plazo razonable, cuya extensión se estima en dos días hábiles. No se trata, como podría creerse, de los días calificados como hábiles por las normas procesales, sino que la ley se refiere a los días laborales para la empresa, por lo que resultan computables sábados y domingos, si fuera el caso.

El empleador se encuentra obligado a recibir la intimación, no sólo por lo dispuesto por el art. 63 de la LCT sino por la manda específica del art. 1º de la ley 24.487 (B.O. del 22/6/1995). El plazo para su respuesta comienza a correr a partir del día hábil siguiente al de la recepción.

Si no contestase en forma oportuna, se activará una presunción simple (iuris tantum) a favor del trabajador, siempre que se haya tratado de una intimación fehaciente, cualquiera que haya sido el medio elegido para instrumentarla.

Quien elige un medio comunicación carga con los riesgos que implica, a condición de que la efectividad del medio empleado no se vea frustrada por la actividad del destinatario, extremo que se configura, en la práctica, cuando aquél rechaza la recepción de la pieza postal, no la retira de la oficina de correos (pese al aviso fijado por el repartidor), o no cumple con la carga de mantener actualizado su domicilio, sea a través de la comunicación oportuna a la otra parte o de diligencias que le permitan recibir las misivas que le fueran cursadas(37).

Si el trabajador hubiese intimado por cuestiones atinentes a su registro, el plazo de treinta días con que cuenta el empleador, según el art. 11 de la L.N.E., es para proceder a la regularización, mas no para poner en conocimiento de aquél su intención de hacerlo, pues al respecto únicamente es aplicable el plazo previsto por el art. 57 de la LCT(38).

La presunción opera únicamente respecto de los requerimientos efectuados por el trabajador y no en caso de que sea éste quien guarde silencio ante una intimación del empleador, ya que el art. 58 de la LCT rechaza la posibilidad de admitir presunciones en contra del trabajador derivadas de su silencio, salvo los casos de comportamiento inequívoco que se mencionan en el próximo acápite.

Finalmente, consideramos que la presunción del art. 57 de la LCT resulta operativa únicamente cuando se haya acreditado, de modo previo, la existencia de un contrato de trabajo (ver comentario del art. 50 de la LCT).

20. Inadmisibilidad de la presunción de renuncias

El art. 58 de la LCT no es más que otra manifestación del principio de irrenunciabilidad que rige nuestra disciplina, ya que la renuncia del trabajador a cualquier derecho es incompatible con el orden público laboral(39), máxime —como se señalara— luego de la reforma que el art. 1º de la ley 26.574 (B.O. del 29/12/2009) introdujo al art. 12 de la LCT (ver su comentario).

Por tal razón, sólo resultan válidos los acuerdos conciliatorios o transaccionales que se celebren con intervención de la autoridad judicial o administrativa (art. 15 de la LCT, ver su comentario).

Para la renuncia al empleo, la ley impone una serie de requisitos de forma, tales como el despacho telegráfico realizado en forma personal por el trabajador o su instrumentación ante la autoridad administrativa del trabajo (art. 240 de la LCT, ver su comentario), razón por la cual se determina la inviabilidad de cualquier presunción referida a la abdicación del empleo u otros derechos, con fundamento en el silencio del trabajador o en actos que no importen un comportamiento inequívoco. Tampoco se admite ningún tipo de renuncia en los recibos de sueldo (art. 145 de la LCT).

En tal sentido, de acuerdo a la actual redacción del art. 12 de la LCT, resulta claro que sólo podrían considerarse inequívocas aquellas conductas que evidencian el desinterés del trabajador en continuar con la relación laboral. Por ejemplo, la rescisión tácita de la trabajadora que, en situación de excedencia, formaliza un nuevo contrato de trabajo con otro empleador (art. 183, LCT), o que no se reincorpora al empleo luego de vencidos los plazos de licencia previstos por el art. 177, ni comunica hasta 48 horas antes del vencimiento de su licencia por maternidad su intención de acogerse a la excedencia (art. 186, LCT). También podemos mencionar la extinción por mutuo acuerdo tácito (art. 241, último párrafo, LCT) y el abandono del trabajo, siempre que el trabajador no se reintegre a sus labores o no responda la intimación del empleador, comunicando, en este último caso, las razones de su ausencia (art. 244, LCT).

Autorizada doctrina ha aclarado que no debe confundirse la renuncia presunta (no admisible desde la óptica del art. 58LCT) con la renuncia tácita, esto es, aquella derivada del comportamiento inequívoco del trabajador en el sentido de abandonar la relación laboral (esto es, cuando su voluntad de renunciar al empleo no se exteriorice únicamente por medio de su silencio sino —asimismo— por comportamientos o actos que den a conocer su voluntad con certidumbre, arg. cfr. art. 264 CCyCN)(40).

No debe confundirse la prohibición a la que alude el art. 58 de la LCT con la caducidad del derecho al goce de las vacaciones (art. 157, LCT) o de los francos compensatorios (art. 207, LCT) ni con la impugnación de las sanciones disciplinarias (art. 67, LCT), supuestos en que el derecho caduca debido a su falta de ejercicio por el trabajador dentro del plazo establecido por la norma a tal efecto.

21. La firma en el contrato de trabajo

El art. 59 de la LCT no sólo se refiere al momento de la celebración del contrato de trabajo instrumentado por escrito sino también a todos aquellos actos que acontezcan durante su ejecución o extinción en los que se requiera la firma de alguna de las partes. A modo de ejemplo pueden mencionarse los recibos de pago (art. 138, LCT) y las interlineaciones, raspaduras o enmiendas en el libro del art. 52 de la LCT, debidamente salvadas por la firma del trabajador.

A fin de clarificar la noción de firma, resulta de utilidad la nota del art. 3639 del Código Civil de Vélez Sarsfield, pues en tal oportunidad el codificador explica que no se trata de "...la simple escritura que una persona hace de su nombre o apellido; es el nombre escrito de una manera particular, según el modo habitual seguido por la persona en diversos actos sometidos a esta formalidad...". En consecuencia, para que el acto sea reputado como válido ambas partes deben inscribir su nombre del modo habitual en que lo hacen, aunque no sea legible o no se individualicen sus letras(41).

Es oportuno señalar que el art. 1012 de la antigua codificación establecía que la firma no podía ser reemplazada por signos ni por iniciales, mientras que el art. 1014 impedía que alguien fuese obligado a reconocer un instrumento firmado de tal modo (a menos —desde ya— que el autor reconociese la firma voluntariamente).

Tal marco fue modificado por el art. 288 del CCyCN, cuyo texto establece: "La firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo. En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona quedará satisfecho si se utiliza la firma digital...". A su turno, el nuevo art. 313 dispone que "...Si alguno de los firmantes de un instrumento privado no sabe o no puede firmar, puede dejarse constancia de la impresión digital o mediante la presencia de dos testigos que deben suscribir también el instrumento...".

Es decir, para la nueva codificación, la firma no sólo puede consistir en el nombre de la persona o en un signo, sino que también puede ser reemplazada por la firma digital (en los instrumentos electrónicos), por la impresión digital de la parte o por la presencia de dos testigos (si aquella no supiese o no pudiese firmar). En todos los casos, su función será la de probar la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto.

Sin embargo, lo cierto es que pese a la amplitud que se ha adoptado sobre el tema en material civil, la redacción del art. 59LCT se mantiene inalterada, por lo cual, dada su especificidad, cabe concluir que en aquellos casos en que sea el trabajador quien no sabe o no puede firmar, dispone de la opción de recurrir a la impresión de cualquiera de sus dedos para expresar conformidad, más no a la firma a ruego plasmada por testigos(42).

Desde ya, para que la impresión digital del trabajador resulte válida como expresión de voluntad, deben acompañarse otros elementos de juicio que permitan afirmar la efectiva realización del acto, tales como testigos u otras constancias documentales de libros, documentación en materia de seguridad social, etcétera.

Para el empleador, por el contrario, rige plenamente lo dispuesto por el citado art. 313 del CCyCN.

El reconocimiento judicial de la firma implica el reconocimiento del contenido del documento (cfr. arts. 1026 y 1028 del Cód. Civil, hoy receptados por el art. 314 del CCyCN), a menos que se haya invocado y acreditado debidamente la existencia de un supuesto de firma en blanco, es decir, que el instrumento suscripto por el trabajador hubiese sido completado o llenado luego de que ello ocurriese.

En el Derecho del Trabajo, esta práctica resulta expresamente vedada por el art. 60 de la LCT, por lo que el trabajador puede impugnar la veracidad del contenido del documento por medio de cualquier elemento probatorio(43).

Una situación similar se advierte con las cláusulas o rubros insertos en formularios impresos utilizados por el empleador, a cuyo pie el trabajador coloca su firma —sin poder alegar la existencia de firma en blanco—, pero luego son completados con agregados referidos a otros rubros o períodos adicionales(44). Sin embargo, en este supuesto la ley no niega absolutamente eficacia probatoria al documento, sino que ésta debe ser evaluada por los jueces, en cada caso particular, con un criterio favorable al trabajador.

Es decir, los magistrados pueden considerar que las constancias aparecen dudosas y no asignarles validez, por sí mismas, para acreditar sus cláusulas o la cancelación de los pagos allí indicados.

En el ámbito del derecho del trabajo, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social ha autorizado a los empleadores a emitir recibos de pagos de salarios a través de formas digitales, firmados, desde ya, de tal modo, previa acreditación del certificado digital vigente(45).

22. Consejo práctico

En los supuestos en que haya mediado un abuso de firma en blanco, dicha circunstancia debería ser denunciada por el trabajador en el escrito de inicio, ya que si ello no ocurriese y se acreditase la autenticidad de su firma, no cabría analizar tal posibilidad, dada la falta de introducción oportuna de la cuestión, por lo que correspondería asignar validez a los conceptos que figuren en el documento(46).

Sin embargo, dicho requisito ha sido soslayado por algunos precedentes jurisprudenciales, en la inteligencia de que el fraude laboral lleva implícita la posibilidad de documentación firmada en tales condiciones(47).

23. Jurisprudencia

Silencio del empleador. Cómputo de los plazos

"...De acuerdo a lo previsto por el art. 24 del Código Civil los plazos corren por días enteros y de medianoche a medianoche, por lo que el plazo de 48 hs otorgado por la causante en la intimación del 6/5/2010 que se tuvo por ingresada en la órbita de conocimiento de la demandada el citado 7/5/2010, vencía al culminar el día 10/5/2006. Si bien el 8/5/2010 era sábado, debe considerarse hábil, pues del informe contable surge que la causante prestaba tareas en día sábado. Por otra parte y más allá de que era un día que correspondía al desempeño laboral de la causante, al no tratarse de un feriado nacional, no cabe duda de que en ese día estaban disponibles las oficinas del Correo; y ello confirma en el caso su carácter de 'hábil' a los fines del cómputo del plazo que prevé el art. 57, LCT. En consecuencia, habida cuenta que el 9/5/2010 fue domingo, el plazo de 2 días hábiles previsto en el art. 57 de la LCT vencía al finalizar la jornada del lunes 10/5/2010 (conf. art. 27, Código Civil)...".

CNTrab., sala II, 21/8/2013, "David de Sosa, Angélica María c. Ligier SA".

Carácter injuriante del silencio del empleador. Mala fe

"...la conducta demostrada por la quejosa en el intercambio telegráfico fue lo suficientemente injuriosa como para ponerle fin a la relación habida entre las partes, amén de que su actuar evidencia una visible mala fe. Ello, por cuanto el contrato de trabajo establece derechos y obligaciones como así también una vinculación personal que, al extenderse en el tiempo, necesita de confianza y buena fe recíproca de las partes. Por ello, la violación de alguno de los deberes de la prestación o de conducta puede considerarse injuria que, por su gravedad no consienta su prosecución, razón por la cual tiene trascendencia para justificar la resolución contractual...".

CNTrab sala II, 9/11/2010, "Torres, Blanca c. Rodríguez, María Elena y otro".

Respuesta ambigua. Silencio

"...El silencio a que hace referencia el art. 57 de la LCT no se configura únicamente ante la falta de contestación al telegrama, sino también cuando se da una respuesta ambigua que no se refiere concretamente a las causas o motivos de la intimación...".

CNTrab., sala IV, 10/10/2007, "Cardoso, Martín Omar c. Search Organización de Seguridad SA", DT 2008 (diciembre), 1138.

Plazo otorgado al trabajador para retomar tareas inferior a 48 horas. Desestimación de aplicación analógica del art. 57 de la LCT. Postura minoritaria

"...La fijación de un plazo de veinticuatro horas para que el empleado ausente se reincorpore a sus tareas no constituye, en principio, vicio alguno que invalide la idoneidad de la intimación. No corresponde la aplicación analógica del art. 57 de la LCT, ante la específica disposición que rige en estos casos y que al referirse a la intimación expresa por el plazo que impongan las modalidades que resulten en cada caso...".

CNTrab., sala I, 28/2/2003, "Baron, Jorge A. c. Buenos Ayres Refrescos SA".

Comunicación devuelta al remitente con informe "se mudó". Envío al lugar de trabajo. Validez

"...Si bien los demandados consideraron que la notificación de la situación de despido indirecto en que se colocó el trabajador fue dirigida a un domicilio inexistente, independientemente de lo que figure en la plancheta de habilitación, el domicilio al que el actor dirigió la notificación no era ajeno al lugar en que se desarrollaba el vínculo y por lo tanto, la negativa de recepción del telegrama bajo pretexto 'se mudó' es imputable a la empleadora...".

CNTrab., sala III, 27/2/2009, "Lombardo, Gabriel c. 7800 SRL y otros", LLAR/JUR/555/2009.

Silencio del trabajador. Inadmisibilidad de presunción de renuncias

"...el argumento de que medió en el caso una novación objetiva de las cláusulas contractuales con apoyo en el silencio del trabajador por el lapso anterior a la prescripción, conduce a admitir la presunción de renuncias a derechos derivados del contrato de trabajo, en abierta contradicción con el principio de irrenunciabilidad que emana de los arts. 12, 58 y concs. de la LCT. A ello no obsta la circunstancia de que el empleado haya esperado a la finalización de la relación laboral para efectuar su reclamo, puesto que atento a lo preceptuado por los arts. 256, 259 y 260 del mismo cuerpo legal, no estaba obligado a hacerlo hasta el agotamiento del plazo establecido en la citada normativa...".

CSJN, 12/3/1987, "Padín Capella, Jorge c. Litho Formas", Fallos: 310:558, TySS, 1987-790.

Comportamiento Inequívoco. Definición

"...El abandono por mutuo disenso se configura cuando ello resulta del comportamiento concluyente e inequívoco de ambas partes, es decir, cuando las partes abandonan la relación laboral y dejan de cumplir con las obligaciones esenciales derivadas del contrato durante un tiempo considerable, sin efectuar ningún tipo de reclamos...".

CNTrab., sala I, 29/4/2013, "Valdivia, Carlos Mariano c. Freire, Néstor Antonio", LLAR/JUR/14706/2013.

Acumulación de conceptos cancelatorios "graciables" en un mismo recibo. Apreciación a favor del trabajador

"...El conteniendo de los recibos en que obran consignados más de un concepto cancelatorio, conforme el art. 61, LCT deben apreciarse por el Juzgador a favor del trabajador, descalificando la validez de estos recibos supuestamente abonados en forma 'graciable' con una relación laboral extinguida y sin la intervención de la autoridad de aplicación para convalidar el acto...".

CTrab. Córdoba, sala 10, 14/5/1999, "Cornejo, Luis R. c. Rayneri, Alejandro", publicado en Rodríguez Mancini, Jorge, Ley de Contrato de Trabajo Comentada, anotada y concordada, t. II, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 679.

Sección IV - LCT (ley 20.744), arts. 62 al 89. Por Elsa Porta

• Normas aplicables:Ley de Contrato de Trabajo, 20.744: arts. 62 al 89.

CAPÍTULO VII De los derechos y deberes de las partes

Obligación genérica de las partes

Art. 62. — Las partes están obligadas, activa y pasivamente, no sólo a lo que resulta expresamente de los términos del contrato, sino a todos aquellos comportamientos que sean consecuencia del mismo, resulten de esta ley, de los estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo, apreciados con criterio de colaboración y solidaridad.

Principio de la buena fe

Art. 63. — 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.

• Comentario:

1. Obligaciones genéricas de ambas partes

La ley establece que ambas partes están obligadas, recíprocamente, a todos los comportamientos que resulten del contrato, de la ley, de los estatutos profesionales y de las convenciones colectivas apreciados con criterio de colaboración y solidaridad.

El contrato de trabajo no agota su contenido obligacional con las prestaciones de carácter patrimonial, pues a la par del trabajo y del salario, y como derivados del hecho del trabajo, se originan conductas, poderes y deberes que deben ser asumidos o acatados por partes del contrato, según los casos(1).

2. Principio de buena fe

Esta norma recepta la regla general contenida en el art. 1198 del Cód. Civil anterior. Krotoschin señala que "[...] en el caso del contrato de trabajo la ejecución de la buena fe coincide con la observación de la finalidad de la ley, máxime que esta no sólo contiene reglas precisas de ejecución sino que es expresión manifiesta de una política jurídica destinada a orientar las relaciones contractuales entre empleadores y trabajadores hacia determinadas pautas ('de colaboración y solidaridad'). No actúa de buena fe, ni es buen empleador o buen trabajador, quien desconoce estos principios —típicos, por otro lado, de las relaciones de duración y continuidad—, los que exigen un especial cuidado y previsión en el ejercicio de los propios derechos, como asimismo en el cumplimiento de los deberes"(2).

El Código Civil y Comercial Unificado no sólo receptó la manda del citado art. 1198, sino que amplió su alcance al consagrar, en sus arts. 9º, 729 y 961 al principio de buena fe como el liminar del ejercicio de los derechos, de acuerdo a la jurisprudencia y doctrina imperante en la actualidad.

3. Jurisprudencia

Deber de obrar de buena fe

"La trabajadora no obró conforme lo dispuesto en el art. 63 de la Ley de Contrato de Trabajo sino que su actitud se encaminó a forzar el autodespido, en tanto gozó de licencia por enfermedad, pero al momento de poner fin a la relación de trabajo se encontraba en condiciones de prestar servicios, en tanto a tan solo dos días de la resolución del contrato laboral realizó el examen médico preocupacional para ingresar a las órdenes de un nuevo empleador".

CNTrab., sala X, 30/12/2011, "Attadia, Sabrina Carla C. M&&M Bomchil s/Despido", DT, 2012 (mayo), 1226, con nota de Juan José Etala; DJ, 21/6/2012, 64; LL AR/JUR/92882/2011.

Deber de obrar de buena fe

"Es justificado el despido del trabajador que evidenció una actitud incompatible con el deber de buena fe que debió observar teniendo en cuenta su posición jerárquica —encargado de sector—, pues quedó probado en la causa que para obtener mayores beneficios en la licitación interna realizada por el empleador de equipos de computación efectuó ofertas y obtuvo equipos a nombre de sus compañeros de trabajo, manteniéndolos en su poder y negándose a entregarlos a los supuestos beneficiarios".

CNTrab., sala IV, 27/9/2002, "Torres, Miguel A. c. Compañía Argentina de Levaduras SA", DJ, 2003-1-279.

Deber de obrar de buena fe

"Constituye injuria que autoriza el despido la conducta del trabajador que mientras se encontraba gozando de una licencia médica —en la que se le recomendaba reposo—, se constató por acta notarial que trabajaba en un estacionamiento, por ser una actitud reñida con el principio de buena fe".

CNTrab., sala V, 28/2/2002, "Jordan, Lazaro c. Consorcio de Prop. Edificio Sarmiento 4335", DJ, 10/7/2002, 775; DJ, 2002-2-775.

Deber de obrar de buena fe

"La falta de pago de las sumas a las cuales se había hecho acreedor el demandante al producirse la denuncia del contrato en forma incausada por parte de la empleadora, conducta contraria a la buena fe de quien manifestó al decidir —en forma unilateral— la extinción del contrato de trabajo (art. 62LCT), obligaron al actor a que, previa intimación fehaciente al pago, deba iniciar el presente litigio para que le fuera satisfecho su crédito.."

CNTrab, sala VI, 5/11/2015, "Chavez, Matías Ezequiel c. Grupo Almar S.R.L. y otro s/despido", La Ley online.

Deber de obrar de buena fe

"Las partes del contrato de trabajo asumen deberes que son básicos para el desarrollo de la relación laboral; ellos son los de colaboración, solidaridad (art. 62, LCT) y obrar de buena fe (art. 63 del CPCC). El mantener actualizado el domicilio por parte de la trabajadora hace a la esencia de estos deberes, por cuanto permite al empleador tener la certeza de que cualquier comunicación que le dirija llegará a sus manos o entrará en su esfera de conocimiento".

CNTrab., sala VIII, 22/9/2015, "Coria Gabriela Rosario c. Montagne Outdoors S.A. s/despido" , La Ley online.

Facultad de organización

Art. 64. — El empleador tiene facultades suficientes para organizar económica y técnicamente la empresa, explotación o establecimiento.

Facultad de dirección

Art. 65. — Las facultades de dirección que asisten al empleador deberán ejercitarse con carácter funcional, atendiendo a los fines de la empresa, a las exigencias de la producción, sin perjuicio de la preservación y mejora de los derechos personales y patrimoniales del trabajador.

Facultad de modificar las formas y modalidades del trabajo

Art. 66. — El empleador está facultado para introducir todos aquellos cambios relativos a la forma y modalidades de la prestación del trabajo, en tanto esos cambios no importen un ejercicio irrazonable de esa facultad, ni alteren modalidades esenciales del contrato, ni causen perjuicio material ni moral al trabajador.

Cuando el empleador disponga medidas vedadas por este artículo, al trabajador le asistirá la posibilidad de optar por considerarse despedido sin causa o accionar persiguiendo el restablecimiento de las condiciones alteradas. En este último supuesto la acción se substanciará por el procedimiento sumarísimo, no pudiéndose innovar en las condiciones y modalidades de trabajo, salvo que éstas sean generales para el establecimiento o sección, hasta que recaiga sentencia definitiva.

(Artículo sustituido por art. 1º de la Ley Nº 26.088, B.O. 24/4/2006.)

• Comentario:

4. Facultades de organización y de dirección

Lo que justifica la titularidad de los poderes jerárquicos por el empresario es la circunstancia de ser el fundador u organizador de la empresa, habiendo agrupado y coordinado todos los elementos necesarios y convenientes para la realización de su fin productivo de bienes y servicios, y el hecho de seguir siendo el responsable de la marcha y coordinación de todos esos elementos(3).

El poder de dirección del empresario, aspecto activo de la situación de dependencia jurídica del trabajador en el contrato de trabajo, es factor definidor de las relaciones laborales y, con ellas, de todo el Derecho del Trabajo. Ni poder directivo empresarial ni posición de dependencia del trabajador son creaciones del legislador, de los jueces o de los autores; al contrario, constituyen rasgos exigidos por la realidad económico-social: sin dirección del trabajo no hay producción posible. El poder de dirección del empresario tiene una doble dimensión: general (como poder de organizar laboralmente la empresa) y singular (como poder de ordenar las concretas prestaciones de los trabajadores individuales). Al que llamamos 'poder directivo general' pertenecen decisiones globales que tienen por objeto la organización laboral de la empresa. Al que llamamos 'poder directivo singular' pertenecen las órdenes e instrucciones que el empresario o sus delegados imparten a cada trabajador para que éste dé cumplimiento a su contrato de trabajo(4).

El empleador tiene la facultad de organizar económica y técnicamente la empresa, explotación o establecimiento, potestad que se manifiesta comúnmente a través de reglamentos de empresa, o bien por pautas y directivas genéricas relativas a la organización del trabajo.

El poder de dirección se evidencia en la posibilidad de especificar el contenido y las modalidades de la prestación a cargo del trabajador, impartir órdenes y directivas, fijar turnos y horarios de trabajo, establecer distintos sistemas de control (horario, controles personales destinados a proteger bienes del empleador, controles sobre la salud de los trabajadores, etc.) e imponer sanciones proporcionadas a las faltas cometidas por el dependiente.

Estos poderes se ejercen día a día, pues responden a otra característica propia de la relación laboral, ya que ésta no se agota en un único acto sino que se desarrolla a lo largo del tiempo porque, por regla general, el contrato de trabajo se celebra por tiempo indeterminado. Esto constituye una sustancial diferencia con los otros contratos, dado que en estos al momento de su celebración, ambas partes, de común acuerdo, establecen cuáles son las prestaciones que cada una de ellas tendrá a su cargo.

5. Límites de las facultades del empleador

Habida cuenta que tanto el poder de organización como el de dirección admiten cierto margen de discrecionalidad, la ley en forma clara impide un ejercicio arbitrario, pues dispone que deberán ejercitarse con carácter funcional, atendiendo a los fines de la empresa, a las exigencias de la producción, al respeto de la dignidad del trabajador, de los derechos personales y patrimoniales del trabajador, excluyendo toda forma de abuso de derecho (arts. 65, 66, 68 y 70)(5).

6. Facultad unilateral del empleador de alterar condiciones del contrato de trabajo

Esta potestad, denominada ius variandi, consiste en el poder otorgado al empleador para modificar —en forma unilateral— modalidades no esenciales del contrato de trabajo, por razones funcionales de la empresa.

Esta facultad encuentra su fundamento en el poder de dirección que corresponde al empleador, pero su ejercicio está supeditado a los siguientes requisitos: 1) los cambios deben ser razonables; 2) las modificaciones no pueden afectar modalidades esenciales del contrato de trabajo; 3) la alteración no puede causar perjuicio material o moral al trabajador; y 4) no podrán aplicarse sanciones disciplinarias que constituyan una modificación del contrato de trabajo.

La ley da una pauta de razonabilidad en el art. 65, cuando señala que las facultades de dirección que asisten al empleador deberán ejercitarse con carácter funcional atendiendo a los fines de la empresa y a las exigencias de la producción. Justo López señala que estas potestades han sido concedidas, no en beneficio del interés individual del empresario, sino del interés colectivo de la empresa(6).

El ejercicio del ius variandi sólo puede referirse a elementos accidentales, secundarios del contrato, por lo tanto no pueden modificarse aspectos esenciales del contrato de trabajo como son la categoría en la que se desempeña el trabajador, la cuantía y la estructura de la remuneración, y el tiempo de trabajo, por ejemplo.

Los cambios no pueden causar ninguna clase de perjuicio al trabajador, ni de índole material ni moral, ya que no puede afectarse el principio de indemnidad.

El art. 69 establece que no podrán aplicarse sanciones disciplinarias que constituyan una modificación del contrato de trabajo. Por lo tanto, está vedado el cambio de categoría, de sección, de lugar de trabajo, la reducción o ampliación del horario de labor, cuando estas alteraciones tengan una finalidad sancionatoria. No es admisible ejercitar el ius variandi como medida disciplinaria, ya que aquella facultad es otorgada al empleador para resolver dificultades reales que se presentan en el desenvolvimiento del giro empresario, mientras que la negligencia, la impuntualidad, el ausentismo o el bajo nivel de producción del trabajador tienen remedio dentro de una amplia escala de sanciones que derivan de las potestades disciplinarias del empleador(7).

7. Consentimiento del trabajador

Aun cuando ante un ejercicio ilegítimo del ius variandi, el trabajador hubiera acatado los cambios introducidos en forma unilateral por el empleador, esta aceptación no impide que posteriormente reclame por los daños que causó la modificación dispuesta por el empresario(8). El paso del tiempo y el silencio del trabajador no pueden ser valorados como renuncia a derechos conferidos por la ley, y en virtud de lo dispuesto por el art. 260 de la LCT se encuentra facultado a demandar los créditos a los que se considera asistido de derecho (arts. 58, 259, 1, 12. de la LCT).

8. Rebaja salarial

El salario, en cuanto elemento esencial del contrato, no puede ser modificado por decisión unilateral del empleador. En el caso de supresión o rebaja de la remuneración, el trabajador que no disolvió el contrato por injuria tiene derecho a la integración de la remuneración con los rubros excluidos.

9. Acciones del trabajador ante el ejercicio irregular del ius variandi

Ante el ejercicio abusivo del ius variandi, la Ley de Contrato de Trabajo, en su versión original, en el segundo párrafo del art. 71, otorgaba al trabajador la posibilidad de optar por considerarse despedido sin causa o accionar persiguiendo el restablecimiento de las condiciones alteradas, y en este último supuesto prohibía innovar en las condiciones y modalidades de trabajo, hasta el dictado de la sentencia definitiva, salvo que las condiciones fueran generales para el establecimiento o sección. Este párrafo fue suprimido por la reforma dispuesta por la ley 21.297 y según el texto legal, el trabajador sólo podía darse por despedido.

Un sector de la doctrina sostuvo que dicha supresión no afectaba el derecho del trabajador de exigir judicialmente el mantenimiento de las condiciones de trabajo ilegítimamente alteradas, toda vez que la ley no prohíbe una acción con este objeto y uno de los principios básicos de nuestra disciplina es la continuidad del contrato(9). Otro sector doctrinario y también la jurisprudencia, fueron contrarios a aceptar la existencia de una acción del dependiente para reclamar el restablecimiento de las condiciones laborales. Vázquez Vialard sostuvo que debe distinguirse sobre lo que sería más deseable y la legislación por entonces vigente, porque no es aplicable en el Derecho del Trabajo el art. 505 del Cód. Civil, que posibilitaría el restablecimiento de las condiciones anteriores, porque no es compatible con el régimen de estabilidad impropia que lo caracteriza(10). Las disposiciones del mencionado art. 505 han sido recepcionadas, con un sentido similar —en lo que nos interesa—, por el art. 730 del nuevo Código Civil y Comercial Unificado.

La ley 26.088 (B.O. del 24/4/2006) restableció aquella acción y, en consecuencia, el trabajador que considera que en el caso existe un ejercicio abusivo del ius variandi, luego de requerir de modo fehaciente el mantenimiento de las condiciones anteriores, puede optar entre reclamar la reposición de las modalidades que fueron alteradas o bien considerarse en situación de despido.

Esta acción tramita por vía sumarísima, que en el ámbito nacional está regulada por el art. 498 del CPCCN. Iniciada la demanda y a simple petición del interesado, en caso de que haya quedado patentizada la verosimilitud del derecho, el juez o tribunal debe decretar una medida de no innovar respecto de las condiciones laborales, hasta el dictado de la sentencia definitiva, salvo que dichas condiciones fueran generales para el establecimiento o sección.

El trabajador deberá invocar y aportar elementos que denoten —verosímilmente— que se produjo una alteración unilateral de una condición esencial del contrato de trabajo, o bien de algún aspecto de la relación que no reviste carácter sustancial, pero cuya modificación provoca al dependiente un perjuicio moral o material evidente e injustificado(11).

10. Consejo práctico

Es necesario que el trabajador manifieste —de modo fehaciente— su rechazo a los cambios dispuestos en forma unilateral por el empleador, en lo posible, contemporáneamente con su implementación, salvo que sus efectos perjudiciales sólo pudieran apreciarse después de un tiempo razonable de haberse puesto en práctica.

11. Jurisprudencia

Facultades de organización y dirección

"...Es decir, el poder de iniciativa en materia de organización y dirección de la empresa y, en especial, el ejercicio del denominado 'ius variandi' le corresponde al empleador, quien debe ejercerlo con los límites impuestos por las normas citadas y por el art. 68 del citado ordenamiento legal, y siguiendo el estándar de 'buen empleador' y de 'buena fe'...".

CNTrab., sala V, 27/9/2010, "Gaias, Cristian Mario c. Norte Exhibidora Cinematografica SA".

Límites de las facultades del empleador

"...La empleadora debe abonar al trabajador una indemnización por daño moral, pues se acreditó que quienes debían supervisar el trabajo incumplieron la obligación de conducta de guardar el debido respeto a la dignidad de los empleados, al crear un clima general de hostigamiento destinado a lograr una mayor producción, con mengua de la autoestima de aquellos...".

CNTrab., sala V, 6/9/2013, "Y., P. M. c. F. S. T. SA", LLAR/JUR/67862/2013.

Ius variandi

"...Si la empleadora dejó constancia que el cambio de turno impuesto al trabajador se debió a una reestructuración interna por la cual se suprimió el trabajo del turno noche, en el que aquel prestaba servicios, dicha situación queda comprendida en un supuesto de excepción al art. 66 de la LCT, máxime si no se aportó elemento alguno que permita demostrar la falsedad de la justificación...".

CNTrab., sala II, 7/5/2014, "Trapalla, Gustavo Alberto c. Artes Graficas Rioplatense SA", LLAR/JUR/24177/2014.

Rebaja de categoría

"...En el caso de que al trabajador se le rebaje unilateralmente de categoría, si optó por mantener el vínculo sólo tiene derecho a percibir la remuneración fijada para aquella en la cual efectivamente prestó servicios...".

CNTrab. en pleno, 25/4/1972, "Serra, Héctor c. EFA", Plenario nro. 177, DT, 1972-450.

Ius variandi. Supresión de horas extras

"...La supresión de horas extras no constituye un ejercicio abusivo del ius variandi ya que no hacen al contenido esencial del contrato de trabajo de acuerdo a lo previsto en el art. 66 de la LCT, en tanto la dación de trabajo en tiempo suplementario depende de que exista una sobrecarga de trabajos que motive la decisión del empleador de ofrecer la posibilidad de prestar servicios en exceso de la jornada legal...".

CNTrab., sala VII, 28/2/2014, "M., N. c. Consorcio de Propietarios del E. A.", LLAR/JUR/5726/2014.

Cambio de funciones y categoría

"...El despido indirecto dispuesto por la trabajadora luego de que la patronal rechazara restablecerle funciones y categoría laboral, debe considerarse justificado porque, la empleadora no acreditó la existencia de una necesidad empresarial objetiva, operativa y/o de organización que motivaran el mantenimiento de los cambios transitorios implementados durante la licencia por maternidad de la cual gozó aquella, por lo que se constituye en un ejercicio abusivo del ius variandi...".

CNTrab., sala II, 30/12/2013, "Frías, Marisa Alejandra c. Asistencia y Prestación de Salud SA y otro", DT 2014 (enero), 109; LA LEY del 7/3/2014, 6; LA LEY, 2014-B, 79.

Cambio de categoría. Ascenso

"El ascenso del trabajador a la categoría de 'jefe de sector' no importó un ejercicio abusivo del ius variandi, ya que su remuneración no se vio reducida, sino que por el contrario fue incrementada a pesar que se le dejaron de pagar horas remanentes y las extraordinarias".

CNTrab., sala III, 24/9/2013, "D'Alessandro, Sebastián Daniel c. P.A.M.I. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados", LL Ar/JUR/67508/2013.

Cambio de sector. Cambio de categoría

"El despido dispuesto por la empleadora resulta injustificado, pues, si bien la ley le otorga la facultad en relación con la organización de la empresa, ella no puede ser ejercida en forma discrecional, por ello aun suponiendo que el cambio de sector fuera razonable por la supuesta necesidad de contar con más cantidad de personal, lo cierto es que la demandada no ha descripto concretamente las tareas que debía efectuar la actora en el otro sector, por lo que no puede predicarse que el cambio dejara a resguardo las modalidades esenciales del contrato de trabajo, en el caso: la categoría contractual...".

CNTrab., sala V, 31/7/2013, "Escobar, Lorena Perla c. Vestiditos SA", DJ del 11/12/2013, 65; DT 2014 (febrero), 318 con nota de Emiliano A. Gabet.

Ius variandi. Cambio de categoría

"...El cambio de categoría que aceptó el trabajador que implicaba un ascenso jerárquico y una modificación de su jornada de trabajo, y consecuentemente, la modificación de la posibilidad de prestar servicios en tiempo suplementario, con la eliminación del pago de un rubro por horas remanentes que ya no cumplía, así como la percepción de otros conceptos salariales que en su anterior situación laboral no percibía, en modo alguno evidencia un perjuicio para el trabajador que pueda ser considerado un ejercicio abusivo del ius variandi...".

CNTrab., sala IX, 7/7/2013, "Montivero, Héctor Salvador c. P.A.M.I. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados", DT 2014 (abril), 977.

Rebaja salarial

"...Ante la supresión o rebaja de premios y plus acordados al margen del salario establecido por ley o convención colectiva, el trabajador que no disolvió el contrato por injuria tiene derecho a la integración de su remuneración con los rubros excluidos...".

CNTrab. en pleno, 5/8/1971, "Bonet c. Sadema", Plenario nro. 171, DT, 1971-608.

Rebaja salarial. Irrelevancia del consentimiento

"...Nunca una rebaja salarial o una modificación en la remuneración, en perjuicio del trabajador, puede ser considerada un ejercicio legítimo del ius variandi (afecta una condición o modalidad esencial del contrato de trabajo y causa perjuicio —conf. art. 66, LCT t.o.—). Tampoco puede hablarse de consentimiento del trabajador derivado de su silencio en reclamar, pues no se admiten presunciones en contra de éste que conduzcan a sostener la renuncia a derechos (conf. art. 58, LCT t.o.), o prescindir de la regla contemplada por el art. art. 260, LCT (t.o.), referida al pago insuficiente de obligaciones, que es considerado como entrega a cuenta del total adeudado, aunque se reciba sin reservas...".

JNTrab. nro. 25, 9/9/2004, "Arellano, Jorge L. c. Galaxi Entertainment Argentina SA".

Cambio en la denominación de rubros salariales

"...Los cambios en la denominación de los rubros que componen la remuneración, en la medida que no se haya rebajado la retribución del trabajador, no provocan el perjuicio concreto que autorizaría a considerar que se ha violado el principio de intangibilidad...".

CSJN, 13/10/1987, "Carol Haginian, Washington y otros c. La Prensa SA", TySS, 1988-126.

Cambios como sanción disciplinaria

"... la demandada afirma que las modificaciones introducidas obedecieron a una circunstancia objetiva en razón de los inconvenientes y comportamientos contrarios a la buena fe evidenciados por el mismo (refiriéndose al actor). Lo referido, me lleva a confirmar la decisión adoptada en grado toda vez que el art. 69 de la Ley de Contrato de Trabajo, bajo el título 'modificación del contrato de trabajo'. Su exclusión como sanción disciplinaria, reza: 'No podrán aplicarse sanciones disciplinarias que constituyan una modificación del contrato de trabajo'... Por ello, las reconocidas modificaciones de sucursal, resultan una represalia y constituyen una actitud vedada por ley...".

CNTrab., sala I, 30/11/2011, "Bauleo, Ricardo Daniel c. Standard Bank Argentina SA".

Ejercicio ilegítimo del ius variandi. Opción del trabajador. Despido indirecto

"...Frente a un ejercicio ilegítimo del 'ius variandi', el trabajador tiene derecho, previa intimación, a considerarse injuriado y despedido e incluso a utilizar la 'exceptio inadimpleti contractus', pero no puede reclamar los salarios correspondientes a la categoría que, sea por la causa que fuere, no ha desempeñado...".

CNTrab., sala IV, 28/9/1987, "Padula, Roberto F. c. Banco Casa Coop. Ltda", DT, 1988-B-90.

Facultades disciplinarias. Limitación

Art. 67. — El empleador podrá aplicar medidas disciplinarias proporcionadas a las faltas o incumplimientos demostrados por el trabajador. Dentro de los treinta (30) días corridos de notificada la medida, el trabajador podrá cuestionar su procedencia y el tipo o extensión de la misma, para que se la suprima, sustituya por otra o limite según los casos. Vencido dicho término se tendrá por consentida la sanción disciplinaria.

Modalidades de su ejercicio

Art. 68. — El empleador, en todos los casos, deberá ejercitar las facultades que le están conferidas en los artículos anteriores, así como la de disponer suspensiones por razones económicas, en los límites y con arreglo a las condiciones fijadas por la ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas de trabajo, los consejos de empresa y, si los hubiere, los reglamentos internos que éstos dictaren. Siempre se cuidará de satisfacer las exigencias de la organización del trabajo en la empresa y el respeto debido a la dignidad del trabajador y sus derechos patrimoniales, excluyendo toda forma de abuso del derecho.

Modificación del contrato de trabajo. Su exclusión como sanción disciplinaria

Art. 69. — No podrán aplicarse sanciones disciplinarias que constituyan una modificación del contrato de trabajo.

• Comentario:

12. Facultades disciplinarias

El poder disciplinario es una posibilidad que el ordenamiento normativo acuerda al empresario de corregir los incumplimientos contractuales y las faltas cometidas por el trabajador en la comunidad empresaria, acudiendo a remedios desconocidos por el derecho de las obligaciones, consistentes en "penas" privadas con eventuales efectos sobre el contrato de trabajo, pues pueden determinar la pérdida de salarios (en caso de suspensión) o servir de todos modos como antecedentes para un despido(12).

Las facultades disciplinarias del empleador son necesarias para que el poder de organización y de dirección que compete al empleador se torne efectivo. Krotoschin señala que el contrato de trabajo "[...] concede al empleador el poder de dirección, el cual como todo poder necesita de medios de realización [...]. En el contrato de trabajo, el empleador dispone de tales medios por habérselos conferido la ley, pero también porque la facultad de hacer prevalecer la disciplina en la empresa sería sin valor práctico si el empleador no pudiera ejercerla por su propia decisión"(13).

Esta potestad constituye un complemento de la facultad de dirección, su ejercicio está constreñido por el principio de legalidad, ya que el art. 68 dispone que esta potestad debe ejercerse en los límites y con arreglo a las condiciones fijadas por la ley, las convenciones colectivas de trabajo, los consejos de empresa y, si los hubiere, por los reglamentos internos que estos dictaren. También debe respetar las siguientes requisitos: 1) proporcionalidad: la sanción debe ser proporcionada a la falta cometida por el dependiente; 2) razonabilidad: la medida disciplinaria debe tener justa causa; 3) contemporaneidad: la sanción debe ser contemporánea al incumplimiento; 4) debe respetarse el principio non bis in ídem: nadie puede ser sancionado dos veces por el mismo hecho; 5) debe notificarse por escrito (art. 218) y 6) no exceder los treinta días en un año contados a partir de la primera suspensión (art. 220)(14).

La expresión de justa causa y la notificación escrita son requeridas para evitar que el empleador pueda modificar a su arbitrio el motivo de la sanción, a la vez que permiten que el trabajador tome cabal conocimiento de la falta que se le atribuye, lo cual también posibilita su eventual cuestionamiento. En síntesis, estos recaudos están impuestos por razones de seguridad jurídica y para resguardar el derecho de defensa del trabajador.

El empleador no puede aplicar medidas disciplinarias que constituyan una modificación del contrato de trabajo (art. 69). En consecuencia, está vedado el cambio de categoría, de sección, de lugar de trabajo y la reducción o ampliación del horario de labor, cuando estas alteraciones tengan una finalidad sancionatoria. No es admisible ejercitar el ius variandi como medida disciplinaria, ya que aquella facultad es otorgada al empleador para resolver dificultades reales que se presentan en el desenvolvimiento del giro empresario, mientras que la negligencia, la impuntualidad, el ausentismo o el bajo nivel de producción del trabajador tienen remedio dentro de una amplia escala de sanciones que derivan de las potestades disciplinarias del empleador.

También está prohibida la imposición de multas al trabajador, así como la deducción, retención o compensación por vía de ellas del monto de las remuneraciones (art. 131).

13. Distinto tipo de sanciones

La LCT no regula en forma expresa las denominadas "sanciones morales" (advertencias, llamados de atención apercibimientos, amonestaciones), sin embargo los principios que enmarcan el poder disciplinario deben observarse al disponer estas medidas, vale decir que deben tener justa causa, ser proporcionadas a la falta cometida, razonables, oportunas, respetuosas del principio non bis in ídem, de la dignidad del trabajador y notificarse por escrito.

La LCT contempla al despido sólo como un acto de extinción del contrato (Título XII, Cap. IV) y no como máxima sanción disciplinaria(15).

14. Notificación por escrito

En el caso de las suspensiones disciplinarias, la forma escrita es necesaria para la validez del acto y no puede ser suplida por otro medio, vale decir que es un requisito ad solemnitatem (arts. 49 y 218)(16).

Satisfacen el recaudo de la notificación escrita, la nota suscripta por el trabajador, el telegrama, la carta documento, el acta notarial o acta celebrada ante la autoridad administrativa o judicial. Si se comunicó la sanción mediante telegrama o carta documento, por tratarse de una declaración de voluntad entre ausentes, ella solo surtirá efectos cuando llegue al destinatario o al menos, a su esfera de conocimiento.

Las constancias obrantes en los libros o registros llevados de modo unilateral por el empleador no pueden suplir la falta de notificación por escrito de la suspensión.

En el caso de que la ley, los estatutos profesionales, los convenios colectivos de trabajo, los consejos de empresa o los reglamentos internos establezcan como condición de validez de la sanción, la instrucción de un sumario previo, será insoslayable observar tal requisito. Asimismo será necesario salvaguardar el derecho de defensa del trabajador tanto en lo relativo a la toma de conocimiento del incumplimiento atribuido como a la posibilidad de expresar su descargo, ofrecer pruebas, controlar las que se produzcan a instancia del empleador, etc. El sumario interno realizado por la principal, no ratificado en sede judicial, carece de fuerza probatoria suficiente para determinar la existencia de justa causa.

15. Plazo cierto

El plazo de la suspensión debe ser computado por días corridos porque la norma específica no hace ninguna distinción en tal aspecto, por lo tanto rige el art. 28 del Cód. Civil. Esta norma se encuentra contenida, con sentido análogo, en el art. 6º del nuevo Código Civil y Comercial Unificado.

En principio, una suspensión inferior a treinta días —aun cuando no fuere justificada— no habilita al trabajador a darse por despedido, pues ello es incompatible con el principio de conservación de la relación (art. 10, LCT). En nuestro ordenamiento legal cabe considerar injuria a todo incumplimiento del contrario —acto u omisión— que por su gravedad no consienta la prosecución del vínculo, ni siquiera a título provisional y, por otra parte, no puede perderse de vista que el trabajador —si impugnó la medida— tiene derecho a percibir los salarios correspondientes. En síntesis, si no se invoca y demuestra que al imponer la sanción el empleador menoscabó la dignidad del trabajador o sus derechos patrimoniales, o bien incurrió en abuso de derecho, es válido concluir que la imposición de una sanción injustificada no legitima la ruptura del contrato por parte del trabajador, ya que como regla general no podría decirse que el incumplimiento del deber de dar ocupación por un lapso breve impida la prosecución de la relación laboral(17).

16. Diferencia con suspensión preventiva y precautoria

La suspensión preventiva está regulada por el art. 224 de la LCT y se trata de una suspensión dispuesta como consecuencia de un proceso penal, originado en una denuncia o querella del empleador, de terceros o promovida de oficio por la autoridad competente. Tiene plazo incierto y durante su vigencia cesan los deberes de dar ocupación y de pagar salarios. Es admitida en la medida en que el delito que se imputa al dependiente tenga aptitud para justificar la ruptura del contrato de trabajo(18).

La suspensión precautoria no está prevista por la ley, pero ha sido admitida por la doctrina y jurisprudencia. En este supuesto, el empleador, mientras tramita una investigación interna o un sumario tendiente a establecer la responsabilidad del dependiente en un hecho que pueda originar una sanción, se libera del deber de dar ocupación aunque subsiste su obligación de pagar salarios Uno de los recaudos exigidos para dar validez a este tipo de suspensión es que no tenga un plazo indeterminado de duración, por lo que se entiende analógicamente aplicable el plazo máximo que establece el art. 220 de la LCT para las suspensiones disciplinarias, dada la estrecha vinculación que existe entre ambas(19).

La diferencia de estas suspensiones con la suspensión por causa disciplinaria es que en esta última se castiga un incumplimiento contractual conocido y cierto, mientras que en las dos primeras no hay certeza sobre la responsabilidad del empleado en el hecho investigado.

17. Impugnación por el trabajador

Dentro de los treinta (30) días corridos de notificada la medida disciplinaria, el trabajador puede impugnar su procedencia y el tipo o extensión de la misma, para que se la suprima, sustituya por otra o limite, según los casos.

Vencido dicho término se tendrá por consentida la sanción disciplinaria. Según Vázquez Vialard, Carcavallo, Brito Peret, Goldín e Izquierdo, la ley establece un plazo de caducidad, transcurrido el cual, el derecho de impugnar no puede ejercerse. Si el trabajador cuestionó la medida, luego podrá reclamar, durante todo el lapso de la prescripción, los salarios correspondientes a los días de suspensión (art. 256, LCT)(20).

18. Jurisprudencia

Facultades disciplinarias

"...El despido de una trabajadora bancaria fundado en pérdida de confianza es improcedente, pues, se acreditó que compartía su clave de acceso al sistema con otros trabajadores y la empleadora en el marco del poder de dirección que le es propio ante la hipotética configuración de la falta, tenía la posibilidad de recurrir al régimen disciplinario progresivo previsto en el art. 67 y 218 de la LCT, máxime cuando se trataba de una trabajadora sin antecedentes disciplinarios, sanciones o apercibimientos de relevancia durante la extensión de la relación...".

CNTrab., sala X, 31/10/2013, "M. DE A., M. L. c. Banco Galicia y Buenos Aires SA", DJ del 23/4/2014, 68.

Facultades disciplinarias

"...El despido en el que se colocó un trabajador, debido a la decisión de la empleadora de no anular la suspensión que le impusiera, es injustificado, pues no se trata de una injuria de tal gravedad que impida la prosecución del vínculo laboral, sino que es una medida que queda incluida dentro de los límites de las facultades disciplinarias conferidas por los arts. 64, 65 y 67 de la LCT, máxime cuando aquél no pudo justificar las ausencias que dieron origen a la sanción...".

CNTrab., sala IX, 30/11/2012, "Maguna, Norma Beatriz c. Ambiente SA", LA LEY del 22/2/2013, 6; LA LEY, 2013-A, 438.

Facultades disciplinarias

"...Resulta ajustada a derecho la situación de despido indirecto en que se colocó el trabajador, pues, si bien la empleadora probó las intimaciones en las cuales se le notificaban las llegadas tarde y las faltas injustificadas, estas suspensiones fueron rechazadas por el accionante por vía epistolar y no se aportaron otros elementos que las justificaran...".

CNTrab., sala III, 30/11/2012, "Teves, Omar A. c. Inc. SA", LLAR/JUR/67652/2012.

Facultades disciplinarias

"...El empleador goza de la facultad aplicar sanciones disciplinarias al trabajador incumplidor —art. 67, LCT— con el fin de encauzar la relación laboral, por lo que la resolución del contrato de trabajo, máxima sanción posible, debe ser excepcional y procede sólo en los casos en que la falta torne imposible la prosecución del vínculo...".

CNTrab., sala IX, 30/12/2008, "Etcheverry, Javier A. c. Autopistas Urbanas SA", LLAR/JUR/23499/2008.

Impugnación por parte del trabajador

"... No corresponde el pago de los salarios devengados durante la suspensión del trabajador, pues la carga de impugnar suspensiones dentro del plazo de treinta días de notificadas, como requisito para la percepción de los salarios caídos, no queda limitada a las sanciones disciplinarias sino que se extiende a las suspensiones por falta o disminución de trabajo y fuerza mayor toda vez que el art. 223 de la LCT es complementario del art. 222 de la ley citada que en su último párrafo efectúa la remisión pertinente...".

CNTrab., sala I, 20/11/2007, "Gutiérrez, Gabino c. Laredo y Asociados SRL", DJ del 28/5/2008, 273; DJ, 2008-II-273.

Suspensión inferior al período de ley no es justa causa de despido

"...En principio, las suspensiones que no superan el plazo máximo fijado por la ley, no dan derecho al trabajador a rescindir el contrato...".

CNTrab., sala III, 19/7/1996, "Colángelo, Leonardo O. c. SA Organización Coordinadora Argentina".

Suspensión preventiva

"...Es nula la suspensión en el cargo de la trabajadora dispuesta por el empleador con fundamento en el inicio de una investigación en contra de aquella por supuestas faltas e incumplimientos en los que se encontraba involucrada, toda vez que no se respetó un plazo máximo ni mínimo para la suspensión, ni se le solicitó un mínimo descargo a la dependiente, lo que resulta violatorio de garantías fundamentales como son el debido proceso y derecho de defensa...".

CNTrab., sala VI, 30/11/2011, "Ugarte, Vanesa Judir c. Arcos Dorados Argentina SA", LLAR/JUR/80298/2011.

Suspensión precautoria

"...La suspensión precautoria que el empleador adoptó respecto de un dependiente carece de carácter sancionatorio porque no configura una sanción disciplinaria, pues, el principal tiene facultades de suspender a un trabajador mientras tramita una investigación interna o un sumario tendiente a determinar su responsabilidad en algún hecho susceptible de acarrearle una sanción, debiendo el trabajador acatar la decisión adoptada, sin perjuicio de encontrarse habilitado para reclamar el pago de los salarios caídos durante el período de dicha suspensión precautoria...".

CNTrab., sala VII, 29/3/2006, "Diana, Juan A. c. Club Obras Sanitarias Asoc. Civil", LLAR/JUR/962/2006.

Controles personales

Art. 70. — Los sistemas de controles personales del trabajador destinados a la protección de los bienes del empleador deberán siempre salvaguardar la dignidad del trabajador y deberán practicarse con discreción y se harán por medios de selección automática destinados a la totalidad del personal.

Los controles del personal femenino deberán estar reservados exclusivamente a personas de su mismo sexo.

Conocimiento

Art. 71. — Los controles referidos en el artículo anterior, así como los relativos a la actividad del trabajador, deberán ser conocidos por éste (texto conforme ley 27.322, B.O.15/12/2016).

Verificación

Art. 72. — La autoridad de aplicación está facultada para verificar que los sistemas de control empleados por la empresa no afecten en forma manifiesta y discriminada la dignidad del trabajador.

Prohibición. Libertad de expresión

Art. 73. — El empleador no podrá, ya sea al tiempo de su contratación, durante la vigencia del contrato o con vista a su disolución, realizar encuestas, averiguaciones o indagar sobre las opiniones políticas, religiosas, sindicales, culturales o de preferencia sexual del trabajador. Este podrá expresar libremente sus opiniones sobre tales aspectos en los lugares de trabajo, en tanto ello no interfiera en el normal desarrollo de las tareas. (Artículo sustituido por art. 1º de la Ley Nº 26.911 B.O. 5/12/2013).

• Comentario:

19. Facultades de contralor

El empleador está facultado a realizar controles tanto respecto a la forma, tiempo y modo en que los trabajadores realizan su labor como también aquellos destinados a proteger bienes de la empresa. Estos controles pueden ser ejercidos por el propio empleador (si es una persona humana) o ser delegados en sus representantes o personal jerárquico.

Los controles pueden ser genéricos cuando tienen por finalidad verificar el cumplimiento de la prestación del trabajo (concurrencia, asistencia, puntualidad, permanencia en el puesto de trabajo, efectiva realización de la tarea asignada), pueden ser técnicos, dirigidos especialmente al modo en que el trabajador ejecuta su labor, y pueden ser controles que tienen por fin proteger los bienes del empleador, ya sea para evitar la introducción de elementos peligrosos en el establecimiento (control de ingreso) o sustracciones (control de egreso).

Livellara señala que si bien la LCT se refiere, en los arts. 70 a 72, a los controles personales de los trabajadores, en salvaguarda de los bienes de la empresa, la facultad de contralor del empleador tiene en la actualidad un alcance mucho más amplio y merece un análisis particularizado de los siguientes aspectos: 1) contralor de la actividad laboral del trabajador; 2) controles personales del trabajador en resguardo de los bienes de la empresa; 3) controles derivados de las normas sobre higiene y seguridad en el trabajo; 4) controles médicos referidos a la suspensión del trabajo por causa de enfermedad, accidente y embarazo; 5) control empresario sobre los comportamientos extralaborales del trabajador(21).

20. Límites

Esta facultad de contralor se enmarca en el poder de dirección que, de conformidad con lo que establece la LCT, debe ejercerse "[...] con carácter funcional, atendiendo a los fines de la empresa, a las exigencias de la producción, sin perjuicio de la preservación y mejora de los derechos personales y patrimoniales del trabajador" (art. 65) y "[...] en los límites y con arreglo a las condiciones fijadas por la ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas de trabajo, los consejos de empresa y, si los hubiere, los reglamentos internos que éstos dictaren. Siempre se cuidará de satisfacer las exigencias de la organización del trabajo en la empresa y el respeto debido a la dignidad del trabajador y sus derechos patrimoniales, excluyendo toda forma de abuso del derecho" (art. 68).

La ley 27.322 (B.O.15/12/2016) modificó el texto del art. 71 de la LCT y la nueva versión dispone que tanto los controles personales del trabajador destinados a la protección de los bienes del empleador, así como los relativos a la actividad del dependiente, deberán ser conocidos por éste. Con anterioridad, la doctrina y la jurisprudencia, coincidían en que, aun ante la falta de una norma expresa, dicho recaudo era exigible por un elemental deber de buena fe (art. 63LCT). El nuevo texto legal explícitamente dispone que el trabajador deberá ser advertido de la implementación de tales controles. Es de toda lógica que esta notificación deberá hacerse con antelación, Asimismo, se ha sostenido que es esperable que estos sistemas se establezcan con el acuerdo de los trabajadores, ya sea en forma personal o por medio de su representación gremial(22).

21. Controles destinados a la protección de bienes del empleador

Estos controles deben tener exclusivamente esta finalidad y según lo establecido por el art. 72 deben respetar la dignidad del trabajador, es decir, no humillarlo ni menoscabarlo y ser: a) discretos; b) automáticos; c) generales; d) verificados por la autoridad de aplicación; y e) efectuado por mujeres, en el caso de personal femenino.

Al respecto cabe tener presente que el reciente Código Civil y Comercial Unificado consagró en forma expresa el principio de que la persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad (art. 51).

La autoridad administrativa está facultada para verificar e impedir que los sistemas de control afecten en forma manifiesta o discriminada la dignidad del trabajador(23).

El texto del art. 71 suprimido por la ley 27.322 disponía que los sistemas, en todos los casos, debían ser puestos en conocimiento de la autoridad de aplicación. Su supresión resulta relevante porque para que un sistema de contralor resultara válido debía ser conocido por esa autoridad antes de su implementación, de lo contrario la norma carecía de sentido.

De todos modos, como se señalara, el art. 72, vigente, establece, expresamente, la facultad de la autoridad de aplicación para verificar los sistemas de control empleados por la empresa a fin de impedir que estos afecten la dignidad del trabajador.

En el caso de que el trabajador considerase menoscabada su dignidad personal puede, de conformidad con el nuevo Código Civil y Comercial unificado, reclamar la prevención y reparación los daños sufridos, en los términos establecidos al regular la responsabilidad civil (art. 52 CCyCN).

Los controles de entrada y salida del establecimiento están encaminados a proteger bienes de la empresa; los primeros tienden a evitar el ingreso al establecimiento de elementos que pueden resultar peligrosos y los últimos están destinados a detectar la sustracción de bienes de la empresa, producto del robo o del hurto en pequeña escala.

22. Controles sobre la actividad laboral del trabajador

La regla es que estos controles no pueden afectar la dignidad del trabajador ni su derecho a la intimidad, directriz que cobra más relevancia en la actualidad ante el desarrollo tecnológico de los sistemas de control (videocámaras, por ejemplo), máxime que el uso de estos medios no se encuentra regulado por nuestra legislación.

Aquino señala como uno de los criterios que debería considerarse respecto de la utilización de estos sistemas, que los controles no deben ser ocultos o sin conocimiento fehaciente de los trabajadores. No es permitido espiar al trabajador(24).

En principio, no se discute la posibilidad de ejercer el control de la labor desplegada por el trabajador mediante medios audiovisuales y de sonido, pero tal control en ningún caso, puede llevarse a cabo sin considerar los derechos fundamentales del trabajador como son el derecho a la intimidad y a la propia imagen(25), así como los límites que los arts. 65, 68 y 70 de la LCT fijan a la facultad de control del empleador.

Cabe resaltar que el nuevo Código Civil y Comercial Unificado establece que para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo que se haga, es necesario su consentimiento (art. 53).

En tal contexto, si por medio de la utilización de las nuevas tecnologías aplicables al control de los trabajadores, fueren infringidos derechos personalísimos, resulta indudable que el trabajador podría exigir el cese por vía de amparo de la medida obstructiva, y una indemnización por los perjuicios que tal medida le hubiere ocasionado, manteniendo la relación laboral o, sino, las indemnizaciones previstas en el ordenamiento laboral si considerara que tal avasallamiento constituye una injuria de entidad suficiente como para extinguir el vínculo(26).

En cuanto al control del empleador sobre los accesos a Internet y el correo electrónico que usa el trabajador en su desempeño laboral, cabe recordar que el Código Penal, reformado por la ley 26.388 (B.O. del 25/6/2008), considera delito tanto el acceso indebido a las comunicaciones electrónicas de terceros (art. 153) como el acceso, por cualquier medio, sin la debida autorización o excediendo la poseída, a un sistema o dato informático de acceso restringido (art. 153 bis). Por lo tanto, según Livellara, para evitar la responsabilidad penal, las empresas deben adoptar las medidas pertinentes, tales como "reglamentación del uso de las herramientas informáticas, la advertencia en tiempo y forma sobre el uso del e-mail en el ámbito laboral, la debida notificación acerca de los medios a emplear para llevar a cabo el monitoreo, la no realización unilateral de auditorías, la capacitación y actualización permanente del personal y el establecimiento y puesta en práctica de una política de privacidad". En términos generales, "habrá uso 'debido' de las facultades de contralor del empleador cuando el correo informático o el acceso a internet es suministrado por la empresa y ésta ha reglamentado su utilización sólo para el cumplimiento de las tareas asignadas, reservándose la facultad de controlar su uso, y las medidas que adopte al efecto sean ejercidas dentro de las pautas de la legislación laboral, de buena fe y razonabilidad" (arts. 62, 63, 68, 70, 71 y 72, LCT)(27).

23. Controles sobre la salud del trabajador

El trabajador, imposibilitado de prestar tareas, en caso de enfermedad inculpable, está obligado a someterse al control que efectúe el médico designado por el empleador (art. 210). Ejercer este control es una facultad del empleador y por lo tanto, puede renunciar a ella. En este supuesto, se tendrán por ciertas las circunstancias invocadas por el trabajador y respaldadas por el médico que lo asistió, en cuanto a la existencia de la enfermedad así como respecto de la imposibilidad de prestar servicios. Este control sólo puede ser realizado por un médico, lo que descarta la intervención de otras personas.

Por aplicación analógica del art. 210, el empleador también podría requerir, en caso de que existieran divergencias respecto de la existencia de embarazo de una trabajadora, que ésta se sometiese a los estudios médicos pertinentes para la comprobación del estado de gravidez, en una clínica designada por aquél(28).

En el supuesto de un accidente o enfermedades del trabajo, encuadrados en el régimen de la ley 24.557, modificada por la ley 26.773, será la aseguradora de riesgos del trabajo a la que se encuentra afiliado el empleador, por medio de sus profesionales médicos, la que realizará los controles pertinentes e incluso determinará el tratamiento a seguir(29).

El art. 23 del dec. 351/1979, reglamentario de la ley 19.587 de higiene y seguridad industrial, establecen los siguientes exámenes de salud que se deben practicar a los trabajadores, a cargo de las empresas: a) de ingreso; b) de adaptación; c) periódicos; d) previos a una transformación de actividad; e) posteriores a una ausencia prolongada; y f) previos al retiro del establecimiento. Los trabajadores tienen la obligación de someterse a dichos exámenes (art. 27 del decreto citado).

24. Derecho a la intimidad del trabajador

El art. 73 (artículo sustituido por art. 1º de la ley 26.911 —B.O. del 5/12/2013—), consagra en forma expresa y amplia el derecho a la intimidad del trabajador. Corresponde precisar que el derecho a la intimidad, según Díaz Molina, es "el derecho personal que compete a toda persona de sensibilidad ordinaria, de no permitir que los aspectos privados de su vida, de su persona, de su conducta y de sus empresas, sean llevados al comentario público o con fines comerciales, cuando no exista un legítimo interés por parte del Estado o de la sociedad". Goldemberg sostiene que es el derecho que permite al individuo preservar, mediante acciones legales, su intimidad, es decir la parte no comunicable de su existencia(30).

La CN ha consagrado algunos aspectos del derecho a la intimidad, aunque no su proyección actual frente a la informática. El art. 18 declara inviolable al domicilio, la correspondencia epistolar y a los papeles privados y por su parte, el art. 19 establece una zona de privacidad de las personas al ordenar que "[...] las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe".

Las declaraciones y tratados internacionales incorporados a nuestra legislación, con jerarquía constitucional, protegen enfáticamente el derecho a la intimidad (Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 —art. 12—; Convención Americana de Derechos Humanos —art. 11, inc. 2—; Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos —art. 17— y Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre —art. X—).

El Cód. Civil, en el art. 1071 bis establece que "El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación".

Dicha norma se encuentra contenida el art. 52 del nuevo Código Civil y Comercial Unificado, cuyo texto establece, con mayor claridad, que "...La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos...".

La ley 25.326 (B.O. del 2/11/2000) define a los datos personales como la "información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinables"; también contempla los llamados 'datos sensibles' que son los "datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual" (art. 2).

Como se señalara, la ley 26.388 (B.O. del 25/6/2008), que modificó el Cód. Penal incorporando los llamados delitos informáticos, considera delito tanto el acceso indebido a las comunicaciones electrónicas de terceros (art. 153) como el acceso, por cualquier medio, sin la debida autorización o excediendo la poseída, a un sistema o dato informático de acceso restringido (art. 153 bis).

María Emilia Lloveras de Resk precisa que los llamados datos sensibles están en relación con el culto que profesa la persona, la pertenencia racial, la ideología política, etc, vale decir, que es información que permite, en general, determinar su fisonomía moral e ideológica, y destaca que estos datos son los que mejor sirven a los propósitos discriminatorios(31).

El art. 73 de la LCT constituye una efectiva protección del derecho a la intimidad del trabajador, porque prohíbe al empleador "ya sea al tiempo de la contratación, durante la vigencia del contrato o con vista a su disolución, realizar encuestas, averiguaciones o indagar sobre las opiniones políticas, religiosas, sindicales, culturales o de preferencia sexual del trabajador".

Esta disposición complementa las normas que prohíben al empresario, en general, incurrir en conductas discriminatorias (arts. 17 y 81 de LCT y 1º de la ley 23.592), por consiguiente debe abstenerse de realizar encuestas, averiguaciones y pesquisas orientadas a obtener ese tipo de información, ya que se trata de un ámbito de privacidad del empleado. Fernández Madrid señala que estas indagaciones que implican entrar en la zona de reserva marcada por la "intimidad", pueden constituir el requisito necesario para ocupar un determinado cargo, por ejemplo, si se trata de una escuela de una orden religiosa, o cuando sea necesario tener una idea política definida para ingresar en un una institución enrolada en la difusión de dicha ideología, al extremo de que la introducción de un empleado de ideología opuesta puede ser contraproducente para la finalidad de la institución(32).

25. Libertad de expresión del trabajador

La segunda parte del art. 73 de la LCT consagra el derecho del trabajador de expresar libremente sus opiniones políticas, religiosas, sindicales, culturales o de preferencia sexual en los lugares de trabajo, en tanto ello no interfiera en el normal desarrollo de las tareas.

26. Jurisprudencia

Negativa a someterse a control del empleador

"...Resultó justificada la suspensión dispuesta por el empleador debido a que el dependiente se retiró del lugar sin haber exhibido previamente su bolso, ya que éste rompió su obligación diaria y habitual de realizar tal acto de control al retirarse, desoyendo además el particular recordatorio que en esa jornada se le hizo a todo el personal debido a la ocurrencia de un robo...".

CNTrab., sala II, 22/3/2007, "Machado, Pedro c. El Viejo Almacén SRL", LLAR/JUR/9037/2007.

Control médico domiciliario. Facultad del empleador

"...el hecho de que la demandada no hubiera efectuado el control médico domiciliario resulta irrelevante, pues, como bien lo sostiene el apelante, se trata de un derecho y no de una obligación del empleador. Como lo ha dicho la jurisprudencia, el empresario que recibe el aviso de enfermedad del trabajador es libre de utilizar o no la facultad de verificar su estado. Si elige no hacerlo, ello no exime al dependiente de la prueba de la enfermedad -que es el presupuesto de la adquisición de la prestación sustitutiva del salario que prevé el art. 208, LCT...".

CNTrab., sala IV, 27/9/2012, "Lovato Meramendi, Anthony Brian c. Formatos Eficientes SA", LLAR/JUR/53410/2012.

Control por medio de video cámaras

"...Cabe considerar legítimo el despido impuesto por abandono del puesto de trabajo si la falta cometida por el trabajador fue detectada accidentalmente mediante un sistema de vigilancia fílmica que era ejercitado sobre distintas áreas del establecimiento en forma lícita y razonable...".

CNTrab., sala VI, 15/7/2002, "Figueroa, Sergio A. c. Compañía de Servicios Hoteleros SA", JA del 15/1/2003, 63; DT, 2003-A-818.

Valor de las comunicaciones electrónicas

"...Atento que las cuentas de correo electrónico y de facebook constituyen una comunicación electrónica o dato informático de acceso restringido, en los términos de los artículos 153 y 153 bis del Código Penal, según la ley 26.388, cuyo acceso sólo es posible a través de un medio que por sus características propias se encuentra dentro de los servicios de telecomunicaciones que son de interés de la Nación, el juez federal es quien debe continuar conociendo en las actuaciones...".

CSJN, 24/6/2014, "D. S. D. s/violación correspondencia medios elect. art. 153 2º párrafo", LLAR/JUR/29252/2014.

Control del correo electrónico del trabajador

"...El proceder del empleador que cotejó los registros y constancias de la información que contenía el servidor de Internet de la empresa y revisó el correo electrónico del trabajador no vulnera del derecho a la intimidad de éste ni viola su correspondencia personal, pues la inspección estuvo limitada prudentemente a verificar las comunicaciones dirigidas por parte del dependiente a otra empresa competidora, a fin de comprobar el grave incumplimiento de aquél en sus deberes...".

CNTrab., sala VII, 11/7/2007, "Viloria, Myrian A. c. Aseguradora de Créditos y Garantías SA", LA LEY del 24/10/2007, 10; LA LEY, 2007-F, 175; LA LEY del 19/11/2007, 7 con nota de Andrea E. García Vior y Susana Noemí Tomasi.

Uso de correo electrónico

"El uso por el trabajador del correo electrónico que le proveyó el empleador, efectuado para fines personales, no configura injuria de tal magnitud que justifique el despido en los términos del art. 242 de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744, si no tenía antecedentes disciplinarios ni existía reglamento alguno sobre el uso de las herramientas laborales, considerando que la concesión de una clave personal de acceso permite inferir que existía cierta expectativa de privacidad en cuanto al uso del correo electrónico".

CNTrab., sala X, 17/11/2003, "Villarruel, Roxana I. c. Vestiditos SA", LA LEY, 2004-C, 455; DJ, 2004-1-1006.

Uso de correo electrónico

"...Configura injuria que exime al empleador de toda responsabilidad por el despido, la utilización durante el tiempo de trabajo de herramientas laborales para fines personales —en el caso, correo electrónico—, pues ello contraría los deberes que el ordenamiento le impone al trabajador, tales como el de manejarse con diligencia, poner la dedicación adecuada según las características del empleo y los medios instrumentales provistos, cumplir su prestación de buena fe y obrar con criterios de colaboración, solidaridad y fidelidad —arts. 21, 62, 63, 84 y 85, LCT—...".

CNTrab., sala X, 13/8/2003, "García, Delia M. c. YPF SA", LA LEY, 2003-E, 926; TySS, 2004-31 con nota de Claudio Sebastián Virgili.

Uso de correo electrónico

"....El acceso del empleador a una cuenta de Internet de un trabajador es legítimo y no vulnera el art. 8º de la Convención Europea de Derechos Humanos, pues, si bien la vida privada y la correspondencia del peticionario se vieron afectadas, no es irrazonable que aquél quiera verificar que los empleados den cumplimiento a sus tareas profesionales durante las horas de trabajo, máxime cuando ese monitoreo fue limitado en alcance y proporcionado; y cuando surge que las comunicaciones fueron examinadas pero ninguna información o documentos estaban almacenados en su computadora..."

CEDH, 12/1/2016 "Barbulescu c. Rumania, Petición núm. 61495/08", cita online EU/JUR/2/2016, LA LEY, 21/3/2016, 5, con nota de Alejandro González Rossi,

Derecho a la intimidad empleado

"...El empleador —en el caso, un zoológico— que sin el consentimiento de su dependiente publica fotografías de éste en las tarjetas de salutación que envió a su nombre, viola el derecho a la imagen de dicho trabajador de acuerdo a lo dispuesto por el art. 1071 bis del Cód. Civil y el art. 31 de la ley 11.723, y en consecuencia debe pagarle una indemnización para reparar el agravio provocado...".

CNTrab., sala VI, 16/9/2003, "Busquets, Walter F. c. Jardín Zoológico de la Ciudad de Buenos Aires SA", DT 2004 (agosto), 1068; TySS, 2004-143.

Derecho a la intimidad empleado

"...La amonestación aplicada a un trabajador por no haber comunicado su situación afectiva a la empresa con antelación a su matrimonio, constituye una vulneración del derecho a la intimidad, aun cuando aquella relación se haya entablado con otra empleada que trabajaba en la misma área del trabajador amonestado y de quien era subalterna, máxime si se acredita que éste revestía una larga antigüedad sin antecedentes disciplinarios...El derecho a la intimidad importa la protección del reducto intransferible de la esfera de las reservas personales, constituye un postulado de nuestra Constitución Nacional (art. 19), y fue reglamentado por la ley positiva 21.173 que sancionó el art. 1071 bis del Cód. Civil, además de haber merecido reconocimiento en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 12), el Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos (art. 17) y la Convención Europea para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (art. 18)".

CNTrab., sala IX, 24/3/1998, "Rosales, Tomás N. c. Papelera Pacar SA", DT, 1998-B-1856.

Libertad de expresión

"...Un trabajador puede ser relevado de cumplir la obligación laboral a su cargo invocando objeción de conciencia —en el caso, personal de embarque aéreo y representante gremial se negó a atender a una persona identificada con el régimen de facto de 1976—, pues el respeto de su personalidad y dignidad así lo justifica, pero no puede ejercer su derecho de manera abusiva, afectando los intereses del empleador...".

CNTrab., sala VI, 26/10/2000, "Armella, Miguel A. c. Aerolíneas Argentinas SA", LA LEY, 2001-B, 23.

Pago de la remuneración

Art. 74. — El empleador está obligado a satisfacer el pago de la remuneración debida al trabajador en los plazos y condiciones previstos en esta ley.

• Comentario:

27. Obligación de pagar la remuneración

El trabajador se pone a disposición del empleador por un salario (cambio de trabajo por remuneración), por lo que su pago constituye la obligación fundamental del empresario y un elemento calificante del contrato de trabajo (art. 21 de LCT). La remuneración tiene carácter alimentario y forma parte integrante del núcleo del contrato(33).

El salario es la contraprestación que debe percibir el trabajador por la mera circunstancia de haber puesto su fuerza de trabajo a disposición del empleador, aun cuando no preste servicios (conf. art. 103 de la LCT).

28. Oportunidad

El pago de las remuneraciones deberá realizarse en uno de los siguientes períodos: a) al personal mensualizado, al vencimiento de cada mes calendario; b) al personal remunerado a jornal o por hora, por semana o quincena. c) al personal remunerado por pieza o medida, cada semana o quincena respecto de los trabajos concluidos en los referidos períodos, y una suma proporcional al valor del resto del trabajo realizado, pudiéndose retener como garantía una cantidad no mayor de la tercera parte de dicha suma (art. 126).

El pago debe efectuarse una vez vencido el período que corresponda, dentro de los cuatro días hábiles para las remuneraciones mensuales o quincenales y tres días hábiles para la semanal (art. 128 de la LCT), mientras que el sueldo anual complementario será abonado en dos cuotas: la primera el 30 de junio y la segunda el 18 de diciembre de cada año (art. 122, LCT, artículo sustituido por art. 1ºley 27.073, B.O. 20/1/2015). La mora en el pago de las remuneraciones se producirá por el sólo vencimiento de los plazos señalados por la ley (art. 137, LCT).

29. Integridad del salario

El salario debe ser abonado en forma completa y oportuna, en consecuencia, el empleador no puede reducir unilateralmente su cuantía, pues éste constituye un aspecto esencial del contrato laboral, por lo tanto es una materia excluida del ejercicio del ius variandi. Tampoco puede posponer el pago de la remuneración, ni abonarla en cuotas, no hay ninguna norma que lo faculte a demorar el pago de salario por razones económicas; si considera que se configura una situación de fuerza mayor o de falta de trabajo, lo que debe hacer es disponer suspensiones por tales motivos (conf. art. 218 y ss. de LCT), pero no incumplir la obligación que le incumbe respecto del pago del salario. En el derecho laboral, la fuerza mayor, como eximente de responsabilidad patronal, es de interpretación restrictiva y sólo tiene cabida en aquellos institutos en que la ley expresamente lo dispone: accidente, despido y suspensiones.

30. Retención de tareas por parte del trabajador

En caso de mora del empleador, se reconoce al trabajador el derecho de no prestar tareas con motivo del incumplimiento del empresario, con fundamento en lo dispuesto por los arts. 510 y 1201 del Cód. Civil. Para Justo López se trata de una suspensión indirecta individual con derecho al salario. Sostiene que de esta manera el trabajador ejercita el derecho potestativo de negar su prestación, equivalente al derecho a la suspensión, pero pendiente del previo incumplimiento del empleador. La abstención de tareas por parte del trabajador no constituye un incumplimiento contractual, sino el ejercicio de un derecho que el ordenamiento jurídico le reconoce y por consiguiente, su conducta no puede dar lugar a la aplicación de ninguna sanción. Asimismo asiste al trabajador derecho a percibir el salario correspondiente al período en que ejerció la excepción de incumplimiento contractual porque no deja de estar a disposición del empresario(34). Krotoschin sostiene que si bien el trabajador no puede ser sancionado, ya que su abstención se basa en el incumplimiento del empleador, no corresponde el pago de salarios porque no se cumple la condición para ello que es ponerse a disposición del empleador(35).

Esta controversia ha sido zanjada porque el artículo 75, actualmente vigente a partir de la reforma introducida por la ley 27.323 (B.O. 15/12/2016) reconoce la facultad del trabajador de rehusar la prestación de servicios ante el incumplimiento del deber de seguridad por parte del empresario sin que ello le ocasione pérdida o disminución del salario. Estas previsiones resultan aplicables en el caso de falta de pago de la remuneración, ya que retribuir el trabajo prestado es una de las principales obligaciones del empleador.

La excepción de incumplimiento contemplada por los citados arts. 510 y 1201 se encuentra reconocida en el art. 1031 del nuevo Código Civil y Comercial Unificado en los siguientes términos:

En los contratos bilaterales, cuando las partes deben cumplir simultáneamente, una de ellas puede suspender el cumplimiento de la prestación, hasta que la otra cumpla u ofrezca cumplir. La suspensión puede ser deducida judicialmente como acción o como excepción. Si la prestación es a favor de varios interesados, puede suspenderse la parte debida a cada uno hasta la ejecución completa de la contraprestación.

Etala señala que sus características son las siguientes: a) es una medida de autodefensa privada o autotutela jurídica, b) tiende a mantener el equilibro contractual, c) tiene como principio general la ejecución de los contratos de buena fe (conf. art. 63LCT), y d) requiere una exteriorización del trabajador, indicando el momento a partir del cual hará efectiva la medida y la expresión suficientemente clara de los motivos en los que se funda(36).

La retención de tareas por parte del trabajador puede ser deducida como acción o como excepción, y en caso de sustanciarse un reclamo judicial, deberá acreditarse la causal invocada como justificación para no cumplir la prestación a su cargo.

Al respecto, Etala sostiene que la norma del reciente Código prevé la aplicación de la suspensión para los contratos bilaterales, cuando las partes deben cumplir sus prestaciones simultáneamente, y no para el supuesto del cumplimiento sucesivo, como es en el caso del contrato de trabajo y agrega que, ello no constituye obstáculo para el ejercicio de la excepción de incumplimiento contractual, por parte del trabajador, ya que negarle dicha facultad frente a un empleador incumplidor, implicaría consagrar un aprovechamiento ilegitimo por parte del éste, y conllevaría soluciones notoriamente injustas(37).

No puede desconocerse que esta excepción está destinada a preservar la efectividad de las contraprestaciones que hace al equilibrio de los contratos bilaterales. Se adopta ante la posibilidad seria de un incumplimiento, frente al riesgo de incumplimiento parcial, sustancial o total de las obligaciones a cargo de la contraparte y en supuestos en los que aún hay esperanza de cumplimiento, de cuyos efectos intenta preservarse una de las partes.

La nueva normativa también proporciona al trabajador la llamada "tutela preventiva", vale decir una vía para conjurar situaciones como las que se produce ante la probable insolvencia del empleador, por ejemplo, en los llamados "vaciamientos" cuando el empleador sustrae del establecimiento máquinas, herramientas o materias primas con la finalidad de transferirlas a otra sociedad, o ante la finalización de una concesión, etc.

La tutela preventiva se encuentra regulada en el art. 1032 del nuevo cuerpo legal, que expresa:

Una parte puede suspender su propio cumplimiento si sus derechos sufriesen una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia. La suspensión queda sin efecto cuando la otra parte cumple o da seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado.

Para su procedencia basta que el empresario declare su intención de no cumplir; o que actúe de modo tal que una persona razonable pueda establecer que no cumplirá su obligación; o que se vea afectada su aptitud para cumplir —lo que puede ocurrir, por ejemplo, por la pérdida de derechos para la explotación de determinados recursos naturales— o que evidencie una situación de insolvencia, para que la otra pueda considerarse habilitada para efectuar el planteo de una tutela preventiva.

31. Injuria

La falta de pago del salario en la medida convenida y en las oportunidades fijadas por la ley constituye un grave incumplimiento contractual que legitima la ruptura del contrato laboral. Sin embargo, los principios de buena fe y de conservación del contrato (arts. 63 y 10, LCT) exigen que el trabajador antes de darse por despedido intime al empresario para que proceda al pago(38).

32. Jurisprudencia

Salario falta de pago

"...La falta de pago de haberes constituye una injuria que apreciada conforme lo establece el art. 242 de la LCT, no consiente la prosecución del vínculo y que habilita a la trabajadora a darse por despedida...".

CNTrab., sala VIII, 16/10/2013, "González, Paula Andrea c. Tizado Propiedades SA y otro", IMP, 2014-2-265; LLAR/JUR/77351/2013.

Obligación de pagar salario. Imposibilidad de atrasar la fecha de pago

"...El empleador no se encuentra facultado a demorar el pago de las remuneraciones por motivos económicos razón por la cual, si la fuerza mayor o la falta de trabajo están debidamente acreditadas, lo que debe hacerse es disponer las suspensiones pertinentes, pero no incumplir la obligación que le incumbe respecto del pago del salario...".

CNTrab., sala IV, "Orellana, Carolina Margarita c. Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia", LLAR/JUR/14682/2009.

Obligación de pagar el salario. Imposibilidad de pagar en cuotas y modificar la fecha de pago

"...La falta de pago de la remuneración en la medida convenida y en tiempo oportuno configura un grave incumplimiento contractual por parte del empleador, pues su pago es una de las principales obligaciones a su cargo, en atención a la naturaleza alimentaria del salario, por lo cual el incumplimiento de tal deber deviene inexcusable y legítima la decisión resolutoria del trabajador".

CNTrab., sala III, 30/9/2003, "Machuca, Marcelo M. c. Vaira y del Grosso SRL", LA LEY del 12/11/2004, 7.

Retención de tareas

"Si la trabajadora comunicó que retendría tareas hasta que le fueran reconocidos sus derechos —en el caso, regularización registral y pago de deudas salariales— y la empleadora en la misma comunicación que los desconoció, procedió sin más a despedirla, no puede imputarse de forma válida abandono de trabajo sino que la principal decidió apresuradamente la denuncia de contrato, dado que el emplazamiento que había sido objeto daba cuenta de la gestación del conflicto individual, que bien pudo haber intentado solucionar amén de su posición al respecto (art. 10 de la LCT)".

CNTrab., sala IX, 30/8/2013, "Riedel, Gabriela Alejandra c. Telefónica de Argentina SA s/despido", LLAR/JUR/58367/2013.

Intimación previa al despido

"...Es improcedente tener por configurado un despido indirecto si las trabajadoras no realizaron una intimación fehaciente antes de manifestar su voluntad rescisoria, pues, si bien existió un incumplimiento de la empleadora relativo a la falta de pago de los salarios, existe un imperativo —art. 10 de la LCT— que insta a las partes a realizar medidas previas tendientes a subsanar los incumplimientos y la consecución del vínculo...".

CNTrab., sala II, 7/3/2007, "Garolla, Fernanda I. y otro c. Il Gruppo V SA", DJ, 2007-III-131.

Deber de seguridad

Art. 75. — Deber de Seguridad. El empleador debe hacer observar las pautas y limitaciones a la duración del trabajo establecidas en la ley y demás normas reglamentarias, y adoptar las medidas que según el tipo de trabajo, la experiencia y la técnica sean necesarias para tutelar la integridad psicofísica y la dignidad de los trabajadores, debiendo evitar los efectos perniciosos de las tareas penosas, riesgosas o determinantes de vejez o agotamiento prematuro, así como también los derivados de ambientes insalubres o ruidosos. Está obligado a observar las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes sobre higiene y seguridad en el trabajo. El trabajador podrá rehusar la prestación de trabajo, sin que ello le ocasiones pérdida o disminución de la remuneración, si el mismo le fuera exigido en transgresión a tales condiciones, siempre que exista peligro inminente de daño o se hubiera configurado el incumplimiento de la obligación, mediante constitución en mora, o si habiendo el organismo competente declarado la insalubridad del lugar, el empleador no realizara los trabajos o proporcionara los elementos que dicha autoridad establezca. (Texto conforme ley 27.323, B.O. 15/12/2016).

Reintegro de gastos y resarcimiento de daños

Art. 76. — 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 y en ocasión del mismo.

Deber de protección - Alimentación y vivienda

Art. 77. — El empleador debe prestar protección a la vida y bienes del trabajador cuando este habite en el establecimiento. Si se le proveyese de alimentación y vivienda, aquélla deberá ser sana y suficiente, y la última, adecuada a las necesidades del trabajador y su familia. Debe efectuar a su costa las reparaciones y refecciones indispensables, conforme a las exigencias del medio y confort.

• Comentario:

33. Deber de previsión

Estas normas receptan el deber de previsión que comprende la obligación del patrono de tomar las medidas adecuadas, conforme a las condiciones especiales del trabajo para evitar que el trabajador sufra daños en su persona o en sus bienes(39).

Este es, entonces, un deber contractual que origina derechos subjetivos del trabajador que éste puede hacer valer y se explicita a través de tres disposiciones: una referida a la seguridad personal del trabajador (art. 75), otra al resarcimiento de daños (art. 76) y una tercera que consagra los deberes de alimentación, de protección de la vida y de vivienda en situaciones especiales (art. 77).

Corresponde señalar que el reciente Código Civil y Comercial Unificado consagra expresamente el deber de prevención del daño, ya que dispone que:

"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; c) no agravar el daño, si ya se produjo" (art. 1710).

Resulta claro que los términos en que está redactada la norma comprenden obviamente al empleador, ya sea una persona humana o una persona jurídica, y en esta hipótesis a sus socios, miembros, administradores, dado que la posibilidad de que el trabajador sufra un daño en el transcurso del contrato de trabajo, está vinculada, por regla general, causalmente al incumplimiento de obligaciones impuestas al empleador. Asimismo, están obligados a observar este deber de prevención los sindicatos, las aseguradoras de riesgos del trabajo, las obras sociales, como también quienes resulten solidariamente responsables, en los supuestos previstos por los arts. 29, 30 y 31 de la LCT.

El aspecto preventivo es novedoso porque el Código reciente no sólo establece el deber general de prevención sino que también diseña una acción para evitar la producción de un perjuicio, su continuación o agravamiento. Esta acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento (art. 1711). Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño. Por lo tanto, tienen legitimación no sólo el trabajador afectado sino también el sindicato, los causahabientes del trabajador, la aseguradora de riesgos del trabajo (art. 1712).

Peyrano define a esta acción en los siguientes términos:

"La acción preventiva (que también puede ser colectiva) tiene por destinatario a quien está en condiciones de evitar la producción, repetición, persistencia o agravamiento de un daño posible según el orden normal y corriente de las cosas; debiendo prosperar en la medida que el accionante posea un interés razonable. Excepcionalmente puede hacerse valer contra quien no ha generado la amenaza de daño en ciernes, pero que se encuentra emplazado de modo tal que puede contribuir a evitar el daño o a morigerarlo. Reclama, eso sí la existencia de una conducta antijurídica unida causalmente al daño posible"(40).

Esta acción preventiva adquiere mayor significación en materia de prevención de riesgos del trabajo(41), pues en este ámbito la acción u omisión antijurídica del empleador hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento, daño que afectará la salud psicofísica de los trabajadores. Por lo tanto, el trabajador potencialmente afectado o la organización sindical que lo representa podrán promover esta acción preventiva cuando el empleador no cumple las normas establecidas en materia de seguridad e higiene del trabajo por la ley 19.587 y su decreto reglamentario 351/79 o no respeta las disposiciones respecto de la duración del trabajo o las referidas a trabajos penosos, riesgosos o insalubres, ya que en este aspecto también resultarán exigibles las medidas de prevención y seguridad previstas por el art. 54 del CCyCN.

Merece señalarse que Sebastián A. Ponce Bertomeu y Trinidad Bergamasco, propician la utilización de esta pretensión preventiva, no sólo en los supuestos de accidentes, sino también en los casos de violencia laboral, como conductas antijurídicas que hacen prever el acaecimiento de un daño(42). Igualmente Daniel Stortini, auspicia la aplicación de esta acción de prevención del daño respecto de los "derechos personalísimos" del trabajador como la intimidad, la ideología política o gremial, la creencia religiosa, la preferencia sexual, el honor, la raza, el color de la piel, la edad etc. y también frente actos de discriminación arbitraria(43), conclusión que encuentra fundamento en lo dispuesto por el art. 52 del citado Código.

Esta acción también podría entablarse y de modo fructífero, ante la falta de registro del vínculo laboral o el mantenimiento en la clandestinidad de alguno de sus aspectos (antigüedad, remuneración total), sin perjuicio de que el trabajador utilice los medios que le proporciona la ley 24.013 (arts. 11 y 15), ya que en el caso es evidente la procedencia de la acción preventiva, pues la falta de correcta registración constituye una omisión antijurídica que hace previsible la producción de un grave daño que afecta no sólo al trabajador no registrado, sino también a su grupo familiar primario, dado que esa conducta omisiva determina la falta de aportes previsionales, la ausencia tanto de obra social como de aseguradora de riesgos del trabajo, entre otros perjuicios(44).

Si bien es cierto que para la procedencia de esta acción no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución, según lo establece la parte final del citado art. 1711, no puede soslayarse que la falta de registro de la relación de trabajo obedece a la culpa o dolo del empleador y constituye a la vez una omisión antijurídica de su parte, dado que causa un daño a otro sin ninguna justificación. El empleador es responsable directo por incumplir una obligación contractual y existe una relación causal entre esa omisión antijurídica y el daño que habrá de experimentar el trabajador no registrado (arts. 1717, 1724, 1749 del CCyCN, 52, 75, 79, 80 LCT, 7º ley 24.013, 12 ley 24.241, 3 y 4º ley 24.557).

Al respecto, cabe tener presente que la reciente legislación incorpora una definición de dolo, más amplia que la tradicional, pues éste "...se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos" (art. 1724). Esta previsión resulta muy favorable para el trabajador porque es más sencillo probar la indiferencia del agente por el resultado de sus actos, que acreditar la intención de dañar. Dicha indiferencia podrá demostrarse, por ejemplo, por la reiteración de una conducta a través del tiempo, por el número de trabajadores afectados.

También podrían ser demandados con finalidad preventiva, por el registro de la relación, los terceros que resulten eventualmente solidarios responsables de todas las obligaciones emergentes de la relación laboral y de las que se deriven del régimen de la seguridad social, en los supuestos previstos por los arts. 29, 30 y 31 de la LCT.

34. Deber de seguridad personal

El empleador como autoridad en la empresa está obligado a adoptar todas las medidas necesarias para salvaguardar la vida de cada una de las personas que integran esa comunidad. En primer lugar, el empleador está obligado a observar las normas legales sobre higiene y seguridad en el trabajo (ley 19.587, reglamentada por el dec. 351/1979), y a hacer observar las pausas y limitaciones a la duración del trabajo establecidas en el ordenamiento legal (ley 11.544, LCT, etc.). Asimismo está obligado a adoptar todas las medidas que, según el tipo de trabajo, la experiencia y la técnica, sean necesarias para tutelar la integridad psicofísica y la dignidad de los trabajadores, debiendo evitar los efectos perniciosos de las tareas penosas, riesgosas o determinantes de vejez o agotamiento prematuro, así como también los derivados de ambientes insalubres o ruidosos. En síntesis, debe implementar todas las medidas que sean idóneas para evitar daños a la personas del trabajador. Ésta es una obligación "de medios" y no de resultado(45).

35. Facultades del trabajador

El incumplimiento de estas obligaciones por parte del empleador habilita al trabajador a rehusar la prestación de servicios. Esta facultad del dependiente estaba expresamente reconocida por la Ley de Contrato de Trabajo (ley 20.744), en su art. 83, cuyo texto coincide con el del art. 75 actualmente vigente, conforme la modificación dispuesta por la ley 27.323 (B.O. 15/12/2016).

Aquella norma fue derogada por la reforma introducida en el año 1976 por la ley 21.297; sin embargo, tanto la doctrina, como la jurisprudencia laboral, reconocieron al trabajador, el derecho de no prestar tareas con motivo del incumplimiento del empresario, con fundamento en lo dispuesto por las normas insertas en el Código de Vélez (arts. 510 y 1201) y a obtener la reparación de los daños causados.

La Ley de Trabajo Agrario (Nº 26.727) recepta esta institución al tratar la cuestión de la seguridad y los riesgos en el trabajo, ya que en el 4º párr. del art. 45 incorpora un texto igual al del art. 83 de la LCT (ley 20.744) ya citado.

Como se señalara, el art. 1031 del nuevo Código Civil y Comercial Unificado establece que "....En los contratos bilaterales, cuando las partes deben cumplir simultáneamente, una de ellas puede suspender el cumplimiento de la prestación, hasta que la otra cumpla u ofrezca cumplir. La suspensión puede ser deducida judicialmente como acción o como excepción...".

El art. 75 de la LCT, en su nueva versión, dispone, en el segundo párrafo que la retención de tareas por parte del trabajador no le ocasionará pérdida o disminución de la remuneración, si la prestación de servicios fuera exigida en transgresión a las condiciones establecidas en el primer párrafo, siempre que exista peligro inminente de daño o se hubiera configurado el incumplimiento de la obligación, mediante constitución en mora, o si habiendo el organismo competente declarado la insalubridad del lugar, el empleador no realizara los trabajos o proporcionara los elementos que dicha autoridad establezca.

Como se señalara, citando a Etala las características de esta excepción de incumplimiento son las siguientes: a) es una medida de autodefensa privada o autotutela jurídica, b) tiende a mantener el equilibro contractual, c) tiene como principio general la ejecución de los contratos de buena fe (conf. art. 63LCT), y d) requiere una exteriorización del trabajador, indicando el momento a partir del cual hará efectiva la medida y la expresión suficientemente clara de los motivos en los que se funda(46).

La retención de tareas por parte del trabajador puede ser deducida como acción o como excepción, y en caso de sustanciarse un reclamo judicial, deberá acreditar la causal invocada como justificación para no cumplir la prestación a su cargo.

Al respecto conviene precisar que el citado Código también dispone, como principio general, que no es exigible el cumplimiento del contrato que tiene por objeto la realización de actos peligrosos para la vida o la integridad de una persona, excepto que correspondan a su actividad habitual y que se adopten las medidas de prevención y seguridad adecuadas a las circunstancias (art. 54).

36. Daños en la persona

El art. 75, en su versión anterior, disponía en el segundo párrafo que los daños sufridos por el trabajador como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones que establecía en su primer apartado se regirán por las normas de la Ley de Riesgos del Trabajo (leyes 24.557 y 26.773) y dan lugar únicamente a las prestaciones que dicho régimen establece.

Esta norma intentó anular la posibilidad del trabajador de reclamar, por vía de una acción autónoma, la reparación de los daños originados en el incumplimiento de los deberes de seguridad a cargo del principal, con fundamento en el derecho común y en base a la responsabilidad subjetiva y objetiva del empleador(47).

La CSJN al decidir la causa "Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales SA"(48), declaró la inconstitucionalidad del art. 39, inc. 1) de la ley 24.557, en cuanto veda al trabajador el acceso a la reparación integral, y sostuvo que el derecho a la reparación integral tiene raigambre constitucional, y que la normativa prevista en el Código Civil expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica, incluso la extensión del resarcimiento en lo atinente al deber de seguridad.

La norma contenida en el segundo párrafo del art. 75, en su versión anterior, devino superflua dado que la ley 26.773 que estableció el "Régimen de ordenamiento de la reparación de los daños derivados de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales", dispone en el art. 4º que "... Los damnificados podrán optar de modo excluyente entre las indemnizaciones previstas en este régimen de reparación o las que les pudieran corresponder con fundamento en otros sistemas de responsabilidad. Los distintos sistemas de responsabilidad no serán acumulables. El principio de cobro de sumas de dinero o la iniciación de una acción judicial en uno u otro sistema implicará que se ha ejercido la opción con plenos efectos sobre el evento dañoso... En los supuestos de acciones judiciales iniciadas por la vía del derecho civil se aplicará la legislación de fondo, de forma y los principios correspondientes al derecho civil...".

Al respecto, resultan de aplicación las disposiciones del reciente Código que regulan la responsabilidad civil, específicamente en cuanto a la función resarcitoria (arts. 1716 y subsiguientes).

37. Injuria

El incumplimiento del deber de seguridad por parte del empleador constituye un grave incumplimiento contractual que legitima la ruptura del contrato laboral. Sin embargo, los principios de buena fe y de conservación del contrato (arts. 63 y 10, LCT) exigen que el trabajador antes de darse por despedido intime al empresario para que proceda al pago(49).

38. Reintegro de gastos y resarcimiento de daños

El art. 76 establece que el empleador está obligado a reintegrar al trabajador todos los gastos realizados para el cumplimiento del trabajo, pero ello es así en la medida en que demuestre que el gasto ha sido necesario y que está estrictamente relacionado con el cumplimiento de la labor asignada(50).

El deber de seguridad comprende también la custodia de las cosas que el trabajador ha llevado a la empresa y por lo tanto, el empleador está obligado a resarcir los daños sufridos por aquél en sus bienes, por el hecho y en ocasión del trabajo. La protección alcanza a bienes que guardan relación con el trabajo (vehículo, herramientas, ropa de trabajo), por lo tanto quedan fuera de tal amparo los daños relativos a bienes valiosos que ninguna relación tienen con el trabajo(51). La norma establece un supuesto de responsabilidad objetiva porque prescinde de la culpabilidad del empleador y éste sólo podrá eximirse de responsabilidad si acredita la culpa del trabajador(52).

39. Trabajador que habita en el establecimiento

Cuando el trabajador habita en el establecimiento (o más genéricamente en el lugar de prestación de tareas), el art. 77 obliga al empleador a prestar protección a la vida y bienes del trabajador y su familia. En caso de que le provea alimentación y vivienda, la primera debe ser sana y suficiente, mientras que la vivienda deberá ser apta para satisfacer las necesidades del trabajador y su familia y también serán a su costa las reparaciones y refacciones indispensables.

Es necesario señalar al respecto, que el Código Civil y Comercial Unificado regula ciertos aspectos que involucran a la llamada "familia ensamblada", es decir, aquella estructura familiar originada en el matrimonio e en las convivencias de pareja, en la cual uno o ambos tiene hijos nacidos con anterioridad a esta unión (arts. 672 a 676).

40. Jurisprudencia

Deber de previsión

"...Debe condenarse a la empleadora por los perjuicios derivados del agravamiento del estado de salud del trabajador luego de un accidente de trabajo, pues, omitió cumplir con aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, tal como lo exige con alcance general el art. 512 del Código Civil, y por tanto es deudora de la reparación de la incapacidad constatada, dado que no adoptó medidas de prevención idóneas a los efectos de evitar que se agravara el estado de salud del trabajador...".

CNTrab., sala VI, 30/9/2013, "Pesse, Ramón Daniel c. Trans America Transportes SA y otro", DT, 2014 (febrero), 440 con nota de Alejandro Gabet.

Deber de seguridad

"...Si los cascos de protección no eran suficientes para todo el personal y se los tenían que prestar entre los trabajadores, el hecho de que el actor no lo tuviera puesto en el momento del accidente no permite concluir que hubiera existido culpa de la víctima en los términos del art. 512 del Código Civil...".

CNTrab., sala III, 16/7/2005, "Acosta, Alfonso A. c. Mazzeo, Carlos E. y otro".

Deber de seguridad

"...El empleador asume una obligación de seguridad en virtud de la cual debe adoptar todas las medidas necesarias para tutelar la integridad y dignidad de su empleador (art. 75, LCT), normativa que si bien fue modificada por la ley 24.557 (Adla, LV-E, 5865), se entiende implícita su existencia, motivo por el cual no necesita una incorporación expresa al ordenamiento legal...".

CNCiv., sala D, 27/9/1999, "L., M. M. c. Pescasur SA", LA LEY, 2000-E, 280.

Deber de ocupación

Art. 78. — El empleador deberá garantizar al trabajador ocupación efectiva, de acuerdo a su calificación o categoría profesional, salvo que el incumplimiento responda a motivos fundados que impidan la satisfacción de tal deber. Si el trabajador fuese destinado a tareas superiores, distintas de aquéllas para las que fue contratado tendrá derecho a percibir la remuneración correspondiente por el tiempo de su desempeño, si la asignación fuese de carácter transitorio.

Se reputarán las nuevas tareas o funciones como definitivas si desaparecieran las causas que dieron lugar a la suplencia, y el trabajador continuase en su desempeño o transcurrieran los plazos que se fijen al efecto en los estatutos profesionales o las convenciones colectivas de trabajo.

Deber de diligencia e iniciativa del empleador

Art. 79. — El empleador deberá cumplir con las obligaciones que resulten de esta ley, de los estatutos profesionales, convenciones colectivas de trabajo y de los sistemas de seguridad social, de modo de posibilitar al trabajador el goce íntegro y oportuno de los beneficios que tales disposiciones le acuerdan. No podrá invocar en ningún caso el incumplimiento de parte del trabajador de las obligaciones que le están asignadas y del que se derive la pérdida total o parcial de aquellos beneficios, si la observancia de las obligaciones dependiese de la iniciativa del empleador y no probase el haber cumplido oportunamente de su parte las que estuviese en su cargo como agente de retención, contribuyente u otra condición similar.

Deber de observar las obligaciones frente a los organismos sindicales y de la seguridad social. Certificado de trabajo

Art. 80. — La obligación de ingresar los fondos de seguridad social por parte del empleador y los sindicales a su cargo, ya sea como obligado directo o como agente de retención, configurará asimismo una obligación contractual.

El empleador, por su parte, deberá dar al trabajador, cuando éste lo requiriese a la época de la extinción de la relación, constancia documentada de ello. Durante el tiempo de la relación deberá otorgar tal constancia cuando medien causas razonables.

Cuando el contrato de trabajo se extinguiere por cualquier causa, el empleador estará obligado a entregar al trabajador un certificado de trabajo, conteniendo las indicaciones sobre el tiempo de prestación de servicios, naturaleza de éstos, constancia de los sueldos percibidos y de los aportes y contribuciones efectuados con destino a los organismos de la seguridad social.

Si el empleador no hiciera entrega de la constancia o del certificado previstos respectivamente en los apartados segundo y tercero de este artículo dentro de los dos (2) días hábiles computados a partir del día siguiente al de la recepción del requerimiento que a tal efecto le formulare el trabajador de modo fehaciente, será sancionado con una indemnización a favor de este último que será equivalente a tres veces la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida por el trabajador durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios, si éste fuere menor. Esta indemnización se devengará sin perjuicio de las sanciones conminatorias que para hacer cesar esa conducta omisiva pudiere imponer la autoridad judicial competente. (Párrafo incorporado por art. 45 de la Ley Nº 25.345 B.O. 17/11/2000).

• Comentario:

41. Deber de dar ocupación

Este deber, junto con el de pagar la remuneración, constituyen la principales obligaciones del empleador en el marco del contrato de trabajo. El empleador está obligado a dar al dependiente ocupación efectiva, de acuerdo a su calificación o categoría profesional para la que fue contratado o se le asignó por promoción posterior, ello supone que el empresario debe proporcionar la materia prima, suministrar las herramientas necesarias para realizar la labor, así como dar instrucciones oportunas en cuanto a la forma de realizar las prestaciones(53).

42. Excepciones

No existe incumplimiento a este deber cuando ello responda a motivos fundados que impidan su satisfacción, por ejemplo, por causas imputables al trabajador (enfermedad), en el caso de suspensiones disciplinarias, por fuerza mayor o falta de trabajo, licencias sin goce de sueldo, etcétera.

43. Injuria

El incumplimiento del deber de dar ocupación, sin causa justificada, constituye una injuria, en los términos del art. 242 de la LCT, que habilita al trabajador a considerarse en situación de despido, previa intimación fehaciente al empresario para que cumpla la obligación a su cargo (arts. 10 y 63 de LCT).

44. Asignación de tareas superiores

Si el trabajador fuese destinado a tareas superiores, distintas de aquellas para las que fue contratado, corresponde distinguir si la asignación es transitoria o definitiva.

Aun cuando la asignación fuese de carácter transitorio, como el cambio recae sobre un aspecto esencial del contrato, requiere el consentimiento del trabajador (art. 66), ya que la alteración de la "calificación contractual" —de la que descienden fundamente, el plexo de derechos y deberes contractuales de las partes— cambia el contrato sustancialmente(54).

Si la asignación fuese de carácter transitorio, el trabajador tendrá derecho a percibir la remuneración correspondiente por el tiempo de su desempeño, así como cualquier otro beneficio derivado de ese cambio de funciones.

Finalizada la transitoriedad, porque desaparecieron las causas que dieron motivo a la suplencia, las nuevas tareas o funciones se reputarán como definitivas si el trabajador continuase en su desempeño o transcurrieran los plazos que se fijen al efecto en los estatutos profesionales o las convenciones colectivas de trabajo.

45. Asignación de tareas inferiores

La asignación de tareas inferiores, aun cuando no se altere el monto del salario, constituye un incumplimiento del deber de dar ocupación, que legitima la denuncia del contrato por parte del trabajador, pues constituye una injuria en los términos del art. 242 de la LCT. Sin embargo, previamente deberá intimar al empleador para que asigne tareas acordes a su categoría (conf. arts. 10 y 63).

46. Deber de diligencia del empleador

El art. 79 convierte en un deber contractual el cumplimiento de todas las obligaciones que las leyes y otras normas, especialmente de seguridad social, ponen en cabeza del empleador y que "han de posibilitar al trabajador el goce íntegro y oportuno de los beneficios que tales disposiciones le acuerdan". La norma se refiere a una variedad de supuestos (seguro de vida obligatorio, percepción de asignaciones familiares, servicios de obras sociales, prestaciones por desempleo, etc.)(55).

47. Deber de observar las obligaciones frente a los organismos sindicales y de la seguridad social

El art. 80 eleva a la categoría de deber contractual, la obligación del empleador de ingresar los fondos de seguridad social y los sindicales a su cargo, que le imponen las leyes, ya sea como obligado directo o como agente de retención (aportes y contribuciones previsionales y sindicales, asignaciones familiares, aportes al Fondo Nacional de Empleo, al régimen de obras sociales, entre otros).

Por ser una obligación contractual, su incumplimiento puede ser invocado como causa rescisoria del contrato laboral, si por su gravedad impide la prosecución del vínculo, pero, como se señalara precedentemente, los principios de conservación del contrato y buena fe (arts. 10 y 63, LCT) exigen que el trabajador en forma previa intime al empleador para que cumpla con este deber.

48. Certificado de trabajo

Cuando se extingue el contrato de trabajo por cualquier causa, la Ley de Contrato de Trabajo, en su art. 80, impone al empleador la obligación de entregar al trabajador un certificado de trabajo, que debe contener los siguientes datos: a) el tiempo de prestación de servicios; b) la naturaleza de éstos; c) la constancia de los sueldos percibidos y de los aportes y contribuciones efectuados con destino a los organismos de la seguridad social; d) la calificación profesional obtenida por el trabajador en el o los puestos de trabajo desempeñados, hubiere o no realizado acciones regulares de capacitación (cfr. ley 24.576).

Este certificado de trabajo es un documento distinto de la certificación de servicios y remuneraciones que también debe otorgar el empleador al trabajador o a sus causahabientes, según lo dispuesto por el art. 12, inc. g), de la ley 24.241(56).

49. Indemnización

El art. 45 de la ley 25.345 agregó un párrafo al citado art. 80 que "impone el pago de una indemnización equivalente a tres veces la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida por el trabajador durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios, si éste fuere menor, al empleador que no cumple la obligación de otorgar la constancia documentada o el certificado de trabajo, dentro de los dos (2) días hábiles computados a partir del día siguiente al de la recepción del requerimiento que a tal efecto le formulare el trabajador de modo fehaciente. Esta indemnización se devengará sin perjuicio de las sanciones conminatorias que para hacer cesar esa conducta omisiva pudiere imponer la autoridad judicial competente".

La brevedad del plazo y la gravedad de la consecuencia del incumplimiento determinaron el dictado de una norma reglamentaria del citado art. 45, que estableció el cumplimiento de un plazo previo de treinta días a la emisión de la intimación del trabajador (art. 3º del dec. 146/2001). Si el empleador no cumple esa intimación, se genera entonces el derecho a la indemnización dispuesta por el art. 80 de la LCT, modificado por la ley 25.345.

50. Jurisprudencia

Deber de dar ocupación

"...Resulta justificada la actitud de la trabajadora de rescindir el vínculo ante el incumplimiento del deber de dar ocupación, materializado en la eximición de prestar servicios por un período indeterminado —en el caso, se le informó en una misiva que quedaba eximida de prestar servicios hasta nuevo aviso—, toda vez que el empleador no demostró que la pública y notoria suspensión de actividades se tratara de una causa imprevista o imposible de evitar...".

CNTrab., sala II, 8/4/2009, "Ignatti, María Florencia c. Air Madrid Líneas Aéreas, Sucursal Argentina", LLAR/JUR/5181/2009.

Deber de dar ocupación. Excepción

"...Responde a motivos fundados la exención de tareas impuesta por la empleadora a sus dependientes ya que, dada la situación de violencia generada en el establecimiento de la misma, motivada por la interrupción del servicio que prestaba y la consiguiente protesta iniciada por los usuarios, ello le impedía satisfacer su deber de dar ocupación efectiva a sus dependientes —art. 78, LCT—, al menos en el momento en que se produjo el intercambio telegráfico mediante el cual el trabajador se dio por despedido...".

CNTrab., sala III, 26/3/2008, "Romero, Alfredo Silvio c. Air Madrid Líneas Aéreas SA Sucursal Argentina", LLAR/JUR/967/2008.

Categoría convencional

"...Es procedente el reclamo por diferencias salariales si se encuentra acreditado que el trabajador se desempeñó en tareas propias de una categoría convencional remunerada con un sueldo superior al que le reconocía el empleador...".

CNTrab., sala IX, 31/10/2013, "Quiroga, Bruno Ariel c. Roca Argentina SA", LLAR/JUR/78246/2013.

Deber de diligencia

"...Si bien el trabajador debió acreditar ante su empleador el derecho a percibir la asignación familiar mediante la presentación de la documentación pertinente, no puede desconocer el empleador que también era deber de su parte notificar al personal las normas que rigen el régimen de asignaciones familiares, conforme lo dispone el art. 6º del Anexo de la Resolución Nº 112/96 de la Secretaría de Seguridad Social —B.O. del 9/12/1996— (que instrumenta las normas complementarias y aclaratorias de la ley 24.714 de Asignaciones Familiares y su decreto reglamentario Nº 1245/96) en los plazos y formas allí establecidos. Esta notificación no ha sido arrimada a la causa y lleva a concluir que dicha normativa no fue observada por el demandado. Tal omisión resulta relevante, pues en ningún caso el empleador puede invocar el incumplimiento de parte del trabajador de las obligaciones que le están asignadas y del que se derive la pérdida total o parcial de beneficios de la seguridad social, si la observancia de tales obligaciones dependiese, como en el supuesto en examen, de la iniciativa del empleador y éste no probase haber cumplido con las que estuviesen a su cargo (conf. art. 79 de la LCT)...".

CNTrab., sala III, 19/7/1996, "Cortez, Luis Alberto c. Fraga, Gladys Nelly", LA LEY, 1999-B, 780.

Deber de diligencia

"...Si el empleador quiere desobligarse del pago de asignaciones familiares tiene la obligación de intimar al trabajador para que éste le presente la documentación necesaria y solo en caso de incumplimiento de parte del dependiente se libera de tal obligación, en virtud del deber de diligencia que le impone el art. 79, LCT...".

CTrab. Mendoza, 23/9/1996, "Rubiano, Miguel c. Rotativos Skorpios de Juan Antonio Cantón y otros".

Deber de diligencia

"...Corresponde admitir la demanda interpuesta por un trabajador con el fin de cobrar asignaciones familiares por sus cuatro hijos, ya que si bien omitió presentar en tiempo y forma las constancias necesarias para percibir el beneficio, no se puede considerar que hubo mora de su parte, en tanto no fue debidamente notificado de su obligación de presentar las constancias respectivas, ni de las consecuencias de su incumplimiento...".

TS Córdoba, sala laboral, 20/9/2011, "Martínez, Hugo c. Robledo, Carlos y otro".

Deber de diligencia

"...Las personas privadas de su libertad que trabajan efectúan aportes correspondientes a la seguridad social, como todo trabajador formal y, como tal quedan comprendidas en el régimen de las asignaciones familiares ya que forma parte del subsistema contributivo —art.1, inc. a)ley 24.714—".

CFed. Casación Penal, sala IV, 4/12/2015, "Internas de la Unidad Nº 31 SPF s/Hábeas Corpus", Cita online: AR/JUR/59919/2015; DJ, Año XXXII, Nº 29, julio 2016, p. 5, con nota de Elsa Porta.

Deber de diligencia

"...Las mujeres que se encuentran privadas de su libertad tienen derecho a percibir, en los casos en que correspondiere, los beneficios previstos en la ley 24.714 —asignaciones familiares del subsistema contributivo, prestaciones del subsistema no contributivo, asignación universal por hijo y por embarazo—, pues contribuirán en forma directa a los fines de readaptación social de las penas, fortalecer los lazos familiares y morigerar su situación de vulnerabilidad de conformidad con los objetivos propulsados desde la comunidad internacional...".

CFed. Casación Penal, sala IV, 4/12/2015, "Internas de la Unidad Nº 31 SPF s/Hábeas Corpus", Cita online: AR/JUR/59919/2015; DJ, Año XXXII, Nº 29, julio 2016, p. 5, con nota de Elsa Porta.

Certificado de trabajo

"El certificado de trabajo está dirigido a que el trabajador pueda exhibirlo para obtener un empleo, mientras que la certificación de servicios debe utilizarse para la obtención de un beneficio previsional".

CNTrab., sala VIII, 14/6/2010, "Godoy, Guillermo c. Empresa Fumigadora Italo Argentina SA y otra".

Certificado de trabajo

"El incumplimiento del empleador no se verifica si los certificados fueron puestos a disposición del trabajador, quien debe concurrir a retirarlos a la sede de la empresa por ser el lugar de cumplimiento de la obligación...".

CNTrab., sala VIII, 23/10/2002, "Fenocchio, Norma c. Eulen Argentina SA y otro", DT, 2002-B-2311.

Certificado de trabajo

"Si la demandada puso a disposición del actor el certificado de trabajo y éste no se presentó a retirarlo, se configura la mora del acreedor y el incumplimiento le es imputable sólo a él".

CNTrab., sala VI, 15/8/2002, "Ares, Hugo E. c. A.T.C. SA", DT, 2002- B-1811.

Certificado de trabajo

"...No procede la indemnización del art. 80 de la LCT, si el empleador puso a disposición del trabajador el certificado correspondiente y el trabajador no acreditó haber concurrido a la empresa a retirarlo y que el mismo le hubiera sido negado...".

CNTrab., sala IX, 29/12/2009, "Suárez, Walter c. Fundación del Instituto de Gastronomía".

Certificado de trabajo. Alcances de la obligación

"...La obligación de hacer entrega de las certificaciones del art. 80, LCT no implica exigir la acreditación del ingreso de los fondos a la seguridad social, porque sólo el organismo recaudador se encuentra legitimado a perseguir el cobro de tales importes, siendo suficiente para el trabajador que el empleador le extienda una constancia de los aportes que ha efectuado...".

CNTrab., sala II, 3/2/2010, "Badaracco, Claudia Adriana c. Consolidar Comercializadora SA".

Certificados de trabajo. Plazo

"...La entrega de los certificados de trabajo (art. 80 de la LCT) al dependiente en oportunidad de la extinción de la relación laboral es una obligación del empleador que debe ser cumplida en forma inmediata a la desvinculación, esto es en el tiempo que razonablemente puede demorar su confección. Y tal obligación no depende de que el propio trabajador se apersone en la sede de la empresa, toda vez que si ello no ocurre, el empleador, previa intimación, puede consignarlos judicialmente...".

CNTrab., sala III, 11/2/2002, "Fraza, María c. Storto, Silvia y otro".

Certificado que contiene datos incorrectos. Indemnización. Procedencia

"...La multa del art. 80 de la LCT es procedente, pues el certificado de trabajo del que pretende valerse el empleador no refleja la realidad acontecida respecto de los salarios percibidos, y el trabajador cumplió con la intimación prevista en el art. 3º del dec. 146/2001...".

CNTrab., sala II, 26/2/2014, "H., E. S. c. Taraborelli Automobile SA", LLAR/JUR/5690/2014.

Certificado. Entrega. Obligación a cargo del empleador. Indemnización

"...La multa prevista en el art. 80 de la ley 20.744 es procedente si el empleador, más allá de argumentar que los certificados estuvieron a disposición del trabajador, no arbitró los medios para su entrega, pues esta última es una obligación que debe ser cumplida en forma inmediata a la desvinculación por parte de aquél...".

CNTrab., sala VI, 29/11/2013, "Eloff, Daniel Cristian c. Teletech Argentina SA", LLAR/JUR/90575/2013.

Igualdad de trato

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

Esta norma ha sido analizada al comentar el art. 17 de LCT.

Invenciones del trabajador

Art. 82. — Las invenciones o descubrimientos personales del trabajador son propiedad de éste, aun cuando se haya valido de instrumentos que no le pertenecen.

Las invenciones o descubrimientos que se deriven de los procedimientos industriales, métodos o instalaciones del establecimiento o de experimentaciones, investigaciones, mejoras o perfeccionamiento de los ya empleados, son propiedad del empleador.

Son igualmente de su propiedad las invenciones o descubrimientos, fórmulas, diseños, materiales y combinaciones que se obtengan habiendo sido el trabajador contratado con tal objeto.

Preferencia del Empleador - Prohibición - Secreto

Art. 83. — El empleador deberá ser preferido en igualdad de condiciones a los terceros, si el trabajador decidiese la cesión de los derechos a la invención o descubrimiento, en el caso del primer párrafo del art. 82 de esta ley.

Las partes están obligadas a guardar secreto sobre las invenciones o descubrimientos logrados en cualquiera de aquellas formas.

• Comentario:

51. Invenciones o descubrimientos personales del trabajador

Se consideran invenciones o descubrimientos personales o libres aquellos que el trabajador haga con total prescindencia de su obligación de prestar trabajo y de la circunstancia de pertenecer al personal de la empresa. Al respecto, la LCT establece que tales invenciones o descubrimientos son propiedad del empleado, "aun cuando se haya valido de instrumentos que no le pertenecen [...]".

El trabajador pudo haber utilizado elementos de la empresa, pero el invento o descubrimiento se ha producido con independencia de su trabajo en la empresa, es decir que tal avance científico o técnico no deriva de su empleo(57).

52. Invenciones o descubrimientos de explotación de la empresa

En cambio, son de propiedad de la empresa los inventos o el descubrimientos que hayan sido previstos como objeto del contrato y los que deriven de los procedimientos industriales, métodos o instalaciones del establecimiento o de experimentaciones, mejoras o perfeccionamiento de los ya empleados(58).

53. Preferencia del empleador

Frente a la posibilidad de que el trabajador decida la cesión de los derechos a la explotación de su invento o descubrimiento (por cualquier título: gratuito u oneroso, temporal o definitiva), la ley lo obliga a reconocer preferencia al empleador en igualdad de condiciones siempre que se trate de una obra que tenga relación con la actividad que desarrolla el empleador, pues el fundamento de la preferencia radica en los principios de solidaridad, colaboración y buena fe que deben respetarse en la comunidad empresaria(59).

54. Jurisprudencia

Invención del trabajador. Falta de patente

"...El reclamo del trabajador por compensación económica por artefactos que alegó haber inventado en favor de la empleadora debe rechazarse, si no cuenta con el reconocimiento de una patente sobre aquellos pues, si bien el derecho del inventor sobre su obra es anterior e independiente de dicho título, es su concesión la que le permite acceder a la justa retribución reconocida por el ordenamiento positivo vigente...".

CNTrab., sala IV, 31/8/2011, "Fernández, Eduardo Carlos c. Massalin Particulares SA", LLAR/JUR/50030/2011.

Deberes de diligencia y colaboración

Art. 84. — El trabajador debe prestar el servicio con puntualidad, asistencia regular y dedicación adecuada a las características de su empleo y a los medios instrumentales que se le provean.

Deber de fidelidad

Art. 85. — El trabajador debe observar todos aquellos deberes de fidelidad que deriven de la índole de las tareas que tenga asignadas, guardando reserva o secreto de las informaciones a que tenga acceso y que exijan tal comportamiento de su parte.

Cumplimiento de órdenes e instrucciones

Art. 86. — El trabajador debe observar las órdenes e instrucciones que se le impartan sobre el modo de ejecución del trabajo, ya sea por el empleador o sus representantes. Debe conservar los instrumentos o útiles que se le provean para la realización del trabajo, sin que asuma responsabilidad por el deterioro que los mismos sufran derivados del uso.

• Comentario:

55. Deber de diligencia

El trabajador, según dispone el art. 84 de la LCT, debe prestar el servicio con puntualidad, asistencia regular y dedicación adecuada a las características de su empleo y a los medios instrumentales que se le provean. Fernández Madrid señala que el deber de diligencia exige el cumplimiento exacto del trabajo prometido, con lealtad y buena fe, condicionado a las limitaciones que imponga la propia estructura de la empresa. De este modo surge la obligación sustancial de no defraudar la razonable expectativa del empleador de obtener un rendimiento normal, según el consenso general y las circunstancias en que se desenvuelve la labor y se concreta un aspecto de las obligaciones del "buen trabajador"(60).

La norma remarca tres aspectos de la prestación del servicio: la puntualidad, la asistencia regular y la dedicación.

La obligación de puntualidad está referida no sólo al cumplimiento del horario diario de labor, sino a todos los aspectos en que el tiempo y la oportunidad de la ejecución del trabajo tienen efectos sobre su resultado (concurrencia a reuniones, coordinación de su acción con los demás compañeros de trabajo, trabajo en equipos, etc.)(61).

La asistencia regular supone que debe concurrir regularmente al empleo y, consecuentemente, debe dar aviso en caso de ausencia, ya que el proceso productivo se desarrolla de acuerdo a un plan que requiere reemplazos oportunos.

Por último, la dedicación debe adecuarse a las características del empleo, a sus aptitudes personales y a los útiles, herramientas y maquinarias puestos a su disposición por el empleador.

Este deber de diligencia es más exigible cuanto más alta sea la posición del trabajador dentro del organigrama de la empresa, más delicadas sus funciones y mayor confianza se haya depositado en él (conf. art. 902 del Cód. Civil)(62). La norma aludida se encuentra contemplada, con idéntico sentido, en el art. 1725 del nuevo Código Civil y Comercial Unificado, el cual establece, con claridad, las pautas de valoración de las conductas.

56. Deber de fidelidad

Esta obligación, que deriva del deber de buena fe, exige al trabajador defender del modo más conveniente los intereses de la empresa y evitar todo lo que puede perjudicarla(63).

La doctrina coincide en que este deber tiene manifestaciones negativas o positivas. En su aspecto negativo se relaciona con el deber del trabajador de guardar secreto (art. 85, 2ª parte), prohibición de hacer competencia al empleador (art. 88), prohibición de aceptar sobornos o dádivas de clientes o proveedores. Son de carácter positivo: el deber de cumplir en forma diligente la prestación laboral a su cargo, de avisar al empleador cualquier circunstancia que le impida ejecutar cabalmente dicha prestación, el deber de conservar instrumentos de trabajo (art. 86, 2ª parte), el deber de prevenir hurtos, deber de responder por los daños causados a la empresa por dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones, y el deber de prestar los auxilios que se requieran en caso de peligro grave o inminente para las personas o para las cosas incorporadas a la empresa (art. 89).

57. Deber de obediencia

El empleador es el titular de las facultades de organización y dirección de la empresa (arts. 64 y 65, LCT), correlativamente el trabajador debe observar las órdenes e instrucciones que se le impartan sobre el modo de ejecución del trabajo. Esta obligación de acatamiento está ceñida a todo cuanto se refiera al modo de ejecución del trabajo y lo que entra en el marco del contrato de trabajo; no, en cambio, las cuestiones que excedan de éste y que le impongan restricciones a su conducta, innecesarias desde el punto de vista del interés de la empresa y fuera de lo normal(64).

58. Jurisprudencia

Deber de diligencia

"...Existe justa causa para desvincular laboralmente a quien se desempeña como encargado del local de un comercio e incurrió en negligencia e imprudencia incompatible con las obligaciones y responsabilidades a su cargo —en el caso, no efectuó el procedimiento de alivio de caja que incluía el depósito bancario de las sumas que tenía a su cargo en el bolsín, permitiendo con dicho incumplimiento el hurto de esos valores—, pues el contenido y alcance de las obligaciones del trabajador se determina por la posición, cargo o empleo que ocupe en la empresa, siendo más exigible cuanto más alta sea la posición dentro del organigrama de aquélla, más delicadas las funciones y mayor confianza se haya depositado en él...".

CNTrab., sala I, 1/9/2003, "Valenzuela, Gabriel D. c. Bachino SRL", LA LEY, 2004-B, 682.

Deber de diligencia

"Si la actora contaba con una larga trayectoria como cajera del banco empleador, tenía obligación de conocer las reglas internas a fin de resguardar las exigencias establecidas para cualquier tipo de operación bancaria, y resulta obvio que cuanto mayor es la obligación de actuar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayores serán las consecuencias de los hechos que provoque su conducta irregular".

CNTrab., sala VII, 10/2/2000, "Romeo, Mónica L. c. The First National Bank of Boston", LA LEY, 2000-F, 339.

Deber diligencia

"...La ruptura por pérdida de confianza debe derivar de un hecho que conculque las expectativas acerca de una conducta diligente y acorde con dichos deberes creadas con el devenir del vínculo, frustrado a raíz de uno o más sucesos que llevan a la convicción de que el trabajador ya no es confiable, pues cabe esperar la reiteración de conductas similares...".

CNTrab., sala II, 15/10/2013, "B.P.I. c. Empresa Distribuidora y Comercializadora Norte SA", DT, 2014 (febrero), 324, con nota de Juan José Etala (h.).

Puntualidad. Asistencia

"...Resulta ajustado a derecho el despido del trabajador por reiteradas ausencias injustificadas y sanciones disciplinarias, pues su principal obligación es poner su fuerza de trabajo a disposición del empleador —arts. 23, 242 y concordantes, Ley de Contrato de Trabajo—, lo cual supone que debe hacerlo en los días y horarios pactados en el marco de la organización de la empresa...".

CNTrab., sala VIII, 29/3/2011, "Aranda, Pedro Raúl c. Eficast SA y otro", DT, 2011 (julio), 1774.

Dedicación. Deber de fidelidad

"...Es ajustada a derecho la decisión de la empleadora de despedir a una trabajadora que se desempeñaba como agente de propaganda médica, pues, se encuentra acreditado que cometió graves anomalías en sus informes de reportes de visitas, a través de los cuales puso en conocimiento de la empresa tareas cumplidas que no se llevaron a cabo como visitas a profesionales médicos a los que no visitó y ello constituye una injuria de gravedad tal que frustra la expectativa acerca de una conducta leal y acorde con el deber de fidelidad y buena fe, generando la convicción de que ya no resulta confiable...".

CNTrab., sala VI, 30/9/2013, "C., M. F. G. c. T.R.B. Pharma SA", DJ, 19/3/2014, 51.

Deber de fidelidad

"...El despido directo del trabajador que fue sorprendido mientras retiraba mercadería de la empleadora sin contar con la debida autorización resulta ajustado a derecho, ello así, dado que la conducta descripta configura una injuria impeditiva de la prosecución del vínculo laboral, ya que viola el deber de buena fe y lealtad a la empresa...".

CNTrab., sala VI, 24/9/2013, "G., O. D. c. Garbarino SA", DT, 2014 (febrero), 394.

Obligación de guardar secretos

"...La última frase del art. 85 de la LCT, al establecer que el trabajador debe guardar secreto y reserva de las informaciones a que tenga acceso y que exijan tal comportamiento de su parte, debe entenderse como una enunciación concreta de un comportamiento determinado pero en modo alguno como la limitación a ese solo enunciado del deber genérico de fidelidad...".

CNTrab., sala II, 19/12/1980, "Paiz, José R. c. Panoramic, SA", DT, 1981-A-447.

Obligación de conservar instrumentos y útiles

"...Configura injuria que exime al empleador de toda responsabilidad por el despido, la utilización durante el tiempo de trabajo de herramientas laborales para fines personales —en el caso, correo electrónico—, pues ello contraría los deberes que el ordenamiento le impone al trabajador, tales como el de manejarse con diligencia, poner la dedicación adecuada según las características del empleo y los medios instrumentales provistos, cumplir su prestación de buena fe y obrar con criterios de colaboración, solidaridad y fidelidad —arts. 21, 62, 63, 84 y 85, LCT—...".

CNTrab., sala X, 13/8/2003, "García, Delia M. c. YPF SA", LA LEY, 2003-E, 926.

Deber de obediencia

"... El despido dispuesto por el empleador, es ajustado a derecho, toda vez que el dependiente no sólo desobedeció órdenes concretas de sus superiores, sin causa justificada, sino que reaccionó de modo inadecuado ante un superior, agrediéndolo verbalmente, constituyendo de esta forma actos de indisciplina que tienen suficiente entidad para tornar imposible la continuidad del vínculo, máxime cuando la prestación cumplida por el trabajador consistía en la seguridad y custodia de bienes y personas...".

CNTrab., sala I, 31/5/2012, "Unrein, Carlos Fernando c. Search Organización de Seguridad SA", LA LEY, 21/8/2012, 7.

Responsabilidad por daños

Art. 87. — 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.

Deber de no concurrencia

Art. 88. — El trabajador debe abstenerse de ejecutar negociaciones por cuenta propia o ajena, que pudieran afectar los intereses del empleador, salvo autorización de éste.

Auxilios o ayudas extraordinarias

Art. 89. — El trabajador estará obligado a prestar los auxilios que se requieran, en caso de peligro grave o inminente para las personas o para las cosas incorporadas a la empresa.

• Comentario:

59. Responsabilidad por daños

El trabajador debe responder por los daños causados, por dolo o culpa grave, a los intereses del empresario. La expresión "intereses" comprende tanto los bienes materiales, como inmateriales. La norma exige, como presupuesto de la responsabilidad del empleado, que éste haya actuado con dolo, vale decir, con intención de dañar, por ejemplo, en el caso de sabotajes, destrucción intencional de maquinarias, etc., o que tales perjuicios sean consecuencia de un obrar temerario y desprovisto de los más elementales cuidados (culpa grave)(65).

En consecuencia, quedan excluidos los daños causados por la simple culpa, ya que el empleador debe asumir el riesgo propio de su empresa(66). A él incumbe la carga de demostrar que el trabajador ha actuado con dolo o culpa grave así como los daños causados.

60. Acción judicial del empleador

La Ley de Contrato de Trabajo, en caso de que el trabajador hubiera causado daños graves e intencionales en los talleres, instrumentos o materiales de trabajo, autoriza al empleador a retener el 20 % del salario bruto (conf. art. 133) y la porción retenida deberá ser consignada judicialmente, a las resultas de las acciones pertinentes. La acción de responsabilidad contra el trabajador caduca si no se ejerce dentro de los noventa días y, en tal supuesto, el empleador debe restituir los salarios retenidos (art. 135).

Este plazo de caducidad no rige en relación a las acciones por daños que puede ejercer el empleador con independencia de esta retención. Al respecto rige el plazo de prescripción de dos años previsto por el art. 256, LCT(67).

61. Deber de no concurrencia

Este deber es una manifestación del deber de fidelidad. La exclusividad no es una nota determinante de la relación laboral, por lo tanto el trabajador puede prestar servicios para distintos empleadores, sin embargo en virtud del deber de fidelidad no puede desarrollar una actividad que implique una competencia perjudicial para su empleador, ya sea que la realice por su propia cuenta o a favor de un tercero(68).

Para que se configure el incumplimiento del trabajador es necesario que se cause o se pudiera causar un daño al empleador, vale decir que basta la posibilidad de que la negociación del empleado cause dicho perjuicio. Fernández Madrid considera que la tesis legal es correcta ya que este deber de no concurrencia constituye una expresión concreta del deber de buena fe y parece claro que lo que importa en la relación es la actitud (conducta) del trabajador potencialmente perjudicial, no el daño efectivamente causado(69).

En síntesis, son tres los presupuestos que deben concurrir para que se configure la concurrencia desleal: a) negociación por cuenta propia o ajena; b) perjuicio real o potencial a los intereses de la empresa, y c) falta de autorización del empleador.

62. Auxilios o ayudas extraordinarias

El art. 89 contempla una situación de excepción, por la cual es legítimo exigir al trabajador la prestación de los auxilios que fueren necesarios para conjurar un peligro grave o inminente, ya sea para las personas o cosas incorporadas a la empresa. Esta obligación de prestar dichos servicios es también —como se señalara— manifestación del deber de fidelidad. Por aplicación de esta norma es posible exigir al trabajador labores ajenas a su calificación profesional o a las funciones asignadas al empleado, e incluso la prestación en horas suplementarias (art. 203, LCT). Este trabajo debe ser remunerado (conf. art. 115)(70).

63. Jurisprudencia

Daño a los intereses de la empresa

"...Configura culpa grave del empleado que torna de aplicación lo establecido en el art. 87 de la LCT el incumplimiento de la norma impuesta por el banco de destruir la clave o combinación de acceso al cajero automático para que éste fuese inaccesible a personas extrañas a la función de responsable de la carga y mantenimiento del mismo...".

CNTrab., sala IV, 26/6/1995, "Banco del Buen Ayre SA c. Pedrosa, Ricardo O. y otros", DT, 1995-B-1807.

Concurrencia desleal

"...Si la evaluación de los elementos arrimados a la causa revela que el trabajador, a la par que pretendía que la patronal regularice su situación laboral, se hallaba ejerciendo una actividad similar a la que cumplía para aquélla y, por ende, en tiempo superpuesto con su jornada laboral, ello evidencia que incurrió en una conducta reñida con los deberes de buena fe y fidelidad esenciales e inherentes al contrato de trabajo —arts. 62, 63, 85 y 88, LCT—, por lo cual el reclamo por despido debe rechazarse...".

CNTrab., sala I, 24/10/2011, "Flores, Roberto Carlos c. Verde E SA y otro", LLAR/JUR/64631/2011.

Concurrencia desleal

"...Corresponde confirmar la sentencia que consideró justificado el despido dispuesto a un trabajador que ostentaba un cargo jerárquico por la locación de un proyector de propiedad de los empleados a un proveedor de su empleador, pues, ello constituye una injuria laboral por violar el deber de fidelidad y constituir concurrencia desleal, por lo que debe asumir las consecuencias de los hechos endilgados de conformidad con lo previsto en el art. 902 del Código Civil...".

CNTrab., sala IV, 17/6/2008, "Perrotat, Marcelo Gabriel c. Danone Argentina SA", LA LEY, 15/10/2008, 7, con nota de Enrique Precedo.

Concurrencia desleal

"...Corresponde revocar la sentencia que declaró la nulidad de la cláusula contractual en virtud de la cual las partes habían convenido que el actor no ejerciera actividades en el rubro 'semillas' en competencia con la demandada, en tanto dicha limitación se encuentra limitada a un segmento muy particular del universo de actividades que desarrollaba el actor, y se halla sujeta a dos condiciones tales como un plazo determinado y una contraprestación a favor del trabajador, por ello no se puede concluir que se trate de una violación al derecho a trabajar, protegido tanto a nivel constitucional que habilite a declarar su nulidad...".

CNTrab., sala I, 10/11/2006, "L., E. M. L. c. Nidera SA y otros", LA LEY, 28/6/2005, con nota de Esteban A. Christensen y Emiliano A. Gabet.

Auxilios extraordinarios

"...En los casos de emergencia contemplados por el art. 89 de la LCT, pesa sobre el trabajador (en el caso, médico) la obligación de prestar colaboración a la empleadora. La facultad de decisión que tiene el profesional se refiere a aspectos técnicos de su actividad pero no a la determinación de la forma y oportunidad en que debe ser ejercida, ya que esto queda comprendido en las facultades de dirección del empleador...".

CNTrab., sala III, 28/4/1989, "Jaroslavsky, Alicia c. Club Ciudad de Buenos Aires".

Sección V - LCT (ley 20.744), arts. 90 al 102. Por Giselle Blanchard

• Normas aplicables: Ley de Contrato de Trabajo, 20.744: arts. 90 al 102.

CAPÍTULO VIII De la formación profesional

Art. ... — La promoción profesional y la formación en el trabajo, en condiciones igualitarias de acceso y trato será un derecho fundamental para todos los trabajadores y trabajadoras.

Art. ... — El empleador implementará acciones de formación profesional y/o capacitación con la participación de los trabajadores y con la asistencia de los organismos competentes al Estado.

Art. ... — La capacitación del trabajador se efectuará de acuerdo a los requerimientos del empleador, a las características de las tareas, a las exigencias de la organización del trabajo y a los medios que le provea el empleador para dicha capacitación.

Art. ... — La organización sindical que represente a los trabajadores de conformidad a la legislación vigente tendrá derecho a recibir información sobre la evolución de la empresa, sobre innovaciones tecnológicas y organizativas y toda otra que tenga relación con la planificación de acciones de formación y capacitación profesional.

Art. ... — La organización sindical que represente a los trabajadores de conformidad a la legislación vigente ante innovaciones de base tecnológica y organizativa de la empresa, podrá solicitar al empleador la implementación de acciones de formación profesional para la mejor adecuación del personal al nuevo sistema.

Art. ... — En el certificado de trabajo que el empleador está obligado a entregar a la extinción del contrato de trabajo deberá constar además de lo prescrito en el art. 80, la calificación profesional obtenida en el o los puestos de trabajo desempeñados, hubiere o no realizado el trabajador acciones regulares de capacitación.

Art. ... — El trabajador tendrá derecho a una cantidad de horas del tiempo total anual del trabajo, de acuerdo a lo que se establezca en el convenio colectivo, para realizar, fuera de su lugar de trabajo actividades de formación y/o capacitación que él juzgue de su propio interés.

• Comentario:

1. Normas programáticas

Este capítulo fue incorporado por la ley 24.576 (B.O. del 13/11/1995) y carece de numeración, toda vez que el Poder Ejecutivo Nacional todavía no ha dictado el decreto respectivo, en cumplimiento de lo dispuesto por el art. 2º de dicho cuerpo legal, a fin de organizar el nuevo articulado de la LCT.

Se trata de normas que, en su mayoría, exceden el contenido de las obligaciones y derechos propios del contrato individual de trabajo, ya que involucran políticas de formación profesional que atañen, principalmente, al Estado y a las organizaciones profesionales(1).

2. Derecho a la formación y a la promoción en el empleo

Si bien resulta de importancia el reconocimiento expreso del derecho de todos los trabajadores y trabajadoras, en un pie de igualdad, a la capacitación y a la promoción en el trabajo, lo cierto es que dicha prerrogativa fue reconocida anteriormente por diversos instrumentos internacionales que gozan de jerarquía constitucional(2) e, incluso, por el Convenio nro. 142 de la OIT, referido al Desarrollo de los Recursos Humanos, ratificado por nuestro país en 1978.

Se ha explicado que la formación en el trabajo la constituyen todas las modalidades dirigidas a capacitar a las personas en el desempeño de una ocupación laboral que se imparten por fuera del sistema formal de educación, mientras que la promoción profesional es el derecho de todo trabajador a ser ascendido como consecuencia de la capacitación adquirida en el transcurso de la relación laboral(3).

Las normas que integran este capítulo disponen que el empleador implementará programas de capacitación, pero no establecen los modos ni las condiciones en que se deben llevar a cabo. No obstante, receptan la participación de los trabajadores, por sí o representados por las asociaciones profesionales (art. 31, inc. a) de la ley 23.551)(4), en favor de quienes se consagra el derecho a recibir información vinculada con las acciones de formación y capacitación profesional, a saber: a) evolución de la empresa; b) innovaciones tecnológicas y organizativas; y c) toda otra que tenga relación con la planificación de acciones de formación y capacitación profesional(5).

El último de los artículos incorporados aporta otro novedoso aspecto, en cuanto otorga al trabajador el derecho de gozar de cierta cantidad de horas en el año para su formación que él entienda de interés, fuera del lugar de trabajo, de acuerdo a las previsiones que al efecto se estipulen en los convenios colectivos de trabajo. Si bien no se indica expresamente, se interpreta que se trata de horas de capacitación remuneradas, en tanto ocupan parte de la jornada laboral(6).

3. Requisito del certificado de trabajo del art. 80 de la LCT: Calificación profesional

Debe destacarse que existe un aspecto de la ley 24.576 que alcanza a la generalidad de los trabajadores, pues ha establecido que en el certificado de trabajo previsto por el art. 80 de la LCT debe agregarse un nuevo contenido, esto es, la "[...] calificación profesional obtenida en el o los puestos de trabajo desempeñados, hubiere o no realizado el trabajador acciones regulares de capacitación [...]".

Tal requisito es exigido en forma unánime por la jurisprudencia no sólo para determinar el cumplimiento de la obligación de certificación del empleador sino, asimismo, al efecto de evaluar la procedencia de la sanción pecuniaria correspondiente (cfr. art. 45 de la ley 25.345, mod. art. 80 de la ley 20.744).

En tal sentido, en un precedente judicial reciente se ha considerado que "...la accionada ha sido correctamente condenada a hacer entrega del certificado de trabajo, viene al caso recordar que, en dicho instrumento deberá hacer constar la calificación profesional obtenida ...en el o los puestos de trabajo desempeñados, hubiere o no realizado acciones regulares de capacitación, de acuerdo con lo previsto en el Título, Capítulo VIII de la LCT "De la formación profesional", introducido por la ley 24.576. De este modo, y mientras la accionada no haga entrega del mismo, en dichos términos, incumple con la norma y debe ser compelida a cumplirla..." (CNTrab., sala VI, 31/5/2016, "Zarzuri Carolina Andrea c. Consolidar Comercializadora S.A.").

Por tal razón, compartimos la opinión que considera que el formulario de certificación de servicios y remuneraciones PS. 6.2. de ANSeS no está específicamente diseñado para el cumplimiento de las obligaciones establecidas por el art. 80 de la LCT, y en consecuencia, éstas deben ser observadas mediante la expedición de certificaciones que contengan específicamente la información exigida por la citada norma y por la ley 24.576(7).

4. Jurisprudencia

Capacitación y entrenamiento. Diferenciación

"...Es preciso distinguir la capacitación genérica del entrenamiento que corresponde a la actividad empresaria individual, sólo aprovechable por ésta y encarado en función de las necesidades empresarias...".

CNTrab., sala III, 26/8/1997, "Degarbo, Alicia N. c. Activa AFJP SA...".

Curso de formación profesional. Beneficio Social. Curso que continúa luego de la ruptura del vínculo

"...Es improcedente la pretensión de que el empleador, después de disuelto el vínculo laboral, continúe con el pago de un curso iniciado por el trabajador para su formación profesional, pues tal beneficio integra los enumerados en el art. 103 bis de la LCT y no ha sido acreditado que la accionada se obligara seguir sustentándolo con posterioridad a la extinción de la relación laboral...".

CNTrab., sala VII, 28/2/2007, "Madile, Fernando c. Tigre Argentina SA", LLAR/JUR/367/2007.

Formación profesional del trabajador y facultad de dirección del empleador

"...El actor, fue contratado para prestar un servicio para la empresa, en el cumplimiento de los fines que ésta se propuso. No consistió el contrato de una beca, que tuviera como finalidad posibilitarle al accionante (como si fuera un becario) su formación profesional y, más expresamente, en el caso de autos, poder incrementar su conocimiento en una materia determinada para poder luego utilizarlo para otros empleadores. Estimo que no es esa, la finalidad del contrato de trabajo y que esa opinión, pueda ser esgrimida para limitar las facultades de organización y de dirección de la tarea a cargo del empleador...".

CNTrab., sala I, 17/6/1999, "Goijman, Alfredo P. c. Telam SA", DT, 1999-B-1548.

Capacitación. Requisito del certificado del art. 80 de la LCT. Multa

"... Procede hacer lugar a la indemnización establecida en el art. 80 de la Ley de Contrato de Trabajo, en tanto las certificaciones acompañadas por el empleador no cumplimentan los recaudos establecidos en el mencionado artículo, pues, no indica la formación profesional adquirida por el trabajador de acuerdo con la modificación introducida por la ley 24.576 —Formación profesional—, hubiere o no realizado acciones regulares de capacitación...".

CNTrab., sala X, "García Ruhstaller, Facundo Martín c. Disco SA", DT, 2010 (julio), 1730.

TÍTULO III De las modalidades del contrato de trabajo

CAPÍTULO I Principios generales

Indeterminación del plazo

Art. 90. — El contrato de trabajo se entenderá celebrado por tiempo indeterminado, salvo que su término resulte de las siguientes circunstancias:

a) Que se haya fijado en forma expresa y por escrito el tiempo de su duración;

b) Que las modalidades de las tareas o de la actividad, razonablemente apreciadas, así lo justifiquen.

La formalización de contratos por plazo determinado en forma sucesiva, que exceda de las exigencias previstas en el apartado b) de este artículo, convierte al contrato en uno por tiempo indeterminado.

Alcance

Art. 91. — El contrato por tiempo indeterminado dura hasta que el trabajador se encuentre en condiciones de gozar de los beneficios que le asignan los regímenes de seguridad social, por límites de edad y años de servicios, salvo que se configuren algunas de las causales de extinción previstas en la presente ley.

Prueba

Art. 92. — La carga de la prueba de que el contrato es por tiempo determinado estará a cargo del empleador.

Art. 92 Bis. — El contrato de trabajo por tiempo indeterminado, excepto el referido en el art. 96, 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.

El período de prueba se regirá por las siguientes reglas:

1. Un empleador no puede contratar a un mismo trabajador, más de una vez, utilizando el período de prueba. De hacerlo, se considerará de pleno derecho, que el empleador ha renunciado al período de prueba.

2. El uso abusivo del período de prueba con el objeto de evitar la efectivización de trabajadores será pasible de las sanciones previstas en los regímenes sobre infracciones a las leyes de trabajo. En especial, se considerará abusiva la conducta del empleador que contratare sucesivamente a distintos trabajadores para un mismo puesto de trabajo de naturaleza permanente.

3. El empleador debe registrar al trabajador que comienza su relación laboral por el período de prueba. Caso contrario, sin perjuicio de las consecuencias que se deriven de ese incumplimiento, se entenderá de pleno derecho que ha renunciado a dicho período.

4. Las partes tienen los derechos y obligaciones propias de la relación laboral, con las excepciones que se establecen en este artículo. Tal reconocimiento respecto del trabajador incluye los derechos sindicales.

5. Las partes están obligadas al pago de los aportes y contribuciones a la Seguridad Social.

6. El trabajador tiene derecho, durante el período de prueba, a las prestaciones por accidente o enfermedad del trabajo. También por accidente o enfermedad inculpable, que perdurará exclusivamente hasta la finalización del período de prueba si el empleador rescindiere el contrato de trabajo durante ese lapso. Queda excluida la aplicación de lo prescripto en el cuarto párrafo del artículo 212.

7. El período de prueba, se computará como tiempo de servicio a todos los efectos laborales y de la Seguridad Social.

Art. 92 Ter. — Contrato de trabajo a tiempo parcial. (\*)

1. El contrato de trabajo a tiempo parcial es aquel en virtud del cual el trabajador se obliga a prestar servicios durante un determinado número de horas al día o a la semana, inferiores a las dos terceras (2/3) partes de la jornada habitual de la actividad. En este caso la remuneración no podrá ser inferior a la proporcional, que le corresponda a un trabajador a tiempo completo, establecida por ley o convenio colectivo, de la misma categoría o puesto de trabajo. Si la jornada pactada supera esa proporción, el empleador deberá abonar la remuneración correspondiente a un trabajador de jornada completa.

2. Los trabajadores contratados a tiempo parcial no podrán realizar horas suplementarias o extraordinarias, salvo el caso del art. 89 de la presente ley. La violación del límite de jornada establecido para el contrato a tiempo parcial, generará la obligación del empleador de abonar el salario correspondiente a la jornada completa para el mes en que se hubiere efectivizado la misma, ello sin perjuicio de otras consecuencias que se deriven de este incumplimiento.

3. Las cotizaciones a la seguridad social y las demás que se recaudan con ésta, se efectuarán en proporción a la remuneración del trabajador y serán unificadas en caso de pluriempleo. En este último supuesto, el trabajador deberá elegir entre las obras sociales a las que aporte, a aquella a la cual pertenecerá.

4. Las prestaciones de la seguridad social se determinarán reglamentariamente teniendo en cuenta el tiempo trabajado, los aportes y las contribuciones efectuadas. Los aportes y contribuciones para la obra social será la que corresponda a un trabajador, de tiempo completo de la categoría en que se desempeña el trabajador.

5. Los convenios colectivos de trabajo determinarán el porcentaje máximo de trabajadores a tiempo parcial que en cada establecimiento se desempeñarán bajo esta modalidad contractual. Asimismo, podrán establecer la prioridad de los mismos para ocupar las vacantes a tiempo completo que se produjeren en la empresa.

(\*) Art. 92 ter: sustituido por ley 26.474 (B.O. 23/1/2009).

• Comentario:

5. Principio de indeterminación del plazo. Presunción

El concepto modalidad se aplica a aquellas circunstancias que caracterizan a una relación jurídica. Así, desde el punto de vista del derecho civil, se alude a la condición (arts. 343 y ss. del Código Civil y Comercial Unificado), al plazo (arts. 350 y ss.) o al cargo (art. 354) al que puede estar sujeta una obligación o la adquisición de un derecho(8).

La LCT regula, bajo dicha denominación, distintos tipos de contratos en relación con el tiempo de su duración (por tiempo indeterminado, por tiempo determinado, a plazo fijo y eventual) o con la manera en que se ejecuta la prestación (por temporada).

En concordancia con lo dispuesto en otras normas de dicho cuerpo legal que favorecen, directa o indirectamente, el mantenimiento del vínculo, la LCT consagra en el art. 90 (al igual que el art. 27 de la ley 24.013) el principio general de la indeterminación del tiempo de duración del contrato de trabajo(9), lo que determina su subsistencia, en tanto no se configure una causa que impida su continuación(10); esto es, cuando medie una renuncia al empleo (art. 240, LCT), el mutuo acuerdo entre las partes (art. 241, LCT), un despido (art. 245, LCT), la jubilación o el fallecimiento del trabajador (arts. 252 y 248, LCT), o la muerte del empleador. En este último caso, sólo si sus condiciones legales o personales hubiesen sido la causa determinante de la contratación (art. 249 de la LCT).

Esta regla aporta ventajas al trabajador, a quien libera de la carga del desempleo, al empleador, quien obtiene dependientes más especializados y comprometidos e, indirectamente, al Estado, pues desde un punto de vista socioeconómico contribuye a la paz y al progreso de la sociedad(11).

El art. 92 de la LCT establece una suerte de presunción en favor del contrato por tiempo indeterminado, ya que dicha norma dispone que será el empleador quien deberá demostrar la existencia de una contratación por plazo fijo o eventual(12); lo que implica acreditar, respectivamente, los presupuestos fácticos exigidos por los arts. 90 o 99 de la LCT(13).

Esta disposición se aplica, de modo analógico, a los contratos por temporada (art. 96, LCT)(14).

No obstante, toda vez que la indeterminación del plazo está impuesta en favor del trabajador, cuando sea él quien sostenga que el contrato tiene un término y ello sea negado por el empleador, podrá acreditarlo (arg. art. 377, CPCCN). Tal situación podría presentarse, por ejemplo, si de ello resultarse una indemnización por despido mayor que la otorgada por el contrato por tiempo indeterminado(15).

Este principio, asimismo, propicia la conservación del contrato en aquellos casos en que se presenta alguna duda sobre la efectiva continuidad del vínculo o cuando opera un cambio de empleador, reglas expresamente contempladas por los arts. 10 y 225 de la LCT, entre otros supuestos.

No debe perderse de vista que un sector de la doctrina afirma que del principio de indeterminación del plazo resulta el carácter ilícito del despido sin causa, con el argumento de que si, como regla, el contrato debe considerarse celebrado por tiempo indeterminado, la disolución dispuesta por el empleador sin causa justificada constituye un obrar contrario a lo establecido por la ley(16).

6. Contrato por tiempo indeterminado. Alcance

La indeterminación no implica que el contrato no pueda tener un fin, ya que el derecho a la estabilidad que se genera para el trabajador con el nacimiento del vínculo, cede en nuestro sistema legal ante el derecho del empleador de poder resolver el contrato aun sin causa que lo justifique (estabilidad relativa impropia), en tanto no importe, desde ya, una decisión contraria a lo dispuesto por el art. 52 de la ley 23.551 o por el art. 1º de la ley 23.592. Nada obsta a un eventual pacto convencional de un sistema de estabilidad relativa propia, en cuyo caso, sólo podrá resolverse el vínculo si se acreditasen las causales específicamente previstas(17).

En otras palabras, el contrato de trabajo tiene vocación de perdurabilidad, aunque no se descarta que pueda cesar antes de que el trabajador esté en condiciones de obtener una de las prestaciones de la ley 24.241, sea a causa de su renuncia, despido, muerte, quiebra del empleador, etc.

Debe destacarse que si bien el art. 252 de la LCT acuerda al empleador la facultad de intimar al trabajador a que inicie sus trámites jubilatorios, no ha establecido una edad máxima para ello, por lo cual aquel podrá mantener su empleo aun cuando estuviese en condiciones de obtener una de esas prestaciones, si el empleador no adoptase la iniciativa de extinguir el contrato por dicha causal(18).

7. Período de prueba

El contrato por tiempo indeterminado (con excepción del contrato de temporada), se entiende celebrado "a prueba" durante los tres primeros meses, período en que cualquiera de las partes puede rescindir el vínculo sin expresión de causa y sin que se genere responsabilidad indemnizatoria, siempre que el interesado (sea el trabajador o el empleador) haya cumplido con la obligación de preavisar a la otra parte con una anticipación de quince días (art. 92 bis, LCT).

Por tal razón, Deveali lo ha caracterizado como un período de carencia, cuyo transcurso es necesario para que las normas tuitivas que corresponden a un contrato de trabajo por tiempo indeterminado puedan encontrar aplicación en plenitud(19).

Su finalidad es permitir al empleador apreciar las aptitudes y destrezas del trabajador y, a éste, experimentar si el empleo obtenido resulta de su conveniencia(20).

El plazo de tres meses es general y aplicable a todo tipo de empresa (incluidas las PyMES), sin que pueda ser ampliado por medio de la negociación colectiva(21).

Nada obsta a que el empleador renuncie al período de prueba o que reduzca su duración, puesto que en este caso no se vería afectado el orden público(22).

Para que el empleador pueda prevalerse del período de prueba, la ley le impone la obligación de registrar el contrato de trabajo y, asimismo, le prohíbe contratar al mismo trabajador, en más de una oportunidad, por medio del período de prueba. De lo contrario, en ambos casos se entenderá, de pleno derecho, que ha renunciado a él.

Sin embargo, en tal supuesto y acaecido el despido del trabajador, de acuerdo a la posición jurisprudencial mayoritaria, no es procedente la indemnización por despido, toda vez que el art. 245 de la LCT establece un requisito temporal específico como es que el dependiente hubiera laborado, al menos, durante tres meses(23). Por tal razón, la reparación de los daños sufridos por el trabajador en esas circunstancias deberá requerirse y valorarse según las normas que rigen en el derecho civil(24).

La norma dispone también que el empleador que contrata sucesivamente a distintos trabajadores para un mismo puesto de trabajo de naturaleza permanente incurre en una conducta equivalente a un abuso del derecho (art. 1071 del Cód. Civil, receptado con idéntico sentido por el art. 10 del CCyCN), por lo que será pasible de las sanciones previstas en los regímenes sobre infracciones a las leyes de trabajo.

Conviene recordar que el art. 6º de la ley 12.981 (estatuto especial del encargado de casa de renta) establece un período de prueba de 60 días, a partir de los cuales el trabajador comienza a gozar de estabilidad. Si bien el art. 92 bis de la LCT determina que el período de prueba se extiende durante los tres primeros meses del contrato, lo cierto es que frente a un estatuto especial que regula la actividad del trabajador, las normas del régimen común sólo podrán ser aplicables en la medida que resulten compatibles con la naturaleza y la actividad profesional de aquél (conf. art. 2º, LCT).

8. Derechos y deberes de las partes durante el período de prueba

Desde el primer día del período de prueba rigen todos los derechos y obligaciones de las partes del contrato de trabajo, con excepción —como hemos visto— del derecho a la protección de la estabilidad del trabajador, cuya adquisición queda sometida a plazo. Por tal razón, el empleador está obligado a efectuar los aportes y contribuciones previsionales y el lapso del período de prueba se computa como tiempo de servicio (art. 18, LCT).

En caso de accidentes o enfermedades profesionales (art. 13 de la ley 24.557) o inculpables (art. 208, LCT), el trabajador goza de las prestaciones pertinentes.

Si se tratara de una dolencia inculpable y el empleador decidiera la ruptura del vínculo antes de completarse el período de prueba, debe la remuneración al trabajador mientras dure su imposibilidad de prestar servicios y hasta que se totalice el plazo previsto por el art. 92 bis de la LCT(25), con excepción de la indemnización por incapacidad absoluta (art. 212, 4º párr., LCT).

Cuando se trate de una contingencia amparada por la ley 24.557, el empleador debe al dependiente la prestación dineraria correspondiente a los diez primeros días de inhabilidad temporaria, pues la prestación durante el período siguiente está a cargo de la ART (arg. art. 13 de la citada ley, de acuerdo a las pautas establecidas por el art. 6º del decreto 1694/2009), por lo que resulta irrelevante la continuidad o la finalización del contrato de trabajo.

9. Período de prueba y conductas discriminatorias

Asimismo rigen durante el período de prueba las normas que protegen a la trabajadora ante conductas discriminatorias del empleador, como por ejemplo, las que tienen por causa la maternidad o el matrimonio de aquélla, siempre que haya mediado la notificación fehaciente exigida por la LCT (arts. 177, 178 y 181).

Cuando se acredita que el despido fue dispuesto por motivos discriminatorios debe resarcirse el daño que deriva del ilícito patronal mediante una sanción económica al empleador, que deberá imponer el juez con fundamento en las normas citadas, así como en lo dispuesto por los arts. 17, 81 de la LCT y 1º de la ley 23.592(26).

Estos conceptos resultan igualmente aplicables a aquellos casos en que el trabajador fuese despedido dentro del período de prueba inmediatamente después de notificar su elección o postulación para un cargo representativo en organizaciones gremiales, pues, en tales hipótesis, es factible presumir la existencia de una razón discriminatoria en el despido, extremo que posibilita exigir al empleador que demuestre que su decisión no obedeció a una práctica discriminatoria(27).

10. Contrato a tiempo parcial

Puede definírselo como la modalidad contractual por medio de la cual el trabajador se obliga a prestar servicios durante un determinado número de horas al día o a la semana, siempre que sea inferior a las dos terceras partes de la jornada habitual de la actividad. En tal caso, el trabajador tiene derecho a una remuneración proporcional a la que corresponda a quien presta su labor a tiempo completo.

Cuando la jornada pactada entre las partes superase las dos terceras partes de la habitual de la actividad, el trabajador tendrá derecho a la remuneración por la jornada completa (art. 92 ter, inc. 1º, cfr. ley 26.474, B.O. del 23/1/2009).

La doctrina ha advertido acerca de la deficiente técnica legislativa de la norma, ya que debió haber establecido que la jornada correspondiente a esta modalidad podía ser igual o inferior a las dos terceras partes de la habitual, puesto que en numerosas ocasiones, la jornada pactada equivale, exactamente, a dicha proporción, lo que origina encendidos debates en torno a la aplicación de aquel artículo(28).

El módulo de comparación utilizado por la norma es la jornada habitual de la actividad, concepto que no sólo comprende a la establecida legalmente, sino también a aquella jornada determinada por los convenios colectivos o por los estatutos particulares.

Deben descartarse, a estos efectos, aquellos convenios colectivos que fijen una duración de tareas inferior para cierto ámbito regional o para una empresa, pues el módulo de comparación elegido por la norma es la jornada habitual de la actividad(29).

Con anterioridad a la reforma introducida por la ley 26.474, el tiempo pactado podía medirse en horas diarias, semanales o mensuales. La actual redacción del art. 92 ter, suprimió la posibilidad de efectuar el cómputo en horas mensuales y, siguiendo el criterio de la ley 11.544, solo autoriza a que se practique en horas diarias o semanales, por lo que la prestación de servicios puede cumplirse de manera continua (horizontal) o discontinua (vertical). Así, es posible que el trabajador cumpla tareas todos los días en horarios reducidos o que lo haga alternadamente durante ciertos días de la semana en jornada completa o en parte de ella(30). Nada impide que se combinen ambas alternativas, en tanto no se supere el límite máximo que la ley considera definitorio de la modalidad contractual.

En cuanto a la remuneración del trabajador a tiempo parcial, la ley establece el principio de la proporcionalidad, de la duración de las tareas con relación a la remuneración que fija la ley o el convenio colectivo para el trabajador a tiempo completo(31).

Finalmente, los trabajadores que se desempeñan bajo esta modalidad tienen vedada la realización de horas suplementarias o extraordinarias, a menos que se suscite el supuesto contemplado por el art. 89 de la LCT (peligro grave o inminente para las personas o para las cosas de la empresa). De lo contrario, el trabajador tendrá derecho al salario correspondiente a la jornada completa para el mes en que se hubiere efectivizado la extensión de la jornada parcial (art. 92 ter de la LCT, 2º inc.).

Las cotizaciones, aportes y contribuciones a los organismos de la seguridad social deben ser efectuados en proporción a la remuneración del trabajador por tiempo parcial, con excepción de los correspondientes a la obra social, que serán efectuados en base a la remuneración de un trabajador a tiempo completo, a fin que de que ambos reciban las mismas prestaciones. En caso de pluriempleo, las cotizaciones y contribuciones serán unificadas y el trabajador deberá elegir la obra social a la que pertenecerá.

Los convenios colectivos de trabajo serán los encargados de fijar el porcentaje máximo de trabajadores a tiempo parcial con los que podrá contar cada establecimiento y, de igual modo, podrán determinar la preferencia de dichos trabajadores para ocupar las vacantes a tiempo completo que se produjeren en la empresa.

Por otro lado, debe recordarse que la LCT, en su art. 198, regula el instituto de la jornada reducida, cuya extensión, menor a la fijada por la ley 11.544, puede ser establecida por contrato individual o por convenio colectivo. Este tipo de jornada admite la realización de horas extras, que son aquellas cumplidas más allá del límite fijado por el convenio colectivo, pero no las que únicamente superen el límite establecido por el contrato individual (CNTrab. Plenario nro. 226, 25/6/1981, "D'Aloi, Salvador c. Selsa SA", DT, 1981-B, 1207)(32).

Si bien durante largo tiempo se aceptó la existencia de la jornada reducida y el abono proporcional del salario correspondiente a la jornada efectivamente cumplida (con fundamento en la citada norma), la nueva redacción del art. 92 ter de la LCT ha puesto en duda no sólo aquella pacífica interpretación sino la subsistencia misma de la figura de la jornada reducida.

Quienes se inclinan por la primera opción, sostienen que aquélla no ha sido derogada y que, en consecuencia, el empleador puede considerarse con derecho a invocarla en el supuesto de excederse el tope previsto en la nueva norma, máxime cuando la resolución MTEySS 381/2009 (B.O. 12/5/2009) establece en su art. 1º que aquellas prestaciones de servicios en las que se utilizan en forma conjunta o alternada ambas modalidades contractuales —a tiempo parcial y jornada reducida—, las partes de la negociación colectiva deben determinar las formas y el alcance de su aplicación, el porcentaje máximo de los trabajadores a tiempo parcial que puede trabajar en el establecimiento y cuáles son las posiciones laborales pasibles de ser encuadradas en la restante tipología —jornada reducida—. En síntesis, postulan que en los casos en que la jornada pactada entre las partes sea superior a los 2/3 de la actividad, el contrato debe regirse por las disposiciones del art. 198 de la LCTcon el consecuente pago proporcional de los salarios devengados en función de la jornada de labor cumplida(33).

Por el contrario, un amplio sector entiende que en la actualidad ha quedado desactivada la posibilidad de pactar jornadas reducidas iguales o superiores a los dos tercios de la jornada completa de la actividad, porque el empleador debe abonar —según lo dispuesto por el art. 92 ter de la LCT— el salario correspondiente a la jornada completa y no el proporcional a las horas laboradas(34).

Incluso, hay quienes sostienen que la reforma ha derogado tácitamente el art. 198 de la LCT, puesto que cualquier jornada que exceda las 2/3 partes de la diaria o semanal habitual de la actividad, conlleva, expresamente, a que el trabajador tenga derecho a cobrar la remuneración equivalente a la jornada completa de trabajo, lo que priva de contenido a la jornada reducida en virtud de la regla de la norma más favorable (cfr. art. 9ºLCT)(35).

11. Contrato de aprendizaje(36)

La doctrina y la legislación comparada utilizan la denominación de contrato de aprendizaje para referirse al que se estipula entre un empleador y un trabajador potencial con objeto de que este último, el aprendiz, adquiera el conocimiento técnico de un oficio o profesión(37).

En nuestro país se estableció el régimen de aprendizaje y orientación profesional mediante los dec.-ley 14.538/1944 y 6648/1945. La ley 24.013 creó una nueva figura contractual de tipo laboral a plazo, relativa al régimen de formación profesional (arts. 58 y ss.). En 1995, la ley 24.465 estableció un nuevo régimen, calificó a la vinculación de relación contractual especial y le asignó carácter no laboral, pero en 1998 la ley 25.013 derogó las regulaciones anteriores y le dio nuevamente carácter laboral, pero como figura especial.

En la actualidad, este contrato está regulado por la ley 26.390 (B.O. del 24/6/2008), que modifica el art. 1º de la ley 25.013, y define al contrato de trabajo de aprendizaje como aquel que tiene una finalidad formativa teórico-práctica, la que será descripta con precisión en un programa adecuado al plazo de duración del contrato y que se celebrará por escrito entre un empleador y un joven sin empleo, de entre dieciséis (16) y veintiocho (28) años.

Es obligatoria la forma escrita y el registro del contrato, el que tendrá una duración mínima de tres (3) meses y una máxima de un (1) año. Agotado su plazo máximo, no podrá celebrarse nuevo contrato de aprendizaje respecto del mismo aprendiz.

Pueden celebrar este contrato, un empleador y un joven sin empleo, de entre dieciséis (16) y veintiocho (28) años. En cambio, no pueden ser contratados como aprendices aquellas personas que hayan tenido una relación laboral previa con el mismo empleador. Las cooperativas de trabajo y las empresas de servicios eventuales no podrán hacer uso de este contrato.

El número total de aprendices contratados no podrá superar el diez por ciento (10%) de los trabajadores contratados por tiempo indeterminado en el establecimiento de que se trate. Cuando dicho total no supere los diez (10) trabajadores será admitido un aprendiz. El empresario que no tuviere personal en relación de dependencia, también podrá contratar un aprendiz.

La jornada de trabajo de los aprendices no podrá superar las cuarenta (40) horas semanales, incluidas las correspondientes a la formación teórica. Respecto de las personas entre dieciséis (16) y dieciocho (18) años de edad se deberán aplicar las disposiciones relativas a la jornada de trabajo de los menores.

No obstante que es un contrato por tiempo determinado y con plazo cierto de vencimiento, la ley establece el instituto de preaviso, pero sólo a cargo del empleador, quien deberá preavisar con treinta (30) días de anticipación la terminación del contrato o abonar una indemnización sustitutiva de medio mes de sueldo.

El contrato se extinguirá por cumplimiento del plazo pactado; en este supuesto el empleador no estará obligado al pago de indemnización alguna al trabajador, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior. A la finalización del contrato el empleador deberá entregar al aprendiz un certificado suscripto por el responsable legal de la empresa, que acredite la experiencia o especialidad adquirida.

Si el empleador incumpliera las obligaciones establecidas en la ley el contrato se convertirá a todos sus fines en un contrato por tiempo indeterminado

12. Consejo Práctico

En caso de que el empleador invocase una causa distinta a la desaprobación del trabajador para extinguir el vínculo durante el período de prueba, la extinción sería igualmente eficaz aun cuando no acreditase el incumplimiento imputado o su gravedad, ya que esa manifestación de disconformidad resultaría suficiente indicador de su desaprobación en los términos del art. 92 bis de la LCT.

No obstante, tal como señalan Maza y Hockl, podría sostenerse que la invocación de una justa causa de despido durante los tres primeros meses del contrato implica la renuncia tácita del empleador al período de prueba, por lo que a fin de evitar una asunción de riesgos innecesaria, parece razonable no invocar otra causa que no fuese la desaprobación del trabajador(38).

13. Jurisprudencia

Indeterminación del plazo. "Presunción"

"...La metodología de designación y cobertura de cargos docentes previstas en los estatutos y reglamentaciones internos de una universidad privada, cede ante el principio de indeterminación del plazo que consagra el art. 90 de la Ley de Contrato de Trabajo, en virtud del cual todo contrato se presume celebrado por tiempo indeterminado, salvo especificas circunstancias objetivas que no han sido alegadas ni probadas en el caso...".

CNTrab., sala X, 29/2/2008, "Larrañaga, Enrique Mario c. Fundación Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires", LLAR/JUR/542/2008.

Empleador que renunció al período de prueba. Indemnizaciones. Diversos criterios

"...el accionante laboró en forma clandestina mientras duró su relación laboral y, consecuentemente, al no haberse dado cumplimiento con lo dispuesto en el apartado tercero del art. 92 bisLCT, entiendo que el empleador renunció al período de prueba allí mencionado. En este caso, el despido sin justa causa se produjo antes de los tres meses de antigüedad y...el despido injusto fuera del período de prueba debe ser indemnizado aún cuando el dependiente no haya alcanzado ese período de antigüedad. Destaco que no comparto la doctrina del Plenario nro. 218 de la CNTrab. más allá de que... la doctrina judicial precedentemente mencionada no rige en la actualidad..." (del voto del Dr. Maza, en minoría); "...cabe considerar que el empleador renunció al período de prueba y, en consecuencia, a los beneficios que a nivel indemnizatorio se derivan ante la ruptura injustificada del contrato durante el lapso previsto en dicha norma, por lo que resultan procedentes los reclamos fundados en los arts. 232 y 233, LCT. Sin embargo, del art. 245, LCT emerge una pauta temporal específica que en forma indirecta condiciona la percepción de la indemnización por antigüedad allí prevista... Sobre idéntica pauta, la Cámara en Pleno ha sentado criterio en el Fallo Plenario nro. 218 dictado in re 'Sawady c. SADAIC'... A mi juicio... el mencionado plenario recobró actualidad a partir del dictado de la ley 25.877 que derogó el art. 7º de la ley 25.013 puesto que con la actual redacción se mantiene idéntica pauta temporal a la prevista en el texto vigente en el año 1979 para la determinación de la antigüedad mínima computable a los efectos de tornar procedente la indemnización por antigüedad prevista en el art. 245, LCT (ex art. 266, ley 20.744)..." y "...del hecho de que en función de lo dispuesto en el art. 245, LCT según la interpretación plenaria antes aludida, se siga la improcedencia de un reclamo sustentado en dicha norma, no necesariamente se sigue la imposibilidad de resarcir el daño causado al trabajador injustamente despedido durante los primeros meses de la relación, por ello... en todo caso, deberá requerirse y evaluarse según las normas que rigen en el derecho civil..." (del voto de la Dra. González, en mayoría).

CNTrab., sala II, 3/3/2010, "Rossi, Carlos Alberto c. Segloc SA".

Período de prueba. Embarazo. Protección

"Aún tratándose de un contrato a prueba (art. 92 bisLCT) rige la protección consagrada por los arts. 177 y 178 de dicho ordenamiento legal. En tal caso la trabajadora afectada deberá probar que la cesantía constituye una práctica discriminatoria, que fue la maternidad el motivo determinante del despido dispuesto por el empresario, sin dejar dudas acerca de que se configuró un acto de discriminación. Por su parte, el empresario deberá demostrar que no discriminó o que ha mediado una razón objetiva no discriminatoria para extinguir el vínculo".

CNTrab., sala III, 5/3/1998, "Guisado de Jacbos, P. c. K. B. Servicios SA", TySS, 1998-1037.

Período de prueba. Embarazo. Carga de la prueba

"Si la trabajadora embarazada fue despedida durante el período de prueba debe acreditar que la maternidad fue el motivo determinante del despido dispuesto por el empresario, sin dejar dudas que se configure un acto discriminatorio, y sin poder invocar en su beneficio la presunción del art. 178 de la Ley de Contrato de Trabajo".

CNTrab., sala III, 29/2/2000, "Smorzeñuk, Graciela M. c. Olea, José M. y otros", DT, 2000-B-1981, con nota de Carlos Pose.

Período de prueba. Embarazo. Carga de la prueba

"...La facultad discrecional del empleador de despedir sin tener que afrontar ninguna responsabilidad indemnizatoria derivada del distracto durante el período de prueba contemplado por el art. 92 bis de la LCT colisiona con el art. 14 bis de la C.N. y con normativa de jerarquía constitucional y supra legal (convenios 103, 111 de la O.I.T. y Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer) (conf. art. 75, inc. 22 de la C.N.) que protege a las mujeres trabajadoras de prácticas discriminatorias. La facultad de despedir en las condiciones que establece el mencionado dispositivo encuentra reparo ante la notificación que la trabajadora efectúe denunciando su embarazo. En tal caso recae sobre el empleador la carga de demostrar que el despido 'sin causa' no obedeció a una práctica discriminatoria y que se debió a que la trabajadora no pasó satisfactoriamente el período de prueba (ver 'Ley de Contrato de Trabajo Comentada', dirigida por Miguel Ángel Maza, págs. 158/159, La Ley)...".

CNTrab., sala X, 15/7/2011, "Parra Zuñiga, Tannya Lorena c. Cardinal Servicios Integrales SA".

Contrato a tiempo parcial. Carga de la prueba

"...Los contratos de trabajo a tiempo parcial constituyen una modalidad de excepción que, como tal, debe estar sujeta a prueba estricta por parte de quien la invoca...".

CNTrab., sala VI, 25/10/2005, "Blanco, Osvaldo E. c. Consolidar Art SA", LLAR/JUR/5703/2005.

Contrato a tiempo parcial y jornada reducida. Diferenciación

"...De los propios dichos del actor surge que el límite de la jornada cumplida y para la cual habría sido contratado de siete horas diarias y de 35 semanales supera el límite de dos tercios de la jornada habitual de la actividad por lo que considero que resulta aplicable, en el caso, lo dispuesto en el 198 de la LCT y no en la norma ut supra transcripta... Lo que constituye objeto de análisis es, entonces, si corresponde abonar por tal jornada el sueldo correspondiente al trabajador que cumple jornada completa a la actora, quien percibía su salario por siete horas diarias... En definitiva, considero que, de estar al horario que el actor dijo haber laborado, y toda vez que no se reclaman diferencias salariales en virtud del mismo —esto es, trabajo realizado y no remunerado— sino que lo que concretamente se peticiona es que se pague el salario correspondiente a jornada completa pero solo por la pretendida aplicación de lo dispuesto en el art. 92 ter de la LCT, tal pretensión resulta inatendible en el caso en virtud de que es aplicable lo dispuesto en el 198 de la LCT...".

CNTrab., sala II, 31/3/2014, "Martins, Enrique c. Bergesio, Mariano César".

Contrato a tiempo parcial. Prestación superior a las 2/3 partes de la jornada habitual de la actividad. Contrato de tiempo completo y no de tiempo parcial

"...no es en vano recordar que LCT contempla la posibilidad de contratación a tiempo parcial, estableciendo en el art. 92 ter que dicho contrato es aquel en virtud del cual el trabajador se obliga a prestar servicios durante un determinado número de horas al día o a la semana, imponiendo como límite que dicha cantidad sea inferior a las dos terceras partes de la jornada habitual de la actividad... Sentado ello, y atento que el trabajador cumplía una jornada de 6 hs. diarias de lunes a sábado, y siendo que lo en esencia cuestiona el recurrente es el rechazo de las diferencias por entender que corresponde que se le abonen al actor los respectivos haberes en un 100% por cuanto la jornada cumplida superaba la de un contrato a tiempo parcial y que en consecuencia no procedía la reducción del haber, se impone hacer lugar al agravio, toda vez que no puede aplicarse los efectos de la contratación a tiempo parcial a la relación mantenida entre las partes en litigio y por lo tanto cabe tener al contrato de la actora como de tiempo completo. Ello es así por cuanto la jornada real superaba la legal en 40 minutos, y esos minutos en más trabajados por el actor en relación a la jornada que permite la modalidad de contratación que pretende hacer valer el empleador, son horas extras, expresamente prohibidas por el art. 92 ter, inc. 2º de la LCT, salvo el supuesto del art. 89 que en autos no se invoca ni se demuestra...".

ST Santiago del Estero, sala Criminal, Comercial y Minas, 17/5/2011, "Jorge Raúl Alberto c. Ciappino, Héctor Aníbal y otro", LLNOA, 2011 (noviembre), 1057, con nota de Sebastián Serrano Alou; DJ, 30/11/2011, 49.

Contrato a tiempo parcial. Aplicación art. 92 ter. Contrato de tiempo completo y no de tiempo parcial

"...un mero cálculo aritmético demuestra que las 2/3 partes de 48 equivale a 32, y por lo tanto, probado que el actor trabajaba 36 hs. semanales, no cabe duda que a partir de enero de 2009 le correspondía percibir el salario por jornada completa...".

CNTrab., sala VII, 18/12/2012, "Ravera, Matías Javier c. Jumbo Retail Argentina SA".

Contrato a tiempo parcial. Aplicación art. 92 ter. Jornada cumplida por el trabajador superior a los dos tercios de la jornada convencional

"...La cantidad de horas trabajadas por el actor ha sido superior a los dos tercios de la jornada convencional aplicable, de este modo, corresponde que se compute una jornada completa devengándose la remuneración establecida en el CCT vigente. Recordemos el art. 92 ter de la LCT "... Si la jornada pactada supera esa proporción, el empleador deberá abonar la remuneración correspondiente a un trabajador de jornada completa...". Conforme la norma que invoca (la demandada, art. 198LCT) por aplicación del art. 9ºLCT, corresponde encuadrar la relación dentro de la normativa que resulta más favorable para la parte actora... Siendo ello así, resulta ajustado a derecho, establecer que en tanto la cantidad de horas trabajadas superó los dos tercios; corresponde se compute una jornada completa devengándose la remuneración dispuesta en el convenio colectivo vigente...".

CNTrab., sala VII, 7/4/2016,Gerstner, Sergio Daniel c. Hy Cite B.A. S.R.L. y otro, LA LEY, 18/8/2016 , p. 6; LA LEY, 2016-D , 662.

Inexistencia de contrato de aprendizaje

"Debe concluirse que estamos en presencia de una relación laboral bajo relación de dependencia y no bajo un contrato de trabajo de aprendizaje, si era la demandada la única titular del negocio y quién ponía el lugar físico, maquinarias y demás elementos que se necesitaban para llevar adelante la explotación del taller de costura, cuyos productos comercializaba con terceros, mientras que la actora, se insertó en esa pequeña estructura empresaria, poniendo únicamente su fuerza y tiempo de trabajo 'de costurera', por varios meses y en jornadas legales diarias, en beneficio de ese negocio".

CNTrab., General Roca, 4/8/2010, "Nahuelan, Inés Mabel c. Lino, Olga", LLAR/JUR/44074/2010.

Inexistencia de contrato de aprendizaje

"Debe concluirse que entre las partes medió un contrato por tiempo indeterminado, ya que el empleador no acreditó la autenticidad de los contratos de aprendizaje aportados, ni demostró la existencia de los presupuestos establecidos en los arts. 90 y 92 de la Ley de Contrato de Trabajo".

CNTrab., sala IX, 29/6/2010, "Austiniano, Leonardo Carlos c. Correo Oficial de la República Argentina SA", LLAR/JUR/32329/2010.

Inexistencia de contrato de aprendizaje

"Procede concluir que desde el inicio de la relación laboral habida con la sociedad demandada, el trabajador se desempeñó como periodista, pues, no se logró justificar el contrato a prueba que se le hizo suscribir, ni menos aún los sucesivos contratos a plazo fijo, y no resulta oponible a él ni argumento para desligarse de responsabilidad, la formación de un programa escuela dentro de la radio, en tanto resulta inadmisible que luego de varios años de prestar tareas—en el caso, diez años— se pretenda seguir calificando de aprendiz al trabajador".

CNTrab., sala I, 25/11/2009, "Ilardo, Carlos Alberto c. LS4 Radio Continental SA", LLAR/JUR/47517/2009.

Inexistencia de contrato de aprendizaje

"Es improcedente tener por acreditada la existencia de un contrato de aprendizaje entre las partes, ya que si bien la demandada sostuvo que quedó demostrado que el actor recibió la capacitación motivo del contrato, no se ha consignado en el mismo la carga horaria que permita establecer que no se excedían las 36 horas semanales ni se han aportado elementos para establecer el cupo de contratación de aprendices en función del número total de trabajadores del establecimiento".

CNTrab., sala I, 22/9/2009, "Albella, Jorge Damián c. Murtesco SA y otros", LLAR/JUR/38448/2009.

Inexistencia de contrato de aprendizaje

"Estando reconocida la efectiva realización de tareas por parte de un estudiante de derecho en el estudio jurídico del abogado accionado, en forma personal e indelegable, y dado que éste invocó la existencia de un contrato de aprendizaje, es procedente considerar que tal relación tuvo carácter laboral, teniendo en cuenta la inexistencia de constancia alguna relativa a la celebración del acuerdo por escrito y de su duración".

CNTrab., sala III, 12/3/2008, "Cisneros, Ramón Alberto c. Sayago, Antonio Héctor", LLAR/JUR/1171/2008.

CAPÍTULO II Del contrato de trabajo a plazo fijo

Duración

Art. 93. — El contrato de trabajo a plazo fijo durará hasta el vencimiento del plazo convenido, no pudiendo celebrarse por más de cinco (5) años.

Deber de preavisar. Conversión del contrato

Art. 94. — Las partes deberán preavisar la extinción del contrato con antelación no menor de un (1) mes ni mayor de dos (2), respecto de la expiración del plazo convenido, salvo en aquellos casos en que el contrato sea por tiempo determinado y su duración sea inferior a un (1) mes. Aquella que lo omitiera, se entenderá que acepta la conversión del mismo como de plazo indeterminado, salvo acto expreso de renovación de un plazo igual o distinto del previsto originariamente, y sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 90, segunda parte de esta ley.

Despido antes del vencimiento del plazo. Indemnización

Art. 95. — 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 lo que, a falta de demostración, fije el juez o tribunal prudencialmente, por la sola ruptura anticipada del contrato.

Cuando la extinción del contrato se produjere mediante preaviso, y estando el contrato íntegramente cumplido el trabajador recibirá una suma de dinero equivalente a la indemnización prevista en el art. 250 de esta ley.

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.

• Comentario:

14. Contrato por plazo fijo. Requisitos Generales

El contrato de trabajo a plazo fijo tiene una duración convenida de antemano por las partes de modo expreso. El art. 90 de la LCT prevé una excepción al principio de indeterminación del plazo, ya que establece cuáles son los requisitos de fondo y forma para que un contrato por plazo fijo resulte válido.

Los requisitos formales son: a) instrumentación por escrito: De no cumplirse, el contrato se reputará como celebrado por tiempo indeterminado; b) indicación expresa del tiempo de duración: Debe consignarse en el contrato un plazo de duración que puede ser cierto(39), en tanto se haya fijado en forma expresa y precisa el momento de su expiración, o incierto, en la medida que su extinción haya quedado supeditada al agotamiento de la tarea en vista a la cual fue celebrado(40). Algunos autores sostienen, por el contrario, que sólo podría tratarse de un plazo cierto, en tanto uno incierto implicaría la celebración de un contrato eventual(41). Sin embargo, Centeno señala que de las circunstancias del caso relativas a las tareas o a la actividad a que se afecte al trabajador, razonablemente apreciadas, podrá inferirse la existencia de un contrato a tiempo determinado que, en caso de que no se hubiese convenido expresamente su terminación, será de plazo incierto(42). Sin perjuicio de ello, y en rigor de verdad, el requisito sustancial para la validez de esta modalidad de contratación es: c) la existencia de razones objetivas fundadas en las características de las tareas o de la actividad de que se trate que justifiquen la temporalidad de la contratación, pues no basta a tal efecto la voluntad de las partes de vincularse por medio de este tipo de contrato.

Según la tendencia doctrinaria y jurisprudencial mayoritaria, los requisitos apuntados son acumulativos y no alternativos, es decir, deben darse conjuntamente para que el contrato se considere celebrado a término(43).

La justificación objetiva debe mantenerse en las sucesivas renovaciones del contrato por plazo determinado. De lo contrario, se convertirá en uno por tiempo indeterminado (art. 90 in fine de la LCT).

La duración máxima del contrato por plazo fijo es de cinco años, se trate de un único contrato o bien de varios celebrados de modo sucesivo. Si se supera ese tope, el contrato se convertirá en uno por tiempo indeterminado(44) (salvo que al trabajador le resultase conveniente el plazo superior). El empleador, por su parte, no puede hacer valer un plazo mayor al previsto por la ley, pues dicha cláusula sería nula (arts. 13, 40 y 43, LCT).

No debe olvidarse que la duración máxima es fijada por la ley en beneficio del trabajador, ya que pendiente el plazo convenido, no puede resolverse el vínculo sino por acuerdo de partes o bien por una justa causa de rescisión.

15. Preaviso. Conversión del contrato

Cada parte debe preavisar a la otra de la extinción del contrato dentro del período establecido por el art. 94 de la LCT, a menos que su duración haya sido inferior a un mes.

La ley entiende que quien lo omite acepta la conversión del contrato a término en uno por tiempo indeterminado, salvo acto expreso de renovación y siempre que no se supere el máximo de cinco años de duración (arts. 90, segunda parte y 93 de la LCT).

En esta modalidad, el preaviso cumple una función distinta a la que se le asigna en el régimen común, pues más que anoticiar a la contraparte de la finalización del vínculo, se encarga de evitar su tácita reconducción en uno por tiempo indeterminado(45).

La jurisprudencia se ha pronunciado en forma unánime por la invalidez del preaviso otorgado al concertarse el contrato(46), aunque hay quien sostiene que ello es viable cuando el contrato tiene una duración de uno o dos meses, que constituyen los límites mínimo y máximo legalmente contemplados(47).

16. Régimen indemnizatorio

El despido incausado o indirecto decidido antes del vencimiento del contrato a plazo (ruptura ante tempus), habilita el reclamo de dos resarcimientos acumulables: la indemnización por antigüedad (art. 245, LCT) y la reparación por daño emergente y lucro cesante con fundamento en el derecho civil, resarcimiento que generalmente se gradúa de acuerdo a los salarios dejados de percibir hasta el vencimiento del plazo convenido; sin perjuicio de que el juez o el tribunal podrá fijar, de acuerdo a las circunstancias acreditadas en cada caso, una suma mayor o menor.

No debe perderse de vista que el art. 95 de la LCT reconoce a la parte damnificada los daños y perjuicios presuntos, puesto que aun cuando ellos no se hubiesen demostrado, el juez o tribunal interviniente deberá fijarlos prudencialmente ante la sola ruptura anticipada del contrato. Dicha disposición coincide, como ha señalado autorizada doctrina, con lo dispuesto por el art. 1744 del Código Civil y Comercial Unificado, norma que reconoce la reparación presuntiva cuando así lo autorice la ley(48).

No debe olvidarse que a ese daño material deberá adicionarse el daño moral producido, de acuerdo a la índole del hecho generador de la responsabilidad y las circunstancias del caso (cfr. art. 1741 del CCyCN).

No resultan aplicables a la ruptura anticipada de un contrato a plazo fijo, por el contrario, las normas que regulan la indemnización sustitutiva del preaviso para el contrato por tiempo indeterminado (esto es, las disposiciones de los arts. 231, 232 y 233 de la LCT)(49), puesto que el resarcimiento por tal concepto está regulado especialmente en el tercer párrafo del citado art. 95, en cuanto dispone que si el plazo faltante para el cumplimiento del contrato es mayor o igual al que corresponde por preaviso, la indemnización por daño suplirá a la debida por la omisión de su otorgamiento, siempre que el monto reconocido fuese superior o igual a los salarios que deberían devengarse durante dicho período. De otro modo, se superpondrían dos indemnizaciones por la misma causa (lucro cesante e indemnización sustitutiva de preaviso).

Aun cuando se otorgue el correspondiente preaviso y el contrato se cumpla en su totalidad, el empleador debe al trabajador una compensación por tiempo de servicio equivalente a la indemnización prevista por el art. 247 de la LCT (art. 250, LCT), a pesar de que no haya mediado acto ilícito de su parte. La única condición para la procedencia de la indemnización es que el contrato se haya extendido, por lo menos, durante un año.

Desde ya, nada obsta a que el contrato por plazo fijo sea extinguido por el empleador con justa causa. En este supuesto, la disolución opera de modo inmediato y el trabajador no tiene derecho, en principio, a indemnización alguna.

Finalmente explica Etala que aunque no esté expresamente previsto por el texto legal, la indemnización por daños también puede ser reclamada por el empleador, con la única salvedad de que, en este caso, deberán utilizarse otros criterios para determinar el daño presuntivo, como, por ejemplo, la producción perdida o los perjuicios derivados de la falta de prestación de servicios del trabajador, de acuerdo a sus condiciones artísticas, profesionales o técnicas irremplazables(50).

17. Jurisprudencia

Contrato por plazo fijo. Requisitos. Acumulación

"...Las condiciones establecidas en el art. 90 de la Ley de Contrato de Trabajo, para que se considere la existencia de contrato de trabajo a plazo fijo son acumulativas y no alternativas, es que la mera formación por escrito de la contratación no es suficiente para aceptar la validez de tal modalidad, criterio respecto del cual existe un plenario virtual entre las diversas salas de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo...".

CNTrab., sala V, 21/10/1986, "García, Liliana A. c. Blusana, SA", DT, 1987-A-46.

Productor de programa de TV

"...Si las tareas, de responsable de producción en los términos del CCT 236/97 'E', para las cuales fue contratado un trabajador estaban vinculadas exclusivamente a un solo programa de televisión, ello permite tener por acreditada la exigencia del art. 90 de la Ley de Contrato de Trabajo y con ella la justificación tanto de la renovación de los sucesivos contratos como de la extinción del vínculo al concluirse el plazo pactado previo otorgamiento del respectivo preaviso...".

CNTrab., sala I, 25/4/2012, "Talazac, Bárbara Ámbar c. Sistemas Nacional de Medios Públicos Sociedad del Estado S.N.M.P. S.E.", LLAR/JUR/14823/2012.

Licencias por enfermedad

"...El art. 90, inc. b) de la LCT, no sólo aspira a conjurar fraudes, sino también a establecer modalidades contractuales diseñadas para responder a necesidades de económicas de la empresa. En tal sentido, se halla dentro de las facultades establecidas por los arts. 65 y 68 de la LCT, el contratar personas a plazo fijo para ocupar las bajas transitorias de trabajadores que se hallan con licencia por enfermedad...".

CNTrab., sala VIII, 31/5/1989, "Vera, Juan D. c. Copinco Investigaciones SA".

Reemplazo de personal. Enunciación vaga

"...En el marco legal previsto por el inc. b) del art. 90 de la LCT, si la modalidad escogida es la del contrato de trabajo celebrado a plazo fijo, no es suficiente una enunciación vaga en el texto del contrato tal como el reemplazo de personal en un determinado período, pues debe exigirse que se individualice al reemplazado —o reemplazados— ya que, obviamente, la fijación de un plazo cierto supone que el objeto del contrato es reemplazar a personas determinadas, e incumplido tal recaudo en el texto del contrato, si el empleador pretende demostrar que se reunían los requisitos necesarios para considerar ajustado a derecho el contrato a plazo determinado, debe invocar concreta y certeramente a quién o quiénes había reemplazado efectivamente el trabajador y luego probar sus afirmaciones en los términos del art. 377 del Cód. Procesal...".

CNTrab., sala X, 26/8/1996, "Ramírez, Juan D. c. Copinco Invest. SA", DT, 1997-A-92.

Renovación sucesiva de contratos. Validez. Obra de teatro

"...Si la sucesiva renovación de contratos a plazo estuvo sujeta al éxito de la obra teatral en la que se desempeñaban los actores, cabe concluir que la suscripción continuada de dichos contratos, no configuró la situación contemplada en el último párrafo del art. 90 de la Ley de Contrato de Trabajo, en tanto no se excedieron las exigencias previstas en el inc. b) de dicha norma legal...".

CNTrab., sala VIII, 23/10/1997, "Lupardo, Sergio O. y otros c. Bim Bam Bum Producciones SA", DJ, 1998-3-146.

Renovación sucesiva de contratos. Invalidez. Repartidor de correo

"...Debe ser calificado como de tiempo indeterminado en los términos del art. 90 de la ley 20.744 el contrato de trabajo de un distribuidor de correo que fue suscribiendo contratos a plazo fijo en forma sucesiva durante tres años, pues, si bien esa modalidad puede ser utilizada durante un término máximo de cinco años, la demandada no logró acreditar que la causa objetiva invocada —reordenar el sistema de distribución— fuese de tal trascendencia como para requerir el servicio de un empleado adicional por un plazo determinado, así como tampoco que esa 'circunstancia extraordinaria' se haya mantenido inmodificable durante los años que duró la relación laboral...".

CNTrab., sala III, 23/7/2013, "Montoya, Mario Oscar Norberto c. Correo Oficial de la República Argentina SA", DT, 2014 (febrero), 330 con nota de Juan José Etala (h.).

Preaviso otorgado al iniciar el contrato. Invalidez

"...No es válido el preaviso otorgado al concertarse el contrato de trabajo a plazo fijo por 4 meses...".

CNTrab. en pleno, 5/10/1972, "Natale, Susana E. c. Bonafide SA", DT, 1972-789.

Extinción ante-tempus. Demostración de una extensión distinta del daño

"...Si bien el art. 95 de la Ley de Contrato de Trabajo, confiere al empleado, ante la ruptura anticipada e incausada del contrato de trabajo a plazo fijo, el derecho al cobro de un resarcimiento de daños y perjuicios a determinar por los jueces en función directa de los que se justifique haber sufrido o los que, a falta de demostración —y con arreglo al reclamo del accionante— fije el juez o tribunal prudencialmente por la sola ruptura anticipada del contrato, nada obsta a que el principal demuestre en juicio que el daño se sufrió en menor medida o simplemente que no existió...".

SC Buenos Aires, 3/3/1992, "Paillacheo Ojeda, R. c. Jáuregui y Cía. SA", DJ, 1992-2-631; DJBA, 143-5360.

CAPÍTULO III Del contrato de trabajo de temporada

Caracterización

Art. 96.— Habrá contrato de trabajo de temporada 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.

Equiparación a los contratos a plazo fijo. Permanencia

Art. 97. — El despido sin causa del trabajador, pendientes 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 art. 95, primer párrafo, de esta ley.

El trabajador adquiere los derechos que esta ley asigna a los trabajadores permanentes de prestación continua, a partir de su contratación en la primera temporada, si ello respondiera a necesidades también permanentes de la empresa o explotación ejercida, con la modalidad prevista en este capítulo.

Art. 98. — Con una antelación no menor a treinta (30) días respecto del inicio de cada temporada, el empleador deberá notificar en forma personal o por medios públicos idóneos a los trabajadores de su voluntad de reiterar la relación o contrato en los términos del ciclo anterior. El trabajador deberá manifestar su decisión de continuar o no la relación laboral en un plazo de cinco (5) días de notificado, sea por escrito o presentándose ante el empleador. En caso que el empleador no cursara la notificación a que se hace referencia en el párrafo anterior, se considerará que rescinde unilateralmente el contrato y, por lo tanto, responderá por las consecuencias de la extinción del mismo.

• Comentario:

18. Contrato por temporada. Clasificación

Es un contrato por tiempo indeterminado, aunque de prestaciones discontinuas que están sujetas a repetirse cíclicamente a causa de la naturaleza de la actividad.

Debe destacarse que la discontinuidad de las prestaciones no obedece a la voluntad de las partes, sino a necesidades permanentes de la empresa, que se desarrollan sólo en determinadas épocas del año, repitiéndose, de modo sucesivo, por tiempo indefinido(51).

La diferencia con el contrato por tiempo determinado (a plazo fijo o eventual) es que en estos casos el evento que lo origina no está sujeto a repetirse, mientras que en las contrataciones de temporada el objeto no se agota durante el período de prestación e indefectiblemente volverá a existir la necesidad de su satisfacción(52).

Durante el período de actividad, el contrato se desenvuelve plenamente. A su finalización, comienza el período de receso, ya que las obligaciones de prestación a cargo de las partes se suspenden hasta la llegada de la próxima temporada. No obstante, la vinculación contractual y las obligaciones de conducta que de ella emergen, tales como la buena fe, la fidelidad, etc., se mantienen latentes, al punto que su incumplimiento podría dar lugar a una extinción causada del contrato durante el período recesivo.

Se ha distinguido en doctrina entre los trabajos de temporada típicos y los atípicos. Los primeros corresponden a actividades que exclusivamente se realizan en un momento del año (zafra, vendimia, hoteles y negocios que sólo abren sus puertas durante la temporada estival), mientras que los atípicos se celebran en actividades que, aunque se mantienen todo el año, se incrementan en forma regular y repetida durante una parte de él (hoteles que no cierran fuera de la temporada turística, empresas que fabrican productos de consumo estacional, etc.). En estos casos los límites de la temporada resultan imprecisos, ya que junto al plantel de prestación continua, se desempeña —durante el ciclo— el personal de temporada(53).

Cuando se trata de un contrato típico, la prolongación del trabajo no importa la modificación del carácter del vínculo. En cambio, la jurisprudencia mayoritaria ha determinado que si es un contrato atípico y se convino un aviso previo acerca del término de la temporada, la omisión de su otorgamiento o la prolongación de la prestación más allá de la fecha prevista, convierte la relación en un contrato de prestación continua(54). Debe destacarse, asimismo, la existencia de regulaciones convencionales que prevén la cantidad exacta de días de trabajo al año a partir de la cual opera tal modificación(55).

Si bien se trata de un contrato por tiempo indeterminado, el art. 92 bis de la LCT excluye a su respecto el período de prueba.

Como en toda otra modalidad contractual, en principio el trabajo prestado por el dependiente se considera realizado por tiempo indeterminado y bajo la forma de prestaciones continuas, por lo que la prueba de que se trata de un contrato de temporada corresponderá siempre al empleador(56).

Los trabajadores de temporada tienen derecho a un período anual de vacaciones al concluir cada ciclo de trabajo, cuya extensión se gradúa en proporción de un día de descanso por cada veinte días de trabajo efectivo (arts. 163 y 153, LCT). Su pago, al igual que el del sueldo anual complementario, debe efectuarse en ese momento(57).

Si el trabajador falleciera durante el receso, sus derechohabientes pueden reclamar la indemnización del art. 248 de la LCT. Por el contrario, durante ese lapso no procede el pago de las asignaciones familiares y se limita el pago de salarios por enfermedad o accidente inculpable al período efectivamente trabajado(58). Este criterio es igualmente aplicable a la protección de la mujer trabajadora en materia de matrimonio y embarazo(59).

19. Reinicio de la temporada. Comportamiento de las partes

El empleador debe notificar a los trabajadores en forma personal o por un medio público idóneo su voluntad de reiniciar la relación en los términos del ciclo anterior, con una anticipación mínima de treinta días al inicio de la temporada. De lo contrario, se entiende que decidió extinguir el contrato de modo incausado, lo que genera su responsabilidad indemnizatoria (art. 98, LCT).

Los medios públicos idóneos son aquellos que resultan aptos para hacer llegar el mensaje al destinatario, sin que ello implique la necesidad de acreditar que, efectivamente, llegó a su conocimiento (televisión, radio, prensa, etc.)(60). No obstante, jurisprudencialmente se ha condicionado la aptitud del medio elegido a que el trabajador tenga noticia cierta acerca del día y del medio en que la convocatoria ha de publicarse(61).

El trabajador debe responder dentro de los cinco días, sea por escrito o presentándose en el lugar de trabajo. Si bien la norma no prevé sanción alguna para el caso de que no lo haga, se ha dicho que ante el silencio del dependiente y la falta de medidas por parte del empleador para que reinicie la temporada, la situación puede encuadrarse en el supuesto de la extinción por mutuo acuerdo tácito (art. 241, último párr., LCT). De mediar una intimación fehaciente por parte del empleador, podría configurarse un abandono del trabajo (art. 244, LCT).

Como señala autorizada doctrina, en los últimos tiempos se ha implementado una práctica que aleja las dudas que origina el texto de la ley en torno a notificación del comienzo de la temporada: teniendo en cuenta que el citado art. 98 sólo exige que la comunicación se efectúe con anterioridad a los treinta días previos al reinicio (sin ninguna otra limitación temporal), los empleadores notifican a los trabajadores, antes de finalizar la temporada en curso, cuándo comenzará la siguiente, dejando aquellos constancia que continuarán prestando servicios durante su curso(62).

20. Régimen indemnizatorio

Desde la primera contratación, los trabajadores por temporada gozan de la protección contra el despido sin causa, pues debe tenerse presente que se trata de un vínculo de carácter permanente, aunque con prestación discontinua (art. 97, LCT).

Si el empleador dispone el despido sin causa del trabajador por temporada durante el período de actividad, la ley equipara la situación a la de una ruptura anticipada y arbitraria de un contrato a plazo fijo, por lo que el trabajador es acreedor a la indemnización por antigüedad y a la de daños y perjuicios del derecho común, cuyo monto debe contemplar a la indemnización sustitutiva de preaviso (art. 95, 3º párr., LCT).

En cambio, si la extinción es dispuesta durante el período de receso, el trabajador se hace acreedor de las indemnizaciones de los arts. 232, 233 y 245 de la LCT.

La antigüedad del trabajador por temporada debe computarse de acuerdo al tiempo efectivamente trabajado desde el comienzo de la vinculación, es decir, sólo se considerarán al efecto los períodos de actividad de la explotación (art. 18, LCT y CNTrab. en pleno, 13/5/1959, "Bonanata, Gorizia c. Nestlé SA", Plenario nro. 50, DT, 1959-383).

21. Trabajo rural y temporada. Ley 26.727

La sanción de la ley 26.727 (B.O. 28/12/2011), actual marco regulatorio del trabajo rural, admite —a diferencia del régimen existente hasta ese momento— la aplicación supletoria de la ley de contrato de trabajo, esto es, "...en todo lo que resulte compatible y no se oponga al régimen jurídico específico...".

Incluso incorpora, dentro de su articulado, una modalidad denominada "trabajo permanente discontinuo" (art. 18, ley 26.727) que no es otra cosa que un contrato de trabajo de temporada. En efecto, su regulación remite expresamente a las indemnizaciones previstas en el Título XII de la LCT.(63)

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el art. 18 del régimen específico determina que ante necesidades estacionales o trabajos ocasionales, el primer contrato para realizarlos debe considerarse como un contrato temporario, y que recién cuando el trabajador sea contratado por el mismo empleador para realizar idéntico trabajo en la segunda temporada, la relación se convierte en una de tiempo indeterminado, dando así paso al contrato permanente discontinuo (o "contrato de trabajo de temporada", en la terminología de la LCT)(64).

22. Jurisprudencia

Configuración. Decisión del empleador. Invalidez

"...La naturaleza del trabajo y no lo que las partes decidan debe, en todo caso, conferir la especial modalidad a la relación, por lo que no reviste la condición de trabajo de temporada el que se presta durante una o más épocas del año, si ello proviene de la organización que el empleador ha dado a su empresa...".

CNTrab., sala VIII, 8/8/1993, "Kaplan, Marcelo A. c. Bolos, Alberto y otro", DT, 1996-B-2773; DJ, 1997-1-1071.

Contrato por temporada. Registración

"...El contrato de temporada habido entre las partes...es un contrato por tiempo indeterminado aún cuando las prestaciones sean discontinuas. Por ello, el empleador debió registrar al trabajador en sus libros laborales y ante los organismos pertinentes. Como no lo hizo, cabe concluir que existió injuria suficiente para justificar el despido indirecto del dependiente, quien lo intimó para su registración con resultado negativo...".

CNTrab., sala I, 14/8/2007, "Martin, Gabriel c. Francorona e Hijos SRL y otro".

Contrato por temporada. Variabilidad climática

"...Por lo demás, si bien la empleadora invocó la existencia de cambios climáticos para justificar la contratación por temporada del accionante, lo cierto es que ello podría, en el mejor de los casos, ampliar los límites del ciclo, mas no prescindir del mismo como tal. Es decir, de verificarse que las temperaturas altas se mantienen durante más meses que en los años anteriores, ello podría llevar a ir ampliando sucesivamente el ciclo, pero no disponer arbitrariamente y sin dar certeza al trabajador, respecto de los períodos en los que prestará servicios. En otras palabras, el contrato por temporada requiere de la existencia de un ciclo que, como se dijo, debe repetirse en cada año, pues de otro modo el trabajador debería estar sujeto a la decisión de la empleadora de convocarlo a trabajar cuando ésta lo considere necesario, lo cual le impediría desempeñarse en otro empleo, durante los períodos de receso...".

CNTrab., sala II, 23/5/2012, "Revol, Eduardo Maximiliano Ismael c. Cervecería y Maltería Quilmes SA".

Contrato por temporada. Promotor de viajes de egresados

"...Brindar capacitación, promover y vender viajes de turismo a grupos de estudiantes en los colegios asignados por la empresa e incluso supervisar dichas ventas constituye una actividad que se cumple en determinada época del año y justifica la contratación por temporada...".

CNTrab., sala VIII, 25/11/2003, "De Marco, Gustavo A. c. Turismo Río de La Plata SA y otro", DT, 2004 (octubre), 1372.

Contrato por temporada. Comedor escolar

"...Configura trabajo por temporada —art. 96, Ley de Contrato de Trabajo 20.744— la prestación de tareas en un comedor escolar durante el período de clases".

CNTrab., sala VII, 20/10/2000, "Varela, Dora E. c. Colegio nro. 1 Distrito 15, Coronel Olavarría y otros", LA LEY, 2001-E, 166.

Contrato por temporada. Época festiva

"... Si el empleador demandado adujo que la contratación de la actora se debió a la necesidad de reforzar su personal para afrontar las exigencias de la temporada navideña, ello denota que se trataba de hacer frente a una necesidad de trabajo permanente, aunque discontinua, sujeta a repetirse todos los años en cada temporada navideña, por lo que dicho vínculo se corresponde perfectamente con las características del contrato de trabajo de temporada —art. 96, LCT—, el cual es por tiempo indeterminado aun cuando las prestaciones sean discontinuas...".

CNTrab., sala IV, 29/2/2008, "Lizarraga, Anabella Edith c. Kim EunHwa y otros", LLAR/JUR/452/2008.

Reinicio de la temporada. Publicación periodística. Condiciones

"...Si bien la publicación periodística puede ser idónea para formular el llamado a reiterar la relación en la siguiente temporada, no lo es cuando el trabajador no tiene una exacta información del momento ni del medio en el que ha de ser efectuada...".

JTrab. nro. 1 de Mar del Plata, 20/10/1997, "Brandán, Ramón A. c. Hotelera Americana SA", TySS, 1998-602.

Despido durante la prestación laboral. Rubros a liquidar

"...Tratándose de un trabajador de temporada despedido durante el desenvolvimiento de la prestación laboral al que le ha sido concedida la indemnización por daño prevista por la LCT, en su art. 95, no corresponde liquidar los rubros preaviso e integración del mes del despido...".

CNTrab., sala VI, 12/5/1998, "Cuninghame Taylor SRL c. Bridas SA", TySS, 1998-1330.

CAPÍTULO IV Del contrato de trabajo eventual

Caracterización

Art. 99. — Cualquiera sea su denominación, se considerará que media contrato de trabajo eventual cuando la actividad del trabajador se ejerce bajo la dependencia de un empleador para la satisfacción de resultados concretos, tenidos en vista por éste, en relación a servicios extraordinarios determinados de antemano o exigencias extraordinarias y transitorias de la empresa, explotación o establecimiento, toda vez que no pueda preverse un plazo cierto para la finalización del contrato. Se entenderá además que media tal tipo de relación cuando el vínculo comienza y termina con la realización de la obra, la ejecución del acto o la prestación del servicio para el que fue contratado el trabajador. El empleador que pretenda que el contrato inviste esta modalidad, tendrá a su cargo la prueba de su aseveración.

Aplicación de la ley. Condiciones

Art. 100. — 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.

• Comentario:

23. Contrato de trabajo eventual

La contratación eventual, a diferencia de la por tiempo indeterminado, carece de vocación de perdurabilidad, agotándose en el cumplimiento de un servicio, la ejecución de una obra o, en general, la satisfacción de un resultado concreto tenido en vista al tiempo de su celebración(65).

Si bien pertenece al género de los contratos por tiempo determinado, al igual que el contrato a plazo fijo, se diferencian porque en éste el plazo es cierto (en la medida en que se fija en forma expresa el término de su duración), mientras que el contrato eventual está sujeto a un plazo incierto (porque se encuentra fijado en relación con un hecho futuro y necesario, que se sabe que fatalmente va a producirse, pero no se sabe cuándo)(66). En otras palabras, se sabe cuándo comienza, pero no cuándo terminará (art. 99, LCT).

Su característica más relevante es la transitoriedad de las tareas que constituyen el objeto del contrato(67).

24. Causas que justifican la contratación eventual. Requisitos formales

Al igual que contrato por plazo fijo, debe tener una causa objetiva que lo fundamente, pues su concertación no puede fundarse únicamente en la voluntad de las partes (arts. 90, LCT).

Según establecen los arts. 99 de la LCT y 69 a 72 de la ley 24.013, su celebración puede deberse a:

— Necesidades extraordinarias del establecimiento (aumento circunstancial o "pico" de trabajo) o servicios extraordinarios determinados de antemano que no correspondan a la actividad específica de la empresa (art. 99, LCT)(68). En el contrato deberá indicarse con precisión en qué consiste la extraordinariedad (art. 72, inc. a), ley 24.013) y el contrato no podrá exceder de seis meses por año y hasta un máximo de un año en un período de tres años (art. 72, inc. b), ley 24.013). En caso contrario, opera la conversión del vínculo en uno por tiempo indeterminado(69).

— Reemplazos transitorios de trabajadores permanentes de la empresa que se encontrasen gozando de licencias legales o convencionales por índole gremial, maternidad, excedencia, enfermedad, vacaciones, etc., cuyo nombre deberá ser indicado en el respectivo contrato (art. 69, ley 24.013). Esta modalidad se encuentra prohibida para la sustitución de trabajadores que se encuentren en ejercicio del derecho de huelga (art. 70, ley 24.013) o suspendidos por causas económicas (art. 71, ley 24.013). Si el reemplazante continuase su labor luego de la reincorporación del trabajador efectivo, el contrato se convertirá en uno por tiempo indeterminado (art. 69, segundo párrafo, ley 24.013).

— Realización de una obra, ejecución de un acto o prestación de un servicio ajeno al giro normal de la empresa, para ferias, exposiciones, muestras, etc. (art. 99, LCT).

La prueba de la eventualidad está a cargo del empleador, a cuyo fin se exige, asimismo, la forma escrita (art. 90, inc. a), LCT y arts. 69 a 72, ley 24.013) y el registro del trabajador en la sección particular de personal eventual del libro especial de la empresa usuaria (arg. cfr. art. 13 del decreto 1694/06, B.O. 27/11/2006).

No obstante, resulta oportuno recordar que tal como señalan en forma unánime las opiniones doctrinarias y jurisprudenciales, la validez de este tipo de contrato no se sustenta, por sí misma, en la utilización de la forma escrita o en el efectivo cumplimiento de la citada obligación registral, pues para ello se requiere, necesariamente, de la demostración de las circunstancias de orden fáctico a las que alude el citado art. 99(70).

Cuando el contrato se extingue por el cumplimiento de su objeto, el empleador no debe preavisar ni abonar indemnización alguna (arts. 73 y 74, ley 24.013).

La doctrina sostiene que si el empleador decidiese finalizar el vínculo sin causa, antes de que desaparezcan las causas que fundaron la contratación, deberá abonar al trabajador las indemnizaciones por despido que pudiesen corresponder y un resarcimiento por daños y perjuicios, por aplicación analógica de la norma que regula la ruptura ante tempus (art. 95, LCT), ya que se entiende que el trabajador tiene razonables expectativas de perdurabilidad dentro de esa transitoriedad(71).

25. Aplicabilidad de la LCT. Equiparación

El trabajador eventual es acreedor a los beneficios que la ley otorga a los trabajadores permanentes en la medida que resulten compatibles con la índole de la relación (art. 100, LCT). Ello implica la exclusión de ciertos beneficios que suponen la existencia de una prestación continuada y permanente, cuya concesión no se adecua a la fugacidad del servicio eventual, aunque le son aplicables las normas generales de jornada, descansos, remuneración, etc.

26. Jurisprudencia

Eventualidad. Forma escrita

"Al no existir contratación instrumentada por escrito, no corresponde analizar si las razones tenidas en miras al momento de la contratación resultan o no encuadrables en los supuestos de eventualidad legalmente admisibles".

CNTrab., sala IV, 27/3/2001, "Ayala, Oscar F. c. Cotecsud Cía. Técnica Sudamericana SA".

Eventualidad. Registro del trabajador en sección particular del libro especial de la usuaria. Insuficiencia

"...la accionada... adujo que requirió personal... en razón de necesidades extraordinarias y transitorias de ensamblado... no sólo esta justificación aparece harto genérica... sino que incluso ninguna prueba obra en la causa que avale dicha tesis... a la par que se... informó que la actora no había sido registrada en la sección particular de personal eventual en el libro especial del art. 52LCT por cuanto la norma que estableció esa obligación se dictó con posterioridad al lapso aquí discutido...; sin perjuicio de que esto, por sí solo, no hubiese resultado prueba hábil para acreditar el aumento extraordinario de trabajo que se adujo...".

CNTrab., sala IV, 29/4/2016, "Maciel, Silvia Susana y otro c. Cosméticos Avón S.A.C.I. y otro".

Eventualidad. Limitación temporal

"...Resulta improcedente encuadrar el vínculo laboral habido entre las partes en la modalidad prevista por el art. 99 de la Ley de Contrato de Trabajo si el desempeño de trabajador se prolongó por el término de más de ocho años, máxime si las demandadas no demostraron que el tipo de tareas justificaba la modalidad invocada...".

CNTrab., sala VI, 15/12/2010, "Heredia, Valeria Paula c. YPF SA y otro", LLAR/JUR/88583/2010.

Exigencias extraordinarias del mercado. Datos objetivos

"...La exigencia expresa contenida en el art. 99 de la Ley de Contrato de Trabajo, impone su configuración a través de datos objetivos tales como la documentación, libros y registros de comercio de la empresa, mediante los cuales se evidencie el incremento y merma de los requerimientos de la actividad a la que se dedica la empresa —en el caso, producción de autopartes—, a los efectos de demostrar una necesidad circunstancial y limitada en el tiempo que justificara la contratación de personal en esas condiciones...".

CNTrab., sala II, 9/5/2011, "Acevedo, Pedro David c. Bayton SA y otro", DT, 2011 (agosto), 1988.

Modelo profesional. Contrato eventual

"...Dada la naturaleza de la actividad de la modelo profesional y el hecho de que la contratación para desfiles de moda supone normalmente un trabajo de los comprendidos en el art. 99 de la LCT, cabe concluir que dicha actividad encuadra dentro de la figura del trabajo eventual...".

CNTrab., sala VI, 14/6/1991, "Calandra, Teresita I. y otro c. Harrod's Buenos Aires Ltda.", DT, 1991-B-1866; DJ, 1992-1-170.

Bolo artístico. Contrato eventual

"...Aun cuando la actuación de los artistas sea esporádica y no exclusiva, no obsta a que sean considerados dependientes, ya que para cubrir esos supuestos la LCT regula el trabajo eventual, y los arts. 10 y 11 del CCT 66/75 prevén la contratación de los artistas de variedades a plazo fijo, en forma permanente, en forma exclusiva o por actuación a bolo, resultando esta última la forma de trabajo eventual que contempla el art. 99 de la LCT...".

CNTrab., sala VIII, 30/4/1984, "Obra Social de Artistas de Variedades c. Emisora Televisiva L. S. 83 TV Canal 9", DT, 1984-B-1004.

Numerosos eventos al mes. Inexistencia de eventualidad

"...La prestación del trabajador en forma continuada en el tiempo, aunque sin días ni horarios fijos, pero durante un número considerable de eventos en el mes, permiten concluir acerca de la existencia de un contrato de trabajo por tiempo indeterminado con prestaciones discontinuas...".

CNTrab., sala II, 23/8/2012, "Teruya, Gustavo Alberto c. Decálogo SRL y otro", LA LEY, 12/12/2012, 10; LA LEY, 2012-F, 641; DJ, 21/2/2013, 53.

Acomodador de teatro. Inexistencia de eventualidad

"...El hecho de que exista un cierto álea en la realización o no de espectáculos artísticos y en su cantidad mensual, no evidencia que se trate de servicios o exigencias extraordinarias y transitorias como las descriptas por el art. 99 de la Ley de Contrato de Trabajo —en el caso, se consideró que entre un acomodador suplente y el teatro empleador mediaba un contrato de trabajo por tiempo indeterminado—, porque es obvio que, independientemente de su número, la concreción de obras artísticas en un teatro constituye una exigencia ordinaria y normal del giro empresario...".

CNTrab., sala II, 18/2/2008, "Suárez Bourgaud, Oswaldo Martín c. Cordero Cavallo y Lautaret SA", LLAR/JUR/2800/2008.

Inmobiliarias. Guardias. Inexistencia de eventualidad

"...En una empresa inmobiliaria, la guardia en los inmuebles que se tienen en stock para vender o alquilar, por sus características, no puede ser considerada una tarea eventual, en los términos del art. 99 de la LCT, ya que el trabajo de carácter permanente no depende de la cantidad de días de prestación en la semana o en el mes, sino que tal acontecimiento se produce por la vocación de permanencia de la relación, aun con prestaciones discontinuas...".

CNTrab., sala II, 8/11/2001, "Roldán Castro Videla, Helena c. Estudio Inmobiliario Ana Silveyra y otro", LLAR/JUR/5075/2001.

Mozo extra especial CCT 389/2004. Trabajador eventual. Asimilación

"...El mozo extra especial o de banquetes no deja de ser un empleado eventual —art. 99, LCT— y, por ende, la eventualidad, extraordinariedad o transitoriedad de las tareas no van a estar dadas por la definición que pueda incluir una cláusula convencional (que solo puede tomarse como pauta de orientación), sino por lo que resulte de las prestaciones efectuadas por los empleados..." (Del voto del Dr. Pesino).

CNTrab., sala VIII, 27/9/2013, "Stornello, Soledad Mariana c. South Convention Center SA", LLAR/JUR/68449/2013.

Encuestadora eventual art. 34 CCT 107/90. Insuficiencia para configuración de presupuesto del art. 99LCT

"...el art. 34 contempla dos tipos de relaciones laborales y, en particular, la prevista en el inc. b) que establece: La del encuestador que, con carácter eventual, es contratado por la empresa cuando el volumen del trabajo exceda las posibilidades de ejecución por parte de los encuestadores con relación de dependencia por tiempo indeterminado. El desempeño de este encuestador estará comprendido dentro del enunciado de los arts. 99 y 100 de la ley 20.744 (t.o.) y de las disposiciones de este convenio... En este marco, coincido con el criterio expuesto en el fallo de grado en cuanto a la insuficiencia de los elementos de prueba colectados en la causa... para acreditar los motivos que habrían generado un volumen de trabajo que exceda las posibilidades de ejecución por parte de los encuestadores en relación de dependencia y demostrar que ese trabajo no pudo ser cubierto por personal permanente...".

CNTrab., sala IX, 2/5/2015, "Aranguez Uthurriaga Susana Esther c. Gloser S.A.", DT, 2015 (agosto), p. 1637, con comentario de Alejandro Gabet.

CAPÍTULO V Del contrato de trabajo de grupo o por equipo

Relación directa con el empleador. Substitución de integrantes. Salario colectivo. Distribución. Colaboradores

Art. 101. — Habrá contrato de trabajo de grupo o por equipo, cuando el mismo se celebrase por un empleador con un grupo de trabajadores que, actuando por intermedio de un delegado o representante, se obligue a la prestación de servicios propios de la actividad de aquél. El empleador tendrá respecto de cada uno de los integrantes del grupo, individualmente, los mismos deberes y obligaciones previstos en esta ley, con las limitaciones que resulten de la modalidad de las tareas a efectuarse y la conformación del grupo.

Si el salario fuese pactado en forma colectiva, los componentes del grupo tendrán derecho a la participación que les corresponda según su contribución al resultado del trabajo. Cuando un trabajador dejase el grupo o equipo, el delegado o representante deberá sustituirlo por otro, proponiendo el nuevo integrante a la aceptación del empleador, si ello resultare indispensable en razón de la modalidad de las tareas a efectuarse y a las calidades personales exigidas en la integración del grupo.

El trabajador que se hubiese retirado, tendrá derecho a la liquidación de la participación que le corresponda en el trabajo ya realizado.

Los trabajadores incorporados por el empleador para colaborar con el grupo o equipo no participarán del salario común y correrá por cuenta de aquél.

Trabajo prestado por integrantes de una sociedad. Equiparación. Condiciones

Art. 102. — El contrato por el cual una sociedad, asociación, comunidad o grupo de personas, con o sin personalidad jurídica, se obligue a la prestación de servicios, obras o actos propios de una relación de trabajo por parte de sus integrantes, a favor de un tercero, en forma permanente y exclusiva, será considerado contrato de trabajo por equipo y cada uno de sus integrantes, trabajador dependiente del tercero a quien se hubieran prestado efectivamente los mismos.

• Comentario:

27. Trabajo por equipos. Características

El contrato de trabajo de grupo o por equipo regulado por los arts. 47 y 101 de la LCT no debe ser confundido con la organización de las tareas en turnos rotativos a la que se refieren el art. 202 de dicho cuerpo legal y la ley 11.544, con terminología semejante.(72)

El equipo se conforma a partir de varios trabajadores, organizados espontánea y exclusivamente, para realizar un trabajo común.

Sus integrantes se vinculan con el empleador por medio de un delegado o representante, también denominado director o jefe de equipo, para la realización de un trabajo en común (orquesta, cuerpo de baile, cuadrilla técnica, etc.).

Aclara Krotoschin que el conjunto puede ser formado por el propio empleador o por uno de sus representantes, entre los trabajadores ya ligados a la empresa o con los que se incorporan a ese fin. No obstante, también puede contratar con un tercero, que puede ser otro empresario (contratista) o simplemente el jefe que representa al grupo a los efectos de la contratación, por lo que sólo en el segundo caso se tratará de un contrato de grupo propiamente dicho (el primero será, más bien, un contrato de empresa)(73).

Debe aclararse que el grupo o cuadrilla no posee una personalidad jurídica distinta de la de los miembros que la componen, pues cada uno de los trabajadores (incluso el jefe del equipo) es empleado directo del empresario principal, por lo que el incumplimiento de los deberes a su cargo genera responsabilidad frente a cada trabajador, que puede reclamar en forma individual.

Cada integrante del grupo asume una obligación mancomunada, pero indivisible(74), por lo que no resulta admisible que el incumplimiento de uno de los integrantes del grupo signifique causal suficiente para justificar el despido de todos.

El jefe de equipo o director es quien se encarga de asignar a cada uno la función que debe llevar a cabo. Asimismo tiene la facultad de reemplazar a los miembros no indispensables, es decir, a aquellos cuyas condiciones personales no fueron la razón determinante de la contratación. En este caso, deberá proponer el nuevo miembro a la aceptación del empleador (art. 101 de la LCT).

La retribución de los integrantes del grupo puede ser pactada en forma individual o colectiva. En este supuesto, cada trabajador tiene derecho a la participación que le corresponda según su contribución al resultado del trabajo(75).El jefe de equipo se encarga de su distribución entre los integrantes, pero el empleador sigue siendo el obligado directo al pago del salario, por lo cual debe adoptar todas las diligencias necesarias para que efectivamente sea percibido por cada trabajador.

28. Fraude por interposición de personas. Equiparación al trabajo por equipos

El art. 102 de la LCT previene una forma de fraude que se configura cuando una sociedad o grupo de personas, con o sin personalidad jurídica, es contratado en forma permanente y exclusiva por un tercero, para realizar obras o servicios propios de un contrato de trabajo, a fin de simular una relación no laboral y evadir, de tal modo, la aplicación de las normas tuitivas.

El fraude consiste en presentar a los trabajadores que prestan servicios en relación de dependencia para un empleador como integrantes de una sociedad, por lo que la contratación, en apariencia, se efectúa de una empresa a otra.

La ley, ante tal situación, entiende que existe un contrato de trabajo por equipo entre el empleador y quienes figuran como integrantes de la persona interpuesta, que generalmente adopta el tipo societario de cooperativa o de sociedad de responsabilidad limitada(76).

En tal sentido, reciente jurisprudencia ha sostenido que "...Si la supuesta cooperativa de trabajo no tiene medios materiales propios de producción y sólo ofrece el servicio de sus "asociados" para...una empresa ajena, se torna completamente aplicable al caso la norma del art. 102LCT. En el caso... el fin de la cooperativa de trabajo no es la producción sino la venta... de fuerza de trabajo de sus asociados... Esa es, en otros términos, la hipótesis exacta del art. 102LCT..." (CNTrab., sala V, 27/4/2015, "Barrionuevo Ariel Alejandro c. Tempared S.A. y otros").

29. Jurisprudencia

Contrato de equipo. Configuración

"...En la cuadrilla como en el contrato de trabajo de equipo o de grupo, se está ante una pluralidad de contratos individuales, porque del lado del obrero, un ente abstracto no puede ser sujeto de una relación de trabajo. La contratación con el dador de trabajo la hacen solamente uno o algunos de los componentes en virtud de un mandato, que es ratificado tácitamente por los demás en el momento en que inician el trabajo. Si quien actúa de capataz y recluta a los trabajadores del grupo lo hace como intermediario de quien recibe el trabajo, con su consentimiento expreso o implícito, debe interpretarse que aquella pluralidad de vínculos se forma con el empleador principal. En caso de duda, a éste corresponde la prueba de la calidad de contratista independiente que atribuye al jefe de grupo...".

SC Buenos Aires, 14/2/1967, "Ayala, Felipe A. c. Rico SA", LA LEY, XXVIII-548, sum. 199.

Contrato por equipos. Inexistencia

"Se descarta la existencia del contrato de trabajo por grupo o por equipo al no demostrarse la existencia del delegado o representante (del voto de la mayoría); 'Se ha cometido fraude en perjuicio de la ley laboral, al simular la realización de trabajos de faenamiento realizados por intermediación de una cooperativa de trabajo, siendo que en realidad éstos se cumplieron por los actores laborando de acuerdo a las modalidades del art. 101 de la LCT'" (del voto de la minoría).

CNTrab., Bahía Blanca, 21/3/1995, "Acosta, Pascual y otros c. Frigorífico Guillermo F. Paloni", DT, 1995-B-1417.

Trabajo por equipos. Ejecutantes musicales

'La ley 14.597 que regula la actividad del ejecutante musical establece un régimen distinto al de la LCT, porque el contratista principal queda liberado de toda responsabilidad... mediante un aporte global sobre el monto de las planillas de sueldos, que se hará en ocasión del pago de éstos y que será fijado por la reglamentación a dictarse (art. 10)... El contratista principal es aquél que posibilita la actuación pública del grupo y la citada ley regula el vínculo entre ellos, no el existente entre los integrantes del conjunto musical. No necesariamente los integrantes de un mismo grupo musical se encuentran en tales condiciones de igualdad. La diferencia entre ellos, no surge de la función, el protagonismo o la permanencia dentro del grupo; surge, en cambio, a partir de que alguno o algún grupo de ellos ejerza, respecto de los demás, un poder de dirección que resulte cercano a la dependencia. En el caso no se ha demostrado que en relación con los actores la cantante S. hubiera asumido el rol de empresaria o de empleadora, pues tanto ella como los accionantes son intérpretes (conf. dec. 746/1973)...'.

CNTrab., sala III, 24/9/2007, "Caramelo Guillermo Fabián y otros c. Argentina Producciones SRL y otros", LLAR/JUR/6981/2007.

Trabajo prestado por integrantes de una sociedad. Relación laboral

"...El art. 102 de la LCT equipara el contrato de trabajo de equipo con el contrato por el cual una sociedad, asociación, comunidad o grupo de personas, con o sin personalidad jurídica, se obliga a la prestación de servicios, obras, o actos propios de una relación de trabajo por parte de sus integrantes, a favor de un tercero, en forma permanente y exclusiva, existiendo, por lo tanto, un vínculo laboral...".

CNTrab., sala V, 30/8/2005, "Rempel Jorge A. c. O.S.P.L.A.D.", LLAR/JUR/4335/2005.

Trabajo prestado por integrantes de una sociedad de hecho. Relación laboral

"...De conformidad con lo prescripto por el art. 102, LCT, la presencia de una sociedad de hecho no excluye la dependencia laboral si sus miembros prestan servicios propios de un contrato de trabajo a favor de terceros en forma permanente y exclusiva...".

CNTrab., sala VI, 22/3/1985, "González, Alberto c. Monofort SA".

Sección VI - LCT (ley 20.744), arts. 103 al 123. Por Silvia E. Pinto Varela

• Normas aplicables: Ley de Contrato de Trabajo, 20.744: art. 103 al 123.

TÍTULO IV De la remuneración del trabajador

CAPÍTULO I Del sueldo o salario en general

Art. 103. — Concepto. A los fines de esta ley, se entiende por remuneración la contraprestación que debe percibir el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo. Dicha remuneración no podrá ser inferior al salario mínimo vital. El empleador debe al trabajador la remuneración, aunque éste no preste servicios, por la mera circunstancia de haber puesto su fuerza de trabajo a disposición de aquél.

• Comentario:

1. Concepto

La Ley de Contrato de Trabajo utiliza como sinónimo los términos "sueldo", "salario" "remuneración"; el art. 14 bis, CN también usa estos dos últimos términos además de "retribución". Como sostiene Fernández Madrid(1) constituye la ventaja patrimonial (ganancia) que se recibe del empleador como contraprestación del trabajado subordinado o aun cuando no se cumplan tareas si el dependiente pone su fuerza de trabajo a disposición del empleador y éste no la utiliza, o si la ausencia de prestación efectiva se encuentra protegida por la ley.

Como sabemos, el trabajo no se presume gratuito (art. 115 de esta ley) y, de hecho, en la definición del art. 21 está inserta la onerosidad como uno de los elementos que integran el contrato de trabajo. El salario está destinado, en la mayoría de los trabajadores, para su sustento y el de su familia; por ello tiene carácter alimentario y goza de una protección intensa en nuestra legislación. El pago del salario constituye una de las obligaciones principales del empleador —art. 74— y su incumplimiento permite al trabajador ejercer el derecho de retención de su prestación (art. 1201 del Cód. Civil) o bien accionar judicialmente para obtener su cobro(2).

La excepción de incumplimiento se encuentra actualmente contenida en el art. 1031 del Código Civil y Comercial Unificado (ley 26.994). Dicha norma permite la suspensión del cumplimiento de una prestación; puede ser deducida tanto como acción como excepción. Además, el nuevo art. 1032 incorpora una "tutela preventiva" que permite suspender el cumplimiento de una prestación cuando la contraparte sufrió un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir. Se ha sostenido en doctrina que "la norma, siguiendo la línea de la función preventiva del daño de la que dan cuenta los arts. 1710 a 1715 del CCyCN, incorpora una regulación novedosa para nuestro derecho privado, por la que se prevé un supuesto de autoprotección de una de las partes contratantes ante situaciones objetivamente verificables que hacen peligrar la posibilidad de cumplimiento de la contraria y que podrían determinar que, en caso de cumplir con la prestación a su cargo, quien invoca la tutela podría sufrir un perjuicio patrimonial"(3).

El art. 14 bis, CN, en cuatro oportunidades hace mención al salario: igual remuneración por igual tarea; salario mínimo, vital y móvil; retribución justa y participación en las ganancias de la empresa. El Convenio nro. 95 OIT, ratificado por nuestro país(4), sostiene en su primer artículo: "A los efectos del presente convenio, el término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que éste último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar". La República Argentina también ratificó el Convenio nro. 100 OIT sobre la igualdad de remuneración que, en su art. 1º, expresa: "...el término remuneración comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto de empleo de éste último".

Asimismo, de los Tratados que, conforme el art. 75, inc. 22, CN, tienen rango constitucional, cabe destacar la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que establece que toda persona tiene derecho a recibir una remuneración "que le asegure un nivel de vida conveniente para sí mismo y su familia" (art. XIV); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone: "los Estados...reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y para su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados y una mejora continua de las condiciones de existencia..." (art. 11, ap. 1); la Declaración Universal de los Derechos Humanos expresa en su art. 23 que toda persona tiene derecho "a igual salario por trabajo igual" y "...a una remuneración equitativa y satisfactoria..."; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial tiene un texto similar.

Como sostiene Pirolo(5), la CSJN, en los fallos "Pérez c. Disco"(6), "González c. Polimat"(7) y "Díaz c. Cervecería"(8), encuadró su doctrina en la tesis amplia que considera que es salario toda suma o ventaja acordada en el marco del contrato de trabajo; de este modo incluye no sólo aquello que es pagado como contraprestación del trabajo prestado, sino también lo que se obtenga con motivo de la actividad laboral efectuada. Así, declaró la invalidez constitucional de los vales alimentarios previstos en el art. 103 bis, LCT, los decretos que preveían asignaciones "no remunerativas" y las "sumas no remunerativas" pactadas en convenios colectivos de trabajo.

El dependiente va a tener derecho a percibir su remuneración no sólo cuando efectivamente presta tareas sino también cuando, aun de no laborar efectivamente porque el empleador no puede o no quiere ocuparlo, ponga su fuerza de trabajo a su disposición; de modo que si el empleador no logra demostrar una justificación legal, como podría ser la excepción contemplada en el art. 78 o arts. 220 y 221 de esta ley, debe pagar los salarios por el lapso no trabajado. En cambio el trabajador pierde el derecho a percibir su salario cuando la falta de prestación se debe a su propia culpa (por ejemplo en caso de ausencias injustificadas). Aunque cabe aclarar que la propia ley prevé supuestos en los que el trabajador va a tener derecho a cobrar su remuneración aun cuando no ha prestado servicios: enfermedades inculpables (art. 208), días no laborables en que el empleador opta por no abrir la empresa (art. 167), feriados (art. 166), vacaciones (150), licencias especiales (fs. 159).

2. Jurisprudencia

Carácter alimentario del salario

"Asignaciones denominadas 'no remunerativas'. El decreto de necesidad y urgencia 1273/02 —junto a los decs. 2641/2002 y 905/2003— en cuanto estableció que los trabajadores del sector privado comprendidos en convenciones colectivas de trabajo —con excepción de los agravios y los del servicio doméstico— debían percibir de su empleador una 'asignación' mensual 'no remunerativa de carácter alimentario', parte, según sus considerandos, de la comprobación de que se había deteriorado sensiblemente el poder adquisitivo de los salarios perjudicando a los trabajadores y de la necesidad de recuperar el 'ingreso alimentario' para tender a corregir el deterioro que vienen padeciendo las remuneraciones en general y los salarios de menor cuantía en especial, razón por la cual, mal pudo esa norma dar naturaleza 'no remunerativa de carácter alimentario' a la 'asignación' que dispuso, sobre todo cuando el carácter alimentario es naturalmente propio del salario".

CSJN, 19/5/2010, "González, Martín Nicolás c. Polimat SA y otro", LA LEY, 2010-C, 700.

Concepto de salario

"Toda vez que el salario se proyecta a la dignidad del trabajador, es preciso y necesario que a la persona trabajadora le sea reconocido que toda ganancia que obtiene del empleador con motivo o a consecuencia del empleo resulta un salario, esto es, una contraprestación de este último sujeto y por esta última causa, razón por la cual, dicho reconocimiento y contraprestación sólo pueden y deber ser llamados, jurídicamente, salario, remuneración o retribución".

CSJN, 1/9/2009, "Pérez, Aníbal Raúl c. Disco SA", LA LEY, 2009-E, 701.

Concepto de remuneración

"Conforme lo ha establecido el Tribunal en la causa 'Pérez c. Disco', el trabajador constituye un sujeto de 'preferente tutela constitucional', hallándose su salario protegido por un plexo normativo compuesto por disposiciones de la Ley Fundamental, así como de numerosos instrumentos de origen internacional, leyes de derecho interno y fallos del Alto Tribunal. Hallándose ratificado por la República Argentina el Convenio nro. 95 OIT, resulta claro que el concepto en cuestión (asignaciones no remunerativas pactadas en convenios colectivos) reviste naturaleza salarial".

CSJN, 4/6/2013, "Díaz, Paulo Vicente c. Cervecería y Maltería Quilmes".

Pago. Remuneración. Carácter alimentario

"El pago de los salarios debidos en función de los servicios recibidos o por la puesta a disposición del empleador de la fuerza de trabajo (art. 103 de la LCT) es una de las principales obligaciones a cargo del empleador; ella debe ser satisfecha de modo puntual y completo (arts. 74, 126 y siguientes de la LCT) pues la remuneración tiene carácter alimentario para el trabajador, ya que el dependiente necesariamente ha de destinarla a solventar su sustento".

CNTrab., sala I, 25/2/2013, "Okretich, Raúl Albino c. Norristown SA y otro s/despido", expte. 49.778/09, sent. def. 88.495.

Concepto de salario

"Toda prestación en dinero o en especie que el empleador otorga al trabajador en concepto de ganancia, sin que se le exija acreditación de gastos y que se percibe como consecuencia del contrato laboral, debe ser considerada una prestación remuneratoria".

CNTrab., sala III, 31/7/2009, "Oreste, Eduardo Jorge c. YPF SA", La Ley online.

Pago del Salario. Incumplimiento. Injuria laboral

"El incumplimiento al deber fundamental del empleador que resulta del art. 74LCT constituye una injuria laboral que tiene serias consecuencias patrimoniales y morales para el dependiente, por lo que tratándose de créditos alimentarios los que, salvo en el supuestos en que la ley expresamente exonere al empleador, no cabe receptar ningún tipo de excepción a esa obligación esencial del patrón quien en caso de incumplimiento no incurre en un antijurídico contractual que debe reputarse grave, en el marco del art. 242LCT".

CNTrab., sala X, 29/6/2012, "Zárate Carlos Darío c. Keyport SRL s/despido", sent. def. 19.993.

Art. 103 bis. — Beneficios Sociales. Se denomina beneficios sociales a las prestaciones de naturaleza jurídica de seguridad social, no remunerativas, no dinerarias, no acumulables ni sustituibles en dinero, que brinda el empleador al trabajador por sí o por medio de terceros, que tiene como objeto mejorar la calidad de vida del dependiente o de su familia a cargo. Son beneficios sociales las siguientes prestaciones:

a) Los servicios de comedor de la empresa.

b) (derogado por ley 26.341)

c) (derogado por ley 26.341)

d) Los reintegros de gastos de medicamentos y gastos médicos y odontológicos del trabajador y presentación de comprobantes emitidos por farmacia, médico u odontológico, debidamente documentados.

e) La provisión de ropa de trabajo y de cualquier otro elemento vinculado a la indumentaria y al equipamiento del trabajador para uso exclusivo en el desempeño de sus tareas.

f) Los reintegros documentados con comprobantes de gastos de guardería y/o sala maternal, que utilicen los trabajadores con hijos de hasta seis años de edad cuando la empresa no contare con esas instalaciones.

g) La provisión de útiles escolares y guardapolvos para los hijos del trabajador, otorgados al inicio del período escolar.

h) El otorgamiento o pago debidamente documentados de cursos o seminarios de capacitación o especialización.

i) El pago de los gastos de sepelio de familiares a cargo del trabajador debidamente documentados con comprobantes (incorporado por ley 24.700art. 1º).

• Comentario:

3. Beneficios sociales

Se los ha definido como "ventajas que, al margen de la remuneración convencional, otorga la empresa, asumiendo la responsabilidad social delegada y como instrumentadora de una política social que apunta más a lo cultural y a la participación integradora del hombre a la sociedad que a la política de rentas"(9).

No se originan en la prestación de servicios cumplidos sino que se otorgan en función de las necesidades del trabajador y su familia. Su fundamento es mejorar la calidad de vida del dependiente y su familia aunque han recibido numerosas críticas desde la doctrina en las que se destaca que surgieron como un modo de aumentar salarios sin aumentar las cargas sociales y evitar la incidencia en las distintas facetas del contrato vinculadas al salario (vacaciones, SAC, indemnizaciones) y que no son propios de la seguridad social pues ésta es universal y los beneficios sociales no lo son ni se basan en el concepto de solidaridad(10).

Nacen generalmente de la decisión del empresario, salvo que estén previstos en un convenio colectivo o en una disposición legal aunque, una vez concedidos, no pueden ser dejados sin efecto y se incorporan a las condiciones del contrato de trabajo. Su enumeración es enunciativa y así lo ha entendido la jurisprudencia al incluir como beneficios sociales a la utilización gratuita de las instalaciones del club de la empresa, provisión de servicios de cafetería y bebidas a precios subsidiados, servicios gratuitos de merienda y refrigerios, etcétera(11).

Fueron incorporados en nuestra legislación a través de la ley 24.700 (1996) —antes habían sido previstos en un decreto de necesidad y urgencia que luego fue declarado inconstitucional por el Alto Tribunal en autos "Della Blanca c. Industrias Pescarmona"— y fue duramente debatida la constitucionalidad de la norma respecto de los vales alimentarios, vales de almuerzo y tarjetas de transporte, con respuestas jurisprudenciales encontradas. El 24 de diciembre de 2007 se publica la ley 26.341 que deroga los incs. b) y c) del art. 103 bis y establece un sistema escalonado de conversión salarial de los vales otorgados por las empresas, a razón de un 10% de su valor pecuniario por cada bimestre calendario a partir de la vigencia de la ley. Finalmente, el Alto Tribunal, en autos "Pérez c. Disco" ya citado, declaró la invalidez constitucional del art. 103 bis, inc. c), referido a los vales alimentarios para un caso del período anterior a la derogación dispuesta por el Congreso de la Nación.

Los "servicios de comedor de la empresa" pueden ser cumplidos en el establecimiento directamente por el empleador o a través de un concesionario; gratuito o subsidiado el precio de los alimentos. Los "gastos médicos" previstos en el inc. d) está reglamentados por el dec. 137/1997, que determinó que los gastos efectuados para el pago de servicios médicos de asistencia y prevención al trabajador o su familia a cargo se considerarán como gastos médicos; deben estar debidamente documentados. En cuanto a la provisión de ropa de trabajo se discutió doctrinariamente su alcance salarial o no (para Rodríguez Mancini(12)tiene carácter salarial todos los llamados "beneficios sociales"), aunque la norma se refiere al "uso exclusivo" en el lugar de trabajo para darle el carácter de beneficio social. Por ende, en el supuesto en que también pudiera ser usada fuera del local tendría carácter salarial. Varios convenios colectivos prevén la provisión de ropa de trabajo y su falta de entrega ha llevado a la jurisprudencia a admitir un resarcimiento por su omisión. Los gastos de guardería o sala material requieren la acreditación con comprobantes de pago, quedando excluida la mera dación pura y simple del dinero para tal fin. La entrega de útiles escolares y guardapolvos para los hijos de los trabajadores deben entregarse al inicio del período escolar y no puede otorgarse el dinero; el otorgamiento o pago de cursos o seminarios de capacitación a través del empleador o de un tercero no necesariamente debe estar vinculado a la tarea del dependiente y se compadece con lo expuesto en la ley 24.576 que establece el deber de formación. Finalmente, los gastos de sepelio de familiares a cargo del empleador deben estar debidamente documentados y los debe abonar a las empresas de servicios fúnebres o bien reintegrarle el gasto al dependiente con la debida acreditación de comprobantes.

4. Jurisprudencia

Medicina prepaga

"Resulta improcedente otorgarle carácter remuneratorio a la cuota mensual de la cobertura de medicina prepaga del trabajador pues tal rubro se asimila a los 'gastos médicos' caracterizados en el art. 103 bis de la LCT, como beneficios sociales no remuneratorios, pues se trata de un aporte extra que no se concede en función del tiempo de trabajo ni del rendimiento, no es una contraprestación del trabajo sino una protección que se otorga en ocasión y en la medida de ciertas necesidades emergentes del trabajador y constituye una modo de asunción, por parte del empleador, de una contingencia social que puede aleatoriamente afectar o no a sus empleados".

CNTrab., sala X, 26/2/2000, DT, 2010-7-1729.

Medicina prepaga

"Resulta inadmisible la inclusión en la base salarial para la determinación de la indemnización por antigüedad de las erogaciones afrontadas por la accionada para que el trabajador gozara de un plan médico privado, ya que éstas encuadran en la noción de beneficio social del art. 103 bis de la LCT y no tienen carácter remuneratorio".

CNTrab., sala I 28/6/2010, DT, 2010-10-2645.

Medicina prepaga

"El rubro 'medicina prepaga' no constituye una contraprestación por el trabajo cumplido y, si bien es otorgado en el marco de un contrato de trabajo, no retribuye la puesta a disposición del trabajador (art. 103LCT) sino que constituye un beneficio social otorgado con el objeto de mejorar la calidad de vida del dependiente (art. 103 bisLCT)".

CNTrab., sala VI, 30/10/2013 ,"Consoli, Carlos Alberto c. Citibank NA y otro s/despido", sent. def. 65.761.

Medicina prepaga. Cochera

"Los valores correspondientes a la medicina prepaga como a la cochera revisten carácter remuneratorio en tanto dichos conceptos configuran una prestación en especie otorgada por el empleador, constituyendo una ventaja patrimonial a favor del empleado. En la actualidad el beneficio de un servicio de medicina prepaga se utiliza como modo de tener a los potenciales candidatos a un puesto de trabajo, dado que la mayoría de las empresas utiliza este método que, en consecuencia, lejos de constituir un beneficio social, forma parte de las cláusulas contractuales en que se sustenta la relación de empleo".

CNTrab., sala VIII, 14/2/2013 "PPQ Argentina SA c. Michelni Beatriz s/Consignación", sent. def. 39.341.

Convenio Colectivo de Trabajo. Beneficio "gasto de guardería"

"Resulta razonable que el convenio de sanidad disponga una suma de dinero por guardería y que ella no tenga carácter remuneratorio, pues ello no se opone a lo establecido en el art. 103 bis de la LCCT que otorga varios beneficios sociales a los trabajadores dado que se trata de una enumeración que no es taxativa".

CNTrab., sala III, 31/3/2009, DT, 2009-6-878.

Uso del automóvil, cochera y celular. Empleado de jerarquía

"El uso del automóvil, cochera y celular deben integrar la remuneración, en concordancia con lo dispuesto en el art. 1º del convenio nro. 95 de la OIT. Si bien podría discutirse la inclusión del uso del automóvil y del celular en el concepto de remuneración, en función de que son suministrados al trabajador para que cumpla con su tarea o aún para agregarle un grado de confortabilidad, ello no ocurre cuando, como en el caso, se trata de un empleado de jerarquía que por su posición social contaba con dichos elementos incorporados necesariamente a su estilo de vida. La adjudicación del vehículo y del celular evitó el gasto que de todos modos el actor habría realizado y, en consecuencia, importó una ventaja patrimonial que debe considerarse contraprestación salarial en los términos de los arts. 103 y 105, LCT. Asimismo, la utilización de la cochera es un beneficio que si la empresa no hubiera otorgado, el trabajador habría tenido que Pagar".

CNTrab., sala VII, 19/8/2010, "Maidana, Juan Carlos c. Banco Central de la República Argentina s/diferencias de salarios", expte. 23.684/06, sent. def. 42.874.

Provisión de cochera. Arts. 103 y 105, LCT

"La provisión de cochera al trabajador que concurría con su automóvil para el desarrollo de sus tareas, debe considerarse como un beneficio apreciable en dinero en tanto evitó que debiera afrontar con sus propios recursos el gasto que tal servicio le ocasionaba, lo que indudablemente adquiere naturaleza salarial a la luz de las previsiones de los arts. 103 y 105 de la LCT, y de la doctrina de la CSJN sobre la materia, al fallar en la causa 'Pérez, Aníbal Raúl c. Disco SA' (Sentencia del 1/9/2009, P.1911.XLII)".

CNTrab., sala IV, 31/8/2010, "Jelinskas, Pablo Daniel c. Primera Red Interactiva de Medios Argentinos Prima SA s/despido", expte. 7411/09, sent. def. 94.871.

Remuneración. Cochera

"Corresponde asignar naturaleza remuneratoria a lo abonado por la empresa en concepto de uso de cochera por el hecho de haber dispuesto el actor de un espacio para ubicar su automóvil, lo que representa un ahorro".

CNTrab., sala VIII, 25/2/2013, "Burlas Daniel c. Aerolíneas Argentinas SA s/despido", sent. def. 39.363.

Uso del teléfono móvil celular

"Cabe incluir en el concepto de remuneración el uso del teléfono móvil celular al quedar probado que dicho servicio suministrado a la trabajadora lo fue no sólo para el cumplimiento de sus deberes laborales, sino también para uso privado. Debe entenderse que su utilización redundó en un beneficio concreto para aquélla, al evitar el gasto que de todos modos habría realizado, en función del uso hoy masivo de ese tipo de comunicación. Por lo tanto el suministro del servicio de telefonía celular importa una ventaja patrimonial para la actora, que debe ser considerada como contraprestación salarial en los términos de los arts. 103, 105 y 106, LCT".

CNTrab., sala IX, 30/9/2010, "Rondelli, María Nancy c. Telefónica Móviles Argentina SA s/despido", expte. 5778/09, sent. def. 16.542.

Teléfono celular

"Se le asigna carácter salarial al uso del teléfono celular otorgado por la empleadora, en la proporción en que fue destinado a satisfacer necesidades personales del actor, evitándole así un gasto. De modo que la entrega de dicho teléfono le generó al trabajador un ahorro. Ello así pues implica una ventaja patrimonial, es otorgado como una consecuencia del contrato de trabajo, y por ende se trata de remuneración, a la luz del art. 103, LCT".

CNTrab., sala IV, 27/5/2011, "De La Canal, Sebastián c. GE Compañía Financiera SA s/Despido", expte. 19.715/09, sent. def. 95.445.

Uso del automóvil y celular

"El uso del automóvil, de Internet y el celular resultan rubros remunerativos, en la medida en que no se demuestre que la empleadora haya impedido el uso de estos elementos para fines personales".

CNTrab., sala V, 19/10/2012, "Prado María Daniela c. Motorola Argentina SA s/despido", sent. def. 74.526.

Locación de vivienda

"El rubro locación de vivienda no constituye un beneficio social sino un pago en especie y, por tal motivo, debe formar parte de la base salarial. Las sumas que se abonan en concepto de locación de vivienda constituyen una forma de pago contemplada por el RCT, denominada 'prestación complementaria' que, de conformidad con lo establecido por el art. 105 integra la remuneración del trabajador".

CNTrab., sala II, 27/7/2010, "Pavano, Juan Francisco c. Carrefour Argentina SA", sent. def. 98.517.

Rubro "gastos de escolaridad". Ausencia de carácter salarial

"El pago de este concepto con motivo del traslado del trabajador al exterior tiene como objetivo que los hijos del expatriado puedan concurrir a una institución educativa que les reconozcan la currícula correspondiente a su país de origen y puedan continuar con los estudios de la misma manera que lo hacían en el país del cual provienen; este rubro encuadra en el art. 103 bisLCT en tanto al trabajador se le concede no como contraprestación por su trabajo sino por la circunstancia —ajena al contrato— de tener hijos. Si no los tuviera, no le pagarían esos gastos. En consecuencia no retribuye trabajo" (del voto del Dr. Vilela en minoría).

CNTrab., sala I, "Machado de Villafañe, Tomás Antonio c. General Motors de Argentina SRL s/despido".

Gasto de guardería

"Resulta razonable que el convenio de sanidad —CCT 42/89— disponga una suma de dinero por guardería y que ella no tenga carácter remuneratorio, pues ello no se opone a lo establecido en el art. 103 bis de la LCT que otorga varios beneficios sociales a los trabajadores, dado que se trata de una enumeración que no es taxativa".

CNTrab., sala III, DT, 2009-6-878.

Formas de determinar la remuneración

Art. 104. — El salario puede fijarse por tiempo o por rendimiento del trabajo, y en este último caso, por unidad de obra, comisión individual o colectiva, habilitación, gratificación o participación en las utilidades e integrarse con premios en cualquier de sus formas o modalidades.

Formas de pago. Prestaciones complementarias

Art. 105. — El salario debe ser satisfecho en dinero, especie, habitación, alimentos o mediante la oportunidad de obtener beneficios o ganancias. Las prestaciones complementarias, sean en dinero o en especie, integran la remuneración del trabajador, con excepción de: a) Los retiros de socios de gerentes de sociedades de responsabilidad limitada, a cuenta de las utilidades del ejercicio debidamente contabilizada en el balance; b) Los reintegros de gastos sin comprobantes correspondientes al uso del automóvil de propiedad de la empresa o del empleado, calculado en base a kilómetro recorrido, conforme los parámetros fijados o que se fijen como deducibles en el futuro por la Dirección General Impositiva. c)Los viáticos de viajantes de comercio acreditados con comprobantes en los términos del art. 6º de la ley 24.241 y los reintegros de automóvil en las mismas condiciones que las especificadas en el inciso anterior. d) El comodato de casa-habitación de propiedad del empleador, ubicado en barrios o complejos circundantes al lugar de trabajo, o la locación, en los supuestos de grave dificultad en el acceso a la vivienda.

• Comentario:

5. Forma de determinar la remuneración

Puede utilizarse la unidad de tiempo o fijarla en base al resultado. En el primer supuesto, lo relevante es el tiempo en que el trabajador pone la fuerza de trabajo a disposición del empleador, con independencia del resultado obtenido; así puede ser por hora, por día (jornal), por quincena o por mes. En el caso del salario por rendimiento, para determinarlo deviene esencial la producción del trabajador, independientemente del tiempo que le lleve al trabajador llevarlo a cabo; la forma típica es el salario a destajo, aunque existen otros modos tales como establecer la remuneración en función de las operaciones concertadas por el dependiente o las ventas realizadas en el establecimiento; ello sin perjuicio de señalar la posibilidad de que se implemente lo dispuesto en el art. 14 bis, CN, de la participación de las utilidades netas de la empresa.

El empleador también puede otorgar a su personal "premios" a fin de estimular el rendimiento del trabajador (tales como adicionales por asistencia, puntualidad, producción, etc.). En cuanto a la "gratificación" es un pago voluntario y discrecional del empleador que tiene su origen en los servicios prestados por el dependiente y por ello tiene carácter salarial. Asimismo, se torna exigible cuando se abona en forma habitual, al menos por dos períodos consecutivos y no están fundadas en circunstancias especiales que explicaran su pago. Al respecto, en el fallo plenario de la CNTrab. nro. 35 en autos "Piñol, Cristóbal c. Genovesi SA" del 13/9/1956, se resolvió que el trabajador está facultado para reclamar por vía judicial el pago de las gratificaciones si éstas fueron otorgadas en forma habitual, salvo que se acredite que su concesión obedeció a servicios excepcionales o extraordinarios, o bien que no se cumplieron las condiciones especiales a las cuales se supeditó su otorgamiento. En la actualidad, algunas empresas otorgan un beneficio denominado "bonus", generalmente de pago semestral o anual, que tiene su origen en los servicios prestados por el trabajador y que, por ende, tiene carácter salarial. La habilitación es una forma de remuneración complementaria que consiste en hacer participar en las ganancias de la empresa a un trabajador particular; las comisiones constituyen la típica remuneración por rendimiento, a las que nos referiremos en los arts. 108 y 109.

Cabe destacar también la incorporación de algunas empresas a sus trabajadores a un plan de "stock options" definido como "el derecho que, de forma onerosa o gratuita, confiere la empresa al empleador para que éste, en un plazo determinado, pueda adquirir acciones de la propia compañía o de otra vinculada, estableciéndose para ello un precio, frecuentemente el valor de la acción en bolsa el día en que se otorga el derecho, posibilitando que, tras el vencimiento del momento del ejercicio de la acción y una vez ejercitada, el trabajador pueda percibir, bien la diferencia del precio del mercado de las acciones entre ambos momentos, bien las propias acciones al precio fijado al momento del otorgamiento del derecho..."(13). La enumeración que efectúa la norma no es taxativa.

6. Formas de pago

La remuneración debe ser satisfecha principalmente en dinero y sólo el 20% del total puede imputarse a pagos en especie (uso de habitación, alimentación, productos de la empresa). Las remuneraciones en dinero deben pagarse en dinero en efectivo; el salario mínimo vital y móvil debe abonarse totalmente en efectivo —art. 116—; las remuneraciones que fijen los convenios colectivos deben expresarse totalmente en dinero —art. 107—; la remuneración en especie es accesoria. El salario debe abonarse en períodos cortos, por días, semana, quincena o máximo por mes —arts. 126/128—. Vencidos los plazos legales para el pago —art. 128— la mora es automática. El Convenio 95 OIT establece que los salarios que deban pagarse en efectivo "se pagarán exclusivamente en moneda de curso legal".

El salario en especie consiste en prestaciones de bienes (alimentos, ropa), servicios (habitación, transporte) o en la oportunidad de obtener beneficios (propinas). En caso de que el empleador le proveyese al dependiente la vivienda, ésta debe ser "adecuada a las necesidades del trabajador y su familia" y debe efectuar a su costa las refacciones que sean necesarias; de otorgar alimentación, debe ser "sana y suficiente" (art. 77).

En el supuesto que se suspenda el pago del salario por una causa legal, este efecto también alcanza al salario en especie, en caso que se obtenga en ocasión de la prestación de tareas, como es el caso de las propinas; en cambio no se ve afectado si se trata de prestaciones que no se relacionan directamente con la ejecución concreta de las labores. En caso de extinción del contrato de trabajo, el dependiente debe devolver al empleador la vivienda otorgada como consecuencia del contrato de trabajo en el plazo legal o convenido.

7. Excepciones al carácter salarial de las prestaciones complementarias

El art. 105 enumera distintos supuestos:

a) Retiros de socios gerentes de SRL a cuenta de utilidades: sólo resulta relevante en el supuesto en que se trate de un socio empleado (art. 27);

b) Reintegros de gastos sin comprobantes por uso de automóvil calculado en base a kilómetro recorrido según pautas de la AFIP; constituye una excepción al principio general contemplado en el art. 106 de esta ley. Las sumas que superen los límites establecidos por la AFIP tendrán carácter salarial.

c) Los viáticos de viajantes de comercio acreditados con comprobantes y los reintegros de automóvil según el inciso anterior. Implica una modificación del art. 7º, ley 14.546 que, con un criterio más amplio, le daba carácter salarial a todos los viáticos del viajante de comercio, sin hacer distinción entre aquellos acreditados de los que no debía demostrar su gasto.

d) Valor locativo del comodato casa-habitación de propiedad del empleador ubicado en lugares circundantes al de prestación, o la locación en caso de grave dificultad para el acceso a la vivienda. El primer caso es común en el caso de construcción de gasoductos, instalaciones mineras, petroleras, industrias alejadas de centros urbanos(14) y la vivienda debe ser propiedad del empleador. En cuanto a la locación, la norma lo admite como no salarial cuando existe dificultades de acceder a la vivienda, expresión lo suficientemente amplia para generar discrepancias jurisprudenciales acerca de su alcance.

8. Jurisprudencia

Remuneración. Prestaciones complementarias. Rubro "gastos desgaste automotor". Carácter remunerativo

"El art. 24 de la CCT 308/75 alude al reintegro de gastos sin comprobantes por el uso del automóvil de acuerdo a lo dispuesto en el art. 2º del dec. 333/1993, norma que fue derogada por el dec. 849/1996 que limitó el carácter no remunerativo a 'los reintegros de gastos sin comprobantes correspondientes al uso del automóvil de propiedad de la empresa o del empleado, calculados en base a kilómetro recorrido...' (inc. c) y a 'los viáticos de viajantes de comercio acreditados con comprobantes en los términos del art. 6º de la ley 24.241...' (inc. d). Estas dos excepciones a la calificación que brinda el art. 103 de la LCT por la cual 'se entiende por remuneración la contraprestación que debe percibir el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo', se encuentran actualmente en el art. 105, incs. b) y c)LCT. Empero, ninguna de estas circunstancias se verificó en la especie, pues el desgaste del automóvil (gravado o no gravado) se calculaba sobre el volumen de ventas y sin acreditación alguna. En tal contexto, no se advierte el aval de la norma colectiva invocada en cuanto a los gastos en cuestión, por lo que debe reputarse salarial al rubro analizado, y disponer su inclusión en la base salarial indemnizatoria".

CNTrab., sala II, 19/9/2012, "Cañazares Granara, José María c. Wurth Argentina SA s/despido", expte. 13.746/08, sent. def. 100.971.

Locación de vivienda

"El rubro locación de vivienda no constituye un beneficio social sino un pago en especie y, por tal motivo, debe formar parte de la base salarial. Las sumas que se abonan en concepto de locación de vivienda constituyen una forma de pago contemplada por el RCT, denominada 'prestación complementaria' que, de conformidad con lo establecido por el art. 105 integra la remuneración del trabajador".

CNTrab., sala II, 27/7/2010, "Pavano Juan Francisco c. Carrefour Argentina SA", sent. def. 98.517.

Remuneración. Salarios en especie. Seguros de retiro

"La parte del sueldo que las partes habían negociado y que la demandada depositaba en concepto de seguro de retiro, reviste carácter salarial".

CNTrab., sala VIII, 25/2/2013, "Burlas, Daniel c. Aerolíneas Argentinas SA s/despido", sent. def. 39.363.

Remuneración. Naturaleza salarial de los rubros alquiler de la vivienda en el exterior y escolaridad de los hijos

"Con ajuste a las nociones recordadas por la Corte Federal en el precedente 'Pérez c. Disco', se ajusta a derecho partir de la premisa de que todo lo que percibe el trabajador como contraprestación por su trabajo en relación de dependencia es salario, cualquiera fuera su denominación. Por ende, las erogaciones que la empleadora solventó en concepto de gastos de alquiler de vivienda y de escolaridad de los hijos, constituyen por principio una remuneración en especie" (del voto de la Dra. Vázquez en mayoría).

CNTrab., sala I, 27/3/2012, "Machado de Villafañe c. General Motors de Argentina SRL s/despido", sent. def. 88.632.

Rubro alquiler de vivienda en el extranjero. Ausencia de carácter salarial

"El rubro 'alquiler de vivienda' en principio constituye un salario en especie. Si la empleadora lo abonó únicamente cuando el trabajador fue trasladado al exterior no lo hacía mientras vivía en el país, ni tampoco continuó haciéndolo cuando regresó, no es salario. Resulta lógico que si se decide trasladar a un empleado, se corra con el gasto que ese traslado implica, en la medida que se prolongue su estadía fuera de su lugar habitual de residencia. Esa circunstancia no convierte en salario aquello que en realidad constituye un gasto con el que debe correr la empresa para los fines a los cuales se destina el proporcionar esa vivienda, que es justamente que resida fuera del país de origen, durante el tiempo de su desempeño en el extranjero. La función del alquiler es compensatoria por los mayores gastos que implica prestar servicios en un lugar donde el trabajador no reside y no retribuye la cantidad o calidad del trabajo prestado" (del voto del Dr. Vilela en minoría).

CNTrab., sala I, "Machado de Villafañe, Tomás Antonio c. General Motors de Argentina SRL s/despido".

Rubro "gastos de escolaridad". Ausencia de carácter salarial

"El pago de este concepto con motivo del traslado del trabajador al exterior tiene como objetivo que los hijos del expatriado puedan concurrir a una institución educativa que les reconozcan la currícula correspondiente a su país de origen y puedan continuar con los estudios de la misma manera que lo hacían en el país del cual provienen este rubro encuadra en el art. 103 bisLCT en tanto al trabajador se le concede no como contraprestación por su trabajo sino por la circunstancia —ajena al contrato— de tener hijos. Si no los tuviera, no le pagarían esos gastos. En consecuencia no retribuye trabajo" (del voto del Dr. Vilela en minoría).

CNTrab., sala I, Machado de Villafañe, Tomás Antonio c. General Motors de Argentina SRL s/despido".

Rubro "reintegro de impuestos". Ausencia de carácter salarial

"El reintegro de impuestos no es un concepto que la empleadora abone al dependiente sino que se destina al organismo fiscal pertinente. Esa suma que la empleadora abona al fisco —en el país o en el exterior— no es de libre disponibilidad para el trabajador y si decidiera disponer libremente de ella, estaría incumpliendo hipotéticamente con sus obligaciones tributarias. Esa imposibilidad de disponer del dinero, que es destinado en forma directa por la empleadora —que actúa como agente de retención— al organismo fiscal, constituye un obstáculo a la naturaleza salarial. Por otra parte este concepto no constituye una ventaja patrimonial para el actor y no enmarca así en el amplio concepto que prescribe el art. 103, LCT" (del voto del Dr. Vilela en mayoría).

CNTrab., sala I, "Machado de Villafañe, Tomás Antonio c. General Motors de Argentina SRL s/despido".

Remuneración en especie. Entrega de un auto

"Con el fin de determinar el quantum de la indemnización por clientela derivada del despido de un viajante de comercio, debe considerarse que el empleador le proporcionaba un rodado para llevar a cabo sus tareas y del cual podía disponer para uso personal hasta una proporción del 20% del uso total, por lo cual este uso debe encuadrarse como una remuneración en especie, integrativa del sueldo, que tiene proyección a los efectos indemnizatorios".

CNTrab., sala IV, 29/9/2008, "Retta, Gonzalo Martín c. Shell Gas SA", La Ley online.

Prestaciones complementarias. Pasajes. Carácter salarial

"El convenio nro. 95 OIT establece que el 'término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que éste último haya efectuado o deba efectuar o por los servicios que haya prestado o deba prestar...'. Por ende, la adjudicación de las franquicias de pasajes de viaje importó una ventaja patrimonial que debe considerarse contraprestación salarial en los términos de los arts. 103 y 105 de la LCT ya que se trata de una mejora en las condiciones de trabajo que puede ser discrecionalmente utilizada por el trabajador, sin que se le exija su afectación a un destino determinado, ni comprobantes".

CNTrab., sala VII, 17/9/2012, "Martínez Desanzo, María José c. American Airlines Inc s/despido", sent. def. 44.642.

"Bonus" anual no sujeto a condición. Derecho al cobro

"Es procedente el reclamo de un trabajador respecto del bonus no abonado por la empleadora toda vez que no se encuentra acreditado que el incentivo que se abonaba a fin de cada año estuviera sujeto a condición alguna para su otorgamiento, máxime si la demandada no acreditó causal alguna que pudiera haberse configurado como excepción para que el actor no lo percibiera durante el período reclamado".

CNTrab., sala II, 26/2/2010, "Lago, Sergio Alejandro c. Swiss Medical SA", La Ley online.

Gratificación. Pago trimestral. Carácter salarial

"Dado que el empleador no logró acreditar que lo percibido trimestralmente por el trabajador despedido fuera una verdadera gratificación, cabe reconocer que las sumas entregadas poseen el carácter salarial y que constituyen una segregación artificiosa del salario de modo que corresponde su cómputo a los efectos de determinar la base de cálculo de la indemnización establecida en el art. 245, LCT".

CNTrab., sala VI, 25/3/2010, "López, Luciana c. Disco SA", La Ley online.

"Las gratificaciones otorgadas en forma habitual dan derecho, en principio, a reclamar su pago en períodos sucesivos y, por consiguiente, autorizan a recurrir a la vía judicial para exigirlas compulsivamente, salvo que se acredite, por quien lo afirma, que reconocieron como causa servicios extraordinarios o que no se hayan cumplido las condiciones sobre cuya base se liquidaron en otras oportunidades".

CNTrab. en pleno, 13/9/1956, "Piñol, Cristóbal A. c. Genovesi SA", Fallo Plenario nro. 35, LA LEY, 84-123; DT, 1956-647; JA, 1956-IV-45.

"Corresponde liquidar el sueldo anual complementario sobre las gratificaciones a que se refiere el acuerdo plenario nro. 35 del 13/9/1956".

CNTrab. en pleno, 23/7/1958, "Solazzi, Luis c. Cervecería Quilmes", Fallo Plenario nro. 42, LA LEY, 91-539; DT, 1958-583; JA, 1958-IV-579.

Viáticos

Art. 106. — Los viáticos serán considerados como remuneración, excepto en la parte efectiva gastada y acreditada por medio de comprobantes, salvo lo que en particular dispongan los estatutos profesionales y convenciones colectivas de trabajo.

• Comentario:

9. Definición

El viático es la suma de dinero que se entrega al empleado o es afrontado en forma directa por el trabajador y luego reembolsado por el empleador, para soportar ciertos gastos que le impone su trabajo fuera de la empresa, generalmente relativos a alojamiento, comidas, transportes, comunicaciones telefónicas, etc. Estas erogaciones pueden ser ordinarias y habituales o extraordinarias. A fin de establecer si es salarial o no salarial, la norma establece como principio general que ha de integrar la remuneración del trabajador, excepto que tenga que rendir cuentas de lo efectivamente gastado; aunque deja librado a lo que dispongan las leyes especiales o los convenios colectivos de trabajo.

El fallo plenario de la CNTrab., en autos "Aiello, Aurelio c. Transportes Automotores Chevallier SA" del 28/8/1985, admite que, conforme lo prevé el art. 106, los convenios colectivos o laudos arbitrales puedan atribuir carácter no remuneratorio a los importes entregados para gastos de comida, traslados, alojamiento cuando, por tratarse de gastos inevitables o requerir una rendición de cuentas muy compleja, el propio convenio colectivo releve al trabajador de su obligación de rendir cuentas o presentar comprobantes.

En la actualidad, algunas empresas, para cubrir estos gastos, optan por otorgar una tarjeta de crédito al dependiente que luego es abonada por el empleador. En la medida en que esté destinada a pagar los gastos que le acarrea la función específica del trabajador, encuadran dentro del concepto del art. 106.

Si bien el estatuto de viajantes de comercio prevé, en su art. 7º. que los viáticos forman parte de la remuneración, ello fue modificado por la ley 24.700 que, al introducir cambios en el art. 105, expresamente establece respecto de los viajantes de comercio que, si deben acreditar los gastos, el rubro no es salarial.

10. Jurisprudencia

Carácter no remunerativo

"En atención a que la trabajadora en la demanda—en el caso que se dedicaba a la venta de seguros de vida, del hogar o del automotor— reconoció que, al comienzo de la vinculación laboral, la percepción de viáticos estaba condicionada a la realización efectiva del gasto que implicaban los traslado y a su rendición de cuentas, cabe concluir que los viáticos que la demandada abonó a la actora en el comienzo de la prestación y acaso en alguna ocasión posterior, constituían un reintegro de gastos y no formaban parte de su remuneración mensual".

CNTrab., sala II, 25/11/2009, "Nicoletta, Andrea c. Royal and Sun Alliance - Seguros Argentina SA", La Ley online.

Viático. Tarjeta de crédito corporativa

"Los gastos efectuados por el trabajador con la tarjeta de crédito corporativa que la facilitaba su empleadora no pueden ser considerados de naturaleza salarial puesto que, en el caso, está probado que los mismos eran realizados para afrontar los gastos necesarios en los viajes que le eran encomendados por la empresa en su carácter de auditor externo (hoteles, pasajes, comidas) y que debía rendir cuenta de los mismos. Por lo tanto constituían viáticos no remunerativos".

CNTrab., sala II, 20/12/2007, "Lucero, Luis c. YPF SA", DT, 2008-901.

Viáticos. Carácter remuneratorio

"Corresponde condenar a la empleadora al pago de la multa prevista en el art. 1º de la ley 25.323 dada la registración parcial de su salario y aun cuando ello no constituya injuria, toda vez que hubo sumas de dinero que le abonó todos los meses bajo la falsa premisa de que eran viáticos cuando en realidad las había percibido independientemente de cualquier justificación documental".

CNTrab., sala V, 29/10/2009, "Testorelli, Nancy c. OSDE", DT, 2010-831.

Carácter salarial del viático. Ventaja patrimonial

"Reviste carácter remuneratorio el viático especial percibido por el trabajador en tanto constituye una ventaja patrimonial para el dependiente que puede ser usado en forma discrecional, sin que se le exija afectación a un destino determinado ni comprobantes de gastos".

CNTrab., sala I, 21/10/2005, "Ferragui, Viviana c. Transportes Vesprini SA", La Ley online.

Carácter remuneratorio de los viáticos

"La entrega al trabajador de una suma de dinero mensual en concepto de viáticos, no discriminada ni sujeta a rendición alguna, enmarca el pago en una remuneración de naturaleza alimenticia que debe integrarse a la remuneración, de modo que debe ser considerada a la hora de calcular la indemnización por antigüedad".

CNTrab., sala VII, 9/2/2007, "Godoy, Julio c. Nec Argentina SA", La Ley online.

Viáticos. Carácter remunerativo y no remunerativo

"Se puede establecer como principio general que los viáticos son remunerativos cuando no se le exige al trabajador la entrega de comprobantes de modo que obtiene una ganancia o por lo menos tiene la oportunidad de obtenerla; y no son remuneraciones cuando se paga a cambio de la entrega de documentación que acredite el gasto, es decir que el trabajador no obtiene ganancias".

CNTrab., sala VII, 31/5/2013, "Cruz Daniel c. Wurth Argentina SA s/despido", sent. def. 45.381.

Viáticos. Concepto

"Los viáticos son el importe de los gastos que el empleador tiene que efectuar en ocasión de los traslados que le son ordenados por el principal; gastos de movilidad que comprenden los destinados al transporte, a la comida y al hotel además de los otros marginales, como comunicaciones telefónicas, etc. En suma, se califica como viáticos a las sumas de dinero que se reconocen al trabajador para soportar ciertos gastos que le impone su trabajo fuera de la empresa y que debiendo ser realizado por quien presta un servicio para otro, queda en definitiva, a cargo de este último ya sea porque adelanta su importe o lo restituye (Vázquez Vialard, Ley de Contrato de Trabajo comentada y concordada, t. II, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, p. 199).

CNTrab., sala II, 30/10/2013 "Muñoz, Miguel c. Sociedad Italiana de Beneficencia de Buenos Aires s/diferencias de salarios", sent. def. 102.411.

Remuneración en dinero

Art. 107. — Las remuneraciones que se fijen por las convenciones colectivas deberán expresarse, en su totalidad, en dinero. El empleador no podrá imputar los pagos en especies a más del 20% del total de la remuneración.

Como antes destacamos, las convenciones colectivas, al fijar los salarios pactados para cada categoría de trabajadores e incluso las remuneraciones complementarias, deben expresarlo totalmente en dinero y además valorizar pecuniariamente las prestaciones en especie. Sólo el 20% puede ser cancelado en especie; de este modo se le garantiza al trabajador la libre elección en sus consumos garantizándole la mayor parte de su salario en efectivo para satisfacer sus necesidades con libertad. Sin embargo, el salario mínimo vital y móvil debe ser abonado totalmente en efectivo.

El salario en especie suele consistir en el alojamiento, la alimentación, la entrega de combustibles, comestibles, etcétera.

Comisiones

Art. 108. — Cuando el trabajador sea remunerado en base a comisión, ésta se liquidará sobre las operaciones concertadas.

Comisiones colectivas o porcentajes sobre ventas. Distribución

Art. 109. — Si se hubiesen pactado comisiones o porcentajes colectivos sobre ventas, para ser distribuidos entre la totalidad del personal, esa distribución deberá hacerse de modo tal que aquéllas beneficien a todos los trabajadores, según el criterio que se fije para medir su contribución al resultado económico obtenido.

• Comentario:

11. Concepto de comisiones

Es una forma de retribución por rendimiento. Su unidad de cómputo es un negocio. Es un ingreso salarial que consiste en una suma fija o un porcentaje relacionado con el resultado del negocio realizados en nombre del empleador. Se caracteriza por la variabilidad. Por ello, a los efectos del cálculo de las vacaciones o del salario a percibir durante los plazos de licencia por enfermedad o accidente inculpable el legislador establece en el art. 155 y 208 que se debe efectuar un promedio a los fines de calcular el salario a abonar en dichos períodos; así se intenta lograr un punto de equilibrio en el rendimiento del trabajador a lo largo de seis meses o un año.

Pueden consistir en una suma predeterminada por cosa vendida, por litro o metro de mercadería o por negocio concluido. En el caso de los viajantes de comercio —ley 14.546— se prohíbe la estipulación de las comisiones por bultos, unidades, kilos, metros, litros o cualquier otra forma o medida y sólo admite un porcentaje sobre el precio de venta de las mercaderías vendidas (art. 7).

12. Clasificación

Las comisiones pueden ser directas o indirectas. Las primeras son aquellas que percibe el empleado por las operaciones de ventas efectuadas, en las que intervino en forma directa y personalmente. En cambio las comisiones son indirectas cuando el empleador concierta operaciones sin intervención del dependiente pero lo hace respecto de clientes de su zona o la nómina a su cargo, situación que hace nacer en cabeza del trabajador el derecho a percibirlas. Ello así pues tanto la zona como la lista de clientes constituyen ámbitos reservados a la actividad del empleado.

También pueden ser clasificadas en individuales o colectivas. Las primeras son las que percibe el trabajador por su gestión útil; en cambio en las colectivas se remunera el resultado obtenido por todo el personal. Es el caso previsto en el art. 109, en el que se establece que, de haberse pactado este tipo de comisiones, la distribución debe hacerse de modo que dicho salario beneficie a todos los trabajadores según el criterio que se fije al respecto.

Se gana por operaciones concertadas; debe tratarse de un negocio perfeccionado, pues lo que se remunera es el resultado útil de la labor del trabajador. No tiene relevancia el hecho de que la operación finalmente no se realice o que el comprador no abone el precio (a menos que haya dolo del trabajador), basta la concertación de la operación para que nazca el derecho a percibir las comisiones correspondientes.

Las partes pueden pactar que el salario sea exclusivamente a través de comisiones o bien por un sistema mixto integrado por salario básico más comisiones, aunque de ningún modo el salario puede ser totalmente aleatorio y, si el dependiente presta tareas en jornadas legales, cuanto menos deberá percibir el salario mínimo vital o, de existir, el salario básico de convenio.

13. Jurisprudencia

Comisiones. No corresponde deducir la comisión sobre operaciones concertadas

"No es válida la cláusula que establece que será deducida al corredor amparado por la ley 12.651 la comisión sobre operaciones concertadas en caso de devolución de mercaderías por causas no imputables al vendedor".

CNTrab. en pleno, 14/7/1961, "Noriega, Marcos c. Remington Rand Sudamericana", LA LEY, 104-259.

Comisiones por ventas. Prueba a cargo del actor

"Es improcedente el pago de comisiones por ventas si el trabajador no aportó prueba alguna o indicio de su existencia y de los libros laborales —correctamente llevados— como de los recibos de sueldo, surge que la remuneración no estaba integrada por dicha variable".

CNTrab., sala IV, 31/5/2007, "Barrera, Diego c. Buenos Aires Alimentos SA y otros", IMP, 2007-15 —agosto—, 1502; DJ, 2007-3-273.

Comisiones. Modificación del sistema comisional

"Es improcedente el reclamo de un trabajador a los fines de obtener las diferencias salariales derivadas de la liquidación de las comisiones que percibía, pues, si bien la empleadora implementó un nuevo sistema de comisiones, ello no afectó el monto comisional, sino que en numerosos casos de un mes a otro se produce un incremento".

CNTrab., sala VII, 31/5/2010, "Cáceres, Lorena Edith c. H.S.B.C. Bank Argentina SA", La Ley online.

Comisiones por ventas. Rechazo si no efectuó detalle de operaciones

"Corresponde confirmar la sentencia que rechazó la indemnización reclamada por un gerente de ventas en concepto de comisiones por ventas, en un juicio laboral por despido, toda vez que no se realizó un detalle de las operaciones que generaban derecho a comisión, lo cual obsta su procedencia porque los efectos del incumplimiento de las obligaciones derivadas de los arts. 52 y 55, LCT, se hallan condicionados a la previa demostración de los hechos que hubieran debido hacerse constar en la contabilidad no llevada o llevada en forma incorrecta".

CNTrab., sala X, 25/4/2005, "Godoy, Jorge c. Tecno Electrónica de Protección SA", La Ley online.

Participación en las utilidades. Habilitación o formas similares

Art. 110. — Si se hubiese pactado una participación en las utilidades, habilitación u otras formas similares, éstas se liquidarán sobre utilidades netas.

Verificación

Art. 111. — En los casos de los arts. 108, 109 y 110 el trabajador o quien lo represente tendrá derecho a inspeccionar la documentación que fuere necesaria para verificar las ventas o utilidades en su caso. Estas medidas podrán ser ordenadas a petición de parte, por los órganos judiciales competentes.

• Comentario:

14. Habilitación y participación en las utilidades

Como sostiene Pirolo(15), se trata de prestaciones voluntarias y discrecionales del empleador que están relacionadas con las utilidades obtenidas y que tienen como finalidad motivar al trabajador para lograr un mayor rendimiento en su labor, además de hacerlo participar del progreso empresario. Cabe distinguir la "habilitación" que se otorga a determinados trabajadores jerarquizados de la participación en las ganancias que abarca a todos los trabajadores de la empresa.

El art. 14 bis de la CN, en su primera parte, expresamente establece como derecho de los trabajadores "la participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección". Se trata de una cláusula programática, pues requiere de una reglamentación infraconstitucional para su aplicación. Si bien a lo largo del siglo pasado y de este nuevo siglo se han presentado proyectos legislativos para su reglamentación, no se ha sancionado una norma que regule de modo general esta cláusula constitucional.

15. Características

El art. 110 se refiere a formas de pago de salario que tienen en cuenta las utilidades de la empresa; son complementarias de la remuneración principal porque su pago está condicionado a la existencia de ganancia y consiste en la asignación de una parte de las utilidades netas, o sea aquella que resulte de la previa deducción de gastos; la utilidad neta es la ganancia genuina que efectivamente ingresa en el patrimonio de sus beneficiarios. Se devenga normalmente al cierre de cada ejercicio, es decir carece —en general— de la periodicidad del salario.

Conforme lo establecido en el art. 127 de esta ley, la época de pago de esta forma de salario deberá determinarse de antemano. En los supuestos en que ello no ocurriera, consideramos que deberá abonarse una vez aprobado el balance comercial.

16. Derecho de verificación

El art. 111 prevé este derecho a los trabajadores o a quienes lo representen (un mandatario, un representante sindical) a solicitar que le sean exhibidas las documentaciones que fueran necesarias para verificar las utilidades de la empresa; incluso prevé que—ante la reticencia del empleador— pueda requerirlo en sede judicial. De este modo, el dependiente puede verificar los estados contables y cualquier otra documentación que le permita conocer las ganancias obtenidas en un determinado período en caso de percibir este tipo de remuneraciones. Seco(16) sostiene que la facultad del art. 111 puede efectivizarse a través de una medida cautelar innominada o una medida autosatisfactiva.

Salarios por unidad de obra

Art. 112. — En la formulación de las tarifas de destajo se tendrán en cuenta que el importe que perciba el trabajador en una jornada de trabajo no sea inferior al salario básico establecido en la convención colectiva de trabajo de la actividad o, en su defecto, al salario vital mínimo, para igual jornada. El empleador estará obligado a garantizar la dación de trabajo en cantidad adecuada, de modo de permitir la percepción de salarios en tales condiciones, respondiendo por la supresión o reducción injustificada de trabajo.

• Comentario:

17. Garantías mínimas en el salario por rendimiento

El salario por unidad de obra o a destajo es una forma de salario por rendimiento. La unidad de obra implica que, para determinar el monto del salario, se ha de tener en cuenta la cantidad de piezas o unidades que el trabajador ha producido, con independencia del tiempo empleado; aunque, claro está, ello no obsta a que rija también en el caso los límites de la jornada dispuesta en la ley 11.544 y esta ley. Como sostiene Rodríguez Mancini(17), las partes no pueden convenir una intensidad de trabajo para producir un determinado rendimiento que exija al dependiente esfuerzos desmedidos, pues ello podría ser calificados de nulos por aplicación del art. 1071 del Cód. Civil; la sobreexigencia laboral pone en riesgo la salud del trabajador y lo expone a posibles accidentes derivados del cansancio y la pérdida de la concentración.

Por ello el legislador, para evitar tales supuestos, prevé una retribución "calculada" según el tiempo normal de trabajo —a través de la cual se le garantiza el piso mínimo salarial— y otra "prevista", que se ha de obtener en la medida en que el trabajador obtenga una mayor producción para mejorar su salario.

Ahora bien, por las características propias de esta forma de pago, el empleador debe proveerle al dependiente la materia prima en cantidad suficiente para el desarrollo de su trabajo; debe mantener en buen estado las máquinas con las que los dependientes deben realizar sus labores y evitar que existan factores que pudieren suspender o interrumpir la prestación de tareas o que alteren su ritmo.

En caso de que existieran imprevistos en la producción, no imputables al trabajador, el empleador deberá asegurarle el cobro de la remuneración promedio habitual que hubiera percibido en el último semestre; de no cumplir el empleador con su obligación de garantizar la dación de trabajo de modo suficiente, será responsable por la afectación del salario.

Propinas

Art. 113. — Cuando el trabajador, con motivo del trabajo que preste, tuviese oportunidad de obtener beneficios o ganancias, los ingresos en concepto de propinas o recompensas serán considerados formando parte de la remuneración, si revistieran el carácter de habituales y no estuviesen prohibidas.

• Comentario:

18. Concepto de propina. Alcance

La propina constituye un ingreso para el trabajador que no proviene de la liberalidad de empleador sino de un tercero que, en forma voluntaria y muchas veces fundado en usos sociales, al sentirse satisfecho con el servicio prestado, decide recompensar al trabajador, por encima del precio pactado por dicho servicio. Para el trabajador es una "ocasión de ganancia".

19. Carácter salarial o no salarial

El principio general que rige respecto de las propinas es que integran el salario del trabajador a menos de que no sean habituales o que estuviesen prohibidas. Constituye una modalidad de pago en especie por la cual el empleador le concede al trabajador, expresa o tácitamente, la "oportunidad de obtener beneficios o ganancias" (art. 105 de esta ley) con motivo del contrato de trabajo(18), pues si bien él no las abona, es el que pone los medios materiales e inmateriales necesarios para que el trabajador esté en condiciones de percibirlas(19).

El carácter "habitual" se presume cuando importa un uso social ampliamente reconocido (actividad gastronómica, hotelera); en cambio de no darse tales supuestos, será quien la invoca el que —ante el desconocimiento del empleador— deberá acreditar su habitualidad. De hecho, aun en el ámbito gastronómico, la posibilidad de percibir propinas ha de depender de la categoría contractual del dependiente.

Ahora bien, además, no deben estar prohibidas. La licitud implica la aceptación expresa o tácita por parte del empleador o la falta de prueba, en una causa, acerca de la prohibición a su percepción. En el ámbito de la actividad gastronómica, la ley 22.310 derogó el laudo arbitral que prohibía la percepción de propinas, pero el CCT 125/90 y 130/90 vedaron la percepción de propinas aunque pactaron un adicional sustitutivo de dicho ítem —equivalente al 12% del salario básico—; dispone que su pago no integra la remuneración ni podrá originar sanciones disciplinarias. No obstante la prohibición en la práctica, es habitual que se otorguen, aunque frente al texto de la norma legal y lo dispuesto, en el caso, en el convenio colectivo, no cabría asignarle carácter salarial. Asimismo, el CCT 17/88 para peones de taxis, en su art. 21, dispuso que las propinas que obtuviere el empleado del público usuario no serán consideradas integrantes del salario a ningún efecto.

El rubro "caja de empleados" no difiere conceptualmente del concepto de propina, pues también constituyen pagos de terceros por el servicio prestado.

20. Cálculo de las propinas

Como dijimos, en caso de ser habituales y no prohibidas, deben incluirse dentro de los rubros salariales. Para su cálculo, la falta de certeza acerca del quantum requiere, en principio, un acuerdo de partes a fin de establecer la incidencia en el salario del trabajador. En caso de no existir tales acuerdos, en definitiva va a ser determinado judicialmente conforme las facultades conferidas por el art. 114 de esta ley, teniendo en consideración las particularidades de la actividad de que se trate. Aunque, al ser considerada como un medio de retribución en especie —art. 105—, para su determinación no puede establecerse un porcentaje mayor al 20% del total de la remuneración (art. 107).

En el ámbito previsional, el art. 6º de la ley 24.241 dispone que "las propinas y las retribuciones en especie de valor incierto serán estimadas por el empleador. Si el afiliado estuviera disconforme, podrá reclamar ante la caja respectiva, la que resolverá teniendo en cuenta la naturaleza y modalidades de la actividad y de la retribución. Aun mediando disconformidad del afiliado, la caja podrá rever la estimación que no considerara ajustada a esas pautas".

21. Jurisprudencia

Propinas. Personal gastronómico

"El CCT de aplicación al personal gastronómico prohíbe la percepción de propinas, en tanto considera que consisten en un mero acto de liberalidad del cliente, sin ninguna consecuencia para la relación de empleo entre trabajador y empleador, que no originan derecho alguno a favor del trabajador en cuanto a la determinación del salario ni del empleador para aplicar sanciones disciplinarias. Es habitual, sin embargo, que dicha prohibición resulta abrogada por la costumbre y por la propia conducta de los empleadores que nada hacen para resguardar el cumplimiento de dicha prohibición. No puede ignorarse que en el gremio gastronómico una de las condiciones esenciales de la contratación es la proporción de propinas".

CNTrab., sala VII, 10/8/2007, "Masante, Natalia c. Romario SRL s/despido", expte. 8956/05, sent. def. 40.310.

Propinas. Personal de Casinos. Prohibición

"Encontrándose acreditada la existencia y vigencia de la prohibición convencional de recibir propinas, como así también el pago por parte de la empleadora del adicional por complemento de servicio y propina, y toda vez que la demandante no ha logrado acreditar que la patronal participara, e incluso, decidiera la forma de reparto de las propinas —extremos invocados al demandar—, el despido indirecto en que se colocó la actora argumentando la falta de percepción de dicho rubro, no resultó ajustado a derecho".

CNTrab., sala II, 23/8/2007, "Hermani, Anahí c. Casino de Buenos Aires y otro s/despido", expte. 7488/06, sent. def. 95.180.

Propinas. Playero de una estación de servicio

"Que los playeros de una estación de servicio reciben propinas con habitualidad es un hecho conocido por todos y hasta notorio y, en el caso, no se encontraban vedadas. Así, el art. 113 de la LCT considera remuneratoria a la propina habitual y no prohibida. De modo que resulta ajustado a derecho su cómputo a los fines de calcular la indemnización sustitutiva de preaviso, la indemnización por antigüedad, el SAC y la integración del mes de despido. Tiene estirpe salarial y no debe ser omitida en los pertinentes cálculos".

CNTrab., sala VIII, 29/8/2008, "Han, Carlos c. Esso Petrolera Argentina SRL s/despido", expte. 4006/07, sent. def. 35.365.

Propinas. Camareras del Casino

"En el caso de la trabajadora que se desempeñó como camarera para una empresa que prestaba servicio de restaurante en el Casino, no puede predicarse que las propinas estuvieran prohibidas, y si se acreditó que las mismas eran habituales corresponde que se considere a dicho rubro como integrante de la remuneración de la trabajadora, en los términos del art. 113 de la LCT. En cuanto al monto mensual de las mismas, corresponde calcularlas en base a las facultades de los arts. 56 de la LCT y 56 de la LO, teniendo en cuenta las características de la actividad de que se trata y la apreciación global de la relación laboral".

CNTrab., sala IX, 31/3/2009, "Monasterio, Marilina c. Sobreaguas SA y otro s/despido", expte. 21.713/07, sent. def. 15.417.

Remuneración. Propinas. Recepcionista de un hotel

"Quedó demostrado que el actor, como recepcionista de un hotel, percibía propinas de los pasajeros (a quienes les vendía shows, city tour, excursiones etc.) y la accionada no arrimó a la causa prueba alguna para acreditar que la percepción de dichas sumas estaba prohibida en el establecimiento, requisito impuesto por el art. 113 de la LCT para así poder eliminar el carácter remuneratorio de éstas. La normativa convencional (en el caso CCT 362/03 art. 94), no prevé una absoluta prohibición de aceptarlas sino un mero señalamiento que cae ante el principio de primacía de la realidad en cuanto señala que en el caso el concepto era habitual como así también que el empleador sabía de su percepción y solo intenta caracterizarla como parte no integrante del salario, lo cual resulta insuficiente para derogar normas que hacen al orden público laboral (art. 103 y concordantes de la LCT). Por ello, corresponde tomar el aludido concepto como parte integrante de la remuneración".

CNTrab., sala X, 22/4/2009, "Álvarez, Carlos c. Panatel SA s/despido", expte. 33.324/07, sent. def. 16.564.

Propina. Derogación CCT 389/04. Percepción. Art. 113, LCT

"Si bien el CCT 389/04 prohíbe que el trabajador reciba propinas, no puede pasarse por alto como algo habitual que dicha prohibición resulte abrogada por la costumbre y por la propia conducta de los empleadores que nada hacen para resguardar su cumplimiento. En el caso, la empleadora Ninguna objeción formuló durante el curso de la relación laboral para controlar el cumplimiento de tal prohibición, al haber autorizado tácitamente su percepción, derogando la prohibición expresa del convenio colectivo, por lo que cabe otorgarle a las propinas el carácter que establece el art. 113 de la LCT".

CNTrab., sala I, 20/9/2011, "Moreno, Juan Carlos c. Paganini, Juan Carlos y otros s/Despido", expte. 23.959/07, sent. def. 87.012.

Derecho a conservar el nivel salarial

"Acreditado que la dependiente percibía propinas en forma normal y habitual y que su traslado a otro sector se dispuso como consecuencia de su imposibilidad de atender al público debido a problemas de salud, cabe considerar que tenía derecho a conservar la remuneración que percibía previamente a producirse el cambio de funciones".

CNTrab., sala VI, 21/9/2010.

Propinas. Carácter remunerativo

"Si la demandada implementó la modalidad de recaudar las propinas, las ingresaba a su patrimonio y luego disponía el modo de distribuirlas, ello evidencia que dichas sumas revestían el carácter de remuneración".

CNTrab., sala VI, 27/4/2012, "Mansilla Horacio c. Callobre SA y otros s/despido", sent. def. 63.946.

Propinas. Carácter remunerativo

"En el caso el actor se desempeñaba como mozo de un local gastronómico, surgiendo de la prueba testimonial que en dicho establecimientos los mozos y el empleador pactaron la existencia de propinas en contra de la prohibición contenida en el art. 11.1 del CCT 389/2004. Nada impide que la empleadora y el trabajador pacten aquellas condiciones que crean más favorables para su trabajo (art. 7ºLCT) pero si éste ha sido el acuerdo (ya que a ambas beneficia: el mozo posee un sueldo extra que se incrementa automáticamente según la inflación existente y que no precisaría de registración impositiva ni atribución de cargas sociales) la empleadora no puede solicitar intempestivamente que no se le aplique dicho acuerdo tácito en el momento de hacerse económicamente responsable de las consecuencias del distracto invocado una norma convencional".

CNTrab., sala III, 30/8/2013, "Correa Armando c. Larangeira SA s/despido", sent. def. 93.678.

Propinas. Carácter no remunerativo

"La percepción de la propina resulta de una mera liberalidad de parte de los clientes, que no puede tener incidencia en la remuneración".

CNTrab., sala IX, 31/5/2013, "Luna Fabio c. Unión Transitoria de Agentes SA s/despido", sent. def. 18.608.

Propinas. Consentimiento del empleador

"El eventual consentimiento del empleador en cuanto a que los clientes dejaran propinas a sus dependientes resulta irrelevante para que éstas tengan carácter remuneratorio, pues se trata de un hecho ajeno al empleador y sobre el cual, en principio carece de control, así como que la prohibición nace de una norma de alcance general de contenido imperativo".

CNTrab., sala II, 30/8/2013, "MGR y otros c. Corypell SRL y otro s/despido", sent. def. 102.117.

"Stock options". Oportunidad de ganancia

"La posibilidad de participar en el plan accionario de una sociedad matriz o de una sociedad de un mismo grupo económico que brinda la empleadora del trabajador, en la medida que significa la posibilidad de obtener una ganancia financiera se exhibe como una ventaja patrimonial que está ligada al contrato de trabajo y que encuadraría en la amplia conceptualización del art. 113, LCT el que, si bien lleva como título la voz 'propinas' orbita más allá de éstas pues es apta para alcanzar a cualquier otra chance de ganancia habitual y no prohibida".

CNTrab., sala VIII, 10/6/2008, DT, 2008-917.

Determinación de la remuneración por los jueces

Art. 114. — Cuando no hubiese sueldo fijado por convenciones colectivas o actos emanados de autoridad competente o convenidos por las partes, su cuantía fijada por los jueces ateniéndose a la importancia de los servicios y demás condiciones en que se prestan los mismos, el esfuerzo realizado y los resultados obtenidos.

Onerosidad. Presunción

Art. 115. — El trabajo no se presume gratuito.

• Comentario:

22. Onerosidad del contrato de trabajo

En verdad, en la propia definición del art. 21, LCT, se encuentra inserto el carácter oneroso del contrato. La presunción prevista en la norma es concordante con la dispuesta en el art. 23 de esta ley y debe ser examinada a la luz de la propia definición de contrato de trabajo. Señala Deveali(20) que la prestación es onerosa para el trabajador quien busca obtener una retribución pero también lo es para el empleador porque debe abonarla.

Hay supuestos en que no rige la presunción de onerosidad en la prestación de servicios:

— servicios personales de los cónyuges entre sí (art. 1358, CC o art. 27, LSC);

— labores que los hijos realizan a favor de los padres según el art. 277, Cód. Civil;

— labores de los religiosos profesos a favor de la congregación a la que pertenecen;

— voluntariado social regulado por la ley 25.855 reglamentada por el dec. 759/2010;

— los pasantes, según ley 26.427 y dec. 1347/2011.

23. Facultades judiciales para fijar el salario

Así como el art. 56 de esta ley faculta a los jueces a fijar el salario por decisión fundada en los supuestos en que estuviera controvertido su monto y la prueba rendida fuera insuficiente para acreditar lo pactado entre las partes, el art. 114 se refiere al caso en que no hubiere salario fijado ni por convenio colectivo ni por acuerdo de partes ni por autoridad competente.

Se trata de un supuesto excepcional aplicable en aquellos casos en que se discute la naturaleza misma de los servicios, por lo que está vinculada la norma con el art. 115. Ahora bien, el art. 114 establece límites a la actividad jurisdiccional, pues le impone al juez que tenga en cuenta, para fijar el monto: a) la importancia de los servicios prestados por el dependiente y demás condiciones en que éstos se presten vinculados con el tipo de tareas, jornada de trabajo, exigencia o no de conocimientos técnicos o profesionales especiales, etc., b) el esfuerzo realizado; c) los resultados obtenidos, entendido como un elemento más para cuantificar el salario; máxime teniendo en consideración que en principio la remuneración no puede estar exclusivamente subordinada al éxito del producto final obtenido sino que se adquiere el derecho a ser remunerado por la simple prestación laboral(21).

El juez debe tener en consideración, al fijar el salario, que el piso de cualquier empleado que presta tareas en una jornada legal es el previsto en el salario mínimo vital (art. 116) y que muchas actividades se hallan comprendidas en el ámbito de aplicación de convenios colectivos de trabajo que establecen salarios mínimos convencionales.

CAPÍTULO II Del salario mínimo vital y móvil

Concepto

Art. 116. — Salario mínimo vital, es la menor remuneración que debe percibir en efectivo el trabajador sin cargas de familia, en su jornada legal de trabajo, de modo que le asegure alimentación adecuada, vivienda digna, educación, vestuario, asistencia sanitaria, transporte y esparcimiento, vacaciones y previsión.

Alcance

Art. 117. — Todo trabajador mayor de dieciocho (18) años, tendrá derecho a percibir una remuneración no inferior al salario mínimo vital que se establezca, conforme a la ley y por los organismos respectivos.

Modalidades de su determinación

Art. 118. — El salario mínimo vital se expresará en montos mensuales, diarios u horarios. Los subsidios o asignaciones por cargas de familia, son independientes del derecho a la percepción del salario mínimo vital que prevé este capítulo y cuyo goce se garantizará en todos los casos al trabajador que se encuentre en las condiciones previstas en la ley que los ordene y reglamente.

Prohibición de abonar salarios inferiores

Art. 119. — Por ninguna causa podrán abonarse salarios inferiores a los que se fijen de conformidad al presente capítulo, salvo los que resulten de reducciones para aprendices o para trabajadores que cumplan jornadas de trabajo reducida, no impuesta por la calificación, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 200.

Inembargabilidad

Art. 120. — El salario mínimo vital es inembargable en la proporción que establezca la reglamentación, salvo por deudas alimentarias.

• Comentario:

24. Concepto y alcance

El salario mínimo vital es la menor remuneración en efectivo que debe percibir un trabajador, por una jornada legal, sin cargas de familia. La Constitución Nacional, en el art. 14 bis, expresamente garantiza el derecho a un salario mínimo, vital y móvil. Además de las disposiciones legales transcriptas, la ley 24.013, en los arts. 135 a 142, hace referencia a dicho salario y al organismo encargado de fijarlo. Su función es establecer un piso a las remuneraciones del trabajador cuando, en la actividad de que se trate, no rija una norma convencional que fije los mínimos remuneratorios (mínimo) y además debe ser "vital", esto es, debe ser un ingreso suficiente para satisfacer las necesidades básicas de toda persona que abarcan no solo las referidas a vivienda, alimentación, salud y vestido sino también que permitan educación y esparcimiento. La Constitución agrega "móvil", aspecto que estaba en la primigenia ley 20.744, pero fue derogado. En verdad la modalidad se refiere a las variaciones que debe tener el salario, a fin de que se adapte a los cambios económicos y mantenga el poder adquisitivo.

Es aplicable a todo trabajador mayor de 18 años; sin perjuicio delo cual, los menores entre 16 y 18 años que se desempeñen en jornadas completas son equiparados a los mayores de edad, a los fines del pago de salario.

No puede incluirse en su monto los subsidios o asignaciones por cargas de familia; debe ser abonado en su totalidad en dinero no pudiendo ser sustituido por remuneraciones en especie.

Debe expresarse en montos mensuales, diarios u horarios y está previsto para una jornada legal (normal, diurna, insalubre o nocturna) cuyos máximos legales varían según el tipo de jornada (8, 7 o 6 hs.) en el marco de la ley de jornada.

En caso de trabajadores retribuidos exclusivamente a comisión se les debe garantizar un salario mínimo teniendo en cuenta una actividad normal de ventas y el cumplimiento de una jornada legal que habilite abonar el salario mínimo aunque no se hubieran concertado operaciones(22).

Rige para los trabajadores comprendidos en la Ley de Contrato de Trabajo, Administración Pública nacional y entidades y organismos en que el Estado Nacional actúe como empleador (art. 140 de LNE); se admite reducciones en el salario mínimo para aprendices (ley 25.013 modificada por ley 26.390, con jornadas de cuarenta horas semanales).

Es inembargable en la proporción fijada en la reglamentación: el art. 120 debe ser complementado con lo dispuesto en el art. 147, LCT. Ambas normas fueron reglamentadas por el dec. 484/1987, que establece como principio general la inembargabilidad del salario mínimo vital pero prevé, como excepción, la existencia de deudas alimentarias (arts. 265, 367 y 368 del Cód. Civil) y litisexpensas. En tales supuestos, el límite al embargo lo constituye la subsistencia del trabajador. En cambio, es viable el embargo de la remuneración sobre el 10% del excedente si el salario no sobrepasa dos veces el importe del SMVM o sobre el 20% de dicho excedente, si la remuneración es más del doble que el salario mínimo vital (art. 1º, dec. 484/1987); el cálculo se efectúa sobre el importe bruto y de tratarse de un supuesto de pluriempleo, el porcentaje de embargo debe calcularse separadamente respecto de cada retribución que perciba el dependiente.

Cabe señalar que la ley 26.598 derogó el art. 141 de la ley 24.013 que prohibía que este salario fuera tomado como "índice o base para la determinación cuantitativa de ningún otro instituto legal o convencional". Dicha norma tenía un fundamento histórico: durante años nuestra legislación, tanto respecto de la indemnización por despido como de accidentes de trabajo, había tomado como módulo o tope el SMVM; sin embargo la falta de actualización de dicho salario fue utilizada como herramienta para controlar las indemnizaciones laborales.

Asimismo, se observa que lo dispuesto en los arts. 265, 367 y 368 del CC, se encuentra en la actualidad —con el dictado de la ley 26.994— en el capítulo 5 del nuevo Código Civil y Comercial Unificado (arts. 658 a 670). Tal como se señala en el Código Civil y Comercial Comentado dirigido por Ricardo Lorenzetti "El Código define en qué consiste o qué rubros debe cubrir la obligación alimentaria derivada de la responsabilidad parental. Se trata de una obligación alimentaria —a diferencia del parentesco— de carácter amplio, a fin de satisfacer varios derechos humanos que titularizan niños y adolescentes. Además del contenido de la obligación alimentaria, el Código destaca que tal deber puede ser cumplido en dinero o en especie, siempre teniéndose en cuenta la capacidad económica de los alimentantes como las necesidades del alimentado"(23).

25. Determinación del SMVM

La autoridad encargada de fijarlo es el Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo Vital y Móvil (arts. 135 y 136, ley 24.013), organismo tripartito del cual emanan las resoluciones periódicas que lo establecen. Este organismo está integrado por 16 representantes de los empleadores (dos por el Estado Nacional, dos por las provincias adheridas al régimen de la ley 24.013 y doce por el sector privado) y 16 representantes de los trabajadores, todos designados por el Poder Ejecutivo Nacional y trabajan "ad honorem", con una duración de cuatro años en sus cargos. El presidente es designado por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación y tiene un secretario.

El SMVM tendrá vigencia y será de aplicación a partir del primer día del mes siguiente de su publicación en el Boletín Oficial u otros medios de comunicación que garanticen suficientemente su divulgación, conforme art. 3º, Cód. Civil. Aunque admite la norma que, excepcionalmente, pueda disponerse que la modificación del salario mínimo entre en vigencia y surta efecto a partir del día siguiente de su publicación.

Las decisiones son adoptadas por mayoría de dos tercios y en caso de no lograrse esa mayoría en dos sesiones, el presidente del Consejo debe laudar respecto de los puntos controvertidos; el dec. 2725/1991 reglamenta con más detalle el funcionamiento del Consejo. Para fijarlo, los miembros del Consejo deben tener en cuenta:

— los datos de la situación socioeconómica,

— los objetivos del instituto, y

— la adecuación entre ambos (art. 139, LNE).

Aunque el art. 28 del decreto reglamentario prevé que, cuando el monto propuesto por el Consejo pudiere afectar significativamente la economía general del país, de determinados sectores de la actividad, de los consumidores o el índice de ocupación, el presidente lo devolverá al Consejo para su reconsideración, expresando los motivos.

CAPÍTULO III Del sueldo anual complementario

Concepto

Art. 121. — Se entiende por sueldo anual complementario la doceava parte del total de las remuneraciones definidas en el art. 103 de esta ley, percibidas por el trabajador en el respectivo año calendario.

Épocas de pago

Art. 122 — El sueldo anual complementario será abonado en dos (2) cuotas: la primera de ellas con vencimiento el 30 de junio y la segunda con vencimiento el 18 de diciembre de cada año.

El importe a abonar en cada semestre será liquidado sobre el cálculo del cincuenta por ciento (50%) de la mayor remuneración mensual devengada por todo concepto dentro de los dos (2) semestres que culminen en los meses de junio y diciembre de cada año.

A fin de determinar la segunda cuota del sueldo anual complementario, el empleador debe estimar el salario correspondiente al mes de diciembre. Si dicha estimación no coincidiere con el salario efectivamente devengado, se procederá a recalcular la segunda cuota del sueldo anual complementario.

La diferencia, que resultare entre la cota devengada y la cuota abonada el 18 de diciembre se integrará al salario del mes de diciembre (ley 27.073).

Extinción del contrato de trabajo. Pago proporcional

Art. 123. — Cuando se opere la extinción del contrato de trabajo por cualquier causa, el trabajador o los derechohabientes que determina esta ley, tendrán derecho a percibir la parte del sueldo anual complementario que se establecerá como la doceava parte de las remuneraciones devengadas en la fracción del semestre trabajado hasta el momento de dejar el servicio.

• Comentario:

26. Definición

El sueldo anual complementario, también llamado "aguinaldo", es un beneficio de carácter remuneratorio instituido por primera vez con el dec.-ley 33.302/1945, que dio fuerza de ley a un uso de empresa que consistía en otorgar un plus salarial a los trabajadores con motivo de las fiestas de fin de año(24); luego se dispuso que se abonara en dos cuotas semestrales (ley 17.620) y con el dictado de la ley 23.041 y su dec. regl. 1078/1984 se dispuso que el monto debe ser fijado en función de la mejor remuneración mensual del semestre. La ley 27.073 introdujo una modificación respecto de las fechas de pago y forma de cálculo.

Se trata de una remuneración complementaria que debe abonar el empleador a sus trabajadores, cualquiera sea la modalidad de contratación, y que se gana a medida que se trabaja, pero se abona dos veces al año. Es un salario diferido que se devenga día a día pero se paga en las épocas establecidas en la ley.

27. Forma de liquidarlo

Como dijimos, la ley 23.041 dispuso que se calculara sobre el 50% de la mayor remuneración mensual devengada por todo concepto dentro de los semestres que culminan en los meses de junio y diciembre de cada año. Su decreto reglamentario dispone que la liquidación del SAC será proporcional al tiempo trabajado por los beneficiarios en cada uno de los semestres en que se devenguen las remuneraciones computables; el art. 2º de la reglamentación agrega que la proporcionalidad se efectuará sobre la base del 50% de la mayor remuneración mensual nominal devengada por todo concepto en el semestre que se considere.

Como dijimos, la ley 27.073 introdujo en la ley de contrato de trabajo la forma de cálculo de la ley 23.041 disponiendo que el importe a abonar en cada semestre se liquidará sobre el 50 % de la "mayor remuneración mensual devengada por todo concepto" dentro de cada semestre:

Así las cosas, a los fines de su cálculo, la mitad de la mejor remuneración mensual se divide por seis y se multiplica por el número de meses trabajados en el semestre; cabe incluir como tiempo trabajado los períodos de enfermedad o accidentes, vacaciones, licencias pagas; en cambio no pueden tenerse en consideración los lapsos en que no se percibe salario tales como el período de reserva del puesto.

A los efectos de su cálculo, se incluyen todas las remuneraciones —principales y complementarias, en dinero o en especie—, quedando excluidos los pagos que carezcan de naturaleza salarial, como es el caso de las asignaciones familiares o los beneficios sociales. En el caso de salario en especie, serán las partes las que deberán calcular su incidencia, en la medida en que ello no surja del convenio colectivo.

Ahora bien, ¿qué pasa con los rubros que no son mensuales, como podría ser una gratificación, un premio anual? Tal como señala Seco(25), existen tres posiciones en doctrina y jurisprudencia:

a) para unos, las remuneraciones extraordinarias que no tienen carácter mensual no deben computarse a los fines del SAC,

b) para otros deben incluirse estos conceptos íntegramente como mejor remuneración mensual; y finalmente

c) otro sector entiende que, si la remuneración se devenga anualmente, semestralmente o trimestralmente, debería ser promediada aplicando al mes de liquidación del aguinaldo, el valor promedio mensual de ese salario extraordinario.

En cuanto a los trabajadores jornalizados que prestan tareas no todos los días de labor, deberían dividirse los días efectivos de labor (aun aquellos en que efectivamente no laboró pero cobró salario) por el total de días del semestre, y por otro lado cabe calcular la mitad de la mayor remuneración devengada, para luego, con ambos resultados, multiplicarlos para obtener el SAC(26).

28. Períodos de pago

Debe abonarse en dos cuotas: el 30 de junio y el 18 de diciembre de cada año según al actual texto del art. 122. Al ser tan precisa la norma, podría sostenerse que, vencidos dichos plazos, existiría mora en el pago. Sin embargo, algún sector de la doctrina considera que, si bien no está previsto en la norma, el empleador, conforme lo dispuesto en el art. 128 de esta ley, tiene plazo para pagarlo dentro de los cuatro días hábiles de vencido cada período(27).

Esta norma tuvo, como finalidad, atenuar los efectos del proceso inflacionario.

En el caso de contratos por tiempo determinado —plazo fijo o de temporada— o por tiempo indeterminado con prestaciones discontinuas —de temporada—, la época de pago se adaptará a las modalidades de la contratación: si la extensión es superior a los seis meses, el pago se hará en la época legalmente prevista; si no lo es, se abonará al vencimiento del plazo cierto o incierto o al concluir la temporada. La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en el fallo plenario nro. 203 en autos "Fraga, Jorge c. Administración General de Emisoras Com. de Radio y TV", dijo: "En el supuesto de trabajo eventual o de temporada, el sueldo anual complementario debe ser abonado en forma proporcional a la finalización de cada ciclo, ya que el pago debe adaptarse a la modalidad de esas relaciones y la situación que se presenta es asimilable a la prevista en el art. 123 de la LCT"(28).

La ley 24.467, referida al régimen laboral de las pequeñas empresas, admite en su art. 91 que, por convenios colectivos de trabajo, se podrá disponer el fraccionamiento de los períodos de pago del sueldo anual complementario siempre que no excedan de tres períodos en el año. Como surge de la norma, ello sólo puede ser pactado por convenio colectivo.

La modificación de la ley 27.073 aclara, respecto del pago de la segunda cuota del SAC, el cálculo que debe hacer el empleador, teniendo en consideración que ha de abonar este rubro antes de que se devengue la totalidad del salario de diciembre. Así, establece que el empleador debe estimar dicho salario al fin de establecer cuál ha sido la mayor remuneración en el semestre y agrega la norma que si dicha estimación no coincidiere con el salario efectivamente devengado y —agrego— éste hubiese sido la remuneración mayor del semestre, se procederá a recalcular la segunda cuota del SAC, que deberán integrar con el pago del salario de diciembre.

29. Extinción del contrato de trabajo

Cualquiera fuere la causa de extinción del contrato de trabajo, el empleado o sus causahabientes tendrán derecho a percibir la parte del SAC en proporción al tiempo trabajado en ese semestre; aunque, tal como resulta de la ley 27.703, el cálculo deberá efectuarse sobre la mejor remuneración de ese período.

Cuando se deban prestaciones cuya base de cálculo sea el haber mensual —tales como las indemnizaciones dispuestas por falta de preaviso, integración mes de despido, indemnizaciones por despido por maternidad o matrimonio o art. 8º a 10 de la ley 24.013, entre otras— corresponde computar la incidencia del SAC sobre dicha base.

El concepto de "derechohabientes" se encuentra en diversos artículos de la Ley de Contrato de Trabajo: arts. 149, 156, 248, 262 y 277. Fernández Madrid sostiene que son tales los mencionados en el art. 248, LCT(29).

Extinguido el contrato por cualquier causa, el pago del SAC proporcional deberá efectuarse dentro de los plazos previstos en el art. 128 desde la fecha del cese (art. 255 bis de esta ley), esto es, cuatro días hábiles para la remuneración mensual o quincenal y tres días hábiles para la semanal.

30. Jurisprudencia

Sueldo anual complementario. Plazo máximo para el pago

"El juego armónico de las disposiciones de los arts. 122 y 128 de la LCT determina que no resulta extemporáneo el pago del aguinaldo dentro de los cuatro días hábiles posteriores al vencimiento de cada uno de los semestres del año".

CNTrab., sala X, 30/9/1999, DT, 2000-B-1850.

Sueldo anual complementario. Cálculo sobre preaviso y vacaciones proporcionales

"Debe calcularse el importe proporcional del sueldo anual complementario sobre el importe de la indemnización por falta de preaviso toda vez que, de no haberse disuelto el vínculo, al trabajador le hubiera correspondido la percepción del salario perteneciente a tal período. Analógicamente procederá sobre las vacaciones en tanto si bien esa suma también tiene carácter resarcitorio, debe ser equivalente al salario correspondiente y aquél constituye un salario diferido".

CNTrab., sala II, 27/10/1997, "Verón, A. c. ISSPF", DT, 1998-B-2300.

SAC no se incluye en la base de cálculo del art. 245, LCT

"No corresponde incluir en la base salarial prevista en el primer párrafo del art. 245 de la LCT la parte proporcional del sueldo anual complementario".

CNTrab. en pleno, "Tulosai, Alberto Pascual c. Banco Central de la República Argentina", Fallo Plenario nro. 322.

Sección VII - LCT (ley 20.744), arts. 124 al 136. Por Mariano Candal

• Normas aplicables: Ley de Contrato de Trabajo, 20.744: arts. 124 al 136.

CAPÍTULO IV De la tutela y pago de la remuneración

Medios de pago. Control. Ineficacia de los pagos

Art. 124. — Las remuneraciones en dinero debidas al trabajador deberán pagarse, bajo pena de nulidad, en efectivo, cheque a la orden del trabajador para ser cobrado personalmente por éste o quien él indique o mediante la acreditación en cuenta abierta a su nombre en entidad bancaria o en institución de ahorro oficial.

Dicha cuenta, especial tendrá el nombre de cuenta sueldo y bajo ningún concepto podrá tener límites de extracciones, ni costo alguno para el trabajador, en cuanto a su constitución, mantenimiento o extracción de fondos en todo el sistema bancario, cualquiera fuera la modalidad extractiva empleada.

La autoridad de aplicación podrá disponer que en determinadas actividades, empresas, explotaciones o establecimientos o en determinadas zonas o épocas, el pago de las remuneraciones en dinero debidas al trabajador se haga exclusivamente mediante alguna o algunas de las formas previstas y con el control y supervisión de funcionarios o agentes dependientes de dicha autoridad. El pago que se formalizare sin dicha supervisión podrá ser declarado nulo.

En todos los casos el trabajador podrá exigir que su remuneración le sea abonada en efectivo.

(Artículo sustituido por art. 1º de la Ley 26.590, B.O. 5/5/2010)

Constancias bancarias. Prueba de pago

Art. 125. — La documentación obrante en el banco o la constancia que éste entregare al empleador constituirá prueba suficiente del hecho de pago.

Períodos de pago

Art. 126. — El pago de las remuneraciones deberá realizarse en uno de los siguientes períodos:

a) Al personal mensualizado, al vencimiento de cada mes calendario.

b) Al personal remunerado a jornal o por hora, por semana o quincena.

c) Al personal remunerado por pieza o medida, cada semana o quincena respecto de los trabajos concluidos en los referidos períodos, y una suma proporcional al valor del resto del trabajo realizado, pudiéndose retener como garantía una cantidad no mayor de la tercera parte de dicha suma.

Remuneraciones accesorias

Art. 127. — Cuando se hayan estipulado remuneraciones accesorias, deberán abonarse juntamente con la retribución principal.

En caso que la retribución accesoria comprenda como forma habitual la participación en las utilidades o la habilitación, la época del pago deberá determinarse de antemano.

Plazo

Art. 128. — El pago se efectuará una vez vencido el período que corresponda, dentro de los siguientes plazos máximos: cuatro (4) días hábiles para la remuneración mensual o quincenal y tres (3) días hábiles para la semanal.

Días, horas y lugar de pago

Art. 129. — El pago de las remuneraciones deberá hacerse en días hábiles, en el lugar de trabajo y durante las horas de prestación de servicios, quedando prohibido realizarlo en sitio donde se vendan mercaderías o se expendan bebidas alcohólicas como negocio principal o accesorio, con excepción de los casos en que el pago deba efectuarse a personas ocupadas en establecimientos que tengan dicho objeto.

Podrá realizarse el pago a un familiar del trabajador imposibilitado acreditado por una autorización suscripta por aquél, pudiendo el empleador exigir la certificación de la firma. Dicha certificación podrá ser efectuada por la autoridad administrativa laboral, judicial o policial del lugar o escribano público.

El pago deberá efectuarse en los días y horas previamente señalados por el empleador. Por cada mes no podrán fijarse más de seis (6) días de pago.

La autoridad de aplicación podrá autorizar a modo de excepción y atendiendo a las necesidades de la actividad y a las características del vínculo laboral, que el pago pueda efectuarse en una mayor cantidad de días que la indicada.

Si el día de pago coincidiera con un día en que no desarrolla actividad la empleadora, por tratarse de días sábado, domingo, feriado o no laborable, el pago se efectuará el día hábil inmediato posterior, dentro de las horas prefijadas.

Si hubiera fijado más de un (1) día de pago, deberá comunicarse del mismo modo previsto anteriormente, ya sea nominalmente, o con número de orden al personal que percibirá sus remuneraciones en cada uno de los días de pago habilitados. La autoridad de aplicación podrá ejercitar el control y supervisión de los pagos en los días y horas previstos en la forma y efectos consignados en el art. 124 de esta ley, de modo que el mismo se efectué en presencia de los funcionarios o agentes de la administración laboral.

• Comentario:

1. Tutela de la remuneración

Como puede advertirse, el legislador laboral elaboró rígidos mecanismos de protección tendientes a proteger la íntegra, cómoda, oportuna y efectiva percepción del salario(1).

Es innegable que el salario es un componente esencial de la relación de trabajo y, por ello, puede advertirse una intensa regulación que persigue canalizar el modo, la forma, el tiempo y el lugar en el que debe ser cancelada la obligación salarial.

Vázquez Vialard ha sostenido que el pago salarial debe ser continuo, conmutativo y suficiente. La continuidad está marcada por la predeterminación de períodos máximos en los que debe ser cobrado el salario; la conmutatividad está referida a la relación entre el salario y la magnitud del trabajo realizado y la suficiencia se relaciona con un salario "justo", que permita satisfacer las necesidades básicas del trabajador y su grupo familiar(2).

La mayoría de la doctrina clasifica el régimen de tutela del salario de acuerdo a contra quiénes y en qué contextos debe operar la protección. En este sentido, se visualizan tres escenarios diferentes en los que el legislador pretende proteger el salario del trabajador dependiente:

— frente al empleador (arts. 103 y ss., LCT);

— frente a los acreedores del trabajador (arts. 147 y 148, LCT, y dec. 484/1987);

— frente a los acreedores del empleador (arts. 261 y ss., LCT).

En todos los casos, el marco regulatorio es de orden público y, por ende, la voluntad es ineficaz para soslayar su eficacia.

La ley autoriza tres modos de pago de las remuneraciones:

— en efectivo;

— en cheque a la orden del trabajador o de la persona que él designe;

— mediante la acreditación en una cuenta sueldo abierta en una institución bancaria pública o privada.

2. Pago en efectivo

En todos los casos, el trabajador puede optar por cobrar su salario en efectivo. Es recomendable que el ejercicio de esta opción sea realizado por escrito para que no queden dudas de la voluntad del dependiente y, en su caso, para su ulterior prueba en juicio.

El pago tiene efecto cancelatorio si es realizado en la moneda de curso legal. Así lo impone el art. 3º, apart. 1º del Convenio nro. 95 de la OIT, sobre protección del salario(3).

De otro modo, el pago debe ser considerado como "en especie" (art. 617, Cód. Civil) y, por ende, sólo puede ser imputado a la cancelación del 20% de la remuneración (art. 107, LCT). La excepción de incumplimiento se encuentra actualmente contenida en el art. 1031 del nuevo Código Civil y Comercial Unificado, ley 26.994: La nueva normativa permite que la suspensión del cumplimiento de una prestación pueda ser deducida tanto como acción como excepción. Además el nuevo art. 1032 incorpora una tutela preventiva "que permite suspender el cumplimiento de una prestación cuando la contraparte sufrió un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir. En motivo laboral, un atraso en el pago de los salarios o la existencia de pagos parciales y/o fraccionados, podrían ser encuadrados en dicha tutela.

3. Pago en cheque

Se trata de un modo de pago muy poco frecuente.

No es prudente que la norma permita que el cheque bancario utilizado para cancelar la remuneración pueda ser percibido por un tercero. Claramente, se trata de una habilitación legal que podría derivar en una cesión del salario prohibida por el art. 148 de la LCT.

En todos los casos, los impuestos y/o tasas y/o deducciones que reduzcan el valor del cheque que contiene el salario, deben ser reintegrados por el empleador, pues los mismos reducirían su valor, más allá de lo autorizado por el art. 133 de la LCT.

Se ha sostenido que se trata de un medio de pago pensado para altos funcionarios pues, en general, "complica al trabajador cuando el horario bancario para su cobro se superpone con su horario de trabajo, o cuando éste vive lejos del banco contra el que se libró el cheque"(4).

Es importante resaltar que el trabajador puede oponerse a que su salario sea abonado mediante cheque(5).

4. Pago bancario de remuneraciones

La posibilidad de pagar los salarios mediante la acreditación bancaria en una cuenta abierta a nombre del trabajador fue plasmada en el art. 137 de la ley 20.744 en su texto original. Claro que, en ese entonces, sólo se autorizaban los pagos bancarios en una entidad oficial. En la actualidad, el salario puede ser cancelado mediante depósito en cualquier entidad bancaria autorizada para operar por el Banco Central de la República Argentina.

El Ministerio de Trabajo emitió una serie de resoluciones destinadas a canalizar el pago bancario de los salarios.

En un principio, la acreditación bancaria del salario fue obligatoria para empresas con plantillas mayores a 100 trabajadores (Res. MTySS 694/97). Más adelante, se amplió esa obligación para las empresas de más de 25 dependientes (Res. MTySS 790/1999) y luego se extendió a todos los empleadores (Res. MTySS 360/2001)

Ahora bien, la ley 26.590 modificó el art. 124 de la Ley de Contrato de Trabajo en lo referido al pago bancario de remuneraciones. Entre las novedades se encuentra la apertura de una cuenta especial que será denominada "cuenta sueldo", que no podrá poseer, bajo ningún concepto, límites ni cargos en las extracciones. Además, la ley prohíbe que la administración de la cuenta genere costo alguno para el trabajador.

Esta norma fue reglamentada por la Resolución 653 dictada por el Ministerio de Trabajo Empleo y Recursos Humanos el 22 de junio de 2010. En la misma se dispone expresamente: "El funcionamiento de la cuenta sueldo prevista en el art. 124 del Régimen de Contrato de Trabajo aprobado por ley 20.774 (t.o. 1976) y sus modificatorias, texto según ley 26.590, no podrá tener límites de extracciones ni costo alguno para el trabajador, hasta el importe correspondiente a las retribuciones en dinero que se acrediten a su favor. Dicha disposición se aplicará a todo concepto de naturaleza laboral que se abone a través de la mencionada cuenta, incluyendo las asignaciones familiares transferidas por la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) y las prestaciones dinerarias por incapacidad derivadas de la ley 24.557 y sus modificatorias".

La novedad de esta reglamentación aparece en la ampliación de la funcionalidad y el uso de las cuenta sueldo. En la actualidad, "la cuenta sueldo podrá utilizarse, asimismo, para operar a través de tarjeta de débito, realizar consulta de saldos y efectuar el pago de impuestos y servicios por cajero automático o mediante el sistema de débito automático u otros canales electrónicos. Podrá admitir, también, la acreditación de montos correspondientes a reintegros fiscales, promocionales o comerciales y por prestaciones de salud. Estas operaciones no deberán generar para el trabajador costo alguno" (art. 2º, Res. 653/10).

Otra de las innovaciones está dada por la facultad de los trabajadores de "designar a su cónyuge o conviviente o a un familiar directo como cotitular de la cuenta sueldo, a fin de realizar los movimientos de fondos admitidos y demás operaciones que autorice el titular" (art. 3º, Res. 653/10).

Es importante señalar que el dec. 847/1997 (B.O. del 1/9/1997) dispuso que el pago de remuneraciones mediante acreditación bancaria no exime a los empleadores de las pertinentes obligaciones que en materia de recibos de pago prevén los arts. 138, 139, 140, 141, 143 y 144 de la LCT. Esa exigencia es relevante, pues el recibo es el único instrumento mediante el cual el empleador detalla la composición de la remuneración y la imputación precisa del dinero depositado en la "cuenta sueldo".

No obstante ello, las constancias emitidas por las entidades bancarias prueban en forma suficiente la autenticidad del pago salarial.

Por otro lado, la ley 26.704 (B.O. del 5/10/2011) estableció que, incluso aquellos trabajadores de regímenes diversos a la Ley de Contrato de Trabajo, podrán percibir sus remuneraciones mediante acreditación en una cuenta sueldo que contará con privilegios idénticos a los definidos por la Res. 653/10 reseñada(6).

Recientemente, el Banco Central de la República Argentina determinó que las cuentas sueldo puedan ser abiertas a solicitud del trabajador y no exclusivamente por pedido del empleador, tal como ocurre hasta ahora. De ese modo, el trabajador podrá solicitar que su empleador le deposite sus haberes en una entidad financiera de su elección(7).

5. Fechas y lugares de pago

La ley impone diferentes fechas de vencimiento de la obligación salarial, de acuerdo a la modalidad de que se trate (semanal, quincenal o mensual).

Es relevante destacar que, tanto la remuneración principal como la accesoria, deben ser pagadas dentro del plazo legal, salvo que se trate de conceptos que, por su naturaleza y modo de cálculo, sean exigibles en períodos que difieren de los estipulados para el pago del salario principal (bonos de participación en las ganancias, gratificaciones, etc).

Los pagos deben ser realizados en el establecimiento en el que el trabajador presta servicios y en días laborables. Claramente, el legislador intentó facilitar la percepción del salario y evitar gastos de traslado innecesarios.

El empleador puede fijar de antemano diferentes días de pago (no más de seis en un mes). En este caso, deberá informar a cada trabajador el día en el que podrá recibir la contraprestación salarial.

La ley prohíbe que el pago sea realizado en lugares en los que se expendan bebidas alcohólicas.

En todos los casos, la autoridad de aplicación podrá autorizar excepciones y ejercer la supervisión y fiscalización de los pagos de salarios.

6. Mora en el pago de salarios

Las fechas de pago estipuladas por la norma son plazos máximos, por lo que bien pueden ser anticipadas en beneficio del trabajador. Una vez vencidos los plazos previstos, se produce la mora automática y el derecho del trabajador a percibir intereses.

La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo dispuso que el interés derivado de la mora en el pago de créditos laborales es el equivalente a la tasa nominal anual para préstamos personales libre destino del Banco de la Nación Argentina para un plazo de 49 a 60 meses(8).

Al desaparecer ese tipo de préstamos, mediante la resolución 2630 del 27 de abril de 2016, la Cámara Nacional del Trabajo fijó un interés que asciende al 36% anual(9).

7. Retención de tareas frente a deuda salarial

En doctrina, se ha debatido mucho acerca del derecho del trabajador a retener la prestación frente a la falta de pago de su salario. Actualmente, es prácticamente unánime el criterio que sostiene que, efectivamente, el dependiente tiene el derecho a retener su trabajo frente a la falta de pago oportuno de su remuneración.

La relación de trabajo hace presumir un contrato bilateral y oneroso, con prestaciones y ventajas interdependientes, y, por ende, ningún contratante puede exigir al otro la satisfacción de su prestación, si no cumplió la suya propia. Se trata de la operatividad del principio romano conocido exceptio non adimpleti contractus que fuera receptada por el Código Civil Argentino por los arts. 510 y 1201. La excepción de incumplimiento se encuentra actualmente contenida en el art. 1031 del nuevo Código Civil y Comercial Unificado, ley 26.994: La nueva normativa permite que la suspensión del cumplimiento de una prestación pueda ser deducida tanto como acción como por excepción. Además, el nuevo art. 1032 incorpora una tutela preventiva que permite suspender el cumplimiento de una prestación cuando la contraparte sufrió un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir. En el marco de un contrato laboral, un atraso en el pago de los salarios o la existencia de pagos parciales y/o fraccionados, podrían ser encuadrados en dicha tutela(10).

Se ha sostenido que "la norma, siguiendo la línea de la función preventiva del daño de la que dan cuenta los arts. 1710 a 1715 CCyCN, incorpora una regulación novedosa para nuestro derecho privado, por la que se prevé un supuesto de autoprotección de una de las partes contratantes ante situaciones objetivamente verificables que hacen peligrar la posibilidad de cumplimiento de la contraria y que podrían determinar que, en caso de cumplir con la prestación a su cargo, quien invoca la tutela podría sufrir un perjuicio patrimonial"(11).

Como antecedente normativo en nuestra materia, se encuentra el antiguo art. 83 de la Ley de Contrato de Trabajo incorporado en el texto original de la ley 20.744, que fuera reemplazado por el actual art. 75 mediante la ley 21.297. La vieja norma habilitaba al trabajador a retener su prestación cuando el empleador incumplía el deber de seguridad, siempre que hubiera sido constituido en mora(12).

No obstante el reemplazo de la norma, actualmente la facultad es admitida pacíficamente por la doctrina, aunque con distintos matices y alcances.

Si bien algunos autores entienden que la excepción referida puede ser ejercitada tanto por el trabajador como por el empleador, lo cierto es que en este último supuesto la interpretación debe ser más restrictiva. Ello así, pues la normativa laboral otorga al empresario mayores herramientas para sancionar al dependiente que no cumple debidamente con su prestación(13).

Repárese que el empleador puede negar el pago del salario si el trabajador no pone su fuerza de trabajo a su disposición, sin que se encuentre habilitado por alguna norma específica (arts. 158 y 208, LCT, entre otros).

En este marco, ¿puede negarse al trabajador la facultad de retener la prestación frente a la existencia de una deuda salarial?

El derecho de retención de tareas debe ser tolerado aún en el caso de incumplimientos menores, pues la falta de pago íntegro y oportuno de la remuneración provoca en el dependiente perjuicios que no se reducen a lo económico(14).

Como derivado del principio de buena fe, el trabajador debe emplazar al empleador a cancelar la deuda salarial, haciéndole saber que, en caso de persistir el incumplimiento, retendrá las tareas hasta el efectivo pago de lo adeudado.

Si el empresario no cancela el salario adeudado, el trabajador estaría en condiciones de retener su prestación y neutralizar cualquier tentativa de encuadrar su decisión en abandono de trabajo.

El último interrogante radica en determinar si el dependiente tiene derecho a percibir su salario, no obstante que el empleador no reciba su prestación a causa del ejercicio del derecho de retención.

Por la postura negativa se inclinan Krotoschin y Fernández Madrid, argumentando que el trabajador decide en forma voluntaria no poner su capacidad de trabajo a disposición del empleador. Agregan que si bien el dependiente no puede ser sancionado por ejercer la facultad de retener las tareas, no tiene derecho al cobro de salario(15).

Coincido con quienes se ubican en contra de esta posición, pues el ejercicio funcional de la excepción es un derecho de autotutela motivado por un incumplimiento patronal que le precede. El trabajador no retiene su trabajo por capricho, pues su inactividad deriva directamente de una conducta antijurídica del empresario(16).

Por último, tal como lo propone Carlos Etala, debería incorporarse una norma a la Ley de Contrato de Trabajo que regule en forma específica las condiciones para el ejercicio de la excepción de incumplimiento.

8. Jurisprudencia

Incrementos dispuestos por el PEN. Falta de pago. Injuria

"...La falta de pago de los incrementos remuneratorios dispuestos por el Poder Ejecutivo Nacional constituye causal de injuria suficiente que legitima el despido indirecto del trabajador, habida cuenta el fin alimentario del salario y la obligación esencial del empleador de abonarlo de manera íntegra y oportuna, sin que medie justificativo válido alguno como para que el trabajador tolere el incumplimiento total y/o parcial por parte del empleador de una de las obligaciones prestacionales del contrato de trabajo a las que se halla sujeto, máxime cuando dicho incumplimiento perduró durante toda la relación laboral y los incrementos tuvieron como objetivo paliar la pérdida del valor adquisitivo del salario...".

CNTrab., sala VII, 29/11/2007, "Castro, Mariano Germán c. Coto CIC SA", LLAR/JUR/8154/2007.

Pago. Remuneración. Tutela de la LCT

"...Respecto del pago de la remuneración, además de tener presente los principios y valores que la Constitución Nacional enuncia y manda respetar, proteger, y materializar, cabe tener presente que la Ley de Contrato de Trabajo dentro del Título IV, Cap. IV., se ocupa de la tutela y pago de la remuneración, y regula, a tales efectos: la época de pago (arts. 74, 126, 128, 137, LCT), los medios de pago (arts. 124 y 125, LCT), los días, horas y lugares de pago (art. 129, LCT), así como la prueba del pago (art. 125, LCT)...".

CNTrab., sala IX, 19/5/2009, "Boccardo, Alejandra c. García, Eduardo Bruno y otros s/despido".

Pago. Remuneración personal mensualizado. Remuneraciones accesorias

"...Si la sumariada liquidaba los adicionales por kilómetros recorridos en base al período comprendido entre el día 21 y el día 20 del mes que abonaba, y que, consecuentemente, los últimos días de cada mes (desde el 21) eran pagados junto con los haberes del siguiente, resulta evidente que dicha operatoria atenta contra el régimen de tutela y pago de la remuneración instituido en el capítulo IV del título IV de la LCT, toda vez que el art. 126 de la LCT dispone que este último debe efectuarse, respecto del personal mensualizado, al vencimiento de cada mes calendario, agregando el art. 127 del mismo cuerpo normativo que las remuneraciones accesorias, como resultan los tópicos en cuestión, 'deberán abonarse junto con la retribución principal'".

CNTrab., sala V, 30/12/2011, "Ministerio de Trabajo c. Salomón Canievky SA s/sumario".

Pago. Remuneración. Carácter alimentario

"...La obligación de abonar puntualmente los salarios es una de las fundamentales en el marco de un contrato de trabajo (art. 74, LCT). Por ende, la sustracción a ese débito constituye una falta intolerable que no admite el mantenimiento del vínculo...".

CNTrab., sala II, /13/2/2012, "Gramático, Julio César c. Asociación Francesa Filantrópica de Beneficencia y otro s/despido".

Protección de la remuneración. Prevención del fraude

"...A fin de que el empleador cumpla en debida forma con las obligaciones que tiene a su cargo en orden al pago de las remuneraciones e indemnizaciones derivadas de un despido sin causa, debe cumplir con las formas impuestas por los arts. 124, 125, 149 y concs. de la LCT. Dichas disposiciones, lejos de establecer meras formalidades, tienen como fin primordial tutelar el pago del trabajador/a evitando todo tipo de fraude y garantizando la real e inmediata percepción y en forma personal de los créditos laborales, al punto que, de no cumplirse con las aludidas formas se sanciona con la nulidad el acto..".

CNTrab., sala I, 29/3/2012, "Castro Casal, Nora Hebe c. Federación Argentina Sindical del Petróleo Gas y Biocombustibles s/despido".

Falta de pago de salarios. Incumplimiento contractual. Injuria laboral

"... El incumplimiento al deber fundamental del empleador que resulta del art. 74, LCT, constituye una injuria laboral que tiene serias consecuencias patrimoniales y morales para el dependiente, por lo que tratándose de créditos alimentarios los que, salvo en supuestos en que la ley expresamente exonere al empleador, no cabe receptar ningún tipo de excepción a esa obligación esencial del patrón quien en caso de incumplimiento incurre en un antijurídico contractual que debe reputarse grave, en el marco del art. 242, LCT...".

CNTrab., sala X, 29/9/2012, "Zárate, Carlos Darío c. Keyport SRL y otro s/despido".

Pago. Parcial. Depósito en cuenta sueldo

"...Si bien es cierto que no se adjuntaron los recibos correspondientes a los meses de sueldo reclamados, lo cierto es que como en los meses anteriores se habían abonado sumas parciales, dichas sumas deben imputarse al pago del monto total adeudado por la empleadora, resultando suficiente la constancia de que dichos montos ingresaron en la cuenta de la trabajadora. De no practicarse el descuento, la actora se vería enriquecida sin causa...".

CNTrab., sala VI, 27/3/2006, "Ferrari, Marta c. Instituto Dr. José Ingenieros s/despido".

Pago. Depósito en cuenta sueldo. Suscripción previa del recibo

"...No corresponde que el empleador supedite el depósito de las remuneraciones a la previa suscripción de los recibos por parte de los empleados, dado que la postura podría llevarlo a incurrir en el incumplimiento de su principal deber...".

CNTrab., sala II, 16/12/2005, "Canosa, Cecilia c. Productos Soriano SRL", DJ, 2006-I-544.

Pago. Pago parcial. Retiro del dinero de la cuenta bancaria. Pago a cuenta

"...Si en la cuenta sueldo del actor la demandada depositó sumas que, aunque no tuvieron imputación concreta, emergen del vínculo laboral, no puede omitirse su consideración al respecto, pues a la luz de lo dispuesto por el art. 125 de la LCT, importaría convalidar un enriquecimiento sin causa, máxime cuando los fondos fueron extraídos (aunque parcialmente) por el titular de la cuenta. Es decir, admitidos los créditos reclamados emergentes del vínculo laboral, el depósito bancario efectuado con posterioridad al cese, debe considerarse como pago a cuenta, más aun cuando fue retirado de la cuenta por el trabajador".

CNTrab., sala VIII, /22/11/2013, "Cerboni, Diego Arturo c. Fundación Madres de Plaza de Mayo s/despido".

Prueba documental. Art. 125LCT. Confusión en una misma persona el rol de empleador encargado de abonar las remuneraciones y la entidad bancaria que gestiona la cuenta sueldo

En este supuesto, conforme la redacción actual del art. 125LCT, y ante la ausencia de recibos de haberes (art. 138LCT), imposible le resultaría a la demandada acreditar que pagó a su dependiente una determinada suma de dinero. Así, la solución más acertada es el apego estricto a la letra de la norma (art. 125LCT), disposición que se encuentra en línea con la resolución 360/01 del Ministerio de Trabajo, arts. 1º y 2º. Las constancias bancarias, que no pueden ser catalogadas como "instrumento público", pues no se encuentran incluidas en las previsiones del art. 979 del Cód. Civil, ni como instrumentos privados, al no contener un acuerdo de voluntades, constituyen una declaración unilateral de verdad que efectúa la entidad bancaria, independientemente de si actúa como empleador o no. Es decir que, la valoración de las constancias bancarias no se ve alterada por el hecho de que el banco resulte ser el empleador, pues estos instrumentos constituyen prueba suficiente del pago, salvo prueba en contrario. Si es el propio sistema protectorio del derecho del trabajo el que otorga validez a la declaración unilateral de verdad efectuada por un banco, ningún motivo existiría, a menos que se alegue y demuestre el fraude, para resolver en sentido diferente en el caso de los empleados bancarios que acreditan el sueldo en la empresa para la cual se desempeñan.

CNTrab., sala II, 7/5/2016, "Quiroz Carlos Alberto c. HSBC Bank Argentina SA y otro s/despido", expte. 43.402/2011, sent. def. 108.085.

CAPÍTULO IV De la tutela y pago de la remuneración

Adelantos

Art. 130. — El pago de los salarios deberá efectuarse íntegramente en los días y horas señalados.

El empleador podrá efectuar adelantos de remuneraciones al trabajador hasta un cincuenta (50) por ciento de las mismas, correspondientes a no más de un período de pago.

La instrumentación del adelanto se sujetará a los requisitos que establezca la reglamentación y que aseguren los intereses y exigencias del trabajador, el principio de intangibilidad de la remuneración y el control eficaz por la autoridad de aplicación.

En caso de especial gravedad y urgencia el empleador podrá efectuar adelantos que superen el límite previsto en este artículo, pero si se acreditare dolo o un ejercicio abusivo de esta facultad el trabajador podrá exigir el pago total de las remuneraciones que correspondan al período de pago sin perjuicio de las acciones a que hubiere lugar.

Los recibos por anticipo o entregas a cuenta de salarios, hechos al trabajador, deberán ajustarse en su forma y contenido a lo que se prevé en los artículos 138, 139 y 140, incs. a), b), g), h) e i) de la presente ley.

Retenciones. Deducciones y compensaciones

Art. 131. — No podrá deducirse, retenerse o compensarse suma alguna que rebaje el monto de las remuneraciones. Quedan comprendidos especialmente en esta prohibición los descuentos, retenciones o compensaciones por entrega de mercaderías, provisión de alimentos, vivienda o alojamiento, uso o empleo de herramientas, o cualquier otra prestación en dinero o en especie. No se podrá imponer multas al trabajador ni deducirse, retenerse o compensarse por vía de ellas el monto de las remuneraciones.

Excepciones

Art. 132. — La prohibición que resulta del art. 131 de esta ley no se hará efectiva cuando la deducción, retención o compensación responda a alguno de los siguientes conceptos:

a) Adelanto de remuneraciones hechas con las formalidades del Art. 130 de esta ley.

b) Retención de aportes jubilatorios y obligaciones fiscales a cargo del trabajador.

c) Pago de cuotas, aportes periódicos o contribuciones a que estuviesen obligados los trabajadores en virtud de normas legales o provenientes de las convenciones colectivas de trabajo, o que resulte de su carácter de afiliados a asociaciones profesionales de trabajadores con personería gremial, o de miembros de sociedades mutuales o cooperativas, así como por servicios sociales y demás prestaciones que otorguen dichas entidades.

d) Reintegro de precios por la adquisición de viviendas o arrendamientos de las mismas, o por compra de mercaderías de que sean acreedores entidades sindicales, mutualistas o cooperativistas.

e) Pago de cuotas de primas de seguros de vida colectivos del trabajador o su familia, o planes de retiro y subsidios aprobados por la autoridad de aplicación.

f) Depósitos en cajas de ahorro de instituciones del Estado Nacional, de las provincias, de los municipios, sindicales o de propiedad de asociaciones profesionales de trabajadores, y pago de cuotas por préstamos acordados por esas instituciones al trabajador.

g) Reintegro del precio de compra de acciones de capital, o de goce adquirido por el trabajador a su empleador, y que corresponda a la empresa en que presta servicios.

h) Reintegro del precio de compra de mercaderías adquiridas en el establecimiento de propiedad del empleador, cuando fueran exclusivamente de las que se fabrican o producen en él o de las propias del género que constituye el giro de su comercio y que se expenden en el mismo.

i) Reintegro del precio de compra de vivienda del que sea acreedor el empleador, según planes aprobados por la autoridad competente.

Art. 132 bis. — Si el empleador hubiere retenido aportes del trabajador con destino a los organismos de la seguridad social, o cuotas, aportes periódicos o contribuciones a que estuviesen obligados los trabajadores en virtud de normas legales o provenientes de las convenciones colectivas de trabajo, o que resulten de su carácter de afiliados a asociaciones profesionales de trabajadores con personería gremial, o de miembros de sociedades mutuales o cooperativas, o por servicios y demás prestaciones que otorguen dichas entidades, y al momento de producirse la extinción del contrato de trabajo por cualquier causa no hubiere ingresado total o parcialmente esos importes a favor de los organismos, entidades o instituciones a los que estuvieren destinados, deberá a partir de ese momento pagar al trabajador afectado una sanción conminatoria mensual equivalente a la remuneración que se devengaba mensualmente a favor de este último al momento de operarse la extinción del contrato de trabajo, importe que se devengará con igual periodicidad a la del salario hasta que el empleador acreditare de modo fehaciente haber hecho efectivo el ingreso de los fondos retenidos. La imposición de la sanción conminatoria prevista en este artículo no enerva la aplicación de las penas que procedieren en la hipótesis de que hubiere quedado configurado un delito del derecho penal. Cita Online: AR/LCON/066X.

Porcentaje máximo de retención. Conformidad del trabajador. Autorización administrativa

Art. 133. — Salvo lo dispuesto en el art. 130 de esta ley, en el caso de adelanto de remuneraciones, la deducción, retención o compensación no podrá insumir en conjunto más del veinte (20) por ciento del monto total de la remuneración en dinero que tenga que percibir el trabajador en el momento en que se practique.

Las mismas podrán consistir además, siempre dentro de dicha proporción, en sumas fijas y previamente determinadas. En ningún caso podrán efectuarse las deducciones, retenciones o compensaciones a las que se hace referencia en el art. 132 de esta ley sin el consentimiento expreso del trabajador, salvo aquéllas que provengan del cumplimiento de las leyes, estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo.

Las deducciones, retenciones o compensaciones, en todos los restantes casos, requerirán además la previa autorización del organismo competente, exigencias ambas que deberán reunirse en cada caso particular, aunque la autorización puede ser conferida, con carácter general, a un empleador o grupo de empleadores, a efectos de su utilización respecto de la totalidad de su personal y mientras no le fuese revocada por la misma autoridad que la concediera.

La autoridad de aplicación podrá establecer, por resolución fundada, un límite porcentual distinto para las deducciones, retenciones o compensaciones cuando la situación particular lo requiera.

Otros recaudos. Control

Art. 134. — Además de los recaudos previstos en el art. 133 de esta ley, para que proceda la deducción, retención o compensación en los casos de los incs. d), g) h) e i) del art. 132 se requerirá el cumplimiento de las siguientes condiciones:

a) Que el precio de las mercaderías no sea superior al corriente en plaza.

b) Que el empleador o vendedor, según los casos, haya acordado sobre los precios una bonificación razonable al trabajador adquiriente.

c) Que la venta haya existido en realidad y no encubra una maniobra dirigida a disminuir el monto de la remuneración del trabajador.

d) Que no haya mediado exigencia de parte del empleador para la adquisición de tales mercaderías.

La autoridad de aplicación está facultada para implantar los instrumentos de control apropiados, que serán obligatorios para el empleador.

Daños graves e intencionales. Caducidad

Art. 135. — Exceptúase de lo dispuesto en el art. 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 art. 133 de esta ley, a las resultas de las acciones que sean pertinentes. La acción de responsabilidad caducará a los noventa (90) días.

Contratistas e intermediarios

Art. 136. — Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 29 y 30 de esta ley, los trabajadores contratados por contratistas o intermediarios tendrán derecho a exigir al empleador principal solidario, para los cuales dichos contratistas o intermediarios presten servicios o ejecuten obras, que retengan, de lo que deben percibir éstos, y les hagan pago del importe de lo adeudado en concepto de remuneraciones u otros derechos apreciables en dinero provenientes de la relación laboral.

El empleador principal solidario podrá, así mismo, retener de lo que deben percibir los contratistas o intermediarios, los importes que éstos adeudaren a los organismos de seguridad social con motivo de la relación laboral con los trabajadores contratados por dichos contratistas o intermediarios, que deberá depositar a la orden de los correspondientes organismos dentro de los quince (15) días de retenidos. La retención procederá aunque los contratistas o intermediarios no adeudaren a los trabajadores importe alguno por los conceptos indicados en el párrafo anterior.

• Comentario:

9. Intangibilidad del salario

Lo "tangible" es aquello que se puede tocar, por lo que —en principio— el salario es "intocable".

Las normas que anteceden se encuentran destinadas a proteger la cuantía del salario, que no podrá ser afectado más allá de las supuestas deducciones, retenciones y compensaciones expresamente autorizadas por la ley.

Cualquier afectación del salario que exceda los casos habilitados por la ley es nula y, por ende, importa un incumplimiento injustificado de la principal contraprestación a la que se obliga el empresario.

En otras palabras, el salario devengado por el dependiente sólo puede verse reducido por los motivos que, de modo taxativo, enumera el art. 132 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Se prohíbe al empresario la aplicación de "multas" que deriven en una reducción de la cuantía del salario (art. 131).

10. Adelantos de remuneraciones

Con el fin de evitar fraudes y/o el aprovechamiento del estado de necesidad del trabajador, el legislador impone un límite a los adelantos de las remuneraciones. En situaciones normales, sólo puede ser adelantado el 50% del salario. Únicamente en casos excepcionales de urgencia, el empleador puede adelantar un porcentaje mayor.

Queda prohibido que el trabajador reciba adelantos correspondientes al salario de más de un período.

En todos los casos, la instrumentación de los adelantos debe ser realizada con los recaudos que la ley estipula para el pago del salario en los arts. 138, 139 y 140, incs. a), b), g), h) e i).

El adelanto puede ser descontado íntegramente del salario respectivo.

11. Retenciones y/o descuentos autorizados

El art. 132 enumera los supuestos en los que el empleador se encuentra autorizado a afectar el salario.

Estos supuestos pueden clasificarse en tres grandes grupos.

— Por un lado, los descuentos derivan de la decisión del legislador. Entre ellos, se encuentran las retenciones de aportes jubilatorios y de obra social (leyes 22.241 y 23.660); el pago de cuotas, aportes y contribuciones sindicales y/o mutuales (arts. 4º y 5º, ley 14.250, 38, ley 23.551) y el impuesto a las ganancias (ley 25.239)(17).

— Por otro lado, la ley estipula la posibilidad de efectuar descuentos y retenciones como consecuencia de negocios y/o contratos celebrados voluntariamente por el trabajador. Ellos se relacionan con el pago de cuotas, préstamos, primas de seguros, precio de compra o arrendamientos de viviendas, relacionados con contratos celebrados por el dependiente con una institución sindical y/o mutualista y/o bancaria oficial.

Finalmente, la ley faculta a retener el salario cuando el dependiente posea acciones de la sociedad empleadora; o bien deba reintegrar el precio de adquisición de mercaderías fabricadas y/o comercializadas por su empleador o el precio de compra de una vivienda adquirida al patrón.

En este último supuesto, el legislador incorporó en el art. 134 una serie de recaudos cuya rigidez obedece a la necesidad de evitar fraudes y abusos por parte del empleador, que deriven en la afectación del salario del dependiente más allá de lo expresamente habilitado. De ahí que es necesario que el trabajador decida en forma voluntaria la compra de mercadería fabricada y/o comercializada por el empleador. La norma dispone que el precio de los productos adquiridos se encuentre bonificado o, al menos, no puede ser superior al corriente en plaza. Ello se adecua a lo impuesto por los arts. 7º y 8º del Convenio 95 OIT sobre Protección del Salario(18).

Como puede advertirse, salvo el supuesto en que la retención sea impuesta por una norma, los descuentos requieren la conformidad expresa del dependiente y, en muchos casos, la autorización previa del ente administrativo nacional o provincial según el caso.

12. Límite de las retenciones

El art. 133 de la LCT fija en un 20% el límite a las retenciones y/o descuentos que el empleador puede realizar al salario.

Este límite sólo puede ser superado en los siguientes supuestos:

— En el caso en que el trabajador deba reintegrar un adelanto de sueldo efectuado en las condiciones y alcances impuestos por el art. 130 de la LCT.

— Cuando se ordene un embargo judicial sobre el salario. En este caso, el límite es el impuesto por el art. 147 de la LCT y por el dec. 484/1987.

— Si el empleador hace uso de la facultad que le acuerda el art. 135 de la LCT en el caso de "daños graves e intencionales" imputados al dependiente.

— Habilitaciones administrativas dictadas con fundamento en el último párrafo del art. 133 de la LCT.

13. Constitucionalidad de las autorizaciones administrativas en materia impositiva

Desde el año 1989, con el dictado de la Resolución 504/1989, el Ministerio de Trabajo habilitó la superación del porcentaje de retención del salario para el cobro del Impuesto a las Ganancias, con un límite del 15%. Desde esa fecha, la autoridad administrativa dictó sucesivas resoluciones alterando los porcentajes de retención, hasta que finalmente la Resolución MTESS nro. 426/2004 eliminó todo límite.

Sin perjuicio de dejar en claro con particular énfasis que, con independencia de su cuantía, el salario no puede ser considerado una ganancia "imponible", lo cierto es que la habilitación administrativa prevista por el art. 133 de la LCT no puede ser fundamento para ensanchar sin límite el porcentaje de retención. Repárese que dicha norma expresamente dispone que por vía administrativa se puede fijar "por resolución fundada, un límite porcentual distinto...", por lo que la decisión de superar todo límite colisiona con la autorización legal y, por ende, representa un claro supuesto de inconstitucionalidad por exceso reglamentario (art. 99.2, CN)(19).

14. Acción de responsabilidad por daños intencionales provocados por el trabajador

El art. 135 de la LCT faculta al empleador a retener hasta un 20% del salario correspondiente a un trabajador a quien le imputa la realización de un daño a los "talleres, instrumentos o materiales de trabajo".

Se trata de una norma insertada en el capítulo relativo a la tutela y protección del salario, que debe ser analizada en conjunto con el art. 87, relativo a la responsabilidad del trabajador por los daños provocados al empleador con "culpa grave" o "dolo".

Lo relevante es advertir que se trata de un derecho de retención ejercido por el empleador, sujeto no sólo a que el dinero retenido sea consignado judicialmente sino también a que la acción indemnizatoria sea incoada a los 90 días. Si bien se ha sostenido que este plazo de caducidad se inicia en el momento de la retención, lo cierto es que, en mi criterio, ese plazo debe correr desde el hecho generador de la responsabilidad que se le imputa al dependiente. De no ser así, la acción de responsabilidad a la que se refiere el art. 135 nunca caducaría si el empleador no realiza la retención(20).

Si bien el empleador podría mantener la retención en períodos sucesivos hasta compensar el supuesto daño provocado por el trabajador, lo cierto es que una vez iniciada la acción de responsabilidad, correspondería que sea el magistrado laboral quien resuelva, a pedido del interesado, la continuidad y el alcance de las retenciones a efectuarse durante el trámite del proceso.

15. Cobro del salario adeudado por contratistas y/o intermediarios

Desde la introducción del art. 29 bis y de la modificación del art. 30 mediante las leyes 24.013 y 25.013, respectivamente, el art. 136 ha perdido operatividad práctica y resulta sobreabundante(21).

Debe admitirse que la identificación que realiza la norma de un "empleador principal solidario" produce cierta perplejidad y desorientación al intérprete, pues no parece adecuarse a la mecánica delineada por el art. 30 de la LCT, aún en su redacción contemporánea al art. 136.

De todos modos, lo relevante de este dispositivo radica en advertir que el trabajador tiene derecho de exigirle al responsable solidario que retenga el dinero que deba pagar a los contratistas para cancelar las obligaciones salariales pendientes. De ahí que si los responsables solidarios rehusaren sin motivo legítimo la exigencia formulada por el dependiente, éste podrá accionar en forma directa contra aquéllos por las obligaciones salariales pendientes de cobro.

El segundo párrafo de la norma establece la facultad de retener dinero a los contratistas para abonar obligaciones adeudadas a los organismos de la seguridad social. No puede soslayarse que esta facultad es una obligación impuesta en el supuesto del actual art. 30 de la LCT.

16. Sanción derivada de la falta de depósito de aportes retenidos

16.1. Caracteres

Se trata de una sanción incorporada por la ley 25.345 dirigida claramente a desalentar la evasión de aportes.

Es una norma "fiscalista" cuyo propósito es desalentar la evasión de aportes provisionales y de obra social, a través de la imposición de una elevada sanción conminatoria que se extiende mes a mes mientras persista el incumplimiento.

Se trata de un dispositivo aplicable únicamente a vínculos registrados, pues el presupuesto fáctico está dado por la retención de aportes del salario del trabajador y su falta de depósito en el organismo respectivo.

La norma no es operativa en contratos vigentes, ya que requiere la existencia de una relación laboral ya extinguida.

16.2. Intimación previa

El dec. 146/2001, reglamentario de esta norma, incorpora la exigencia de una intimación fehaciente como condición de la operatividad de la sanción legal.

Además, la norma dictada por el PEN otorga al empresario un plazo de gracia de 30 días para regularizar su deuda.

Se ha sostenido con acierto que los recaudos introducidos por Poder Ejecutivo Nacional son inconstitucionales, al incorporar condiciones de viabilidad de la sanción excesivas que configuran, en definitiva, excepciones reglamentarias (art. 99.2, CN).

Eduardo Álvarez formula múltiples críticas a la norma en examen. La más aguda cuestiona la condena a abonar salarios sin recibir trabajo y con posterioridad a la extinción de un vínculo(22).

16.3. Límite de la sanción

Se encuentra controvertido en doctrina y en la jurisprudencia si la sanción debe extenderse más a allá del dictado de la sentencia que la declara procedente.

Entiendo que la interpretación literal de la norma conduce a concluir que la sanción se devenga mes a mes, desde el incumplimiento y hasta que el empleador ingrese íntegramente los aportes retenidos del salario del actor. Ello no implica una condena "a futuro", ya que si el empresario condenado persiste en el incumplimiento, el cobro de la multa deriva de una sentencia judicial en estado de ejecución, que reprochó una conducta ilícita (retención y falta de depósito), ocurrió con anterioridad a su dictado.

Si se tiene en cuenta que la conducta reprochada por la norma implica no sólo la falta de depósito de aportes sino además, que los mismos hayan sido retenidos del salario del dependiente, la aplicación de la multa más allá del dictado de la sentencia, constituye una condena que incluye una sanción por una omisión ocurrida en el pasado, y que se mantiene en el momento en que el magistrado emite su pronunciamiento y que persistirá sine die si el incumplidor no acredita el depósito de los aportes que retuvo durante la vigencia de la relación laboral.

En contra de lo expuesto, se expidieron algunas Salas de la Excma. Cámara al sostener que el progreso de la sanción más allá de la fecha de una sentencia judicial, implica una condena "a futuro" que la normativa procesal no admite.

16.4. Carga de la prueba

Si el trabajador pretende hacerse acreedor de la multa, deberá acreditar en juicio que el empleador retuvo de su salario el dinero para cancelar el aporte provisional y de obra social respectivo. Para ello, deberá acompañar los recibos salariales en los que conste la retención.

Por su parte, el empresario deberá demostrar que las sumas que retuvo fueron ingresadas en el organismo recaudador.

Tratándose del incumplimiento de una obligación cuya causa es ajena al trabajador, la procedencia de la sanción no puede estar justificada solamente en una presunción derivada de la falta de contestación de la demanda o de la confesión ficta. En estos casos, el magistrado laboral debería, aún de oficio, recabar información del organismo recaudador para verificar la verosimilitud del incumplimiento denunciado, con anterioridad al dictado de la sentencia.

16.5. Extensión de la responsabilidad

Los administradores de una sociedad que se ocuparen personalmente de la gestión societaria podrían ser condenados, en forma solidaria con la empleadora, a satisfacer el importe de la multa. Evidentemente, la retención y la falta de depósito de aportes destinados a la seguridad social y/o obra social configuran una conducta tipificada por los arts. 59 y 274 de la ley 19.550, pues implica el fraude al trabajador y a terceros.

17. Jurisprudencia

Indisponibilidad del límite a las deducciones al salario. Orden público laboral

"Los artículos 131 y 149 de la Ley de Contrato de Trabajo (DT, 1976-238) son disposiciones de orden público por imperativo de lo establecido en el art. 7º de dicho cuerpo legal y no pueden ser dejadas de lado aún por acuerdo de partes, criterio que se encuentra corroborado por la disposición del art. 133 de la ley citada".

CNTrab., sala X, 16/9/1997, "Paradiso, Cándido c. Banco do Brasil SA", DT, 1998-B-1861, LLAR/JUR/3579/1997.

Pago. Compensación. Trabajadora que al momento del despido adeudaba dinero a su empleadora en concepto de préstamos. Deducciones. Improcedencia

"El art. 131 de la LCT dispone categóricamente que no podrá deducirse, retenerse o compensarse suma alguna que rebaje el monto de las remuneraciones y esta prohibición es extensiva a las indemnizaciones de conformidad con lo normado por el art. 149 del mismo ordenamiento. Conviene recordar que las normas laborales son indisponibles para las partes (conf. arts. 7º, 12 y concordantes de la LCT) por lo que resulta irrelevante para el caso concreto la autorización firmada por la trabajadora en el sentido de autorizar a su empleadora a descontarle del sueldo una suma de dinero en varias cuotas mensuales y consecutivas en concepto de consumos y anticipos, haciendo extensivo dicho descuento del total del saldo adeudado en caso de renuncia, despido o retiro, comprometiéndose —de no registrarse el descuento— a abonar la suma faltante en forma personal en las oficinas de la demandada. En el caso, la empresa demandada no reconvino a la actora para obtener el cobro de las sumas supuestamente debidas por ésta, ni acreditó efectivamente la existencia de los pretendidos préstamos, por lo que resulta improcedente el descuento peticionado".

CNTrab., sala III, 10/6/2008, "Gómez, Nélida c. Crédito, José C. Paz y otro s/despido".

Embargo del salario más allá del límite fijado por la orden judicial, injuria laboral

"Corresponde hacer lugar al reclamo laboral por despido, pues la retención de la totalidad de los haberes adeudados con motivo del embargo dispuesto por un juzgado comercial sobre el salario del trabajador, pese a que el oficio judicial lo limitaba 'en la proporción de ley', configura una injuria grave de entidad suficiente como para justificar el despido indirecto decidido por aquél".

CNTrab., sala V, 18/4/2008, "Barbeito Patricia c. Ultimate System SA", LLAR/JUR/2812/2008.

Retenciones al salario. Límite del 20%. Acción de amparo

"Resulta procedente la acción de amparo incoada por un trabajador municipal con el objeto de que no se le efectúen retenciones en sus haberes más allá del porcentaje permitido legalmente —en el caso, se le efectuaron retenciones por más del 20% del salario—, de forma que el haber mensual no se vea disminuido de forma que aquél quede privado de remuneración, la que tiene carácter esencialmente alimentario".

CCiv. Com., Contencioso administrativo y de Familia de Villa María, 8/8/2001, "Pereyra, Sergio H. c. Municipalidad de Villa Nueva", LLAR/JUR/2943/2001.

Adelantos, intangibilidad del salario

"Si bien el empleador tiene derecho a deducir del salario los adelantos pagados aún superando el límite del 50 % establecido en el art. 130 de la Ley de Contrato de Trabajo, tal deducción no puede anular íntegramente un mes de salario, o sea no puede deducirse todo el adelanto que signifique un mes de sueldo ya que ello afectaría el principio de intangibilidad de los sueldos".

TTrab. nro. 3, Mar del Plata, 13/2/1996, "Asein, Néstor A. c. Puleston y Cía. y otro", LLBA, 1997-1036; LLAR/JUR/3344/1996.

Salarios. Base de cálculo para establecer la condena por deuda salarial

"La empleadora debe, respecto de los salarios, practicar las retenciones y aportes que la ley establece e integrar tales sumas a los organismos a que estén destinadas, obligaciones de las que no queda eximida pagando el sueldo bruto directamente al trabajador, como ocurriría si deposita en la causa los montos brutos de los sueldos adeudados incluidos en la condena. La Acordada del Acta 361 de esta Cámara del 23/7/1952 establecía expresamente: 'En los juicios radicados en los juzgados de primera instancia de este Fuero, en que se reclame el pago de sueldos o remuneraciones, dentro de la latitud que a esos vocablos les asigna el art. 2º del dec. 33.302 (ley 12.921), los Señores Jueces en las sentencias que dicten ordenarán, cuando proceda, el pago de ese rubro, previa deducción o retención de los aportes que determinan los respectivos regímenes jubilatorios vigentes'. Este criterio resulta extensible a las deducciones de los otros aportes establecidos legal o convencionalmente (obra social, sindicatos etc), no determina la improcedencia de que el juez interviniente incluya en la condena, por su monto bruto, los conceptos salariales debidos al trabajador, pues prevé que la obligada al pago deberá retener los montos correspondientes a los aportes a que se halle obligada, lo que deberá ser detallado en la liquidación que deberá presentar en la oportunidad de acreditar el depósito de las sumas en cuestión".

CNTrab., sala VII, 6/5/2006, "Ciccioli, Luis c. Megaformas Argentina SA s/despido".

Compensación por daños intencionales, improcedencia

"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 art. 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 art. 135 in fine de la LCT".

CNTrab., sala II, 10/4/2007, "Zamparolo, Luciana y otros c. Massara, Javier N. y otro", DT, 2007 (setiembre), 1008; LL AR/JUR/3334/2007.

Compensación por daños intencionales. Necesidad de interponer la acción prevista por el art. 135 de la LCT

"Aun en la hipótesis de que el trabajador pueda ser considerado responsable de un daño patrimonial a los intereses empresarios, al empleador le está vedado hacerse justicia por mano propia y ejercer retención directa sobre los haberes del subordinado. Debe, por el contrario, respetar los lineamientos del art. 135 de la Ley de Contrato de Trabajo (Adla, XXXIV-D, 3207; XXXVI-B, 1175), (demanda por consignación judicial ejercitada antes de que caduque la posibilidad de ejercer tal acción)".

CNTrab., sala VI, 14/2/1992, "Bassignana de Graizzaro, Iris c. El Hogar Obrero Coop. de Consumo, Edificación y Crédito Ltda.", LLAR/JUR/2511/1992.

Art. 132 bisLCT. Constitucionalidad

"El argumento de que el art. 132 bis es inconstitucional debe rechazarse porque no se advierte contradicción alguna con la Constitución Nacional, porque la indemnización estructurada en dicha norma surge de la inconducta de la demandada. Para más, la retención de aportes y su falta de depósito no es sólo una falta ante los organismos fiscales y previsionales o sindicales, sino también un incumplimiento obligacional contra el trabajador, toda vez que el art. 80, LCT expresamente establece esa conducta como obligación del empleador".

CNTrab., sala VI, 4/5/2004, "Raldo Quisbert, Raynaldo y otro c. Boop, Nilda s/despido".

Art. 132 bisLCT. Constitucionalidad

"... el art. 132 bis de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 (t.o. 1976) (Adla, XXXVI-B, 1175) no vulnera ninguna garantía constitucional, ya que se limita a imponer una carga sancionatoria patrimonial para obtener el acabado cumplimiento de las disposiciones legales referidas al depósito de los aportes a los organismos fiscales y previsionales...".

CNTrab., sala III, 27/9/2007, "Niwa, Beatriz Griselda c. Obra Social Bancaria Argentina". LLAR/JUR/6309/2007.

Art. 132 bisLCT. Rebeldía del demandado. Procedencia de la sanción

"Ante el hecho antijurídico de origen laboral denunciado por el actor (retención y no acreditación del ingreso de los aportes correspondientes, por parte del empleador) y encontrándose la parte demandada incursa en la situación contemplada en el art. 71 de la L.O., juega a favor de aquél la presunción emergente 'iuris tantum' y corresponde la sanción conminatoria normada en el art. 132 bis de la LCT y que la misma sea devengada hasta que el empleador acredite, de modo fehaciente, haber hecho efectivo el ingreso de los fondos retenidos y no solamente hasta la fecha de interposición de la demanda. Asimismo, se deberán remitir las actuaciones a la justicia competente a fin de que determine si el demandado ha incurrido en delito de derecho penal, teniendo en cuenta para ello la denuncia formulada por el actor en su escrito de inicio y lo previsto por el art. 132 bis ya citado".

CNTrab., sala I, 30/9/2003 "Jaimes, Eduardo c. Constanzo, Juan s/despido".

Art. 132 bisLCT. Rebeldía del demandado, improcedencia de la sanción

"Si bien en este caso concreto el proceso tramitó en rebeldía de la sociedad empleadora y de las personas físicas respecto de las cuales se postuló la extensión de responsabilidad, no correspondería la multa del art. 132 bis de la LCT pues el actor no afirmó el hecho de que la empleadora estuviera en mora en cuanto a los depósitos de los aportes retenidos, y tampoco explicó cómo le constaba dicha omisión, únicamente se limitó a expresar 'en caso de comprobarse por vía de presunción derivada del silencio de los demandados o por otros medios...'. Lo cierto es que una presunción como la que resulta de la situación procesal ya mencionada, no es suficiente para tener por acreditado un hecho que no consta al beneficiario de esa situación, máxime cuando ello implicaría afirmar en una sentencia que el litigante rebelde ha cometido delitos y la comprobación de la realidad es de trámite sencillo ya que bastaría un pedido de informes a la AFIP".

CNTrab., sala VII, 30/4/2004, "Zanek, Cesar c. Magic Event SRL y otros s/despido".

Art. 132 bis. Rebeldía del demandado. Improcedencia

"El actor debe acreditar la ilicitud denunciada —retención indebida de recursos de la seguridad social— mediante informe de la Administración Nacional de la Seguridad Social o pericial contable sin que corresponda la admisión de tal crédito por la simple circunstancia de encontrarse la empleadora incursa en situación de rebeldía procesal".

CNTrab., sala V, 13/11/2006, "López, Alejandro C. c. EDP Míguez SA", DT 2007 (agosto), 886; LL AR/JUR/9810/2006.

Clandestinidad total. Improcedencia de la sanción

"Para la procedencia de la indemnización prevista en el art. 132 bis de la LCT, la ley 25.345 exige que el empleador haya efectuado la retención de aportes al trabajador, con destino a los organismos de la seguridad social. La imposición de la sanción establecida en la norma citada no puede ser receptada en caso de clandestinidad registral total, pues no se materializa la retención de suma dineraria alguna, por parte de la empleadora".

CNTrab., sala III, 3/4/2003, "Raimondi Klem, Juan c. Lacteos Pozo del Molle SA s/despido", expte. 27.583/01, sent. 84.690.

Art. 132 bisLCT. Trabajo no registrado. Improcedencia

"Cuando se trata de una relación `en negro´, donde no se efectúan aportes ni contribuciones, ni se registra la relación, no existe retención alguna que torne aplicable la reparación contenida en el art. 132 bis de la Ley de Contrato de Trabajo (DT, 1974-805, t.o. 1976-238), salvo que se invoque y demuestre que, no obstante la falta de registración, el patrono retenía algún aporte o cuota del dependiente".

CNTrab., sala X, 27/6/2002, "Milessi, Juan A. c. T.E.B. SRL y otros", DT, 2002-B-1979; IMP, 2003-A-1198; LLAR/JUR/1405/2002.

Art. 132 bis. No retención de aportes. Improcedencia

"Si el empleador no retuvo los aportes a que hace referencia el art. 132 bis de la LCT (DT, t.o. 1976-238), resulta improcedente la indemnización por multa del art. 43 de la ley 25.345 (DT, 2000-B, 2397), por cuanto para que la sanción sea operativa debe configurarse la conducta tipificada como ilícita, es decir, la retención indebida".

CNTrab., sala V, 17/4/2007, "Tosi Loza, Mariana X. c. Fundación Octubre Trabajadores de Edificios y otros", LLAR/JUR/1699/2007.

Art. 132 bisLCT. Necesidad de demostrar la retención

"Para acceder al resarcimiento previsto en el art. 132 bis de la LCT (art. 43 de la ley 25.345) resulta imprescindible que el trabajador acredite que el principal le hubiera retenido aportes con destino a los organismos de la seguridad social. Es recién cuando se haya admitido o acreditado tal circunstancia, que pesa sobre el empleador demostrar el oportuno ingreso de los fondos a las agencias respectivas".

CNTrab., sala X, 13/2/2003, "SA, Edgardo c. Obra Social de la Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina s/despido".

Art. 132 bis. Extensión de la sanción. Prohibición de condena a futuro

"La sanción prevista en el art. 132 bis de la LCT (t.o. DT, 1976-238) no puede ser calculada más allá del mes anterior a la sentencia, sin perjuicio del derecho del trabajador a reclamar su ampliación en un pleito futuro, ya que en nuestro ordenamiento procesal no es admisible la 'condena de futuro'...".

CNTrab., sala I, 10/3/2003, "Díaz Andrónico, Horacio c. Feroleto Hnos. SA y otro", DT, 2003-B-1379; LLAR/JUR/1634/2003.

Art. 132 bisLCT. Extensión de la sanción más allá del dictado de la sentencia, hasta el ingreso de los aportes retenidos

"La sanción debe extenderse hasta tanto se acredite que se ha ingresado los aportes retenidos, desde que aquella norma no ha otorgado potestad discrecional alguna a los jueces para reducir la sanción allí impuesta, sino que y en razón de su carácter conminatorio, expresamente prescribe que la condena debe extenderse hasta que la empleadora acredite fehacientemente que ha ingresado efectivamente los depósitos correspondientes".

CNTrab., sala II, 4/6/2008, "Zapata, Griselda Elizabeth c. Obra Social Bancaria Argentina", LLAR/JUR/4033/2008.

Extensión de responsabilidad a directores y/o administradores de la sociedad. Procedencia

"Corresponde responsabilizar en forma solidaria, en los términos de los arts. 59 y 274 de la ley 19.550, a los miembros del directorio de la sociedad empleadora, a abonar la multa del art. 132 bisLCT motivada en la indebida retención de aportes previsionales si, en las actas de asamblea no consta que ninguno de ellos manifestó oposición alguna a tal proceder pues, dicho incumplimiento constituye un recurso para violar la ley, el orden laboral y para frustrar derechos de terceros...".

CNTrab., sala X, 27/9/2010, "Aparicio, Martha Raquel c. Marta Harff SA y otros", DT, 2010 (noviembre), 2971; IMP, 2010-13-242; LL AR/JUR/58235/2010.

Extensión de responsabilidad a directores y/o administradores de la sociedad. Improcedencia

"La omisión por parte de la empresa empleadora de ingresar al sistema de seguridad social los aportes retenidos oportunamente al trabajador, no implica —en condiciones normales— el despliegue de maniobras destinadas a encubrir o disimular el incumplimiento ni sus consecuencias, por lo que genera una deuda con los organismos recaudadores, más allá de las consecuencias que la conducta ilícita genere en el marco de las leyes penal tributaria y laboral (arts. 6º, 9º y conc. de la ley 24.769 y 132 bis de la LCT)y la frustración o afectación de los derechos previsionales del actor. Pero la ausencia de maniobras o argucias por parte de la incumplidora impiden considerar que ésta haya abusado de la personalidad jurídica que la ley le reconoce (art. 2º ley de sociedades), por lo que el incumplimiento en análisis no tiene consecuencias más graves que la simple omisión de pago de cualquier deuda (salarios del personal, impuestos, servicios, etc)".

CNTrab., sala III, 19/11/2003, "Rivero, Enrique y otros c. Suipacha 732 SRL y otro s/Ley 25.561".

Despido. Gravedad de la falta. La abstención de trabajar no justifica el despido cuando se debe al incumplimiento patronal

La abstención de trabajar mientras dure el acto de incumplimiento patronal, no constituye una indisciplina del trabajador sino el ejercicio de una potestad especial de autotutela que le reconoce el ordenamiento jurídico —art. 1201 del Cód. Civil—. Así, la omisión de prestar servicios por parte de la actora, habiendo probado la irregularidad registral en que se encontraba, no habiendo el empleador puesto de manifiesto su intención de cumplir con sus obligaciones, configura un supuesto de hecho que no puede erigirse en ilícito alguno en tanto no es más que el ejercicio regular de un derecho que le es propio y que justifica la retención de tareas (cfr. arg. arts. 1201 y 1071 del Cód. Civil).

CNTrab., sala VII, 26/3/2012, "Martinelli, María Laura c. Chacras de Buenos Aires Comercializadora de Tierras SA y otros s/despido", expte. 5.629/09, sent. def. 44.193.

Trabajo Marítimo. Excepción de incumplimiento. Improcedencia. Art. 1201Cód. Civil

El art. 1201Cód. Civil prevé que "en los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probase haberlo ella cumplido u ofreciese cumplirlo, o que su obligación es a plazo". Resulta evidente que la excepción de incumplimiento sólo es aplicable en el marco de un contrato bilateral (entre trabajador y empleador) y la abstención del cumplimiento del débito comprometido resulta legítima en la medida en que medie un incumplimiento de la contraparte, vinculado con las obligaciones resultantes del contrato que los vincula. En el caso no se encuentran reunidos los requisitos legales para su aplicación en cuanto el acto de retención no se vinculó a las diferencias salariales que posteriormente reclamó el actor, sino a un reclamo colectivo o, al menos, plurindividual, destinado a obtener mejoras en las condiciones de trabajo.

CNTrab., sala II, 15/12/2011, "Gaggino Miguel Orlando c. Argenova S.A. y otro s/Despido", expte. 35.217/2007, sent. def. 99.995.

Sección VIII - LCT (ley 20.744), arts. 137 al 149. Por Pablo Marco

• Normas aplicables: Ley de Contrato de Trabajo, 20.744: art. 137 al 149.

CAPÍTULO IV De la tutela y pago de la remuneración

Mora

Art. 137. — La mora en el pago de las remuneraciones se producirá por el solo vencimiento de los plazos señalados en el art. 128 de esta ley, y cuando el empleador deduzca, retenga o compense todo o parte del salario, contra las prescripciones de los artículos 131, 132 y 133.

• Comentario:

1. Generalidades

Es útil comenzar señalando que el pago de la remuneración al dependiente es, dado su carácter alimentario, una de las obligaciones fundamentales que pesan en cabeza del empleador, la que deberá satisfacerse, como marca la LCT, en los plazos y condiciones en ella previstos (cfr. art. 74).

La LCT, en su art. 126, estipula distintos períodos de pago, según se trate de personal mensualizado, remunerado con un jornal diario o por hora, o bien remunerado por pieza o medida (o "a destajo"). Luego, como el propio artículo que se comenta señala, el pago se efectuará una vez vencido el período correspondiente y dentro de los plazos máximos que establece el art. 128 de dicha ley, que se cuentan en días hábiles: cuatro (4) para la remuneración mensual o quincenal, y tres (3) para los pagos semanales.

2. La Mora

Pues bien, fenecidos los plazos señalados en el punto anterior, se produce la mora del empleador en el pago de los salarios.

En efecto, tratándose, como se vio, de una obligación a plazo, dicha mora opera de forma automática, por su solo vencimiento, conforme lo prevé el art. 509 del Cód. Civil(1). Esto significa que no se precisa la previa interpelación al empleador —ni judicial, ni extrajudicial— a los fines de que la obligación incumplida pueda ser exigible.

Como se ha sostenido, para que se configure la mora simplemente se requiere que exista una obligación exigible, y la verificación de un recaudo objetivo y otro subjetivo: el primero de ellos se da ante el retardo en el cumplimiento de dicha obligación por parte del deudor, mientras que el otro finca en que dicho atraso le sea imputable al sujeto obligado por dolo o culpa(2). Sin embargo, el deudor puede eximirse de responsabilidad demostrando que la mora no le es imputable —por ejemplo, ante un supuesto de caso fortuito o de fuerza mayor—, tal como el propio art. 509 del Cód. Civil lo estipulaba, norma que se encuentra actualmente contenida por los arts. 886 a 888 del nuevo Código Civil y Comercial Unificado por ley 26.994 que, en lo sustancial, mantienen el sentido de la norma anterior (ver, al respecto, "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", dirigido por Julio C. Rivera y Graciela Medina, t. III, p. 296 y ss., La Ley, Buenos Aires, 2015).

Cabe destacar que la disposición bajo análisis contempla no sólo la hipótesis de mora en el pago de la totalidad de la remuneración, sino que también prevé el caso de que la falta de pago sea parcial, ya sea por realizar el empleador deducciones, retenciones o compensaciones —contrariamente a lo prescripto en los arts. 131, 132 y 133 de la ley 24.744—, en tanto en estos supuestos el empleador tampoco se ha abocado a cumplir en forma total su obligación dentro de los plazos legales supra indicados.

De todos modos, como reza el art. 260 de la LCT, el pago insuficiente de obligaciones originadas en las relaciones laborales por parte del empleador —en el caso que nos ocupa, los haberes del trabajador— se considerará como pago a cuenta del total adeudado, aun cuando dicho pago sea recibido sin que el dependiente haga reservas(3).

3. Efectos. Aspectos prácticos

Uno de los efectos que se producen una vez operada la mora —recordemos, de forma automática(4)—, es el comienzo del curso de los intereses (tal como establecía el art. 622, Cód. Civil), los que se devengarán desde que cada suma fue debida y hasta su efectivo pago. Conforme estipulaba la propia norma del Código Civil, estos intereses pueden estar previamente convenidos o bien estar determinados legalmente; en su defecto, serán los jueces quienes determinaran qué tasa se abonará.

La norma antes citada se encuentra actualmente contenida por los arts. 767 y 768 del nuevo Código Civil y Comercial Unificado por ley 26.994 que, en lo sustancial, mantiene su sentido (ver, al respecto, "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", dirigido por Julio C. Rivera y Graciela Medina, t. III, p. 93 y ss., La Ley, Buenos Aires, 2015).

En el concreto ámbito de la Justicia Nacional del Trabajo, la tasa de interés aplicable era, hasta mayo de 2014, la fijada en el Acta 2357 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de fecha 7 de mayo del 2002 y de la Resolución 8/2002 dictada en su consecuencia(5); empero, a partir de lo resuelto por dicha Cámara mediante Acta 2601 (del 21/5/2014), la tasa de interés aplicable ha pasado a ser la tasa nominal anual para préstamos personales libre destino del Banco Nación para un plazo de 49 a 60 meses, la que se devengará desde que cada suma fue debida respecto de las causas que se encuentran sin sentencia y con relación a los créditos del trabajador. Y, a partir del 27/4/2016, mediante Acta 2630, se dispuso "...mantener, a partir de la fecha de la última publicación, la tasa nominal anual vigente para préstamos personales libre destino del Banco Nación (Acta CNAT Nº 2601) que asciende al 36%...".

Por otra parte, la mora en el pago de las remuneraciones da lugar a la imposición de sanciones de carácter administrativo. Cabe recordar, al respecto, que el Pacto Federal del Trabajo —ratificado por ley 25.212 (B.O. del 6/1/2000)— considera como "infracción leve" al "pago de las remuneraciones fuera del plazo legal, cuando el atraso fuere de hasta cuatro (4) días hábiles si el período de pago fuera mensual, y de hasta dos (2) días hábiles si el período fuera menor" (cfr. art. 2º, inc. a), mientras que categoriza como "infracción grave" a "la violación de las normas relativas en cuanto a monto, lugar, tiempo y modo, del pago de las remuneraciones, así como la falta de entrega de copia firmada por el empleador de los recibos correspondientes..." (art. 3º, inc. c), salvo lo que prevé el artículo previamente citado. Y, según lo estipulado en el art. 5º de esta ley, las sanciones pueden consistir en apercibimientos o multas (en el caso de las infracciones leves, cfr. inc. 1º, aparts. a y b), o bien multas —graduables en su monto— por cada trabajador afectado (para las infracciones graves, v. inc. 2º).

El supuesto aquí analizado también habilitaría a que el trabajador retenga tareas tal como oportunamente lo preveían los arts. 510 y 1201 del Cód. Civil: del juego armónico de dichas normas se admitía la llamada excepción de incumplimiento, al decir la primera de ellas que "[e]n las obligaciones recíprocas, el uno de los obligados no incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir la obligación que le es respectiva", mientras que la otra reza que "En los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probase haberlo ella cumplido u ofreciese cumplirlo, o que su obligación es a plazo".

Las normas antes citadas se encuentran actualmente contenidas por el art. 1031 del nuevo Código Civil y Comercial Unificado por ley 26.994. Dicho artículo mantiene, en lo sustancial, el sentido de las normas referidas (ver, al respecto, "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", dirigido por Julio C. Rivera y Graciela Medina, t. III, p. 565 y ss., La Ley, Buenos Aires, 2015).

Por último, el incumplimiento del pago de los salarios en tiempo y forma faculta al trabajador a considerarse despedido (cfr. arts. 242 y 246 de la LCT), en la medida de que se trate de una injuria de entidad suficiente que hiciera imposible la prosecución del vínculo.

Al respecto, se ha sostenido que "...la remuneración (en la cual están subsumidos los aguinaldos) es un elemento esencial del contrato de trabajo y su falta de pago en término —dada su innegable naturaleza alimentaria, y siendo que constituye, junto con el deber de brindar ocupación efectiva, una de las prestaciones principales del contrato de trabajo a cargo del empleador (cfr. art. 74LCT)— constituye injuria grave que justifica el despido indirecto en el que se colocó el trabajador..." (ver, al respecto, CNTrab., sala IV, 9/10/2015, "Levay, Daniel Gustavo c. Mercury Communications S.A. y otro s/ Despido", sent. def. 99.591, entre muchas otras).

Aquí es necesario hacer una aclaración: si bien, como se señaló antes, la mora opera por el solo vencimiento de los plazos establecidos en el art. 128 de la LCT, razones de buena fe (cfr. arts. 62 y 63 de la ley 20.744) imponen que, previo a denunciar el contrato de trabajo por el incumplimiento en el pago de los salarios, el trabajador deba darle al empleador la posibilidad de que revea su conducta, intimándolo fehacientemente para que subsane esa omisión, en aras del principio de continuidad del contrato (art. 10, LCT), y recién ante la reticencia de aquél a abonar los haberes podrá el dependiente considerar disuelto el vínculo.

Sin perjuicio de lo expuesto, y conforme lo establece el art. 242, LCT, en su segundo párrafo, será el Juez quien, prudencialmente, valorará —en última instancia— la entidad de la injuria, a los fines de determinar si, en el caso concreto sometido a su conocimiento, el despido decidido por el trabajador resultó ajustado a derecho.

4. Jurisprudencia

Mora. Operatividad

"...la retribución representa una de las principales obligaciones del empleador, en atención a la naturaleza alimentaria del salario... Conviene recordar que, respecto de tales créditos, la mora es automática conforme lo dispone el art. 137 de la LCT".

CNTrab., sala III, 28/9/2012, "Alaniz, Guillermo Martín c. Bella SA y otro s/Despido", LLAR/JUR/51347/2012.

Mora. Excepción de incumplimiento

"...mal podía la demandada exigir la prestación de servicios por parte del dependiente, cuando la empleadora —pese a haber sido emplazada verbalmente— no satisfacía el pago de los salarios (arts. 74, 79, 137, 138 de la LCT). La retención de tareas decidida por el actor, encuadra en la norma del art. 1201 del Código Civil, que establece que 'en los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probase haberlo ella cumplido u ofrecido cumplir, o que su obligación es a plazo'. No existen motivos para entender que esta disposición, no sea aplicable a las relaciones contractuales de naturaleza laboral, aunque es claro que su viabilidad, cuando se trate de la retención de tareas por parte del trabajador (principal obligación a su cargo), debe ser valorada teniendo en cuenta la relevancia de los incumplimientos imputados a la empleadora, pues tal actitud solo podría considerarse justificada cuando la actitud de la empleadora se refiriese a alguna de sus obligaciones esenciales. En el caso, reitero, teniendo en cuenta la falta de pago de los salarios, resulta claramente procedente para justificar aquella conducta...".

CNTrab., sala III, 28/9/2012, "Alaniz, Guillermo Martín c. Bella SA y otro s/Despido", LLAR/JUR/51347/2012.

Mora. Injuria. Despido indirecto

"...la mora en el pago de los salarios en modo alguno puede ser excusada pues, como es sabido, el trabajador no soporta los riesgos de la explotación y el carácter alimentario del salario impide la justificación de atrasos. Es por ello que entiendo que tal incumplimiento... resulta injuria suficiente, en los términos del art. 242, LCT...".

CNTrab., sala I, 29/11/2011, "Martín, María Laura c. Mokobodzki Ongaro, María Marta y otro s/Despido", LLAR/JUR/82054/2011.

Mora. Injuria suficiente

"...Es válido el despido indirecto en que se colocó un trabajador si se acreditó que el empleador no le abonó su remuneración durante varios meses, pues tal incumplimiento constituye una injuria de gravedad suficiente que torna imposible la prosecución del vínculo y legitima la denuncia del contrato en los términos de los artículos 242 y 246 de la Ley de Contrato Trabajo, habida cuenta que el pago del salario es la contraprestación fundamental y esencial del contrato de trabajo, la cual debe otorgarse sin demoras y en el plazo establecido por la ley dado su índole alimentaria y la necesidad del trabajador de afrontar los gastos periódicos en aras de su subsistencia...".

CNTrab., sala IX, 15/9/2011, "Ibrahim, Verónica Cecilia y otro c. Colortel SRL y otros s/Despido", DT, 2011-noviembre, 3028.

Pago. Acuerdo. Mora automática. Eximición del deudor. Requisito

"En lo que respecta al 'onus probandi' y a la acreditación de un hecho negativo, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en el Fallo Plenario recaído el 21/3/1980 en autos: 'Caja de Jubilaciones de la PBA c. Juan, Carlos y otros' estableció: 'en el caso de que la obligación deba pagarse en el domicilio del deudor y la mora fuese de constitución automática, para eximirse de ella el deudor debe acreditar que el acreedor no compareció al efecto'. Dicha doctrina ha sido extendida a las obligaciones emergentes del contrato de trabajo".

CNTrab., sala II, "Su Taxi SA c. Trasmonte, Sergio s/Consignación", sent. def. 93.595 del 29/6/2005.

Recibos y otros comprobantes de pago

Art. 138. — Todo pago en concepto de salario u otra forma de remuneración deberá instrumentarse mediante recibo firmado por el trabajador, o en las condiciones del art. 59 de esta ley, si fuese el caso, los que deberán ajustarse en su forma y contenido en las disposiciones siguientes.

Doble ejemplar

Art. 139. — El recibo será confeccionado por el empleador en doble ejemplar, debiendo hacer entrega del duplicado al trabajador.

Contenido necesario

Art. 140. — El recibo de pago deberá necesariamente contener, como mínimo, las siguientes enunciaciones:

a) Nombre íntegro o razón social del empleador y su domicilio y su Clave Única de Identificación Tributaria (C.U.I.T); (Inciso sustituido por art. 1º de la Ley Nº 24.692, B.O. 27/9/1996)

b) Nombre y apellido del trabajador y su calificación profesional y su Código Único de Identificación Laboral (C.U.I.L.); (Inciso sustituido por art. 1º de la Ley Nº 24.692, B.O. 27/9/1996)

c) Todo tipo de remuneración que perciba, con indicación substancial de su determinación. Si se tratase de porcentajes o comisiones de ventas, se indicarán los importes totales de estas últimas, y el porcentaje o comisión asignada al trabajador;

d) Los requisitos del art. 12 del decreto-ley 17.250/67;

e) Total bruto de la remuneración básica o fija y porcentual devengado y tiempo que corresponda. En los trabajos remunerados a jornal o por hora, el número de jornadas u horas trabajadas, y si se tratase de remuneración por pieza o medida, número de éstas, importe por unidad adoptado y monto global correspondiente al lapso liquidado;

f) Importe de las deducciones que se efectúan por aportes jubilatorios u otras autorizadas por esta ley; embargos y demás descuentos que legalmente correspondan;

g) Importe neto percibido, expresado en números y letras;

h) Constancia de la recepción del duplicado por el trabajador;

i) Lugar y fecha que deberán corresponder al pago real y efectivo de la remuneración al trabajador;

j) En el caso de los artículos 124 y 129 de esta ley, firma y sello de los funcionarios o agentes dependientes de la autoridad y supervisión de los pagos;

k) Fecha de ingreso y tarea cumplida o categoría en que efectivamente se desempeñó durante el período de pago.

Recibos separados

Art. 141. — El importe de remuneraciones por vacaciones, licencias pagas, asignaciones familiares y las que correspondan a indemnizaciones debidas al trabajador con motivo de la relación de trabajo o su extinción, podrá ser hecho constar en recibos por separado de los que correspondan a remuneraciones ordinarias, los que deberán reunir los mismos requisitos en cuanto a su forma y contenido que los previstos para éstos en cuanto sean pertinentes.

En caso de optar el empleador por un recibo único o por la agrupación en un recibo de varios rubros, éstos deberán ser debidamente discriminados en conceptos y cantidades.

Validez probatoria

Art. 142. — Los jueces apreciarán la eficacia probatoria de los recibos de pago, por cualquiera de los conceptos referidos en los artículos 140 y 141 de esta ley, que no reúnan algunos de los requisitos consignados, o cuyas menciones no guarden debida correlación con la documentación laboral, previsional, comercial y tributaria.

Conservación. Plazo

Art. 143. — El empleador deberá conservar los recibos y otras constancias de pago durante todo el plazo correspondiente a la prescripción liberatoria del beneficio de que se trate.

El pago hecho por un último o ulteriores períodos no hace presumir el pago de los anteriores.

Libros y registros. Exigencia del recibo de pago

Art. 144. — La firma que se exigiera al trabajador en libros, planillas o documentos similares no excluye el otorgamiento de los recibos de pago con el contenido y formalidades previstas en esta ley.

Renuncia. Nulidad

Art. 145. — El recibo no debe contener renuncias de ninguna especie, ni puede ser utilizado para instrumentar la extinción de la relación laboral o la alteración de la calificación profesional en perjuicio del trabajador. Toda mención que contravenga esta disposición será nula.

Recibos y otros comprobantes de pago especiales

Art. 146. — La autoridad de aplicación, mediante resolución fundada, podrá establecer, en actividades determinadas, requisitos o modalidades que aseguren la validez probatoria de los recibos, la veracidad de sus enunciaciones, la intangibilidad de la remuneración y el más eficaz contralor de su pago.

• Comentario:

5. Introducción

La LCT regula, a lo largo de distintas normas, los pagos que se realizan al trabajador, ya sea en cuanto a su forma, la época y el medio para su instrumentación.

Los artículos que se comentan tratan justamente de este último aspecto, es decir, la manera en que el pago de salarios o de otras formas de remuneraciones debe ser instrumentado, así como de los extremos que deben constar en esa documentación y los requisitos que deben cumplirse.

Es conveniente aclarar que los pagos a los que se alude en los artículos supra transcriptos son aquellos referidos a remuneraciones en dinero, pues sólo pueden ligarse con esta modalidad remuneratoria las exigencias que establece el art. 140 de la LCT(6), mientras que las demás prestaciones de contenido patrimonial que se abonen al trabajador no están sujetas a las formalidades que exigen estos preceptos(7).

6. El recibo. Formalidades

Resulta útil memorar, previamente, que el art. 124 de la LCT admite tres maneras de abonar las remuneraciones en dinero debidas al trabajador, las que deberán pagarse —bajo pena de nulidad— en efectivo, cheque a la orden de éste o mediante la acreditación en cuenta abierta a su nombre en una entidad bancaria o institución de ahorro oficial. Y, en este último supuesto, la documentación que obre en el banco o la constancia que éste le entregue al empleador constituirá prueba suficiente del hecho de pago (cfr. art. 125); aunque en modo alguno ello libera al empleador de la obligación de entregar el pertinente recibo, sino que, por el contrario, estas constancias se complementan entre sí.

De este modo, el art. 138 de la LCT establece una pauta general, al señalar la necesidad de que los pagos que se le efectúen al trabajador queden acreditados en un recibo: es el comprobante de que se ha pagado un importe de dinero en concepto de remuneración, de acuerdo a la liquidación que figure en él. Así, cualquiera que sea el modo empleado para pagar el salario —léase, de acuerdo a lo previsto en el mentado art. 124—, del hecho del pago —así como los conceptos que lo integran— deberá quedar constancia por escrito en ese recibo, para poder tener efecto cancelatorio y repeler, así, cualquier reclamo posterior.

La ley le da la posibilidad al empleador, asimismo, de extender un recibo separado para el pago de determinados rubros —señala, puntualmente, "vacaciones, licencias pagas, asignaciones familiares e indemnizaciones debidas al trabajador con motivo de la relación de trabajo o su extinción" (cfr. art. 141, LCT)—, diferenciándolos de aquellos importes que correspondan a "remuneraciones ordinarias"; o bien puede incluir todos los conceptos en un solo recibo, aunque en ese caso deberán estar debidamente discriminados. Sea cual fuere la modalidad empleada, los instrumentos igualmente deberán cumplir con los mismos requisitos mínimos indispensables previstos en la legislación, los que serán indicados infra. Tan insoslayables son estos requisitos que, incluso, el art. 130, LCT, señala que los recibos por anticipos o entregas a cuenta de salarios que se hagan al trabajador, deberán ajustarse en cuanto a su forma y contenido a las previsiones de los arts. 138, 139 y 140, incs. a), b), g), h) e i) de dicha ley.

A la par de los contenidos estipulados en el art. 140, LCT —que serán puntualizados infra—, y como requisito de validez insoslayable, la ley exige que el recibo esté firmado de puño y letra por el trabajador, o bien que conste en él su impresión dígito pulgar, en la hipótesis de que aquél no supiese o no pudiese firmar, tal como lo contempla el art. 59 de la LCT, al que el propio art. 138 remite(8). Sin embargo, en este caso, la validez de ese acto dependerá de los restantes elementos de prueba que acrediten la efectiva realización del mismo. En ese sentido, "...la impresión digital sólo prueba que la persona 'individualizada' mediante ella puso ese equivalente de su firma en el documento; pero si lo hizo no por un impedimento circunstancial, sino porque era analfabeto, no prueba que antes de ello se haya enterado del contenido de la declaración; y tampoco prueba que el acto al que puede referirse la declaración como efectuado (en este caso, un pago) se haya hecho efectivamente. Para probar la efectiva realización del acto deberán aportarse otros elementos de prueba que demuestren el efectivo conocimiento que tuvo el trabajador del contenido del acto, la consiguiente correspondencia de la declaración contenida en él con la voluntad real del agente y, en su caso, la sinceridad de los hecho que con él se relacionan..."(9).

La jurisprudencia ha sostenido, en la inteligencia de lo dicho anteriormente, que en el ámbito laboral se requiere inexcusablemente que los pagos se instrumenten a través del recibo firmado por el trabajador, que es el único medio idóneo para acreditar la cancelación de créditos laborales(10); también, que conforme lo disponen los arts. 125 y 138 de la LCT, las constancias bancarias detalladas y el recibo firmado por el trabajador constituyen los medios impuestos por la ley para instrumentar los pagos efectuados al dependiente, y son por lo tanto la prueba por excelencia de tal extremo, por lo que, en principio, ante el reclamo del trabajador, sólo puede oponerse el pago hecho y acreditado mediante estos documentos, excluyéndose otro medio probatorio, salvo la confesión(11).

Al respecto, se ha dicho que "...del juego armónico de los arts. 125 y 138LCT, el recibo firmado por el trabajador o, en su caso, la documentación obrante en el banco o las constancias que estas entidades entregaren al empleador, son los medios idóneos para demostrar la cancelación de los créditos emergentes de la relación de trabajo (en este caso, las indemnizaciones derivadas de la extinción, cfr. art. 149LCT), no es menos cierto que dicha pauta cede ante la confesión judicial o bien el reconocimiento de su percepción, aspecto que —a mi juicio— se ha corroborado en el sub examine..." (cfr. CNTrab., sala IV, 5/11/2015, in re, "Spósito, Guillermo Fabián c. Honeywell S.A.I.C. - ASA Bahía S.A. U.T.E. y otros s/Despido", sent. def. 99.694).

Va de suyo que, para que goce de plena autenticidad, la firma debe ser reconocida por el trabajador; y, en ese sentido, conforme lo establecía el art. 1028 del Cód. Civil, el reconocimiento judicial de la firma es suficiente para que el cuerpo del instrumento quede también reconocido, lo que claramente incluye el caso de los recibos de sueldo. Claro está que el trabajador puede demostrar que el contenido de estos documentos no se ajusta a la realidad; ello amén de señalar que la LCT veda la posibilidad de que sea otorgada la firma "en blanco" (cfr. art. 60).

Dicho art. 1028 del Cód. Civil se encuentra actualmente contenido por el art. 314 del nuevo Código Civil y Comercial Unificado por ley 26.994 que mantiene, en lo sustancial, el sentido de la norma anterior (ver, al respecto, "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", dirigido por Ricardo L. Lorenzetti, t. II, p. 224 y ss., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015).

Otra de las exigencias legales, es que los recibos deben ser confeccionados por el empleador en doble ejemplar (cfr. art. 139, LCT). De ellos, el original firmado por el trabajador quedará en poder del patrón, mientras que el duplicado —que, aunque la norma no lo exige, es razonable que lleve la firma del empleador— deberá serle entregado al dependiente.

Esta exigencia busca, claramente, evitar el fraude, permitiéndole al trabajador comprobar cuáles son los conceptos que se abonan y los importes a los que cada uno de ellos asciende, así como la correcta registración de los datos más trascendentales de la relación laboral que obligatoriamente deben constar en ese instrumento —los cuales se tratarán seguidamente—; asimismo, reviste fundamental importancia pues puede surtir efectos liberatorios.

Tal es la trascendencia del recibo que, aun cuando el dependiente firmara otros libros, planillas o cualquier documento similar, no libera al empleador de la obligación de otorgarlos de acuerdo a las formas y contenidos previstos en la propia ley (arg. art. 144, LCT) pues, como se dijo, únicamente ese instrumento puede surtir efecto cancelatorio.

7. Contenido del recibo

Como se indicó antes, a los fines de prevenir situaciones fraudulentas, el recibo de salarios debe contener los recaudos mínimos que prescribe el art. 140, LCT, llevar la firma del trabajador —o bien su impresión dígito pulgar—, y extenderse en doble ejemplar. Ello no obsta a que la autoridad de aplicación pueda establecer otros requisitos adicionales en determinadas actividades (de acuerdo a lo previsto en el art. 146, LCT).

Dicho esto, podrían englobarse los datos que deben constar en el recibo de sueldo de la siguiente manera:

• Identificación de las partes: los dos primeros incisos del art. 140, LCT, puntualizan los datos necesarios que debe contener el recibo de sueldo para individualizar correctamente al empleador (sea persona física o jurídica) y al trabajador, consignando incluso su CUIT y CUIL, respectivamente (a partir del agregado hecho por la ley 24.692). La finalidad de dicha enunciación es, como señalara Fernández Madrid, poder establecer quiénes son los responsables y obligados por las prestaciones que resultan del contrato(12), y en particular aquellas obligaciones que resulten del régimen de la seguridad social. De este modo, al trabajador le permite conocer con precisión quién es el titular del vínculo laboral y a qué domicilio debe dirigir las comunicaciones en caso de formular algún eventual reclamo, así como, también, quién ha efectuado los pagos, y, a su vez, posibilita al empleador "tener certeza del crédito que se ha extinguido mediante el pago que el recibo documenta"(13), es decir, a quién se le abonó.

• Situación contractual del trabajador: la indicación de la fecha de ingreso (inc. k]) permite determinar cuál es la antigüedad del dependiente, útil al momento de tener que efectuar cálculos para liquidar bonificaciones, adicionales o bien para indemnizaciones para las cuales sirva de parámetro (por ej., la indemnización por antigüedad prevista en el art. 245 de la LCT). Debe figurar, asimismo, la calificación profesional del dependiente (cfr. inc. b]) y también la tarea cumplida o categoría en la cual efectivamente se desempeñó durante el período que se abona por ese recibo (inc. k]). La calificación o categoría profesional viene generalmente determinada por el convenio colectivo de trabajo aplicable —que no en todos los casos coincide con las tareas efectivamente cumplidas—, y posibilita conocer si se respetaron las pautas salariales previstas en dicha norma convencional.

• Remuneraciones: el recibo debe contener también la indicación de todos los tipos de remuneraciones que perciba el dependiente, así como las pautas para su determinación (inc. c]); el total bruto de la remuneración y la precisión en cuanto a su composición (inc. e]); y el monto neto percibido, indicado en letras y números (inc. g]). Estos ítems tienen como finalidad establecer las bases para la liquidación del salario, permitiendo la individualización de los conceptos que integran la remuneración del dependiente, las sumas que se abonan en el período y la forma en que se liquidan, y también el importe líquido que finalmente recibirá —lo que usualmente se conoce como "salario de bolsillo"— luego de efectuadas las deducciones, retenciones y compensaciones que permite la legislación y que el trabajador podrá, de este modo, controlar, para así corregir cualquier error que conste en dichos instrumentos.

• Deducciones: el art. 140, LCT, estipula que deben constar las deducciones que se efectúen sobre la remuneración para ingresarlos al sistema de la seguridad social y otros que autorice la propia ley (inc. f]), como así también los que resulten de embargos, que deberán atenerse, básicamente, a lo previsto en los arts. 120, 130 a 133, 135 y 147, LCT; y también "los requisitos del art. 12 del dec.-ley 17.250/1967", esto es, la información sobre la fecha en que se efectuó el último depósito de aportes y contribuciones en el período inmediatamente anterior, detallando el período que corresponde a tal depósito y el banco en el cual se efectuó (cfr. inc. d]). Estos requisitos se vinculan además con lo dispuesto en el art. 80 de la LCT, y facilitan la constatación por parte del trabajador y, también, de los organismos de control.

• Verificar el efectivo pago: el inc. h) del art. 140, LCT, fija como requisito que haya constancia de la recepción del duplicado del recibo por parte del trabajador, en consonancia con lo dispuesto en el art. 139 de dicha ley en cuanto a su confección en doble ejemplar, valiendo su firma en el original —que quedará en poder del patrón— como constancia probatoria y surtiendo efecto cancelatorio. A ello se añade la indicación del lugar y la fecha en que se efectivizó el pago (cfr. inc. i]), que resultará útil para comprobar el cumplimiento de las exigencias previstas en los arts. 126, 128 y 129 de la LCT; y también, en determinados supuestos, la firma y sello de los funcionarios administrativos que lleven a cabo la supervisión de los pagos (inc. j]).

Por el contrario, el recibo no podrá contener renuncias ni utilizarse para instrumentar la extinción de la relación laboral o para alterar la calificación profesional en perjuicio del trabajador, en consonancia con el principio de irrenunciabilidad contenido en el art. 12 de la ley 20.744. Tan es así que la propia ley fulmina con la nulidad toda mención que contravenga la previsión del art. 145, LCT. Ello pues la finalidad de los recibos de salarios está bien delimitada: acreditar el pago de la remuneración del trabajador.

8. Validez probatoria. Aspectos prácticos

Como se ha venido señalando, el recibo constituye la constancia fehaciente del pago del salario, de modo que, cuando estén confeccionados de conformidad con las exigencias previstas en la ley (en particular, en los arts. 138 a 140), su validez probatoria es, prima facie, indudable(14). Ello, claro está, en tanto su contenido no esté negado o desconocido, o no se haya invocado —y demostrado— que se ha abusado de las firmas en blanco (en contraposición a lo prescripto por el art. 60 de la LCT)(15).

Ahora bien, el hecho de que se omita consignar en los recibos alguno de los requisitos puntualizados en la LCT, o bien cuando los datos que constan en ellos no se condigan con los que figuran en la documentación de la empresa, no obsta, de por sí, a su eficacia probatoria. En estos casos, su validez quedará sujeta a la apreciación judicial, debiendo los magistrados, en cada caso concreto, ponderarlos con las demás constancias que puedan servir de respaldo probatorio, de acuerdo a la regla de la sana crítica(16).

Como explica Fernández Madrid, los jueces están facultados para apreciar la validez probatoria de aquellos recibos que omitan ciertos datos o contengan menciones que no guarden la debida correlación con la documentación laboral, previsional, comercial y tributaria, permitiéndole al juzgador privar de eficacia cancelatoria al recibo cuando de su examen surja la posibilidad de que exista una maniobra fraudulenta en perjuicio del trabajador(17); y, asimismo, establecer en qué medida el dato no consignado gravita para decidir la cuestión, sin que pueda sentarse al respecto un juicio definitivo(18).

En consonancia con lo dicho, se ha sostenido que "...si bien es cierto que conforme lo dispone el art. 138 de la LCT, el recibo firmado por el trabajador es el único medio idóneo para instrumentar los pagos realizados a éste, también lo es que, de acuerdo con el art. 142 de la misma normativa, los jueces se hallan facultados para apreciar la eficacia probatoria de aquellos recibos que contengan menciones que no guarden la debida correlación con la documentación laboral, previsional, comercial y tributaria. Esta última solución es más flexible y permite al juzgador privar de eficacia cancelatoria al recibo cuando su examen, correlacionado con otros elementos del juicio, crea dudas acerca de la realidad del pago o sea imposible su imputación y, en definitiva, cuando surja la probabilidad de que el dato omitido o la falta de correlación con la restante documentación del empresario, traduzcan una maniobra fraudulenta en perjuicio del trabajador..."(19).

Como correlato de su eficacia probatoria, y para proteger los derechos del trabajador, la ley exige que el empleador conserve los recibos y demás constancias de pago por todo el plazo de la prescripción liberatoria de cada beneficio que, según lo estipulan los arts. 256 y 258, LCT, es de dos años; ello, claro está, sin entrar a considerar las causales de suspensión o interrupción de dicho plazo.

Como se señaló antes, también, la constancia de pago que se entregue por un último período no hace presumir la cancelación de los restantes, teniéndoselo, en todo caso, como un pago parcial en concordancia con lo previsto en el art. 260, LCT.

También cabe acotar que la validez probatoria del recibo no puede ser suplida por otros instrumentos, ni siquiera cuando el dependiente firmara otros libros, planillas o cualquier documentos similares, pues ello no libera al empleador de la obligación de otorgarlos de acuerdo a las formas y contenidos previstos en la propia ley (arg. art. 144, LCT). Así se señaló que la mención del perito contador respecto de las remuneraciones que, según el libro previsto en el art. 52 de la Ley de Contrato de Trabajo, la patronal abonó al trabajador, no suple las constancias de los recibos de pago, que constituyen el único medio admitido por el legislador para acreditar los créditos emergentes de la relación de trabajo, salvo confesión judicial(20).

Amén de lo dicho, no debe soslayarse que la LCT, en el art. 125 —complementado de este modo lo dispuesto en el mentado art. 138, LCT—, prevé también la posibilidad de acreditar los pagos hechos al trabajador por intermedio de la documentación obrante en el banco o las constancias que estas entidades entregaren al empleador(21), en concordancia con lo previsto en el art. 124 (según la redacción dada por la ley 26.590) de dicha ley, a lo que cabe añadirle lo estipulado en el art. 1º de la Resolución 360/2001 del Ministerio de Trabajo en cuanto exige que el pago de las remuneraciones se realice mediante cuenta bancaria.

9. Jurisprudencia

Pago. Remuneración. Tutela de la LCT

"Respecto del pago de la remuneración, además de tener presente los principios y valores que la Constitución Nacional enuncia y manda respetar, proteger, y materializar, cabe tener presente que la Ley de Contrato de Trabajo dentro del Título IV, Cap. IV., se ocupa de la tutela y pago de la remuneración, y regula, a tales efectos: la época de pago (arts. 74, 126, 128, 137, LCT), los medios de pago (arts. 124 y 125, LCT), los días, horas y lugares de pago (art. 129, LCT), así como la prueba del pago (art. 125, LCT)".

CNTrab., sala IX, 19/5/2009, "Boccardo, Alejandra c. García, Eduardo Bruno y otros s/Despido", sent. def. 15.578.

Recibo de salarios. Instrumentación

"En el ámbito laboral, tanto los pagos de remuneraciones como de indemnizaciones deben instrumentarse a través de recibos firmados por el trabajador —art. 138 y ss. de la Ley de Contrato de Trabajo—, pues, constituyen el único medio idóneo para acreditar la cancelación de los créditos laborales, resultando ineficaz a tal fin la prueba pericial contable, en tanto ésta se limita a recoger los datos emergentes de las registraciones de la empleadora, las cuales constituyen declaraciones unilaterales que resultan inoponibles al empleado, cuando no media la documentación correspondiente que las avale".

CNTrab., sala IX, 27/2/2007, "Krykalo, Jorge L. c. El Cóndor ET SA", DJ online, LLAR/JUR/514/2007.

Recibos. Firma en blanco

"Si bien el art. 60 de la LCT prohíbe el otorgamiento de la firma en blanco, apartándose de la regla del art. 1016 del Código Civil, cuando ello ha ocurrido el trabajador que acredita haberlo hecho puede oponerse al contenido del acto, demostrando que las declaraciones insertas en el documento no son reales, a los fines de eludir la consecuencia del reconocimiento de la firma según el art. 1028 del mismo ordenamiento".

CNTrab., sala VIII, 29/11/2010, "Piredda, Teresita del Valle c. Laboratorio Pablo Cassara SRL", LLAR/JUR/79539/2010.

Recibos. Requisitos

"Cabe hacer lugar a la indemnización derivada del despido indirecto del trabajador, atento a que éste si bien en un primer momento se desempeñó como 'administrativo C' y luego pasó con una categoría 'fuera de convenio', la instrumentación defectuosa en el recibo de haberes genera la presunción de que no cumplía la función de jefe de personal como pretende atribuirle el empleador, pues la categoría es uno de los elementos que deben quedar asentados en el recibo conforme art. 140, inc. k) de la Ley de Contrato de Trabajo".

CNTrab., sala VII, 17/7/2006, "Mandina, Karina E. c. Coto CIC SA", LLAR/JUR/6341/2006.

Recibo. Valor probatorio

"La circunstancia de que el actor hubiera reconocido los recibos agregados en autos no significa la confesión judicial expresa a que se refiere el art. 423 del Cód. Civil, si se trata del reconocimiento de un documento cuyo contenido está controvertido y puede ser desvirtuado por el trabajador (art. 60, LCT), correspondiendo al juez establecer su valor probatorio (art. 142, LCT)".

CNTrab., sala I, 8/4/1992, "Sánchez, Pedro J. c. Beltone Argentina S.C.A.", DT, 1992-B-1425.

Recibo. Prueba

"La cancelación de las remuneraciones debe probarse mediante recibos, los que deberán reunir las formalidades previstas en los arts. 138, 139, 140 y concs. de la Ley de Contrato de Trabajo. La omisión de esa prueba instrumental o su no exhibición impide su prueba".

CNTrab., sala II, 7/7/1983, "Santucho, Carlos A. c. Zappia, Domingo", LA LEY, 1983-D, 504.

Recibos. Prueba

"La mención del perito contador respecto de las remuneraciones que según el libro previsto en el art. 52 de la Ley de Contrato de Trabajo, la patronal abonó al trabajador, no suple las constancias de los recibos de pago, que constituyen el único medio admitido por el legislador para acreditar los créditos emergentes de la relación de trabajo, salvo confesión judicial".

CNTrab., sala III, 31/8/2010, "Iriarte, Gerardo Esteban c. Farmacia Richieri S.C.S. y otros", DJ, 9/2/2011, 85.

Pago. Instrumentación

"Cabe confirmar la sentencia que desestimó la compensación solicitada por el empleador, consistente en descontar de las sumas que pudieran corresponder al trabajador despedido el monto que alega haber abonado al momento del egreso como una gratificación imputable a futuros reclamos, toda vez que el empleador no aportó constancia alguna que permita tener por acreditado el pago de la suma en cuestión, pues atento a lo dispuesto en el art. 138 de la Ley de Contrato de Trabajo, todo pago deberá ser instrumentado mediante recibo firmado por el trabajador, no siendo suficiente la existencia de un informe contable".

CNTrab., sala I, 18/2/2008, "Delgado, Norma Francisca c. 3M Argentina SA", DJ, 2008-II-1113.

Recibos. Eficacia cancelatoria

"Dado que el recibo de haberes reconocido por el trabajador cumple con los requisitos legales impuestos por los artículos 139 y siguientes de la Ley de Contrato de Trabajo (Adla, XXXVI-B, 1175), y allí se consigna en forma inequívoca los importes y conceptos que se pretenden cancelar —en el caso, Vacaciones no gozadas y sueldo anual complementario proporcional—, corresponde otorgarle plena eficacia cancelatoria respecto de aquellos conceptos".

CNTrab., sala IV, 10/10/2007, "Freda, Beatriz Cristina c. Consorcio de Propietarios del edificio Riobamba 669/71", LLAR/JUR/6990/2007.

Recibos. Prueba

"Corresponde rechazar la demanda por la cual la actora pretendió el cobro de una indemnización por despido, si fundó la extinción del vínculo en la existencia de una deuda salarial, pero reconoció los recibos agregados por la demandada, careciendo de relevancia la declaración de 'abuso de firma' porque no existe prueba alguna que avale esta tardía afirmación".

CNTrab., sala IV, 27/2/2004, "Curtido Godoy, José c. Bugallo, Ramón y otro", DJ, 2004-3-152.

Pago. Prueba. Recibos. Comisiones

"Conforme las previsiones de los arts. 140 y 141 de la LCT, es obligación del empleador consignar en los recibos la indicación sustancial de la determinación de cada rubro, y si se tratara de porcentajes o comisiones por ventas, los importes totales de estas últimas y los porcentajes o comisiones asignados al trabajador".

CNTrab., sala VIII, 20/11/2008, "Freigedo, Marcela c. Xerox Argentina ICSA s/Despido", sent. def. 35.965.

Pago. Depósito en cuenta sueldo. Acreditación. Informe bancario

"Si bien la LCT, como principio general, establece que el pago de la remuneración se prueba mediante recibo firmado por el trabajador y que en caso de cuestionarse dicha efectivización está en cabeza del empleador la carga de la prueba (arts. 138 a 146, ley citada), no es menos cierto que esta suerte de 'bancarización' de dichos pagos ha modificado la situación. Y la respuesta del Banco donde el trabajador era titular de una cuenta caja de ahorro (cuenta sueldo) en donde consta el depósito efectuado por la demandada como liquidación final sella la suerte del reclamo. En el caso, también coincidían los registros contables que llevaba la empresa demandada".

CNTrab., sala VIII, 21/7/2006, "Cardozo, Alejandra c. Trader Classified Media Argentina SC s/Despido", sent. def. 33.499.

Pago. Prueba. Constancia bancaria

"Si se ha optado por el pago de las remuneraciones mediante depósito en la cuenta sueldo del trabajador, la suscripción del recibo sólo toma importancia para la imputación de las sumas depositadas, pero para acreditar la existencia de tales depósitos resulta suficiente que se acompañen las constancias bancarias, tal como expresamente lo establece la Resolución del Ministerio de Trabajo 360/01".

CNTrab., sala X, 29/11/2006, "Malec, Pedro c. Bosan SA s/Despido", sent. def. 14.801.

Cuota de embargabilidad

Art. 147. — Las remuneraciones debidas a los trabajadores serán inembargables en la proporción resultante de la aplicación del art. 120, salvo por deudas alimentarias.

En lo que exceda de este monto, quedarán afectadas a embargo en la proporción que fije la reglamentación que dicte el Poder Ejecutivo Nacional, con la salvedad de las cuotas por alimentos o litis expensas, las que deberán ser fijadas dentro de los límites que permita la subsistencia del alimentante.

A los fines de hacer operativas las previsiones contenidas en el presente artículo, la traba de cualquier embargo preventivo o ejecutivo que afecte el salario de los trabajadores se deberá instrumentar ante el empleador para que éste efectúe las retenciones que por derecho correspondan, no pudiéndose trabar embargos de ningún tipo sobre la cuenta sueldo. Trabado el embargo, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas, el empleador deberá poner en conocimiento del trabajador la medida ordenada, debiendo entregar copia de la resolución judicial que lo ordena (Párrafo incorporado por art. 1º de la ley 27.320, B.O. 15/12/2016).

Cesión

Art. 148. — Las remuneraciones que deba percibir el trabajador, las asignaciones familiares y cualquier otro rubro que configuren créditos emergentes de la relación laboral, incluyéndose las indemnizaciones que le fuesen debidas con motivo del contrato o relación de trabajo o su extinción no podrán ser cedidas ni afectadas a terceros por derecho o título alguno.

Aplicación al pago de indemnizaciones u otros beneficios

Art. 149. — Lo dispuesto en el presente capítulo, en lo que resulte aplicable, regirá respecto de las indemnizaciones debidas al trabajador o sus derecho-habientes, con motivo del contrato de trabajo o de su extinción.

• Comentario:

10. Introducción

Estos artículos hacen referencia a la tutela de la remuneración del trabajador frente a los eventuales acreedores que éste tenga, ello en razón del carácter alimentario que detenta el salario.

Además, se reafirma la prohibición de ceder tanto el salario como las asignaciones familiares u otros rubros emergentes del vínculo laboral, como así también de no sean afectadas a terceros bajo ningún concepto.

Es más, tal es la protección que busca dársele a los créditos resultantes de la relación laboral, que las pautas previstas en el capítulo IV se extienden, asimismo, a las indemnizaciones legales que se le adeuden al trabajador, o bien a sus derechohabientes cuando aquél haya fallecido.

11. Inembargabilidad

La LCT establece límites a la posibilidad de embargar las remuneraciones pues, como se dijo, éstas poseen naturaleza alimentaria. Dicha limitación responde a lo previsto en el Convenio nro. 95 de la OIT sobre protección del salario(22), que en su art. 10 establece que el salario no podrá embargarse o cederse sino en la forma y dentro de los límites fijados por la legislación nacional (inc. 1º) y, también, que deberá estar protegido contra su embargo o cesión en la proporción que se considere necesaria para garantizar el mantenimiento del trabajador y de su familia (inc. 2º).

Así, este aspecto aparece regulado en la ley 20.744 mediante los arts. 120 y 147, en donde se reafirma el carácter inembargable de la remuneración, dejando a salvo lo que resulte de deudas alimentarias.

Los artículos supra mencionados han sido regulados, a su vez, por lo establecido en el dec. 484/1987, cuyo art. 1º fija como límite de embargabilidad una suma equivalente al importe mensual del Salario Mínimo Vital fijado de conformidad con lo dispuesto en los arts. 116 y ss. de la LCT; mientras que las remuneraciones no superiores al doble del Salario Mínimo Vital mensual, lo serán hasta el diez por ciento (10%) del importe que lo excediere, y aquellas superiores al doble del Salario Mínimo Vital mensual, hasta el veinte por ciento (20%). Y, seguidamente, el art. 2º de este decreto estipula que, para determinar los importes sujetos a embargos, sólo se tendrán en cuenta las remuneraciones en dinero por su importe bruto —dejando claramente fuera de ello a las remuneraciones en especie—, con independencia de lo dispuesto en el art. 133 de la LCT.

En cambio, esta limitación no regirá en lo referente a deudas por alimentos o por litisexpensas. En estos supuestos, el embargo sobre el salario deberá ser fijado prudencialmente por el juzgador, para no menoscabar la subsistencia del trabajador. Como señala Maza(23), en el caso de las deudas alimentarias la ley privilegia un valor supremo, como son los deberes alimentarios familiares, por sobre la intangibilidad de las remuneraciones.

Finalmente, cabe destacar que la ley 27.320 (B.O. 15/12/2016) incorporó, a partir de su art. 1º, un 3º párrafo al art. 147LCT, donde establece los requisitos formales que deben cumplirse a los fines de efectivizar las medidas que dispone dicho artículo. Así, va de suyo que cualquier embargo deberá estar ordenado necesariamente por la autoridad judicial competente, y en la medida que afecte el salario de un trabajador, no se podrá trabar directamente sobre la cuenta sueldo de aquél, sino que deberá ser instrumentado a través del empleador, quien tiene la obligación de retener de los importes a abonar las sumas afectadas al cumplimiento de tal medida; asimismo, le impone al principal la carga de notificarle al trabajador afectado —dentro de las 48 hs. de efectivizada la traba del embargo— la medida dispuesta, con copia de la resolución judicial que la dispuso(24).

12. Incesibilidad

Asimismo, el art. 148, LCT, prevé un complemento del principio protectorio, así garantizando con ello la intangibilidad de las remuneraciones, con clara intención de preservar el carácter alimentario de los créditos originados en las relaciones laborales, tendiente a que se destierren todos los mecanismos de fraude al trabajador. Por ello, dicha norma veda la posibilidad de que las remuneraciones, las asignaciones familiares o cualquier otro crédito resultante del vínculo laboral sea cedido, resultando indiferente que se efectúe a título oneroso o gratuito, pues de cualquier manera dicho acuerdo carece de valor y se debe reputar nulo, pues su objeto se reputa prohibido(25).

Sin embargo, podría encontrarse una excepción a dicho precepto en lo normado en el art. 277, LCT, que establece la posibilidad de que el trabajador realice un pacto de cuota litis a favor de su representación letrada, aunque limitado al 20% de lo que eventualmente obtenga como resultado del litigio en el que interviene, previa ratificación personal por parte de aquél.

Sin perjuicio de ello, cabe destacar que, a partir del reciente dictado del fallo "Vallejo, Carla Natalia Lorena c. La Holando Sudamericana Compañía de Seguros S.A. s/Accidente - Ley Especial"(26) se estableció como doctrina plenaria que "En las causas en las cuales se reclaman beneficios emergentes de las leyes 24.557 y 26.773, no es legalmente admisible el pacto de cuota litis sobre el importe de las prestaciones contempladas en ellas".

13. Aplicación extensiva a indemnizaciones

Finalmente, como se dijo antes, las disposiciones sobre la tutela y pago de las remuneraciones —en la medida que resulten aplicables— serán extensivas, también, a las indemnizaciones que le sean debidas al trabajador.

Así, deberán constar en un recibo que llevará las formalidades establecidas en los arts. 138 a 140, LCT, y cuya validez probatoria surge, también, de lo dispuesto en el art. 142 de dicha ley, sin que pueda emanar de ellos renuncias de ninguna especie. Sin embargo, según lo previsto en el art. 255 bis de la ley 20.744, las indemnizaciones son exigibles a los cuatro (4) días hábiles de producida la extinción del vínculo.

Incluso le son aplicables las limitaciones sobre embargabilidad, a partir de lo establecido en el art. 147, LCT, y lo dispuesto en el art. 3º del dec. 484/1987, que estipula que aquellas Indemnizaciones no superiores al doble del Salario Mínimo Vital mensual, se podrán embargar hasta diez por ciento (10%) de su importe, y las superiores al doble del Salario Mínimo Vital mensual, hasta el veinte por ciento (20%), siempre teniendo en cuenta que deberán considerarse conjuntamente todos los conceptos derivados de la extinción del Contrato de Trabajo.

14. Jurisprudencia

Pago. Disposiciones de la LCT

"A fin de que el empleador cumpla en debida forma con las obligaciones que tiene a su cargo en orden al pago de las remuneraciones e indemnizaciones derivadas de un despido sin causa, debe cumplir con las formas impuestas por los arts. 124, 125, 149 y concs. de la LCT. Dichas disposiciones, lejos de establecer meras formalidades, tienen como fin primordial tutelar el pago del trabajador/a evitando todo tipo de fraude y garantizando la real e inmediata percepción y en forma personal de los créditos laborales, al punto que, de no cumplirse con las aludidas formas se sanciona con la nulidad el acto".

CNTrab., sala I, 29/3/2012, "Castro Casal, Nora Hebe c. Federación Argentina Sindical del Petróleo Gas y Biocombustibles s/Despido", sent. def. 87.556.

Pago. Cesión de derechos. Requisitos

"La prohibición consagrada en el art. 148 de la LCT tiene por finalidad preservar el carácter alimentario de los créditos laborales, pero dicha prohibición no se aplica cuando, como en el caso, el trabajador formalizó una cesión de derechos litigiosos, contando en ese momento con 81 años de edad y manifestando no tener herederos y la cesionaria invocó tal cesión cuando el accionante había fallecido. En este caso, y ante la ausencia de proceso sucesorio correspondiente al accionante fallecido, no se configura ningún perjuicio por el hecho de que los créditos litigiosos sean cedidos a favor de un tercero, ya que frente a una eventual impugnación por alteración de la legítima de los forzosos, asiste a éstos el derecho a recurrir mediante la vía correspondiente".

CNTrab., sala III, 22/3/2001, "Rutkowski, Ladislao c. Matermet SA s/Despido", sent. def. 82.034.

Sección IX - LCT (ley 20.744), arts. 150 al 171. Por Silvia E. Pinto Varela

• Normas aplicables: Ley de Contrato de Trabajo, 20.744: arts. 150 al 171.

TÍTULO V De las vacaciones y otras licencias

CAPÍTULO I Régimen General

Licencia ordinaria

Art. 150. — El trabajador gozará de un período mínimo y continuado de descanso anual remunerado por los siguientes plazos:

a) De catorce (14) días corridos cuando la antigüedad en el empleo no exceda de cinco años.

b) De veintiún (21) días corridos cuando siendo la antigüedad mayor de cinco años y no exceda de diez.

c) De veintiocho (28) días corridos cuando la antigüedad siendo mayor de diez años no exceda de veinte.

d) De treinta y cinco (35) días corridos cuando la antigüedad exceda de veinte años.

Para determinar la extensión de las vacaciones atendiendo la antigüedad en el empleo, se computará como tal aquella que tendría el trabajador el 31 de diciembre del año que correspondan las mismas.

Requisitos para su goce

Art. 151. — Comienzo de la licencia. El trabajador, para tener derecho cada año al beneficio establecido en el art. 150 de esta ley, deberá haber prestado servicios durante la mitad, como mínimo, de los días hábiles comprendidos en el año calendario o aniversario respectivo. A este efecto se computarán como hábiles los días feriados en que el trabajador debiera normalmente prestar servicios. La licencia comenzará el día lunes o el siguiente hábil si aquél fuese feriado. Tratándose de trabajadores que presten servicios en días inhábiles, las vacaciones debieran comenzar al día siguiente a aquél en que el trabajador gozare del descanso semanal o el subsiguiente hábil si aquél fuese feriado. Para gozar de este beneficio no se requerirá antigüedad mínima en el empleo.

Tiempo Trabajado. Su Cómputo

Art. 152. — Se computarán como trabajados, los días en que el trabajador no preste servicios por gozar de una licencia legal o convencional, o por estar afectado por una enfermedad inculpable o por infortunio en el trabajo, o por otras causas no imputables al mismo.

Falta de tiempo mínimo. Licencia Proporcional

Art. 153. — Cuando el trabajador no llegase a totalizar el tiempo mínimo de trabajo previsto en el art. 151 de esta ley, gozará de un período de descanso anual, en proporción de un día de descanso por cada veinte días de trabajo efectivo, computable de acuerdo al artículo anterior. En el caso de suspensión de las actividades normales del establecimiento por vacaciones por un período superior al tiempo de licencia que le corresponda al trabajador sin que éste sea ocupado por su empleador en otras tareas, se considerará que media una suspensión de hecho hasta que se reinicien las tareas habituales del establecimiento. Dicha suspensión de hecho quedará sujeta al cumplimiento de los requisitos previstos por los arts. 218 y siguientes, debiendo ser previamente admitida por la autoridad de aplicación la justa causa que se invoque.

Época de otorgamiento. Comunicación

Art. 154. — El empleador deberá conceder el goce de vacaciones de cada año dentro del período comprendido entre el 1ro de octubre y el 30 de abril del año siguiente. La fecha de iniciación de las vacaciones deberá ser comunicada por escrito, con una anticipación no menor de cuarenta y cinco días al trabajador, ello sin perjuicio de que las convenciones colectivas puedan instituir sistemas distintos acordes con las modalidades de cada actividad.

La autoridad de aplicación, mediante resolución fundada, podrá autorizar la concesión de vacaciones en períodos distintos a los fijados, cuando así lo requiera la característica especial de la actividad de que se trate.

Cuando las vacaciones no se otorguen en forma simultánea a todos los trabajadores ocupados por el empleador en el establecimiento, lugar de trabajo, sección o sector donde se desempeñe, y las mismas se acuerden individualmente o por grupo, el empleador deberá proceder en forma tal para que a cada trabajador le corresponda el goce de éstas por lo menos en una temporada de verano cada tres períodos.

• Comentario:

1. Concepto. Marco normativo

Las vacaciones constituyen el derecho del trabajador de suspender la prestación laboral por un número determinado de días al año sin pérdida de su salario. Pueden definirse como el período continuado de descanso anual remunerado a que tiene derecho el trabajador que ha prestado servicios en la empresa. Su finalidad es reponer la energía consumida a lo largo del año y preservar su salud psicofísica. Como señala Castagnino(1), el descanso anual cumple, básicamente, una función reparadora pues permite al dependiente disfrutar de la vida en familia, disponer del tiempo libre, realizar actividades recreativas, sociales y culturales.

El Convenio nro. 52 OIT (1936) y la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) fueron las primeras normas internacionales en receptar este derecho; en nuestro país el beneficio se estableció por primera vez en la ley 11.729 (1934) para los empleados de comercio. Luego fue extendido al resto de los trabajadores dependientes mediante el dec. 1740/1945. El art. 14 bis, CN, expresamente reconoce el derecho a "descanso y vacaciones pagadas" y la Ley de Contrato de Trabajo, desde 1974, regula esta licencia anual. Sin perjuicio, claro está, de las disposiciones previstas en convenios colectivos o acuerdos individuales referidos a las vacaciones, sólo aplicables de ser más favorables que lo establecido en esta ley (arts. 7º, 8º y 9º, LCT). Cabe señalar que tanto el art. 12, LCT, como el art. 4º del Convenio 52 OIT —ratificado por nuestro país— consideran nulo todo acuerdo de partes que implique la renuncia a este derecho.

También existen estatutos profesionales que regulan este instituto. En caso de conflictos entre la Ley de Contrato de Trabajo y dichas leyes especiales, resulta necesario efectuar un juicio de compatibilidad, atendiendo a la naturaleza y modalidad de la actividad de que se trate y régimen jurídico específico (art. 2º, LCT). De modo tal que si resultan incompatibles ambos regímenes, es de aplicación el estatuto; en caso de ser compatibles se aplicará la norma más favorable para el trabajador conforme las pautas del art. 9º, LCT. Compartimos lo sostenido por Pirolo y Murray(2), en cuanto afirman que para establecer cuál es el régimen más beneficioso debe ser tenido en cuenta aquel que otorga al trabajador mayor cantidad de días de descanso, pues ello resulta acorde con la finalidad del instituto.

2. Características del descanso anual en nuestro régimen legal

2-A) Las vacaciones no son compensables en dinero. La única excepción es la consagrada en el art. 156, LCT, en el supuesto de extinción de la relación laboral, en el que corresponde indemnizar el descanso proporcional no gozado por el trabajador.

2-B) La licencia anual debe consistir en un período continuado remunerado, de modo que no puede fraccionarse o acumularse con otros períodos, con la única excepción consagrada en el art. 164 de acumular hasta una tercera parte de las vacaciones correspondientes al período siguiente siempre que medie acuerdo del trabajador. Como excepción, la ley prevé expresamente la posibilidad de acumular las vacaciones con la licencia de matrimonio (art. 164). Cabe señalar, asimismo, que la ley 24.667 (PyMES), en el art. 90 habilita a los convenios colectivos de trabajo a disponer de las normas que regulan ciertos aspectos de la licencia anual (formalidades, requisitos, aviso y oportunidad de goce) y el dec. regl. 146/1999 establece que cada uno de los períodos en que se fraccione convencionalmente la licencia anual debe tener una duración mínima de seis días laborables continuos.

2-C) Las vacaciones deben ser pagas, tal como lo establece el art. 14 bis, CN. El pago debe efectuarse antes del comienzo de la licencia —art. 155— y el cálculo está previsto en el art. 155, LCT.

2-D) En caso en que un matrimonio labore en la misma empresa, las vacaciones deben ser otorgadas en forma conjunta y simultánea, siempre que no afecte notoriamente el normal desenvolvimiento del establecimiento.

2-E) Cuando las vacaciones no se otorguen en forma simultánea a todos los trabajadores, el empleador deberá proceder de modo tal que a cada trabajador le corresponda su goce por lo menos en una temporada de verano cada tres períodos.

2-F) La licencia comienza el día lunes o el siguiente hábil si aquél es feriado; en caso de trabajadores que prestan tareas en días inhábiles, debe comenzar al día siguiente de su descanso semanal o el subsiguiente hábil si aquél fuere feriado.

2-G) Las vacaciones deben ser otorgadas en un período determinado (1ro de octubre a 30 de abril del año siguiente) y notificarlas con 45 días de antelación, por escrito. De incumplir el empleador con dicha obligación contractual, el trabajador podrá tomarlas por sí, previa notificación al empleador, de modo tal que la licencia concluya antes del 31 de mayo (art. 157). La finalidad de la norma es que efectivamente se goce del descanso anual, de modo tal que si el trabajador no ejerce ese derecho, el descanso anual se pierde, pues las vacaciones no son compensables en dinero(3); sin perjuicio de las sanciones administrativas previstas en el Régimen General de Sanciones por Infracciones Laborales aprobado por la ley 25.212, que califica a dicha violación como una "infracción grave". Aunque la autoridad de aplicación podrá autorizar la concesión de vacaciones en períodos distintos cuando así lo requiriera la característica especial de la actividad de que se trate.

2-H) Para que sea admisible la suspensión de actividades del establecimiento por un lapso mayor a la licencia anual que le corresponde al trabajador, el empleador debe obtener autorización administrativa y debe fundarse en justa causa, tener plazo fijo y ser notificada por escrito al trabajador; aunque no se exime de pagar los salarios por los días que superen las vacaciones.

2-I) Los trabajadores de temporada —regidos por la modalidad contractual prevista en los arts. 96 a 98 de esta ley— tienen derecho a gozar de un período anual de vacaciones al concluir cada ciclo, a razón de un día de descanso por cada veinte días de trabajo efectivo, conforme las pautas del art. 153, LCT.

2-J) Los menores de dieciocho años tienen asegurado un descanso mínimo de quince días (art. 194, LCT).

3. Extensión temporal de las vacaciones

Como puede observarse en el art. 150, la cantidad de días a los que ha de tener derecho el dependiente en concepto de vacaciones depende de la antigüedad que tenga en la empresa en la que presta servicios.

¿Cómo se computa la antigüedad? Cabe tener en cuenta la antigüedad del trabajador en el empleo al 31 de diciembre del año al que corresponden, sin que resulte relevante que la licencia se tome con anterioridad o posterioridad a dicha fecha. La antigüedad en el empleo se cuenta por año aniversario, desde la fecha de ingreso al empleo hasta el 31 de diciembre del año al que corresponda la licencia. No es necesaria una antigüedad mínima en el empleo para gozar de las vacaciones; aunque si es indispensable un tiempo mínimo de prestación de servicios para acceder a la licencia completa.

En efecto, para tener derecho a los períodos mencionados en el art. 150, LCT, el dependiente debe prestar servicios durante la mitad como mínimo de los días hábiles del año al que corresponda dicha licencia. Pero si no se alcanza dicho lapso, el dependiente gozará de un descanso anual proporcional al período trabajado, en razón de un día de descanso por cada veinte de labor efectiva.

Ahora bien, ¿qué días cabe computar como "hábiles"? La expresión se refiere a aquellos días en que normalmente el trabajador debería prestar tareas en la empresa, sin importar si es lunes o un domingo. La propia norma lo clarifica al señalar que se computarán como hábiles los días feriados en que el trabajador debiera normalmente prestar servicios. Este tiempo mínimo de servicios debe tener lugar en el año calendario o aniversario respectivo.

Cabe aclarar que no sólo deben computarse, a los fines de determinar si se cumple con el mínimo previsto en el art. 153, los días en los que efectivamente prestó tareas el dependiente sino también aquellos en que no lo hizo por gozar de una licencia legal o convencional: por enfermedad —art. 208—, licencias especiales —art. 158—, licencia por maternidad —art. 177—, licencia gremial —arts. 215 y 217—, suspensión por causas económicas —arts 220 y 221— o por accidente o enfermedad del trabajo. No debe ser computado como tiempo de trabajo el estado de excedencia (art. 183, inc. c] y art. 184, LCT).

Durante el goce de las vacaciones, el empleador no puede suspender al dependiente. Si el empleador quisiera aplicar una suspensión disciplinaria o por causas económicas, debe esperar al vencimiento del plazo de la licencia anual. En caso de que otorgue el preaviso durante las vacaciones, ello carece de efectos, salvo que expresamente se lo otorgue para comenzar a correr a partir el momento en que cese la licencia (art. 239, LCT); si la licencia anual fuere sobreviniente a la notificación del preaviso, el plazo de este último se suspende hasta la finalización de las vacaciones.

4. Jurisprudencia

Compensación de descansos no gozados con dinero. Improcedencia

"El descanso no gozado por el personal comprendido en el régimen de la ley 12.981 y sus concordantes no es compensable en dinero".

CNTrab. en pleno nro. 33, 5/7/1956, "Casabone de Becerra, Blanca c. Consorcio de Propietarios Alberdi 1626", LA LEY, 83-472; DT, 1956-503/12/2009.

No compensación en dinero

"No es viable el reclamo por vacaciones adeudadas por cuanto las vacaciones en caso de no haber sido gozadas no son compensables en dinero ya que su dación persigue un fin higiénico y la preservación de la salud del asalariado".

CNTrab., sala I. 21/12/2009, "Marrale, Érica Betina c. Ceiac SA y otros", La Ley online.

Vacaciones. Enfermedades inculpables

"Corresponde compensar en dinero la licencia anual no gozada si medió imposibilidad práctica —en el caso por la suspensión del contrato de trabajo debido a una enfermedad inculpable— para gozar de la misma".

CNTrab., sala VI, 4/9/2000, "G. A. c. Instituto Geriátrico San José de Flores", LA LEY, 2001-C, 504.

Retribución

Art. 155. — El trabajador percibirá retribución durante el período de vacaciones, lo que se determinará de la siguiente manera:

a) Tratándose de trabajos remunerados con sueldo mensual, dividiendo por veinticinco el importe del sueldo que perciba en el momento del otorgamiento.

b) Si la remuneración se hubiere fijado por día o por hora, se abonará por cada día de vacación el importe que le hubiere correspondido percibir al trabajador en la jornada anterior a la fecha en que comience el goce de las mismas, tomando a tal efecto la remuneración que deba abonarse conforme a las normas legales o convencionales o a lo pactado, si fuera mayor. Si la jornada habitual fuere superior a la de ocho horas, se tomará como jornada real, en tanto no exceda de nueve horas. Cuando la jornada tomada en consideración sea, por razones circunstanciales, inferior a la habitual del trabajador la remuneración se calculará como si la misma coincidiera con la legal. Si el trabajador remunerado por día o por hora hubiere percibido además remuneraciones accesorias, tales como horas complementarias, se estará a lo que prevén los incisos siguientes:

c) En el caso del salario a destajo, comisiones individuales o colectivas, porcentajes u otras formas variables, de acuerdo a promedio de los sueldos devengados durante el año que corresponda al otorgamiento de las vacaciones o, a opción del trabajador, durante los últimos seis meses de prestación de servicios.

d) Se entenderá integrando la remuneración del trabajador todo lo que perciba por trabajos ordinarios o extraordinarios, bonificación por antigüedad u otras remuneraciones accesorias.

La retribución correspondiente al período de vacaciones deberá ser satisfecha a la iniciación del mismo.

• Comentario:

5. Pago de las vacaciones

Dijimos que las vacaciones son pagas. Su retribución tiene carácter salarial, pues es un beneficio que el dependiente percibe como consecuencia de su disponibilidad laboral a lo largo del año y deben ser abonadas antes de su comienzo.

El dependiente debe percibir una remuneración similar a la que le hubiere correspondido de haber prestado servicios; incluye todos los rubros ordinarios y extraordinarios que integran el salario del trabajador. El salario que cabe considerar es el que le hubiere correspondido al dependiente al momento de inicio de la licencia. Cabe aclarar que el sueldo anual complementario no debe ser computado pues, en función de que se abona al finalizar cada semestre, incluye la suma abonada en concepto de vacaciones.

La norma distingue según se trate de dependientes cuyo salario es mensual de aquellos que son jornalizados. En el primer caso el valor del día se obtiene dividiendo por veinticinco el sueldo mensual que perciba al momento del otorgamiento de la licencia. Se multiplica dicho valor por la cantidad de días que le correspondan y así se obtiene el monto a abonar por tal concepto.

Si el trabajador es remunerado por día o por hora, el valor del día de vacación ha de ser, según el texto de la norma, "el importe que le hubiere correspondido percibir en la jornada anterior a la fecha en que comience el goce de las mismas"; pero destaca que si la jornada anterior fue superior o inferior a la habitual, se tomará como pauta el salario percibido por su última jornada habitual de trabajo. Aclara que si la jornada habitual es superior a las ocho horas se tomará el valor de la jornada real, en tanto no exceda de nueve horas diarias. Y si realiza horas extras, dicho rubro también ha de integrar la base de cálculo.

En el caso de los trabajadores que perciben remuneraciones variables (comisiones, participación en las ganancias, horas extras), éstas deben computarse conforme el promedio de lo devengado durante el año al que correspondan las vacaciones o durante los últimos seis meses de prestación de servicios, a opción del trabajador. Es decir, debe adoptarse el criterio más favorable para el dependiente. De este modo, el promedio se obtendrá de dividir el monto total de las remuneraciones percibidas en el período previsto en la ley (seis meses o un año) por el número de días efectivamente trabajados en ese lapso.

De tratarse de empleados u obreros que perciban parte de su salario fijo y parte variable, la base de cálculo se obtendrá tomando la remuneración fija del dependiente y el promedio de las remuneraciones variables.

6. Jurisprudencia

Cómputo de las vacaciones

"Cuando el trabajador es retribuido con rubros variables, para el cálculo de la indemnización sustitutiva del preaviso, integración mes de despido, vacaciones y salarios por enfermedad, se debe tomar el promedio de lo percibido en el último semestre".

CNTrab., sala III, 19/12/2007, "Reinhold, Jorgelina c. Arcos Dorados SA", La Ley online.

Cómputo de vacaciones. Inclusión de gratificación

"Si la gratificación es de carácter semestral corresponde en principio su cómputo para el pago de vacaciones y sueldo anual complementario pero tomando como referencia la proyección proporcionalidad de esa periodicidad".

CNTrab. sala V, 12/12/1994, "Di Giusseppe, Jorge c. Banco Popular Argentino", DT, 1995-A-669.

Cómputo de retribución período vacacional. Remuneraciones fijas y variables

"Para calcular lo que deben percibir en concepto de retribución para el período de vacaciones, los choferes de microómnibus de larga distancia, cuya remuneración se compone de sueldo fijo mensual y de otros rubros variables por trabajo extraordinario, se deben realizar dos cómputos separados: uno dividiendo el sueldo mensual por 25 y otro consistente en obtener el promedio de las remuneraciones variables, según lo establecido en el inc. c) del art. 155 de la LCT solución que resulta aplicable por la vía analógica de lo dispuesto para el trabajador a jornal por el inc. d) del mismo artículo".

CNTrab., sala I, 17/3/1986, "Álvarez, Carlos c. Compañía Colectiva Costera Criolla SA", DT, 1986-B-1127; La Ley online.

Salarios durante período de vacaciones. Falta de regulación convencional

"Toda vez que, el dispositivo convencional relativo a las licencias no regula la forma en que deben calcularse los salarios que se abonen durante ese período, debe estarse a lo previsto en el art. 155 de la ley e contrato de trabajo".

CNTrab., sala IX, 28/1/2006, "Delmas de Calcagno, Porfiria c. Empresa Nacional de Telecomunicaciones", La Ley online.

Remuneración. Rubros que se deben computar

"Cuando se retribuye al dependiente por vacaciones o enfermedad corresponde computar el ingreso por horas extras, gastos de comida y viáticos; de lo contrario se efectuaría una discriminación infundada que no tendría justificativo jurídico, máxime cuando la convención colectiva nada dice sobre el particular".

CNTrab., sala I, 29/7/1983, DT, 1983-B-1638.

Indemnización

Art. 156. — Cuando por cualquier causa se produjera la extinción del contrato de trabajo, el trabajador tendrá derecho a percibir una indemnización equivalente al salario correspondiente al período de descanso proporcional a la fracción del año trabajada. Si la extinción del contrato se produjera por la muerte del trabajador, los causa-habientes del mismo tendrán derecho a percibir la indemnización prevista en el presente artículo.

• Comentario:

7. Excepción al principio general de no compensación en dinero de las vacaciones

Si bien la ley consagra como principio general el goce efectivo de las vacaciones, en los supuestos de extinción del contrato de trabajo, se establece la excepción al principio general y se admite que se le abone al dependiente un resarcimiento por el descanso no gozado, proporcional al tiempo laborado. Es un derecho que procede cualquiera fuere la causa de extinción de la vinculación laboral.

Es una indemnización y por ende no está sujeta a aportes y contribuciones de la seguridad social. Consideramos que no corresponde efectuar distinción alguna acerca de si el trabajador superó o no la prestación de servicios más allá de la mitad de los días hábiles del año sino que el cálculo que debe efectuarse es tomando en consideración el período laborado en el año en cuestión; de modo que corresponde efectuar una regla de tres simple multiplicando la cantidad de días que le hubiesen correspondido de laborar todo el año (catorce, veintiuno, o más según la antigüedad) por el tiempo trabajado y a dicho resultado dividirlo por doce meses o por los días del año.

Se discute si corresponde adicionar o no la incidencia del sueldo anual complementario. Parte de la doctrina y jurisprudencia sostiene que al tratarse de un concepto indemnizatorio ello no es posible(4); en tanto otro sector afirma que si las vacaciones proporcionales son equivalentes al salario correspondiente al período de descanso proporcional a la fracción del año laborada, dicho salario incluye el SAC. Tal como señala Castagnino(5), no es la naturaleza jurídica del rubro sino el módulo de cálculo previsto por la norma el que determina la inclusión de dicho ítem, lo cual se compadece con las reglas de interpretación consagradas en el art. 9º, LCT.

El artículo incluye a los causahabientes del trabajador fallecido; para algunos autores se trata de un derecho iure proprio, pues nace en cabeza de los herederos, quienes no necesitan la apertura de una sucesión y son tales los enumerados en el art. 52 de la ley 24.241(6). En cambio, otros autores consideran que la adquisición del derecho patrimonial se produce iure successionis y cabe remitirse al Título IX del Código Civil para establecer quiénes son los sujetos a los que se transmite dicho derecho(7) (hoy está previsto en el Libro Quinto del Código Civil y Comercial de la Nación, "Transmisión de Derechos por causa de muerte", arts. 2277 a 2531).

8. Jurisprudencia

Inclusión del SAC

"Si bien las vacaciones no gozadas tienen carácter indemnizatorio, el art. 156 de la Ley de Contrato de Trabajo se refiere al salario correspondiente al período de descanso proporcional a la fracción del año trabajado y, dado que el sueldo anual complementario es un salario diferido que integra la remuneración del trabajador, procede considerarlo para la determinación del resarcimiento, lo contrario significaría premiar al empleador eximiéndolo de su pago cuando el contrato de trabajo se extingue por cualquier causa".

CNTrab., sala IV, 27/5/2008, "Zugazaga, Paola c. Coto CICSA", La Ley online.

No inclusión del SAC

"No corresponde pagar el SAC sobre la indemnización por vacaciones no gozadas, pues aquel concepto es un porcentaje sobre las remuneraciones y el rubro establecido en el art. 156 de la Ley de Contrato de Trabajo es una indemnización".

CNTrab., sala I, 28/2/2007, "González, Inés c. Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina y otro", La Ley online.

Cálculo. Principio de normalidad próxima

"A los efectos de efectuar el cálculo de las indemnizaciones previstas en los arts. 156, 232 y 233 de la Ley de Contrato de Trabajo debe aplicarse el principio de la 'normalidad próxima' noción que intenta poner al agente en situación remuneratoria lo más cercana posible a aquella en que se hubiera encontrado si la rescisión no se hubiera operado".

CNTrab., sala IV, 19/12/2007, "Serra, Natalia c. Peoplesoft Argentina SA", La Ley online.

Cálculo. Imposibilidad de prorrateo

"Si durante la relación laboral el actor no llegó a totalizar la prestación mínima de servicios en el año calendario previsto —art. 151, LCT— no es de aplicación el sistema de prorrateo establecido en el art. 156 de la Ley de Contrato de Trabajo sino que debe acudirse a la forma de cálculo establecida en el art. 153 de la ley citada, es decir, un día por cada veinte trabajados".

CNTrab., sala VIII, 17/6/2009, "Flores, Alejandro c. Rot SRL", La Ley online.

Otorgamiento de indemnización por vacaciones no gozadas. Despido dentro del período de otorgamiento

"Corresponde hacer lugar al reclamo indemnizatorio por vacaciones no gozadas, toda vez que el despido se produjo dentro del período contemplado para su otorgamiento —arts. 154 y 157, LCT— y no se acreditó que ellas hubieran sido efectivamente concedidas con anterioridad al distracto".

CNTrab., sala IX, 1/2/2008, "Gálvez Muños, Bernardita Rosa c. Consorcio de Propietarios del Edificio de Av. Montes de Oca 969", La Ley online.

Descanso anual. Despido. Improcedencia vacaciones no gozadas

"Si el distracto se produjo con posterioridad al plazo previsto en el art. 157 de la Ley de Contrato de Trabajo para que el trabajador haga uso del período de descanso, corresponde desestimar el reclamo por vacaciones no gozadas en el año anterior.

CNTrab., sala IX, 27/5/2004, Pérez Crespo, Carlos c. Tubing SA", DT, 2004-1534.

Omisión del otorgamiento

Art. 157. — Si vencido el plazo para efectuar la comunicación al trabajador de la fecha de comienzo de sus vacaciones, el empleador no la hubiera practicado, aquél hará uso de ese derecho de notificación fehaciente de ello, de modo que aquellas concluyan antes del 31 de mayo.

• Comentario:

Nos remitimos al comentario de los arts. 150/154, LCT.

CAPÍTULO II Régimen de Licencias Especiales

Clases

Art. 158. — El trabajador gozará de las siguientes licencias especiales:

a) Por nacimiento de hijo, dos días corridos.

b) Por matrimonio, diez días corridos.

c) Por fallecimiento del cónyuge o de la persona con la cual estuviese unido en aparente matrimonio, en las condiciones establecidas en la presente ley, de hijos o de padres, tres días corridos.

d) Por fallecimiento de hermano, un día.

e) Para rendir examen en la enseñanza media o universitaria, dos días corridos por examen, con un máximo de diez días por año calendario.

Salario

Art. 159. — Cálculo. Las licencias a que se refiere el art. 158 serán pagas, y el salario se calculará con arreglo a lo dispuesto en el art. 155 de esta ley.

Día hábil

Art. 160. — En las licencias referidas en los incs. a), c) y d) del art. 158, deberá necesariamente computarse un día hábil cuando las mismas coincidieran con días domingo, feriados o no laborables.

Licencia por exámenes. Requisitos

Art. 161. — A los efectos de otorgamiento de la licencia a que alude el inc. e) del art. 158, los exámenes deberán estar referidos a los planes de enseñanza oficiales o autorizados por organismo provincial o nacional competente. El beneficiario deberá acreditar ante el empleador haber rendido el examen mediante la presentación del certificado expedido por el instituto en el cual curse los estudios.

• Comentario:

9. Régimen legal

Las licencias contempladas en estas normas son permisos pagos que debe otorgar el empleador ante el acaecimiento de alguna de las circunstancias personales previstas en el art. 158. Cabe señalar que los plazos son exiguos y que nada obsta a que a través de acuerdos individuales o colectivos se extiendan no sólo los plazos de licencia sino también las causales que pueden dar origen a dichos supuestos de no prestación de tareas.

Se obtienen dichas licencias mediante la comunicación al empleador —art. 62 y 63, LCT—, aunque claro es que al reintegrarse el dependiente deberá acreditar las razones de su ausencia. De este modo, en caso de nacimiento o fallecimiento de las personas enumeradas en la ley o en el supuesto de matrimonio, el trabajador deberá acompañar las respectivas partidas; en el caso de los exámenes, tendrá que acompañar la constancia respectiva que extienda la casa de estudios, con la aclaración de que debe tratarse de un examen referido a planes de enseñanza oficiales o autorizados por el organismo provincial o nacional competente. Las licencias previstas en los incs. a), c) y d) del art. 158 deben integrarse al menos por un día hábil, pues se presume que el trabajador debe realizar trámites y gestiones.

La falta de acreditación de la causal que dio origen a la licencia faculta al empleador a efectuar el descuento de los días de ausencia; ello, sin perjuicio de la posibilidad de ejercer las facultades disciplinarias en caso de que no hubiera actuado de buena fe el dependiente.

La referencia que hace la norma a "la persona con la cual estuviese unido en aparente matrimonio, en las condiciones establecidas en la presente ley", permite sostener que resulta aplicable lo expuesto en el art. 248, LCT, en cuanto menciona a la persona que hubiese vivido públicamente con el o la trabajadora en aparente matrimonio, durante un mínimo de dos años anteriores al fallecimiento en caso de que fuere soltero o viudo y de tratarse de un trabajador casado —separado o divorciado por culpa del ex cónyuge o de ambos— tendrá igual derecho la persona que hubiese convivido durante los cinco años anteriores al fallecimiento.

Cabe incluir en las licencias mencionadas, a los padres o hijos adoptivos.

En cuanto al pago durante dichos lapsos, la remisión al art. 155 es al efecto de determinar cómo deben ser calculados los días de no prestación de tareas y no a la oportunidad de pago, que no es otra que la establecida en el art. 128, LCT.

10. Otras licencias

Las partes, no sólo en forma individual o a través de convenios colectivos, pueden incluir otras situaciones dentro de las licencias pagas, sino que también existen leyes que expresamente prevén la posibilidad de que el trabajador se ausente ante la ocurrencia de determinados hechos allí previstos y que ello no afecte su salario. Entre otras cabe mencionar la ley 20.596 de licencia especial deportiva; la licencia para bomberos voluntarios establecida en la ley 20.732 y complementada por la ley 25.054; la licencia establecida en la ley 23.759 para trabajadores radicados en Argentina que sean ciudadanos de países limítrofes y decidan ir a votar en las elecciones que se efectúen en su país (con la particularidad de que no es autónoma sino que se la considera a cuenta de la que por ley le corresponde en concepto de vacaciones); la prevista en la ley 23.691 para aquellos trabajadores que deban acudir a citaciones judiciales de tribunales nacionales o provinciales o deban realizar trámites personales obligatorios ante autoridades nacionales, provinciales o municipales; la establecida en la ley 22.990 para el trabajador que dona sangre, etcétera.

Compensación en Dinero. Prohibición

Art. 162. — Las vacaciones previstas en este título no son compensables en dinero, salvo lo dispuesto en el art. 156 de esta ley.

Trabajadores de temporada

Art. 163. — Los trabajadores que presten servicios discontinuos o de temporada, tendrán derecho a un período anual de vacaciones al concluir cada ciclo de trabajo, graduada su extensión de acuerdo a lo dispuesto en el art. 153 de esta ley.

Acumulación

Art. 164. — Podrá acumularse a un período de vacaciones la tercera parte de un período inmediatamente anterior que no se hubiere gozado en la extensión fijada por esta ley. La acumulación y consiguiente reducción del tiempo de vacaciones en uno de los períodos, deberá ser convenida por las partes. El empleador, a solicitud del trabajador, deberá conceder el goce de las vacaciones previstas en el art. 150 acumuladas a las que resulten del art. 158, inc. b), aun cuando ello implicase alterar la oportunidad de su concesión frente a lo dispuesto en el art. 154 de esta ley. Cuando un matrimonio se desempeñe a las órdenes del mismo empleador, las vacaciones deberán otorgarse en forma conjunta y simultánea, siempre que no afecte notoriamente el normal desenvolvimiento del establecimiento.

• Comentario:

Cabe remitirse al comentario efectuado a los arts. 150 a 154 de esta ley.

Título VI De los feriados obligatorios y días no laborables

Art. 165. — Serán feriados y días no laborables los establecidos en el régimen legal que los regule.

Aplicación de las normas sobre descanso semanal. Salario. Suplementación

Art. 166. — En los días feriados nacionales rigen las normas legales sobre el descanso dominical. En dichos días los trabajadores que no gozaren de la remuneración respectiva percibirán el salario correspondiente a los mismos, aun cuando coincidan con domingo. En caso que presten servicios en tales días, cobrarán la remuneración normal de los días laborables con más una cantidad igual.

Días no laborables. Opción

Art. 167. — En los días no laborables, el trabajo será optativo para el empleador, salvo en bancos, seguros y actividades afines, conforme lo determine la reglamentación. En dichos días los trabajadores que presten servicios, percibirán el salario simple. En caso de optar el empleador como día no laborable, el jornal será igualmente abonado al trabajador.

Condiciones para percibir el salario

Art. 168. — Los trabajadores tendrán derecho a percibir la remuneración indicada en el art. 166 párr. 1ro siempre que hubiesen trabajado a las órdenes de un mismo empleador cuarenta y ocho horas o seis jornadas dentro del término de diez días hábiles anteriores al feriado. Igual derecho tendrán los que hubiesen trabajado la víspera hábil del día feriado y continuaran trabajando en cualquiera de los cinco días hábiles subsiguientes.

Salario. Su determinación

Art. 169. — Para liquidar las remuneraciones se tomará como base de su cálculo lo dispuesto en el art. 155. Si se tratare de personal a destajo, se tomará como salario base el promedio de lo percibido en los seis días de trabajo efectivo inmediatamente anteriores al feriado o el que corresponde al menor número de días trabajados. En el caso de trabajadores remunerados por otra forma variable, la determinación se efectuará tomando como base el promedio percibido en los treinta días inmediatamente anteriores al feriado.

Caso de accidente o enfermedad

Art. 170. — En caso de accidente o enfermedad, los salarios correspondientes a los días feriados se liquidarán de acuerdo a los arts. 166 y 167 de esta ley.

Trabajo a domicilio

Art. 171. — Los estatutos profesionales y las convenciones colectivas de trabajo regularán las condiciones que debe reunir el trabajador y la forma de cálculo del salario en el caso del trabajo a domicilio.

• Comentario:

11. Concepto

Los días feriados nacionales son aquellos que, por disposición estatal, los trabajadores no prestan tareas con motivo de la conmemoración o celebración de un hecho histórico, cívico o religioso, a fin de que puedan participar de los actos que pudieren celebrarse. Los días no laborables también prevén la conmemoración o celebración de un determinado hecho, pero la ley delega en el empleador la facultad de exigir o no la prestación de tareas en esos días.

12. Régimen legal

La Ley de Contrato de Trabajo delega la determinación de los feriados y días no laborables al régimen legal que los regule y fueron varias las normas que, a lo largo del tiempo, fueron dictadas al respecto; en la actualidad todas las leyes en cuestión fueron derogadas por el dec. 1584/2010, dictado por el Poder Ejecutivo de la Nación conforme las facultades conferidas por el art. 99, inc. 3° de la CN —decreto de necesidad y urgencia—, hoy con las modificaciones de los decretos de necesidad y urgencia 52/17 y 80/17. En dicho decreto se incluía una nueva modalidad dentro de los feriados: "feriados con fines turísticos", con el fin de movilizar las economías regionales. Sin embargo, como antes dije, con fecha 20/1/2017 se dictó el decreto de necesidad y urgencia 52/2017 (se invocó en los considerandos que si bien el PEN había enviado un proyecto de ley para regular el régimen nacional de feriados nacionales, no pudo ser oportunamente tratado, aún en sesiones extraordinarias; por ello se funda en el art. 99 inc. 3° de la Constitución Nacional para su dictado) en el que se modificaron los arts. 2°, 3° y 4° del decreto 1584. Así se dejaron sin efecto los llamados "feriados puente"; se dispuso como principio general que los feriados nacionales cuyas fechas coincidan con los días martes y miércoles serán trasladados al día lunes anterior; los que coincidan con los días jueves y viernes serán trasladados al día lunes siguiente. Los días lunes que resulten feriados "gozarán en el aspecto remunerativo de los mismos derechos que establece la legislación actual respecto de los feriados nacionales". Ahora bien, el nuevo art. 4° del decreto 1584/10 —modificado por los decretos de necesidad y urgencia 52/2017 y 80/2017— exceptúa del régimen antes citado a los feriados nacionales correspondientes al 1ro. de enero, lunes y martes de carnaval, 24 de marzo, viernes Santo, 1 de mayo, 25 de mayo, 20 de junio, 9 de julio, 8 de diciembre y 25 de diciembre. El decreto de necesidad y urgencia 80/2017 modificó así el régimen referido a los feriados del 24/3 y del 20/6 que, el texto del decreto de necesidad y urgencia 52/2017, les había dado el carácter de feriados trasladables.

Asimismo, la ley 24.254 determina como feriado nacional el día de cada año en que se lleve adelante el Censo Nacional de Población y Vivienda.

Son feriados nacionales para todo el territorio nacional: 1ro. de enero (año nuevo); lunes y martes de Carnaval, 24 de marzo (Día Nacional de la Memoria por la Verdad y la Justicia), 2 de abril (Día del Veterano y de los Caídos en la Guerra de las Malvinas), 1ro. de mayo (Día del Trabajo); 25 de mayo (Día de la Revolución de Mayo); 20 de junio (Aniversario del Gral. Manuel Belgrano); 9 de julio (Día de la Independencia); 17 de agosto (Aniversario del Fallecimiento del Gral. José de San Martín), 12 de octubre (Día del Respeto a la Diversidad Cultural); 20 de noviembre (Día de la Soberanía Nacional); 8 de diciembre (Día de la Inmaculada Concepción de María), 25 de diciembre (Navidad). Asimismo, algunos de esos feriados pueden ser trasladados al día lunes, tales como el 17 de agosto que es trasladable al tercer lunes del mes; el 12 de octubre trasladable al segundo lunes y el 20 de noviembre al cuarto lunes.

Los días feriados con fines turísticos que preveía el texto originario del decreto 1584/2010 en el art. 3° hoy modificado, eran dos por año, fijados por el PEN con una periodicidad trianual; en tal caso se disponía que en caso de coincidir cualquier feriado nacional con los días martes o jueves, el PEN podía fijar dos feriados con fines turísticos que deben coincidir con el lunes o viernes inmediato al feriado. En caso de que los feriados no coincidieran con los días martes o jueves, el PEN podía fijar los dos feriados destinados al desarrollo del turismo. Ello, reitero, actualmente fueron dejados sin efecto.

En cuanto a los días no laborables, el dec. 1584/2010 fija el Jueves Santo para los que profesan la religión católica; dos días para el Año Nuevo Judío y uno para el Día del Perdón y en conmemoración de la Pascua Judía los dos primeros días y los dos últimos días, para el culto de la religión judía; para quienes profesan la religión islámica, el día del Año Nuevo Musulmán, el día posterior a la culminación del ayuno y el día de la Fiesta del Sacrificio. El art. 8º del decreto determina que los trabajadores que no prestaren servicios en las festividades religiosas mencionadas, devengarán remuneración y los demás derechos emergentes de la relación laboral como si hubieran prestado servicios.

13. Feriados

El art. 166 dice que en tales días rigen las normas sobre descanso dominical, aunque cabe aclarar que de su lectura y del resto de los artículos puede concluirse que el régimen no es idéntico. En efecto, en el caso de que un trabajador debiera prestar tareas un día domingo destinado al descanso (porque laboró durante toda la semana) va a tener derecho a percibir horas extras en la medida en que su jornada semanal hubiera superado las cuarenta y ocho horas semanales y además va a tener que gozar de un franco compensatorio. En cambio, si alguien presta tareas en un día feriado, si se trata de un trabajador jornalizado, cobra el doble del salario diario; en caso de ser un trabajador mensualizado al finalizar el mes va a percibir su salario normal con más el importe correspondiente al día feriado laborado; pero no genera derecho a gozar de un franco compensatorio, más allá de que si ese día supera las nueve horas de labor, podrá reclamar el pago de horas extras. Aunque cabe señalar que, en función de la remisión que efectúa la norma, puede considerarse que durante los días feriados rige la prohibición de trabajar en forma genérica, con lo cual puede el trabajador negarse a prestar servicios en tales días(8).

Asimismo, si un trabajador jornalizado no labora un día feriado, va a tener derecho a recibir la remuneración correspondiente a ese día porque, al no trabajar, de otro modo perdería el salario respectivo; en el caso de los mensualizados, la remuneración no varía y finalmente aquellos que perciben parte de su salario de modo fijo y parte mediante comisiones u otra forma de remuneración variable, el empleador les debe abonar la parte correspondiente al salario variable de ese día.

14. Días no laborables

El art. 167 otorga la opción al empleador, quien puede decidir si se va a laborar o no ese día; el único que subsiste para la totalidad de los habitantes de nuestro país es el Jueves Santo.

Respecto del salario, cabe distinguir: de tratarse de un dependiente mensualizado, su haber no sufre modificación alguna sea que el empleador hubiere optado por exigirle la prestación de tareas o por no hacerlo; en el caso de los trabajadores jornalizados, o que percibiera una porción variable de su salario y prestara servicios, cobraría su salario habitual; si no prestara servicios tiene derecho a percibir ese día con más la porción de la remuneración variable, con las pautas previstas en el art. 169 siempre que reúnan los recaudos del art. 168, que exige la prestación de tareas en días inmediatamente anteriores o posteriores al feriado, con el fin de evitar el ausentismo en los días que rodean al feriado. Ahora bien, si la falta de trabajo obedece a un hecho imputable al empleador o de tratarse de una licencia del dependiente por razones de enfermedad, accidente, licencias especiales, etc. Aun cuando no ha existido trabajo efectivo, cabe considerar cumplido el recaudo legal. En cambio si la ausencia le es imputable al trabajador (suspensión disciplinaria) no encuadraría dentro de la excepción.

El art. 169 establece que para liquidar las remuneraciones se tomará como base el cálculo previsto en materia de vacaciones. Así, de tratarse de dependientes mensualizados, el último salario debe dividirse por veinticinco; si son jornalizados, cobrará el mismo salario que el percibido el día anterior(9); en el supuesto de trabajadores remunerados a destajo, se toma como salario base el promedio de lo percibido en los seis días de trabajo efectivo inmediatamente anterior al feriado o el que corresponde al menor número de días trabajados. Para los dependientes con remuneraciones variables, la norma prevé un procedimiento específico de cálculo, que toma como base el promedio percibido en los treinta días inmediatamente anteriores al feriado, apartándose así del régimen del art. 155.

Si el dependiente percibiera parte de su salario fijo y parte variable, resulta aplicable la doctrina del Fallo Plenario "Nucifora c. Siam", pues el trabajador tiene derecho a percibir por el día feriado la porción correspondiente a la fracción variable de su salario.

La referencia al supuesto de enfermedad o accidente, las pautas para el pago de los salarios se encuentran establecidas en el comentario del art. 208 al que nos remitimos. En el caso de una enfermedad o accidente del trabajo —ley 24.557—, rige lo dispuesto en el art. 13 de dicha ley, que establece que el pago de la prestación dineraria deberá efectuarse en el plazo y forma establecidos por la Ley de Contrato de Trabajo; por ende rige el régimen aquí comentado.

Finalmente, el art. 171 se refiere al trabajo a domicilio, aunque sorprende la regulación de un régimen especial. Se encuentra regulado por la ley 12.713. El pago de los días feriados para los trabajadores a domicilio fue regulado por la ley 14.343 (modif. del dec.-ley 24.252/1945), que prevé el derecho a percibir los salarios por días feriados a aquellos que trabajaran la quincena anterior al feriado. En cambio, los talleristas que tengan a su cargo más de tres obreros ayudantes o aprendices y los intermediarios no gozan del pago de los feriados. El cálculo del salario, según la ley antes citada, equivale a la cantidad que resulte de dividir por veinticinco la suma que arroje lo cobrado en la quincena en que esté comprendido el feriado más lo ganado en la quincena anterior.

15. Jurisprudencia

Feriados. Trabajador mensualizado

"El trabajador que se encontraba en un régimen mensualizado y que afirma no haber laborado los días feriados sólo tenía derecho a gozar de ellos, sin sufrir descuentos, por lo que la mayor suma que reclama no es admisible, toda vez que ella se encuentra prevista para el caso de que el trabajador prestare servicios durante esos días feriados".

CNTrab., sala VIII, 30/5/2011, "De Aguirre, Beatriz c. Laboratorios Bagó SA", La Ley online.

Feriados. Pago

"Corresponde hacer lugar al reclamo de un trabajador por los días feriados trabajados, pues, se encuentra acreditado que trabajaba de lunes a lunes dado que la demandada no aportó prueba en contrario, siendo dicho reclamo procedente por el lapso de dos años anteriores al despido".

CNTrab., sala X, 14/7/2010, "Luna, Marco Antonio c. Rosello, Beatriz Norma", La Ley online.

"No corresponde el pago del recargo establecido por el art. 166 del RCT (t.o. 1976) al personal de la demandada que habiendo trabajado en días feriados, fuera compensado de acuerdo al convenio colectivo de trabajo 21/75".

Fallo plenario nro. 237, 16/8/1982, "Castagno, Domingo y otros c. EFA", LA LEY, 1982-D, 207; DT, 1982-1144.

Feriados. Trabajadores remunerados a sueldo y comisión

"Los trabajadores remunerados a sueldo y comisión o solamente en esta última forma tienen derecho a percibir la remuneración correspondiente a los días feriados nacionales, pero excluyendo con respecto a los primeros la suma correspondiente al sueldo mensual".

CNTrab., plenario nro. 69, "Nucifora, Domingo c. Siam Di Tella", DT, 1961-137.

Feriados. Descanso compensatorio

"El trabajo que por motivos excepcionales debe efectuarse en sábados y domingos genera como único derecho el del franco compensatorio situación que no se da respecto a los feriados nacionales, pues la celebración o conmemoración no puede efectuarse en día distinto, en cuya consecuencia el franco compensatorio no tiene sentido".

CNTrab., sala II, 29/7/1979.

Sección X - LCT (Ley 20.744), arts. 172 al 195. Por Mariano Candal

• Normas aplicables: Ley de Contrato de Trabajo, 20.744: arts. 172 al 195.

TÍTULO VII Trabajo de Mujeres

CAPÍTULO I Disposiciones Generales

Capacidad. Prohibición de trato discriminatorio

Art. 172. — La mujer podrá celebrar toda clase de contrato de trabajo, no pudiendo consagrarse por las convenciones colectivas de trabajo, o reglamentaciones autorizadas, ningún tipo de discriminación en su empleo fundada en el sexo o estado civil de la misma, aunque este último se altere en el curso de la relación laboral.

En las convenciones colectivas o tarifas de salarios que se elaboren se garantizará la plena observancia del principio de igualdad de retribución por trabajo de igual valor.

Trabajo nocturno. Espectáculos públicos

Art. 173. — (Artículo derogado por art. 26 de la Ley Nº 24.013 B.O. 17/12/1991)

Descanso al mediodía

Art. 174. — Las mujeres que trabajen en horas de la mañana y de la tarde dispondrán de un descanso de dos (2) horas al mediodía, salvo que por la extensión de la jornada a que estuviese sometida la trabajadora, las características de las tareas que realice, los perjuicios que la interrupción del trabajo pudiese ocasionar a las propias beneficiarias o al interés general, se autorizare la adopción de horarios continuos, con supresión o reducción de dicho período de descanso.

Trabajo a domicilio. Prohibición

Art. 175. — Queda prohibido encargar la ejecución de trabajos a domicilio a mujeres ocupadas en algún local u otra dependencia en la empresa.

Tareas penosas, peligrosas o insalubres. Prohibición

Art. 176. — Queda prohibido ocupar a mujeres en trabajos que revistan carácter penoso, peligroso o insalubre.

La reglamentación determinará las industrias comprendidas en esta prohibición.

Regirá con respecto al empleo de mujeres lo dispuesto en el artículo 195.

• Comentario:

1. La prohibición de discriminación

Las normas que anteceden reflejan el interés del legislador laboral en prohibir de modo expreso cualquier acción y/u omisión que configure una conducta discriminatoria sobre una mujer, en razón de su sexo y de su estado civil.

Si bien la mayoría de estas normas ya estaban presentes en el texto original de la ley 20.744 (t.o. 1974), no puede soslayarse que, en la actualidad, la denominada Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación sobre la mujer, que fuera ratificada por nuestro país mediante la ley 23.179, tiene jerarquía constitucional desde la reforma del año 1994 (art. 75, inc. 22).

Ello supone que en el actual marco axiológico y normativo (nacional y supranacional), el trabajo de la mujer no requiere de una tutela legal especial, más allá de la referida a la protección a la maternidad(1).

Debe tenerse presente, además, que "en nuestros días, la tasa de actividad de la mujer se ha incrementado notoriamente y el principio de igualdad de la trabajadora mujer con respecto al hombre se impone en los diferentes aspectos de la vida sociocultural"(2)

En síntesis, las normas reafirman la plena capacidad de la mujer para celebrar un contrato de trabajo, con idénticas condiciones remunerativas que los hombres, aunque prohíben su ocupación en trabajos penosos, peligrosos e insalubres.

2. Descanso al mediodía

Debe asumirse que el régimen de descansos que pretende imponer el art. 174 tiene escasa o nula operatividad en el presente, pues la costumbre muestra que los empresarios otorgan las pausas, sin atender al sexo de los trabajadores.

Aún soslayando ello, puede presumirse que, debido a la cantidad de excepciones que el legislador consignó a continuación de la palabra "salvo", el descanso que la norma pretende imponer no tiene una eficacia relevante.

3. Presunción en caso de accidentes de trabajo

El art. 195 de la LCT, al que reenvía el art. 176, establece una presunción que predetermina la plena responsabilidad del empresario que ocupe mujeres en tareas peligrosas y/o insalubres, para el caso en que aquéllas sufran un accidente de trabajo.

Se trata de una presunción iure et de iure y, por ende, no admite prueba en contrario, por lo que la responsabilidad del empleador es ineludible. Sólo podría eximirse si prueba que no encomendó ese tipo de tareas a la trabajadora y que su presencia en los lugares insalubres y/o peligrosos fue circunstancial y no estaba en su conocimiento.

4. Violencia de género

La Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1979) así como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará, 1994), aprobadas por el Congreso Nacional mediante las leyes 23.179 y 24.632, respectivamente, obligan a los Estados a impulsar normas y políticas a fin de prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres.

Con este objeto, la ley 26.485, sancionada en el año 2009, desarrolla un íntegro programa de prevención, protección, reparación y sanción de la violencia contra las mujeres, sin importar el ámbito en el que sea ejercida (laboral, doméstico, etcétera).

Se trata de una norma cuyo propósito no es sólo la erradicación de la violencia de género, sino que, además, pretende eliminar la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida (art. 2) y obtener la igualdad real de derechos, oportunidades y de trato entre varones y mujeres (art. 3).

El decreto reglamentario de dicha norma define a discriminación laboral contra la mujer a "cualquier omisión, acción consumada o amenaza que tenga por fin o por resultado provocar distinción, exclusión o preferencia basada en los motivos mencionados en la ley que se reglamenta o en cualquier otro motivo que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato, empleo u ocupación de las mujeres. En el mismo sentido, se entiende discriminatoria la exigencia, tanto sea para acceder como para mantener un contrato de trabajo, de cualquier requisito inherente a la pertenencia de género".

Por otro lado, el reglamento considera hostigamiento psicológico "a toda acción, omisión o comportamiento destinado a provocar, directa o indirectamente, daño físico, psicológico o moral a una trabajadora, sea como amenaza o acción consumada, y que puede provenir tanto de niveles jerárquicos superiores, del mismo rango o inferiores" (art. 6º, inc. c), dec. 1011/2010).

Como puede apreciarse, la legislación nacional se adecua perfectamente a los tratados internacionales suscriptos por nuestro país y constituye una legislación de avanzada, cuyo objeto es la definitiva erradicación de la discriminación por motivos de sexo(3).

5. Jurisprudencia

Discriminación en la contratación. Obligación de contratar a mujeres

"Al haberse acreditado la conducta discriminatoria de la empresa que durante años prefirió la contratación de empleados de sexo masculino, corresponde hacer lugar a la acción de amparo interpuesta —en el caso, por una fundación— y condenar a la demandada a que en el futuro contrate sólo personal femenino hasta compensar en forma equitativa y razonable la desigualdad producida".

CNCiv., sala H, 16/12/2002, "Fundación Mujeres en Igualdad y otro c. Freddo SA", LLAR/JUR/1908/2002.

Violencia laboral contra la mujer. Trato agraviante y ofensivo dispensado por un superior. Ley 26.485

"La decisión de despedir a la trabajadora de un call center que desempeñaba actividades gremiales, encubrió la necesidad de la empresa de desprenderse de ella como delegada del sindicato. Dicho despido constituye un acto discriminatorio, y en tal sentido la ley 23.592 tiene por objeto sancionar el trato desigual en cualquier ámbito de que se trate, incluso el laboral. Y por haber sido la actora objeto de trato agraviante y ofensivo por parte del supervisor, ello encuadra en la definición de violencia laboral contra la mujer tipificada por el art. 6º, inc. c) de la ley 26.485. Asimismo, a tenor de lo previsto por el art. 35 de la ley 26.485, ante un supuesto de violencia contra la mujer —incluida la laboral— corresponde la reparación integral de las consecuencias dañosas. Y en lo que hace a la reparación, el art. 1º de la ley 23.592 consagra la responsabilidad por daño moral originada en el trato discriminatorio, daño moral que también abarca el art. 35 de la ley 26.485".

CNTrab., sala IX, 14/9/2012 "M. C. A. c. Citytech SA s/despido".

Despido. Injuria laboral. Malos tratos provenientes del gerente de la empresa demandada. Aplicación Ley 26.485

"La demandada obró con negligencia y violó el deber de previsión y de seguridad, pues permitió que el gerente maltratara a la actora e inclusive por su propio intermedio, la despidió sin siquiera intentar clarificar la situación, máxime ante una trabajadora con más de cinco años de antigüedad, solo procedió a negar sus imputaciones, despidiéndola sin más. Esta conducta da cuenta que la empresa no tenía intención de adoptar las medidas necesarias de seguridad que todo empleador debe proveer a sus dependientes, tendientes a que cesaran los malos tratos. La persecución laboral aludida por la actora no se limita únicamente al acoso sexual, sino que de conformidad a los lineamientos de la ley 26.485, encuentra recepción en el concepto de violencia que la norma define, entendida como toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecta su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial y su seguridad personal, concepto que en el ámbito laboral aparece descripta como un supuesto de hostigamiento psicológico que puede provenir de niveles jerárquicos superiores, del mismo rango o inferiores".

CNTrab., sala I, 31/8/2012, "Quispe, Vanesa Beatriz c. Helcint SRL y otros s/Despido".

CAPÍTULO II De la protección de la maternidad

Prohibición de trabajar. Conservación del Empleo

Art. 177. — Queda prohibido el trabajo del personal femenino durante los cuarenta y cinco (45) días anteriores al parto y hasta cuarenta y cinco (45) días después del mismo. Sin embargo, la interesada podrá optar por que se le reduzca la licencia anterior al parto, que en tal caso no podrá ser inferior a treinta (30) días; el resto del período total de licencia se acumulará al período de descanso posterior al parto. En caso de nacimiento pre-término se acumulará al descanso posterior todo el lapso de licencia que no se hubiere gozado antes del parto, de modo de completar los noventa (90) días.

La trabajadora deberá comunicar fehacientemente su embarazo al empleador, con presentación de certificado médico en el que conste la fecha presunta del parto, o requerir su comprobación por el empleador. La trabajadora conservará su empleo durante los períodos indicados, y gozará de las asignaciones que le confieren los sistemas de seguridad social, que garantizarán a la misma la percepción de una suma igual a la retribución que corresponda al período de licencia legal, todo de conformidad con las exigencias y demás requisitos que prevean las reglamentaciones respectivas.

Garantizase a toda mujer durante la gestación el derecho a la estabilidad en el empleo. El mismo tendrá carácter de derecho adquirido a partir del momento en que la trabajadora practique la notificación a que se refiere el párrafo anterior.

En caso de permanecer ausente de su trabajo durante un tiempo mayor, a consecuencia de enfermedad que según certificación médica deba su origen al embarazo o parto y la incapacite para reanudarlo vencidos aquellos plazos, la mujer será acreedora a los beneficios previstos en el art. 208 de esta ley.

(Artículo sustituido por art. 1º de la Ley 21.824 B.O. 30/6/1978)

Despido por causa del embarazo. Presunción

Art. 178. — Se presume, salvo prueba en contrario, que el despido de la mujer trabajadora obedece a razones de maternidad o embarazo cuando fuese dispuesto dentro del plazo de siete y medio (7 y 1/2) meses anteriores o posteriores a la fecha del parto, siempre y cuando la mujer haya cumplido con su obligación de notificar y acreditar en forma el hecho del embarazo así, en su caso, el del nacimiento. En tales condiciones, dará lugar al pago de una indemnización igual a la prevista en el art. 182 de esta ley.

Descansos diarios por lactancia

Art. 179. — Toda trabajadora madre de lactante podrá disponer de dos (2) descansos de media hora para amamantar a su hijo, en el transcurso de la jornada de trabajo, y por un período no superior a un (1) año posterior a la fecha del nacimiento, salvo que por razones médicas sea necesario que la madre amamante a su hijo por lapso más prolongado. En los establecimientos donde preste servicios el número mínimo de trabajadoras que determine la reglamentación, el empleador deberá habilitar salas maternales y guarderías para niños hasta la edad y en las condiciones que oportunamente se establezcan.

CAPÍTULO III De la prohibición del despido por causa de matrimonio

Nulidad

Art. 180. — Serán nulos y sin valor los actos o contratos de cualquier naturaleza que se celebren entre las partes o las reglamentaciones internas que se dicten, que establezcan para su personal el despido por causa de matrimonio.

Presunción

Art. 181. — Se considera que el despido responde a la causa mencionada cuando el mismo fuese dispuesto sin invocación de causa por el empleador, o no fuese probada la que se invocare, y el despido se produjere dentro de los tres (3) meses anteriores o seis (6) meses posteriores al matrimonio y siempre que haya mediado notificación fehaciente del mismo a su empleador, no pudiendo esta notificación efectuarse con anterioridad o posteridad a los plazos señalados.

Indemnización especial

Art. 182. — En caso de incumplimiento de esta prohibición, el empleador abonará una indemnización equivalente a un año de remuneraciones, que se acumulará a la establecida en el artículo 245.

CAPÍTULO IV Del estado de excedencia

Distintas situaciones. Opción en favor de la mujer

Art. 183. — La mujer trabajadora que, vigente la relación laboral, tuviera un hijo y continuara residiendo en el país podrá optar entre las siguientes situaciones:

a) Continuar su trabajo en la empresa, en las mismas condiciones en que lo venía haciendo.

b) Rescindir su contrato de trabajo, percibiendo la compensación por tiempo de servicio que se le asigna por este inciso, o los mayores beneficios que surjan de los estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo.

En tal caso, la compensación será equivalente al veinticinco por ciento (25%) de la remuneración de la trabajadora, calculada en base al promedio fijado en el art. 245 por cada año de servicio, la que no podrá exceder de un salario mínimo vital por año de servicio o fracción mayor de tres (3) meses.

c) Quedar en situación de excedencia por un período no inferior a tres (3) meses ni superior a seis (6) meses.

Se considera situación de excedencia la que asuma voluntariamente la mujer trabajadora que le permite reintegrarse a las tareas que desempeñaba en la empresa a la época del alumbramiento, dentro de los plazos fijados. La mujer trabajadora que hallándose en situación de excedencia formalizara nuevo contrato de trabajo con otro empleador quedará privada de pleno derecho de la facultad de reintegrarse.

Lo normado en los incs. b) y c) del presente artículo es de aplicación para la madre en el supuesto justificado de cuidado de hijo enfermo menor de edad a su cargo, con los alcances y limitaciones que establezca la reglamentación.

Reingreso

Art. 184. — El reintegro de la mujer trabajadora en situación de excedencia deberá producirse al término del período por el que optara.

El empleador podrá disponerlo:

a) En cargo de la misma categoría que tenía al momento del alumbramiento o de la enfermedad del hijo.

b) En cargo o empleo superior o inferior al indicado, de común acuerdo con la mujer trabajadora.

Si no fuese admitida, será indemnizada como si se tratara de despido injustificado, salvo que el empleador demostrara la imposibilidad de reincorporarla, en cuyo caso la indemnización se limitará a la prevista en el art. 183, inc. b) párrafo final.

Los plazos de excedencia no se computarán como tiempo de servicio.

Requisito de antigüedad

Art. 185. — Para gozar de los derechos del art. 183, apartado b) y c), de esta ley, la trabajadora deberá tener un (1) año de antigüedad, como mínimo, en la empresa.

Opción tácita

Art. 186. — Si la mujer no se reincorporara a su empleo luego de vencidos los plazos de licencia previstos por el art. 177, y no comunicara a su empleador dentro de las cuarenta y ocho (48) horas anteriores a la finalización de los mismos, que se acoge a los plazos de excedencia, se entenderá que opta por la percepción de la compensación establecida en el art. 183, inc. b) párrafo final.

El derecho que se reconoce a la mujer trabajadora en mérito a lo antes dispuesto no enerva los derechos que le corresponden a la misma por aplicación de otras normas.

• Comentario:

6. Protección de la maternidad

Desde la reforma del art. 75, inc. 22 de la CN, la protección especial de la mujer embarazada, antes y después del parto, tiene rango constitucional, pues está consagrada en múltiples tratados internacionales dotados de la máxima jerarquía(4).

Ahora bien, en nuestro sistema, la mujer embarazada no adquiere estabilidad absoluta en el empleo. Su despido sin causa es eficaz y, por ende, provoca la disolución del vínculo y sólo origina la obligación de abonar una indemnización agravada que se añade a las reparaciones previstas en los arts. 232, 233 y 245 de la LCT.

En cambio, en otras legislaciones, el despido de una embarazada es ineficaz y puede ser declarado nulo por el Juez del Trabajo. En este caso, el empleador debe reincorporar en forma inmediata a la mujer y abonar los salarios que ha dejado de percibir(5).

7. Prohibición de trabajar. Licencia por maternidad

La ley prohíbe el trabajo de una mujer embarazada por un término de 90 días (45 días anteriores y posteriores al parto). No obstante ello, la trabajadora puede optar por reducir el período anterior (no menos de 30 días) y gozar de ese tiempo no usufructuado (hasta alcanzar los 90 días) una vez que nazca su hijo. De igual modo, si se produce un nacimiento prematuro, los días de licencia no gozados por ese motivo, se acumularán al período posterior al parto.

Si la trabajadora requiere de reposo médico por complicaciones en su estado de salud antes o después del parto y se le indica una licencia que exceda el plazo de 90 días, su situación debe encuadrarse en el sistema delineado por el art. 208 de la LCT.

Durante el plazo de licencia, el salario de la trabajadora es abonado por el ANSeS, así como la asignación prenatal y por nacimiento. El plazo de la licencia deberá ser computado como antigüedad en el empleo a todos los efectos.

En el caso de nacimiento de un hijo con Síndrome de Down rige la licencia especial que impone la ley 24.716(6).

8. Comunicación del embarazo

Para gozar de la licencia y de protección legal, la trabajadora debe comunicar su estado de embarazo a su empleador en forma fehaciente y entregar un certificado médico, en el que conste la fecha probable del parto. Esta comunicación puede ser realizada personalmente o mediante telegrama que contenga transcripto el texto del certificado médico y el nombre del profesional firmante. En todos los casos, la trabajadora deberá entregar el certificado médico original, si el empleador así lo requiere.

Esta carga no puede ser suplida con las constancias médicas existentes en la obra social(7).

Aunque, en casos excepcionales, cuando existan pruebas fehacientes que demuestren que el empleador tuvo conocimiento del estado de gravidez de la trabajadora, la jurisprudencia ha exceptuado de la comunicación referida(8).

9. Extensión de la tutela. Período de sospecha

Una vez que la mujer comunica su embarazo, se abre un período de sospecha que lleva a presumir que la extinción del vínculo resuelta por el empleador obedece a la comunicación del estado de gravidez. En otras palabras, de acuerdo a la tutela legal, si el empresario conoce el estado de embarazo y, a pesar de ello, extingue en forma unilateral el vínculo dentro de los siete meses y medio anteriores o posteriores al parto, la ley obliga a presumir que se trató de una decisión discriminatoria.

En este marco, queda a cargo del empresario desvirtuar esa presunción y demostrar que la extinción obedeció a una causal precisa que no se relaciona con el embarazo (art. 178, LCT).

Entre otros supuestos, la presunción iuris tantum podría desvirtuarse si se prueba una causal de despido debidamente comunicada, acreditada y justificada en los términos de los arts. 242 y 243 de la LCT., en caso de finalización de un contrato a plazo o bien cuando el despido obedezca a una medida general abarcativa de todos los trabajadores ocupados (cierre total del establecimiento).

Algunos ius laboralistas descartan la operatividad de la presunción en el caso de despido indirecto(9).

Pero con acierto la mayoría de los autores y de las Salas de Cámara se inclinan a sostener que el despido indirecto también genera la sospecha legal, pues de no ser así, el empleador podría cometer injurias múltiples (entre ellas, dejar de pagar el salario) para forzar a una mujer embarazada a extinguir el vínculo y eximirse de la indemnización agravada(10).

En todos los casos, si la presunción no se altera, la mujer es acreedora a la indemnización especial que impone el art. 182 de la LCT(11).

10. Interrupción del embarazo

En caso de interrupción del embarazo, la protección legal no de­saparece. Ello así, pues no puede soslayarse que la tutela de los arts. 177 y siguientes de la LCT encuentra fundamento en un amplio marco de protección de los derechos de la mujer, que trasciende el caso de la maternidad.

Por lo demás, es innegable que la interrupción del embarazo afecta la salud psicofísica de una mujer, por lo que el amparo legal debería tener aún una mayor intensidad(12).

Por ello, el despido de una mujer debe ser calificado como discriminatorio si se produce dentro de los siete meses y medio posteriores a la interrupción del embarazo o del nacimiento sin vida del hijo de la trabajadora.

11. Extinción del contrato de trabajo en período de prueba

La jurisprudencia reprocha, de modo casi unánime, el despido de una mujer embarazada durante el período de prueba instituido por el art. 92 bis de la LCT.

Se sostiene, con gran acierto, que la protección legal está dirigida a la absoluta prohibición de conductas discriminatorias hacia la mujer, lo que torna irrelevante el hecho de que aquélla no haya adquirido la estabilidad en su empleo. En otras palabras, la tutela trasciende las circunstancias particulares de la relación laboral, pues se dirige a la protección de valores que el legislador juzga más atendibles que aquellos que pueda invocar el empresario con sustento en el art. 92 bis.

De ahí que, si la extinción se produce luego de la comunicación del embarazo, opera la presunción legal que deriva en el cobro de la indemnización agravada. Para desvirtuarla, el empleador no puede valerse del período de prueba, sino que debe invocar y acreditar una causal de despido diversa.

12. Reingreso de la mujer. Horas de lactancia

Cuando la mujer se reincorpore al empleo (art. 183, inc. a), LCT), el empresario debe asignarle dos descansos de media hora destinados a la lactancia del recién nacido. Esta concesión debe otorgarse por un período que no supere el año, salvo que por motivos médicos resulte aconsejable su ampliación.

La falta de concesión de este beneficio representa un incumplimiento que justifica que la trabajadora se coloque en situación de despido indirecto.

Es habitual que los sujetos del contrato pacten la acumulación diaria del beneficio, de modo tal que la trabajadora ingrese una hora después o se retire una hora antes de su horario normal. Ello es indispensable cuando la empresa no cuenta en su establecimiento con una sala maternal o guardería, pues para realizar la lactancia, la mujer debe dejar la empresa y trasladarse al lugar en el que se encuentre su hijo.

Hasta la fecha, el segundo párrafo del art. 179 de la LCT no ha sido reglamentado, por lo que no existe una normativa precisa que obligue a los empresarios a habilitar guarderías. Afortunadamente, el vacío reglamentario es reemplazado en muchas ocasiones por la negociación colectiva.

13. Decisión de la mujer de no reingresar a su empleo

Si la mujer cuenta con un año de antigüedad en la empresa y resuelve no retomar su trabajo tras el nacimiento de su hijo, puede optar por extinguir el vínculo en los términos del art. 183, inc. b) de la LCT. En este caso, el empleador deberá abonarle una indemnización que asciende al 25% del salario mensual, normal y habitual, por cada año de servicio o período mayor a tres meses. Esta indemnización dispone un tope que se gradúa en función de un salario mínimo, vital y móvil. En su caso, la aplicación de este límite deberá superar el test de constitucionalidad, de acuerdo a los límites y alcances del precedente emitido por la CSJN en la causa "Vizzoti, Carlos Alberto c. AMSA SA s/despido"(13).

Esta decisión se presume si la mujer no comunica el empleador que hará uso de la excedencia y no se reintegra una vez finalizado el plazo de la licencia por maternidad (art. 186, LCT). Si bien la norma parece imponer una causal de extinción ipso iure, entiendo que por aplicación del principio de buena fe (arts. 62 y 63, LCT), previo a considerar disuelto el vínculo, el empresario deberá emplazar a la trabajadora a declarar en forma expresa su voluntad de continuar o no el contrato de trabajo.

14. Situación de excedencia

Una vez vencida la licencia, la mujer con un año de antigüedad en su empleo puede optar por mantener el vínculo sin prestar servicios ni cobrar salario. La mujer deberá comunicar el ejercicio de esta opción al empleador, dentro de las 48 horas anteriores a la finalización de la licencia. Si no cumple con esta carga, debe reintegrarse o el vínculo se extinguirá conforme lo dispone el art. 183, inc. b) de ley. Lógicamente, esta comunicación puede hacerse también con anterioridad al escaso término consignado en la norma.

El plazo que dure la excedencia —de 3 a 6 meses— no se computará como tiempo de servicio.

Si la trabajadora celebra un nuevo contrato de trabajo con otro empresario, perderá el derecho a reintegrarse a su empleo (art. 183, LCT).

Al finalizar la excedencia, la mujer debe reintegrarse a su mismo puesto de trabajo o uno superior, salvo que el empleador alegue y pruebe que no se encuentra en condiciones de readmitirla, en cuyo caso, abonará la compensación prevista en el art. 183, inc. b). Por supuesto, el motivo que invoque el empleador para negar el reintegro debe ser interpretado de modo restrictivo y con la mayor estrictez, pues puede ocultar una conducta discriminatoria.

15. Despido por matrimonio de la mujer

La ley intenta impedir a que la mujer sea despedida luego de comunicar su matrimonio. Por ello, establece una presunción iuris tantum que lleva presumir que el despido obedece a ese motivo, si es instrumentado dentro de los tres meses anteriores o seis meses posteriores a la celebración de la boda. Para ello, la mujer debe haber comunicado al empleador el día en que contraerá matrimonio.

Si el empleador no desvirtúa esta presunción o despide sin invocación de causa, deberá abonar a la mujer una indemnización que se gradúa en un año de remuneraciones (art. 182, LCT).

16. Despido por matrimonio del trabajador varón

Se ha discutido mucho en doctrina acerca de si la tutela contenida en los arts. 180 a 182 resulta aplicable al trabajador varón.

La controversia desembocó en el dictado del Plenario nro. 272 por parte de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que resolvió: "En caso de acreditarse que el despido del trabajador varón obedece a causa de matrimonio, procede la indemnización del art. 182 de la LCT"(14).

De este modo, debe concluirse que el trabajador varón también se encuentra tutelado mas no rige, a su respecto, la presunción contenida en el art. 181 de la LCT.

Al no producirse la inversión de la carga probatoria, corresponde que el trabajador demuestre que su despido obedece a causa de matrimonio y, sólo en ese supuesto, el empresario deberá abonar la indemnización agravada.

17. Jurisprudencia

Despido discriminatorio. Trabajadora que es despedida luego de haber comunicado su estado de embarazo. Relación laboral regida por la modalidad del contrato a prueba (art. 92 bis, LCT)

"Es discriminatorio (art. 1º, ley 23.592), y por lo tanto nulo, el despido de la trabajadora quien comunicara su embarazo con anterioridad, aún cuando la modalidad adoptada para la relación laboral fuera el contrato a prueba (art. 92 bis, LCT), por lo cual cabe la reinstalación en su puesto de trabajo y el pago de los daños y perjuicios sufridos con motivo del acto discriminatorio y los salarios caídos".

CNTrab., sala VII, 5/8/2011, "L., E. M. c. Qualytel de Latinoamérica SA s/despido".

Presunción art. 178, LCT. Onus probandi. Carga dinámica de la prueba

"Si bien no se torna operativa la presunción legal iuris tantum del art. 178, LCT, pues el despido se produjo antes de los siete meses y medio anteriores a la fecha probable de parto que notificó la trabajadora, no es menos cierto que está admitido que la demandada fue notificada de la situación de gravidez de la accionante por la carta documento remitida el 20/12/2001 y que la denuncia del contrato se concretó el 31/12/2001. Tal inmediatez y contemporaneidad entre la comunicación y la rescisión constituye un indicio grave y preciso (art. 163, inc. 5º, CPCCN), con virtualidad para desplazar el onus probandi hacia la demandada, dentro de un sistema procesal que jerarquiza la noción de las cargas dinámicas en materia probatoria en asuntos como el que nos convoca. Desde esta perspectiva, la demandada no ha acreditado que su decisión de ruptura no obedeciera al embarazo que se le hiciera saber de manera fehaciente y, por lo tanto, la ausencia de prueba resta crédito a su postura defensiva (Ver, en el mismo sentido, CNTrab., sala VI, sent. 51.518, 17/6/1999, en autos: 'Cuccaro de Salomone, Cynthia c. Elca Cosméticos Inc. Suc. Argentina s/ despido')".

CNTrab., sala VIII, 30/10/2007, "Brandi, Andrea María c. Paramedic Emergencias Médicas SA s/despido".

Despido. Acto discriminatorio. Comunicación de embarazo. Prueba. Convenio OIT

"El temperamento que traslada sobre el empleador el onus probandi, en aquellos casos en que está debatido si la motivación del despido fue el embarazo o la maternidad, ha sido captado por el Convenio N º 183 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la Protección de la Maternidad, sancionado en Ginebra en la 88º sesión de su Conferencia General celebrada en el año 2000, tratado que revisó el Convenio 103 de 1952. El Convenio OIT 183 toma en cuenta la Recomendación sobre la Protección de la Maternidad de 1952 y su propósito, expresado en las consideraciones iniciales, fue 'seguir promoviendo, cada vez más, la igualdad de todas las mujeres integrantes de la fuerza de trabajo y la salud y la seguridad de la madre y el niño'. Con esta tónica, en su art. 8º, apart. 1, in fine, se lee: 'La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador' (...)El ilícito consistente en el despido por causa de embarazo entraña una versión de ilicitud, de la especie de las discriminaciones contra la mujer (art. 11, inc. 2º, apart. b) de la 'Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer', tratado que integra el bloque de constitucionalidad federal según el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional), la que a su vez es especie del género de discriminación negativa. La mentada antijuridicidad, que debe considerarse incluida en el marco genérico de la ley 23.592, recibe un tratamiento particularizado en la LCT (art. 178), normativa ésta que constituye una guía fundamental en todo análisis jurídico que la comprenda. Así, al igual que acontece en ese marco normativo, en el que el aborto espontáneo no enerva el derecho a la indemnización especial prevista por el art. 178, LCT, porque la ley no hace distinciones, tampoco puede ser obstáculo en el universo reglado por la ley 23.592 y debe añadirse como pauta orientadora que, cuando se reprocha una discriminación por embarazo, el sujeto protegido es primordialmente la mujer. Es que el ordenamiento de fondo pretende amparar con mayor fortaleza su derecho a trabajar y al tiempo que procura reparar los perjuicios que padece, no desatiende los fines represivos de una conducta que aspira a desalentar, por conducto de una medida de acción positiva que se dirige a lograr la igualdad de oportunidades (art. 75, inc. 23, CN). Por último, está involucrada una garantía de rango constitucional, la protección contra el despido arbitrario por embarazo, emplazada, según lo reconoce la Corte Federal, en el art. 11, inc. 2º, ítem b) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, incorporado a la Ley Fundamental según su art. 75, inc. 22 (conf. CSJN, Fallos: 325:279)".

CNTrab., sala VIII, 30/10/2007, "Brandi, Andrea María c. Paramedic Emergencias Médicas SA s/despido".

Adopción. Ley 19.134. Punto de partida de la protección. Aplicabilidad de la presunción art. 178, LCT

"Si bien la ley 19.134 asimila la adopción al nacimiento, ésta se efectiviza al momento de dictarse la resolución judicial respectiva, requiriéndose previamente la guarda durante un año. Por tal motivo, el derecho a la estabilidad cuya transgresión origina la indemnización especial establecida por el art. 178, LCT nace en el momento en que se dicta la referida resolución y si el despido se produjo con anterioridad la actora carece de derecho para reclamar tal rubro".

CNTrab., sala I, 20/4/1990, "Salas, Silvia c. Mutualidad Argentina de Hipoacúsicos".

Adopción. Protección a la madre

"La ley no ampara sólo meros procesos biológicos como son el embarazo y el parto. Tiene en cuenta su significación espiritual y trascendencia social. Estos valores están presentes tanto en un parto como en la adopción y puesto que la ley protege igualmente al niño como a la madre no es posible distinguir entre uno y otro caso. A los efectos de la protección del art. 178, LCT que corresponde a la trabajadora que adopta cabe asimilar el nacimiento a la entrega en guarda del menor a sus futuros adoptantes".

CNTrab., sala V, 30/9/1999, "Casusa, Margarita c. Alexander Fleming SA".

Pérdida del embarazo. Vigencia de la protección

"La pérdida del embarazo a consecuencia de parto prematuro justifica con mayor razón la protección legal del art. 178, LCT en razón de que, ante un acontecimiento tan desgraciado debe protegerse con mayor razón la salud psíquica y espiritual de la madre".

CNTrab., sala VII, 20/3/2000, "Romero, Graciela c. Tecnografic SA".

Despido por maternidad. Aborto espontáneo. Indemnización especial. Procedencia

"La pérdida del embarazo a consecuencia del parto prematuro justifica con mayor razón la protección legal. El art. 178, LCT no autoriza la distinción que se efectúa entre embarazo y 'parto normales y embarazo interrumpido' por cualquier causa o parto prematuro. Deben tenerse en cuenta las características particulares de cada caso. Es admisible que la garantía legal no juzgue si un embarazo de pocas semanas se interrumpe por un aborto. Pero en el caso concreto, tratándose de un embarazo múltiple (mellizos) que se interrumpió por la enfermedad y muerte de uno de los fetos, provocando el parto prematuro del otro, la protección legal es inevitable y la conducta de la empleadora, que se apresuró a despedir a la empleada antes de que venciera la garantía del art. 178 ya citado, genera derecho a la indemnización especial".

CNTrab., sala V, 31/3/1997, "Campione, Débora c. Miguel y Costas Argentina SA".

Despido por maternidad. Aborto espontáneo. Procedencia de la indemnización del art. 178, LCT

"Si bien la ley no ha sido precisa en la redacción del art. 178, LCT pues menciona el 'parto' sin otro aditamento ni contiene en ninguna otra disposición una directiva clara de que sólo la maternidad exitosa es la que goza de tutela especial, es razonable ceñirse al examen particularizado de cada caso judicial concreto. Así, no es posible descartar de plano que la finalidad social trascendente que inspira al sistema legal se cumpla realmente negando en ciertos casos la tutela especial perseguida, porque precisamente ante interrupciones de una gestación relativamente avanzada, es cuando más pueden producirse en el ser humano femenino consecuencias negativas en el plazo psíquico y en su equilibrio y compensación orgánica susceptibles de repercutir en su desempeño laboral. Para más, no correspondería distinguir entre 'parto con nacimiento sin vida' y 'aborto', a los fines de la estabilidad laboral de la trabajadora".

CNTrab., sala V, 19/5/2003, "Saccone, María c. Global Service SA s/despido".

Despido por maternidad. Embarazo evidente

"Si bien es cierto que el art. 178, LCT impone a la trabajadora la carga de notificar y acreditar el hecho del embarazo, a fin de acceder a la indemnización del art. 182, LCT ante un despido injustificado, también lo es que tal requisito puede no existir cuando el embarazo de la trabajadora era evidente e imposible de ser ignorado por el principal. (En el caso la actora se desempeñaba en una panadería, a cuyo ámbito reducido concurrían diariamente los demandados)".

CNTrab., sala X, 5/3/2003, "Leura, Liliana y otro c. Panadería Monserrat SRL s/despido".

Despido. Por maternidad. Notificación. Falta de requerimiento de los certificados médicos. Art. 178, LCT

"Si la actora ha notificado al empleador su estado de embarazo y esa comunicación ha ingresado en la esfera del demandado, pero no exige que la trabajadora le presente los certificados médicos pertinentes, (que en el caso de autos, fueron puestos a disposición del empleador), corresponde tener por liberada a la actora de la carga pertinente (cf. art. 178, LCT)".

CNTrab., sala VI, 7/4/1999, "Juckiewicz, Jacqueline Alejandra c. Canes Seguridad SRL s/despido".

Despido por maternidad. Supuesto en que el incumplimiento por parte de la trabajadora de los requisitos de los arts. 177/178, LCT resulta subsanable

"Si de las probanzas de la causa surge que la empresa tomó conocimiento del embarazo de la actora a través de la intimación que ésta le efectuara, y no cabe duda que el estado de embarazo entró en la esfera de conocimiento de la empleadora, ésta, ante la duda, pudo intimar a la dependiente a acompañar la certificación correspondiente, o fijar fecha y hora para su constatación por un galeno, o incluso, requerir que la trabajadora realizara los estudios médicos pertinentes para la comprobación del embarazo ante una clínica designada por el propio empleador, en ejercicio de la facultad de control que deriva de la norma aplicable. Y, en el caso, aún cuando la dependiente no hubiere dado acabado cumplimiento de los requisitos impuestos por los arts. 177/178, LCT, cabe ponderar que, analizada su conducta a la luz del principio protectorio que rige en la materia, su omisión resultaba 'subsanable'".

CNTrab., sala II, 25/2/2011, "Compañía Rioplatense SRL. c. Donofrio, Lucila s/Consignación".

Reingreso de la trabajadora. Reducción salarial. Injuria. Despido Indirecto. Procedencia

"Es justificada la decisión de la trabajadora de considerarse despedida frente a la resolución del empleador de privarla de la recomposición salarial otorgada a toda la categoría que integraba mientras gozaba de una licencia por maternidad, pues el demandado actuó ya no en ejercicio de una facultad discrecional que permite ser utilizada razonable y selectivamente, sino con arbitrariedad discriminatoria".

CSJN, 20/3/1986, "Del Papa, Liliana B. c. Sur Cía. Argentina de Seguros", LLAR/JUR/2045/1986.

Reingreso de la trabajadora. Cambio de tareas. Discriminación

"Constituye un indicio suficiente a los fines de tener por acreditado el despido discriminatorio, el hecho de que luego de que la trabajadora se encontrara desempeñándose cuatro años en un sector y se la destine a un puesto creado al efecto —en el caso, pasó del sector de decoración al de comunicaciones— y no se la restituya en sus tareas luego de que se reincorporara de su licencia por maternidad, máxime cuando el despido se produjo a días de vencido el plazo del art. 178 de la Ley de Contrato de Trabajo".

CNTrab., sala VII, 15/2/2012, "Antoñana, Vanesa c. Falabella SA s/despido", LLAR/JUR/1646/2012.

Extinción art. 183, inc. b), LCT. Silencio de la trabajadora. Buena fe. Intimación previa

"Corresponde confirmar la sentencia que consideró injustificada la finalización del contrato de trabajo dispuesta por la empleadora, toda vez que dicha actitud se aparta de lo dispuesto en los arts. 63 y 10 de la Ley de Contrato de Trabajo, pues más allá del tiempo transcurrido desde la finalización de la licencia por maternidad de la trabajadora y hasta la emisión del telegrama, y a fin de disipar cualquier duda en cuanto al alcance que podía otorgársele a sus inasistencias, debió haber adoptado elementales recaudos que hacen a la buena fe en las relaciones contractuales e intimar previamente a considerar extinguido el vínculo".

CNTrab., sala II, 3/10/2008, "Pueyo, Norma Esther c. Kein, Gustavo Julio y otros", LLAR/JUR/9030/2008.

Falta de pago de salarios art. 208, LCT. Despido indirecto. Procedencia

"Resulta justificada la situación de despido en que se colocó la trabajadora frente a la negativa del empleador a pagarle los salarios y demás cargas por el período en que duraron las complicaciones de su estado de gravidez, limitándose al período determinado en el art. 208 de la Ley de Contrato de Trabajo (Adla, XXXVI-B, 1175), dado que la postura de la accionante encuentra sustento en el art. 177 de la Ley de Contrato de Trabajo que garantiza a toda mujer embarazada el derecho a la estabilidad en el empleo durante la gestación".

CNTrab., sala VII, 28/6/2007, "Guglielmi de la Fuente, María Florencia c. Duty Paid SA", LLAR/JUR/3416/2007.

Despido indirecto de trabajadora que no se encontraba en condiciones de acogerse a la excedencia. Improcedencia

"Corresponde rechazar la demanda entablada por una trabajadora que se consideró en situación de despido indirecto, toda vez que no aportó prueba concluyente tendiente a demostrar que la comunicación de su decisión de quedar en situación de excedencia se hubiere cumplimentado, máxime si a la fecha de ingreso y cese de la relación laboral la actora no registraba la antigüedad de un año que impone el art. 185 de la Ley de Contrato de Trabajo (DT, t.o. 1976-238) para acceder al beneficio que acuerda el art. 183, inc. c) de la citada ley".

CNTrab., sala II, 7/9/2005, "Quiñones, Roxana c. Goya Corrientes SRL", LLAR/JUR/4776/2005.

Licencia por maternidad y enfermedad inculpable

"Las enfermedades inculpables no suspenden ni interrumpen el comienzo o el curso de la licencia por maternidad, sino que sólo suspenden —por una causa diferente— la exigibilidad de la reincorporación de la reciente madre, una vez vencido el plazo de la licencia posparto y la operatividad de la opción prevista en el art. 183 de la Ley de Contrato de Trabajo (t.o. 1976)".

CNTrab., sala VIII, 26/7/2005, "L., A. B. c. Supermercados Ekono SA", LLAR/JUR/3509/2005.

Silencio de la trabajadora. Extinción art. 183, inc. b), LCT

"Una trabajadora que, al vencimiento de su licencia por maternidad, no se presenta a trabajar ni comunica al empleador su acogimiento al plazo de excedencia rescinde el contrato de trabajo en los términos del art. 183, inc. b) de la ley 20.744 (Adla, XXXIV-D, 3207; XXXVII-B, 1175), siendo irrelevante la consideración de las causales por las cuales alega su desvinculación por despido indirecto".

CNTrab., sala VI, 3/11/2000, "Madia, Karina L. c. Lanin SA", LLAR/JUR/4029/2000.

Indemnización por maternidad y por matrimonio. Improcedencia de su acumulación

"No corresponde acumular las indemnizaciones agravadas que prevén los arts. 178 y 182, LCT aún cuando el empleador hubiere conocido el matrimonio y embarazo de la trabajadora durante el llamado plazo de sospecha que contemplan dichas normas".

CNTrab., sala II, 22/12/1998, "Granzón, Lorena c. Brimonte, María Ester".

Comunicación verbal del futuro matrimonio al supervisor. Validez

"El hecho de que la trabajadora haya comunicado verbalmente a su supervisora su casamiento del que habría participado también parte de la empresa, implica una notificación fehaciente en los términos del art. 181, LCT".

CNTrab., sala X, 28/10/1999, "Alfaya, Noelia c. Siembra AFJP SA y otro".

Despido sin justa causa durante el plazo previsto en el art. 181, LCT. Procedencia de la indemnización agravada

"Si el despido se produjo sin expresión de causa la presunción del art. 181, LCT opera plenamente".

CNTrab., sala VII, 19/2/1993, "Salvas, Rosa c. Lever y Asociados SA y otro".

Despido por maternidad. Configuración de la situación prevista en el art. 186LCT. Trabajadora que durante su licencia por maternidad concurre a entrevistas para otro empleo.

Debe considerarse prevista la situación del art. 186LCT y tener por concluido el vínculo laboral en la medida en que, de los informes agregados a la causa surge que durante el lapso en que la actora se encontraba en el uso sucesivo de las licencias previstas en los arts. 208 y 177LCT, se inscribió en un concurso para ocupar un cargo de "analista jurídico" en el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Concurrió a entrevistas logrando ingresar a la planta permanente del mismo, lo que resta credibilidad a su afirmación de que deseaba continuar el vínculo laboral con la demandada.

CNTrab., 14/3/2013, "Cingolani Silvina Verónica c. Salperín Cora Elena s/despido", expte. 11.365/2012, sent. def. 48.571.

Despido discriminatorio. Trabajadora acosada laboralmente por su estado de gravidez. Responsabilidad del superior jerárquico y la empresa empleadora

Resultan responsables en el marco de lo previsto por el art. 1113 primera parte del Cód. Civil, y en consecuencia deben responder por el daño patrimonial y el moral causado a la trabajadora embarazada, tanto su superior jerárquico como la empresa empleadora a raíz del acoso laboral infligido por el primero al comenzar el estado de gravidez de la actora. La demandada incumplió los estándares internacionales de derechos humanos específicamente la CEDAW de rango constitucional, que en su art. 11 obliga al Estado a adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar el derecho al trabajo como derecho inalienable a todo ser humano y la "Convención de Belem do Pará" que incluye el derecho a ser libre de toda forma de discriminación.

CNTrab., sala I, 29/6/2016, "L., M. E. c. G.C. Gestión Compartida SA y otro s/despido", expte. 30.073/2012, sent. def. 91.281.

TÍTULO VIII De la prohibición del trabajo infantil y de la protección del trabajo adolescente

(Denominación del Título sustituida por art. 1º de la Ley Nº 26.390 B.O. 25/6/2008)

Disposiciones generales. Capacidad. Igualdad de remuneración. Aprendizaje y orientación profesional

Art. 187. — Las personas desde los dieciséis (16) años y menores de dieciocho (18) años podrán celebrar toda clase de contratos de trabajo, en las condiciones previstas en los artículos 32 y siguientes de esta ley. Las reglamentaciones, convenciones colectivas de trabajo o tablas de salarios que se elaboren, garantizarán a estos trabajadores igualdad de retribución, cuando cumplan jornadas de trabajo o realicen tareas propias de trabajadores mayores.

El Régimen de Aprendizaje y Orientación Profesional aplicable a los trabajadores desde los dieciséis (16) años hasta los dieciocho (18) años estará regido por las disposiciones respectivas vigentes, o que al efecto se dicten.

(Artículo sustituido por art. 6º de la Ley Nº 26.390 B.O. 25/6/2008)

Certificado de aptitud física

Art. 188. — El empleador, al contratar trabajadores de uno u otro sexo, menores de dieciocho (18) años, deberá exigir de los mismos o de sus representantes legales, un certificado médico que acredite su actitud para el trabajo, y someterlos a los reconocimientos médicos periódicos que prevean las reglamentaciones respectivas.

Menores de dieciséis (16) años. Prohibición de su empleo

Art. 189. — Queda prohibido a los empleadores ocupar personas menores de dieciséis (16) años en cualquier tipo de actividad, persiga o no fines de lucro.

(Artículo sustituido por art. 7º de la Ley Nº 26.390 B.O. 25/6/2008)

Empresa de la familia. Excepción

Art. 189. Bis — Las personas mayores de catorce (14) y menores a la edad indicada en el artículo anterior podrán ser ocupados en empresas cuyo titular sea su padre, madre o tutor, en jornadas que no podrán superar las tres (3) horas diarias, y las quince (15) horas semanales, siempre que no se trate de tareas penosas, peligrosas y/o insalubres, y que cumplan con la asistencia escolar. La empresa de la familia del trabajador menor que pretenda acogerse a esta excepción a la edad mínima de admisión al empleo, deberá obtener autorización de la autoridad administrativa laboral de cada jurisdicción.

Cuando, por cualquier vínculo o acto, o mediante cualquiera de las formas de descentralización productiva, la empresa del padre, la madre o del tutor se encuentre subordinada económicamente o fuere contratista o proveedora de otra empresa, no podrá obtener la autorización establecida en esta norma.

(Artículo sustituido por art. 8º de la Ley Nº 26.390 B.O. 25/6/2008)

Jornada de trabajo. Trabajo nocturno

Art. 190. — No podrá ocuparse a personas de dieciséis (16) a dieciocho (18) años en ningún tipo de tareas durante más de seis (6) horas diarias o treinta y seis (36) semanales. La distribución desigual de las horas laborables no podrá superar las siete (7) horas diarias.

La jornada de las personas menores de más de dieciséis (16) años, previa autorización de la autoridad administrativa laboral de cada jurisdicción, podrá extenderse a ocho (8) horas diarias o cuarenta y ocho (48) semanales.

No se podrá ocupar a personas menores de dieciocho (18) años en trabajos nocturnos, entendiéndose como tales el intervalo comprendido entre las veinte (20) y las seis (6) horas del día siguiente. En los casos de establecimientos fabriles que desarrollen tareas en tres turnos diarios que abarquen las veinticuatro (24) horas del día, el período de prohibición absoluta en cuanto al empleo de personas menores, estará regido por este título, sustituyéndose la prohibición por un lapso comprendido entre las veintidós (22) y las seis (6) horas del día siguiente, pero sólo para las personas menores de más de dieciséis (16) años.

(Artículo sustituido por art. 9º de la Ley Nº 26.390 B.O. 25/6/2008)

Descanso al mediodía. Trabajo a domicilio. Tareas penosas, peligrosas o insalubres. Remisión

Art. 191. — Con relación a las personas menores de dieciocho (18) años que trabajen en horas de la mañana y de la tarde rige lo dispuesto en el art. 174 de esta ley; en todos los casos rige lo dispuesto en los artículos 175 y 176 de esta ley.

(Artículo sustituido por art. 10 de la Ley Nº 26.390 B.O. 25/6/2008)

Ahorro

Art. 192. — (Artículo derogado por art. 11 de la Ley Nº 26.390 B.O. 25/6/2008)

Importe a depositar. Comprobación

Art. 193. — (Artículo derogado por art. 11 de la Ley Nº 26.390 B.O. 25/6/2008)

Vacaciones

Art. 194. — Las personas menores de dieciocho (18) años gozarán de un período mínimo de licencia anual, no inferior a quince (15) días, en las condiciones previstas en el Título V de esta ley.

(Artículo sustituido por art. 12 de la Ley Nº 26.390 B.O. 25/6/2008)

Accidente o enfermedad

Art. 195. — En caso de accidente de trabajo o de enfermedad de una persona trabajadora, comprendida en el presente título, si se comprueba ser su causa alguna de las tareas prohibidas a su respecto, o efectuada en condiciones que signifiquen infracción a sus requisitos, se considerará por ese solo hecho al accidente o a la enfermedad como resultante de la acción u omisión del empleador, en los términos del art. 1072 y concordantes del Código Civil, sin admitirse prueba en contrario.

Si el accidente o enfermedad obedecieren al hecho de encontrarse circunstancialmente el trabajador en un sitio de trabajo en el cual fuere ilícita o prohibida su presencia, sin conocimiento del empleador, éste podrá probar su falta de responsabilidad.

(Artículo sustituido por art. 13 de la Ley Nº 26.390 B.O. 25/6/2008)

• Comentario:

18. Protección a la minoridad. Erradicación del trabajo infantil

Las normas que anteceden ilustran el correlato de una lenta pero esencial lucha para lograr la definitiva erradicación del trabajo infantil.

Debe tenerse presente que el art. 32 de la Convención de los Derechos del Niño —ratificada por ley 23.849 y con rango constitucional en nuestro país desde la reforma de la Carta Magna en 1994— ha reconocido el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.

Por otro lado, desde la sanción de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de los Niñas, Niños y Adolescentes, es obligatorio garantizar a los niños el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte (art. 1), Además, los organismos del Estado deben garantizar el derecho de las personas adolescentes a la educación y reconocer su derecho a trabajar con las restricciones que imponen la legislación vigente y los convenios internacionales sobre erradicación del trabajo infantil, debiendo ejercer la inspección del trabajo contra la explotación laboral de las niñas, niños y adolescentes (art. 25).

Ya en el año 1976, el Convenio 138 de OIT —considerado "fundamental" por los miembros del organismo internacional— expresamente dispuso que "[l]a edad mínima de admisión a todo tipo de empleo o trabajo que por su naturaleza o las condiciones en que se realice pueda resultar peligroso para la salud, la seguridad o la moralidad de los menores no deberá ser inferior a dieciocho años".

De igual modo, el Convenio 182 sobre "las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación" (2000), estableció que el término niño designa a toda persona menor de 18 años.

Finalmente, en el año 2008, la ley 26.390 modificó íntegramente el régimen de trabajo de los menores previsto en la ley 20.744. La intensidad de la modificación fue tal que alcanzó a la denominación del Título VII de la Ley de Contrato de Trabajo, el que pasó a llamarse "de la prohibición del trabajo infantil y de la protección del trabajo adolescente"(15).

La nueva normativa establece que queda prohibido el trabajo de las personas menores de dieciséis (16) años en todas sus formas, exista o no relación de empleo contractual, y sea éste remunerado o no; e impone a la inspección del trabajo el ejercicio de las funciones conducentes para fiscalizar el cumplimiento de dicha prohibición.

La preocupación por la eliminación del trabajo infantil es tan aguda, que frente a la detección de cualquier infracción en ese sentido, el Inspector debe labrar un acta especial creada mediante Resolución MTESS nro. 195/2013 (B.O. del 7/11/2013).

Debe recordarse, además, que la ley 26.579, en el año 2009, estableció que la mayoría de edad se alcanza a los 18 años y no a los 21 como lo imponía el art. 126 del Cód. Civil en su redacción anterior. El art. 25 del Cód. Civil con ley 26.994 ratifica que los menores de edad son aquellos que no han cumplido 18 años. Incorpora además, la figura del menor adolescente a quién cuenta con más de 13 años.

Durante el año 2013, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social dictó la Resolución 532 en la que aprobó el Plan Nacional para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil y la Protección del trabajo adolescente, que contiene objetivos y específicas líneas de acción para la abolición del trabajo de menores.

19. Capacidad de los menores para celebrar un contrato de trabajo

La ley 26.390 modificó el art. 32 de la Ley de Contrato de Trabajo y elevó de 14 a 16 años la aptitud para trabajar en el marco de una relación de trabajo. En el nuevo régimen, la autorización de los padres, responsables o tutores sólo se presume si el menor vive en forma independiente de ellos.

Ello es coherente con el régimen de capacidad delineado por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. En cuanto al punto, se ha sostenido que "En el esquema legal del Cód. Civil, las posibilidades laborales de las personas menores de edad se estructuraban del siguiente modo: tal como se adelantó, por aplicación de la ley 26.390 —modificatoria de la ley 20.744—, las personas de 16 años pueden celebrar contratos de trabajo, pero con autorización de sus progenitores, autorización que se presume "cuando el adolescente viva independientemente de ellos" (art. 32 de la ley 20.744, t.o. modificado por ley 26.390). A su vez, se establece el mismo límite etario para reconocer facultades para estar en juicio laboral. Es decir, a partir de los 16 años se pueden celebrar contratos de trabajo válidos, con las especificaciones y recaudos impuestos por la ley laboral especial, entre ellas la autorización parental".

Ahora bien, el art. 30 CCyCN, autoriza el empleo de menores de 16 años "que hubiesen obtenido título habilitante para ejercer una profesión". Dicho artículo expresamente dispone que "La persona menor de edad que ha obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión puede ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización. Tiene la administración y disposición de los bienes que adquiere con el producto de su profesión y puede estar en juicio civil o penal por cuestiones vinculadas a ella".

Creemos que la interpretación de la norma debe ser restrictiva. Pues una consideración amplia de lo que se entiende por "título habilitante" podría dar lugar a abusos en el empleo de menores(16).

Se trata de una prohibición de contratar que se dirige en forma exclusiva al empleador (art. 40, LCT).

20. Certificado de aptitud física. Aprendizaje

Si bien el deber de seguridad impuesto por el arts. 75 de la LCT y 9 de la ley 19.587, obliga a que todo empleador obtenga un certificado médico que corrobore la aptitud física para trabajar de todo aspirante a un empleo, lo relevante es que esta obligación resulta inexcusable en el caso en que se pretenda ocupar menores entre 16 y 18 años. De igual modo, la ley estipula la obligación de realizar exámenes médicos periódicos(17).

La norma contempla la creación de un Régimen de Aprendizaje y Orientación Profesional aplicable a los trabajadores desde los dieciséis (16) años hasta los dieciocho (18) años que hasta la fecha no se encuentra reglamentado.

21. Jornada de trabajo. Descansos

Salvo autorización administrativa, la jornada de los menores no puede extenderse más allá de las 6 (seis) horas diarias y 36 (treinta y seis) semanales. En caso de optar el trabajador por diagramar una distribución desigual de las horas de trabajo, la jornada del menor nunca podrá superar las 7 horas diarias.

En este especial marco, era aconsejable que el legislador haya prohibido o, al menos, limitado la posibilidad de realizar horas extras a los menores.

Con acierto, la ley prohíbe el trabajo de los menores entre las 20 y las 6 horas.

En el caso de establecimientos con turnos rotativos las 24 horas, la prohibición alcanza al turno comprendido entre las 22 y 6 horas, por lo que —en este caso— la jornada del menor podría contener dos horas consideradas nocturnas por la propia norma (entre las 20 y las 22).

Por otra parte, las normas de este capítulo remiten al régimen del trabajo de mujeres en cuanto a la necesidad de otorgar descansos al mediodía y la prohibición de realizar tareas insalubres, peligrosas o penosas. En este último supuesto, se impone la presunción de responsabilidad del empresario para el caso de producción de accidentes en los que sea víctima un menor(18).

Debe tenerse presente que los arts. 10 y 11 de la ley 11.317 enumeran las tareas peligrosas y/o insalubres en las que no pueden contratarse menores. Claro que se trata de una norma dictada en el año 1924, por lo que la enumeración legal no puede ser considerada taxativa.

22. Empresas de familia. Régimen de excepción

Como excepción al régimen expuesto precedentemente, un menor cuya edad se encuentre entre 14 y 16 años puede prestar servicios en una empresa de titularidad de su progenitor o tutor.

Ahora bien, para que la excepción sea ejercida, se deben cumplir las siguientes condiciones:

— Se debe recabar la autorización a la autoridad administrativa laboral nacional o provincial, según corresponda.

— El menor no podrá ser ocupado en tareas penosas, peligrosas o insalubres.

— El menor deberá asistir a la escuela durante la prestación.

— La jornada del menor no podrá superar, en ningún caso, las 3 (tres) horas diarias y las 15 (quince) semanales.

Si bien el art. 277 del Cód. Civil(19) prescribe que "los padres pueden exigir que los hijos que están en su poder les presten los servicios propios de su edad, sin que ellos tengan derecho a reclamar paga o recompensa", el maestro Fernández Madrid advierte que si los servicios prestados se retribuyen y exceden aquellos que pueden ser requeridos como colaboración familiar, no pueden considerarse encuadrados en la disposición referida(20).

Finalmente, la norma en análisis veda la posibilidad de contratar menores entre 14 y 16 años si la empresa familiar se encuentra vinculada y/o subordinada y/o contratada por otra empresa. Claramente, el precepto intenta evitar que el vínculo de trabajo del menor exceda el ámbito de la pequeña colaboración íntima y familiar con sus padres.

23. Jurisprudencia

Trabajo de menores en tareas peligrosas e insalubres. Presunción de responsabilidad incluso en reclamos sustentados en el Código Civil

"La presunción de culpabilidad iure et de jure del empleador que hace efectuar al menor tareas prohibidas (art. 195 de la LCT), es también aplicable cuando la reparación se funda en una norma no laboral como es en el art. 1113 del Cód. Civil".

CNTrab., sala IV, 13/8/1986, "Escudero, Armando R. c. Ruibal Hnos., SRL.", DT, 1986-B-1731; LLAR/JUR/336/1986.

Prohibición de ocupar menores. Responsabilidad del empleador

"Las prohibiciones relativas al trabajo de menores sólo están dirigidas al empleador, por lo tanto éste no puede pretender prevalerse de tal ilegalidad para negarse a pagar la remuneración e indemnización —en el caso, se acreditó que el actor trabajaba para el empleador desde los 12 años de edad— que correspondan".

CLab. y Paz Letrada Corrientes, 15/4/2005, "Sánchez, Héctor E. c. Rojas, Julio F. y/o Q. R. R.", LLLitoral, 2006 (marzo), 262; LL AR/JUR/2525/2005.

Sección XI - LCT (ley 20.744), arts. 196 al 207. Por Silvia E. Pinto Varela

• Normas aplicables: Ley de Contrato de Trabajo, 20.744: arts. 196 al 207.

TÍTULO IX De la duración del trabajo y descanso semanal

CAPÍTULO I Jornada de trabajo

Determinación

Art. 196. — La extensión de la jornada de trabajo es uniforme para toda la Nación y se regirá por la ley 11.544, con exclusión de toda disposición provincial en contrario, salvo en los aspectos que en el presente título se modifiquen o aclaren.

Concepto. Distribución del tiempo de trabajo. Limitaciones

Art. 197. — Se entiende por jornada de trabajo todo el tiempo durante el cual el trabajador esté a disposición del empleador en tanto no pueda disponer de su actividad en beneficio propio. Integrarán la jornada de trabajo los períodos de inactividad a que obligue la prestación contratada, con exclusión de los que se produzcan por decisión unilateral del trabajador.

La distribución de las horas de trabajo será facultad privativa del empleador y la diagramación de los horarios, sea por el sistema de turnos fijos o bajo el sistema rotativo del trabajo por equipos no estará sujeta a la previa autorización administrativa, pero aquél deberá hacerlo conocer mediante anuncios colocados en lugares visibles del establecimiento para conocimiento público de los trabajadores. Entre el cese de una jornada y el comienzo de la otra deberá mediar una pausa no inferior a doce horas.

• Comentario:

1. Marco normativo

La limitación del tiempo de trabajo ha sido uno de los principales reclamos de los trabajadores desde el nacimiento de esta vinculación tan especial que hoy denominamos contrato de trabajo pues, frente a la falta de regulación por parte de los Estados, los mayores abusos que sufrían los dependientes estaban vinculados con las extensísimas jornadas de labor, la falta de descansos, además de los miserables salarios y condiciones de trabajo. Tanto es así que, en la mayoría de los países, las primeras normas que se dictan y que dan nacimiento al Derecho de Trabajo, a mediados y fines del S. XIX y comienzos del S. XX, estaban destinadas a regular el descanso semanal y la jornada de trabajo(1).

En nuestro país, si bien la ley pionera en Derecho del Trabajo ha sido la que impuso el descanso semanal —ley 4661, de 1905, a la que nos referiremos infra—, lo cierto es que la ley de jornada de trabajo 11.544 data de 1929(2); asimismo, dicha disposición legal fue reglamentada por el dec.-ley 16.115/1933, ambos aún vigentes. Años más tarde, cuando se reforma la Constitución de 1853 y se incorpora el art. 14 bis, el constituyente incluye entre las cláusulas la de "jornada limitada". Asimismo, la Ley de Contrato de Trabajo tiene un Capítulo específico dedicado a regular, en forma complementaria con la ley 11.544, la jornada de labor.

A ello cabe agregar que, a nivel internacional, el primer Convenio de la Organización Internacional del Trabajo, el llamado Convenio I de Washington —de 1919— está referido a la limitación de la jornada de trabajo para los trabajadores industriales; luego en 1930 se dicta el Convenio 30, que limita a 8 y 48 hs semanales la jornada de los trabajadores de comercio y servicios (ambos ratificados por nuestro país, a través de las leyes 11.726 y 13.560). Con posterioridad se dictaron otros convenios y varias recomendaciones respecto de la limitación del tiempo de trabajo; entre ellos el Convenio 47 de 1935 destinado a que los Estados Parte fijaran una jornada semanal máxima de cuarenta horas semanales, el cual no ha sido ratificado por nuestro país. Por último cabe señalar que los Tratados Internacionales de Derechos Humanos —incorporados con rango constitucional a través del art. 75, inc. 22, CN— hacen, todos ellos, referencia específica a una limitación razonable del tiempo de trabajo.

Como señala Pirolo, la problemática que subyace al tema de la jornada de trabajo no está referida a su desenvolvimiento y contenido sino, en realidad, a su necesaria limitación por razones de orden ético, cultural, biológico, técnico y hasta económico(3) . En efecto, la persona que trabaja necesita disponer de tiempo libre para su vida familiar y social, recreación, esparcimiento y educación, pues de otro modo se podría ver afectada su salud y su vida de relación; ello más allá de señalar que, como sostiene el autor citado y Murray, es técnica y económicamente aconsejable que exista un límite razonable a la jornada de trabajo, pues el agotamiento puede generar mayores riesgos de accidentes o de errores(4).

La ley 11.544 establece una jornada diurna de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales (otorgándole mayor flexibilidad a la distribución horaria, al poner el acento en el tope semanal en lugar del diario, a diferencia de los convenios de la OIT). Sin embargo, el art. 1º del dec. 16.115/1933 acota la posibilidad de extender la jornada diaria, sin recargo salarial, a una hora más en los casos de distribución desigual entre los días laborables; pauta que también se observa en el Convenio nro. 1 OIT para el supuesto en que, de los seis días laborables, exista una distribución desigual de las horas trabajadas.

2. Régimen uniforme para todo el país

El art. 196 dispone que la extensión de jornada de trabajo es uniforme para todo el país y se regirá por la ley de jornada "...con exclusión de toda disposición provincial en contrario...". La aclaración parecería resultar innecesaria frente a lo establecido por el art. 75, inc. 12 (antes de la reforma de 1994, art. 67, inc. 11) de la CN, en cuanto prevé que es el Congreso de la Nación el facultado de dictar, entre otros, el Código de Trabajo y, en consecuencia, toda la legislación de fondo en esta materia; sin embargo tal disposición legal tiene una explicación histórica: hubo algunas leyes en materia de jornada y descansos que fueron dictadas por las Provincias o aplicables sólo en el ámbito de la Capital Federal que, en algunos supuestos, incluso fueron declaradas constitucionales por el Alto Tribunal. Es más, la ley 20.744 previó la posibilidad de que las provincias sancionaran sus propias leyes respecto del tiempo de prestación, pero la reforma de la ley 21.297 modificó, en los términos del texto actual, el entonces art. 213 (hoy art. 196, LCT).

3. Concepto de jornada

El legislador utiliza, en consonancia con lo dispuesto en el Convenio 30, OIT, el llamado "sistema nominal" para el cómputo de la jornada(5). En efecto, dice que se considerará tal el lapso en que el trabajador está a disposición del empleador, en concordancia con lo expresado en el art. 1º del decreto reglamentario de la ley de jornada —dec.-ley 16.115/1933— que conceptualiza la jornada como "el tiempo durante el cual los empleados... deban estar presentes en sus puestos respectivos para ejecutar las órdenes de sus superiores...". Como puede observarse, la norma presenta similitudes con lo expuesto en el art. 103, LCT, en el que se destaca que basta la puesta a disposición de la fuerza de trabajo del dependiente para que se genere el derecho a percibir salarios.

Por ende, se considera jornada no sólo al tiempo en el que el trabajador efectivamente presta labores, sino también aquel en que pone su fuerza de trabajo a disposición del empleador aunque efectivamente no la ocupe. Tanto es así que aclara en el mismo artículo que también han de integrar la jornada aquellos períodos de inactividad a que obligue la prestación contratada. Y, para despejar cualquier duda, toma un elemento negativo: que durante ese lapso el trabajador no pueda disponer de su actividad en beneficio propio.

Frente a la existencia de pausas breves necesarias por las características propias de las tareas o por requerimientos de la propia empresa dentro de la jornada, cabe considerar que dichos lapsos integran la jornada; ello, en la medida en que se adopten por motivos objetivos derivados de las necesidades de la propia empresa así como de sus obligaciones de prevención de la salud psicofísica del empleado(6). Lo expresado rige, a nuestro juicio, también respecto de las tareas complementarias o preparatorias para la realización efectiva de una labor (limpiar instrumentos o herramientas de labor, encendido de máquinas, lapso para ponerse el uniforme dado por la empresa, etc.), pues son necesarias para poder llevar a cabo en forma adecuada las labores diarias. Cabe citar al respecto lo resuelto en el Fallo plenario "Castillo, José c. La Martona SA" de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, aunque referido a los repartidores de productos lácteos(7).

4. Distribución de las horas de trabajo. Pausa entre jornadas diarias

La norma es clara en cuanto expresa que el empleador, como manifestación de las facultades de organización y dirección, ha de ser el que disponga de qué modo han de distribuirse las horas de labor y diagrame los horarios. En efecto, en un primer momento el empleador, al organizar su empresa, tiene amplísimas facultades para establecer si ha de optar por un sistema de turnos fijos o de turnos rotativos, cuál ha de ser la jornada a cumplirse en la empresa o fábrica —con los límites máximos previstos en la legislación vigente—, en qué lapso se han de llevar a cabo las pequeñas pausas durante el día y horarios de almuerzo así como el horario de ingreso y egreso. Claro está que esta facultad luego ha de verse restringida una vez que el personal se encuentra prestando tareas, pues debe examinarse en cada caso si cualquier modificación que pretenda introducir el empleador no implica un ejercicio abusivo del ius variandi (art. 66, LCT) o una afectación de derechos irrenunciables.

Ahora bien, como una manifestación del deber de buena fe y de diligencia, la ley exige que el empleador haga conocer los diagramas de los horarios mediante anuncios colocados en lugares visibles del establecimiento, de modo que puedan ser conocidos por todos los trabajadores. Esta disposición se compadece con lo previsto en el art. 6º de la ley 11.544, que también hace referencia a avisos en los que se haga saber las horas de inicio y terminación del trabajo o si el trabajo se realiza por equipos. De igual modo, el dec. 16.115/1933, en su art. 20, vuelve a hacer referencia a dichos anuncios agregando que se deben indicar horas de los descansos y del inicio de la jornada de cada equipo de labor(8); aunque la única sanción prevista en la normativa vigente ante la falta de cumplimiento a dicho deber es la prevista en la ley 25.212, que incluye en el art. 2º, como infracciones leves, la falta de exposición en un lugar visible del establecimiento, de los anuncios relativos a la distribución de las horas de trabajo.

En el último párrafo del art. 197 se establece que el tiempo mínimo que debe existir entre el fin de una jornada y el comienzo de la otra es de doce horas. La norma no prevé ninguna excepción de fuente legal por lo que, tal como afirma Pirolo, sólo se podría soslayar dicha pauta frene a situaciones de fuerza mayor similares a las previstas en el art. 203, LCT(9). El incumplimiento a dicho descanso podría originar sanciones administrativas a la luz de la ley 25.212 y, en el supuesto en que implique superar los máximos legales, el derecho a la percepción de los recargos correspondientes; más allá de que podría llegar a constituir un supuesto de injuria laboral en caso de que existiera una intimación concreta por parte del trabajador a fin de que regularice la situación y éste se negara a cumplir con los límites impuestos por la ley.

5. Jurisprudencia

Normas provinciales. Inconstitucionalidad

"Declarar la inconstitucionalidad de la ley de la Provincia de Santa Fe 9497 en tanto fija la jornada laborable para ese estado provincial en 44 horas semanales y rechazar la demanda en cuanto persigue la repetición de lo pagado contra la Provincia de Santa Fe".

CSJN, "Fábrica Argentina de Calderas SRL c. Santa Fe, Provincia s/declaración de inconstitucionalidad", Fallos: 308:2569, DT, 1987-A-676.

Jornada de trabajo. Extensión. Tiempo de traslado. Exclusión

"La CSJN a partir del caso 'Luna, Juan y otros c. Cía. Naviera Pérez Companc SACIMFIA' (L 149 XXIII) expresó que la legislación nacional ha receptado la doctrina de 'nominal time' o tiempo a disposición del patrono, cuyo antecedente remoto se encuentra en el Acuerdo de Londres de 1926, según la cual se comprenden en la jornada aún los períodos de inactividad y las interrupciones de la jornada continua, sujeto a la condición de que esas interrupciones sean consecuencia de la prestación contratada, con exclusión de los lapsos que se produzcan por decisión unilateral del dependiente o en tanto éste pueda disponer de su actividad en beneficio propio según los arts. 197 y 103 de la LCT. Entonces, fundamenta al Alto Tribunal su postura en la LCT en forma acorde con la posición de la doctrina nacional y los antecedentes legislativos, en cuanto a la no inclusión del tiempo de traslado en la jornada (conf. Álvarez Magliano, M. C. y Fera, M., El derecho del trabajo según la CSJN, Ad Hoc, ps. 135 y ss.; ver también sala V, in re 'Llancabure, José c. Sodhexo Argentina SA y otro s/despido', sent. def. 67.011 del 22/4/2004)".

CNTrab., sala I, 31/8/2004, "España Miranda, Héctor y otros c. Sodexho Argentina SA y otro s/diferencias de salarios", expte. 19.770/00, sent. def. 81.692.

Trabajos complementarios. Jornada

"Los repartidores de productos lácteos (conductores y acompañantes) que realizan trabajos preparatorios antes de comenzar sus tareas específicas y rinden cuenta de sus gestiones en exceso de la jornada de trabajo, tienen derecho a resarcimiento extraordinario".

Fallo plenario nro. 136, 7/9/1970, "Castillo, José c. La Martona SA", LA LEY, 140-312; DT, 1970-802.

"El trabajo realizado fuera de la jornada convenida por las partes sin exceder el máximo legal, debe pagarse sin el recargo previsto en el art. 201 del RCT".

Fallo plenario nro. 226, 15/6/1981, "D'Aloi, Salvador c. Selsa SA", LA LEY, 1981-C, 588; DT, 1981-1207.

Jornada de trabajo. Extensión. Lapso que insumen tareas complementarias. Inclusión

"En cuanto a la extensión de la jornada cumplida, el lapso que insumieran las tareas complementarias o preparatorias (en el caso de trataba de un croupier de casino) consistentes en cambio de ropa o bien hacer el relevo, en este caso, del compañero para hacerse cargo de la mesa de juego, deben computarse dentro de la jornada de trabajo puesto que, durante dicho período el trabajador se encuentra a disposición de la empresa y no dispone de ese tiempo en beneficio propio. La circunstancia de contemplarse tales tareas —de carácter complementario— como una excepción de carácter general y permanente (art. 4º de la ley 11.544 y art. 13 del dec. 16.115/1933) no modifica lo dicho en tanto tal previsión normativa sólo se encontraría dirigida a habilitar la extensión de la jornada a tales fines, pero en ningún modo implica su exclusión para el cómputo de la misma, por lo que si se excedieran los máximos legales, el horario cumplido en exceso deberá remunerarse con el recargo correspondiente (conf. arts. 4º y 5º de la ley 11.544 y CNTrab., plenario nro. 136, 7/9/1970, 'Castillo, J. c. La Martona SA')".

CNTrab., sala II, 8/8/2005, "Albamonte, Mariano c. Casino Buenos Aires SA s/despido", expte. 8363/2003, sent. def. 93.671.

Jornada de trabajo. Extensión. Pausa de media hora para el almuerzo en el escritorio

"Nuestro derecho positivo recoge el criterio nominal ('nominal time') para definir la jornada de abajo, al considerar el art. 1º del dec. 16.115/1933 como trabajo real o efectivo todo el tiempo durante el cual el trabajador permanece en su puesto de trabajo para ejecutar las órdenes de su empleador aunque no trabaje efectivamente), es decir, a disposición de éste último. Se excluye expresamente como integrativo de la jornada laboral el tiempo de traslado desde el domicilio hasta el lugar de trabajo (art. 1º, dec. 16.115/1933), porque durante ese lapso el trabajador, en realidad no está 'a disposición de su empleador'. Tampoco se computan los descansos intercalados ni las interrupciones durante las cuales el trabajador no está obligado a realizar ninguna prestación y puede disponer de su tiempo, como podrían ser las pausas destinadas a su alimentación y reposición de energías (art. 1º, dec. 16.115/33). No es óbice, para la exclusión del cómputo de estas pausas, que durante ellas el trabajador deba permanecer en el establecimiento o requerir permiso de salida; pero sí debe tenerse en claro que, si toma un refrigerio o almuerza en el establecimiento patronal (aun contando con la posibilidad de retirarse), no debe estar afectado al cumplimiento coetáneo de una tarea ni sujeto a orden de ninguna especie (en 'Curso de Derecho del Trabajo', dirigido por Rodríguez Mancini, 4ª ed., Astrea, ps. 305 y subs.; y en 'Legislación del Trabajo Sistematizada', 2001, Astrea, p. 222). Por ende, si bien el tiempo empleado en el almuerzo, cuando el trabajador —mientras lo hace— no permanece a disposición del empleador, no es computable en la jornada de trabajo, lo cierto es que en el caso, se acreditó que durante la media hora que disponía el actor para comer, lo hacía en su escritorio; y que durante ese lapso continuaba trabajando, por lo que cabe considerar que permanecía a disposición de la demandada. En consecuencia, la media hora de la que el actor disponía para comer, resulta computable a los fines de establecer la extensión diaria".

CNTrab., sala II, 20/12/2007, "Campano, Martín Jorge c. La Ley SA s/despido", expte. 18.297/2006, sent. def. 95.483 (Pirolo - Maza). En el mismo sentido, sala II, 22/5/2013, "Ávila, Sergio Eduardo c. Detroit Refrigeración Service SA y otro s/despido", expte. 26.251/2010, sent. def. 101.795.

Jornada de trabajo. Horas extra. Hora de almuerzo

"El intervalo de una hora para comer debe estimarse como tiempo trabajado. En este sentido se puede estimar que las pausas breves que frecuentemente se otorgan para que los trabajadores tomen un refrigerio o una merienda dentro de los horarios continuados, integran la jornada de trabajo, porque el ligero descanso está previsto y reglamentado por el empleador; y estos descansos se relacionan con el mejor desempeño de la labor antes que con el provecho del dependiente" (del voto del Dr. Fernández Madrid, en mayoría).

CNTrab., sala VI, 3/3/2010, "Sanaberon, Manuel c. Maxiconsumo SA s/diferencias de salarios", expte. 28.731/2007, sent. def. 61.856.

Jornada de trabajo. Fallo plenario "Daloi"

"Las partes acordaron una jornada contractual, en cuyo marco el actor cumplía habitualmente labores durante 41 horas y cuarenta minutos, por lo que las tareas cumplidas en exceso y a razón de 8,5 horas mensuales, no superan el máximo convencional pactado, y como tal deben abonarse sin el recargo previsto en el art. 201, LCT, de conformidad con la doctrina plenaria dictada por la Excma. Cámara en los autos 'D'Aloi Salvador c. SELSA SA'".

CNTrab., sala VI, 30/7/2012, "Gey Radice, Osvaldo c. Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/despido", expte. 8511/2011, sent. def. 64.180.

Jornada de trabajo. Extensión de la prestación diaria

"Si el trabajador —chofer responsable de la unidad de transporte— debía buscar el micro y guardarlo luego de los tours, debe entenderse como tiempo de servicio comprensivo de la jornada de trabajo, el tiempo que le insumía al accionante ir a buscar el micro y el traslado de la unidad al garage".

CNTrab., sala IV, 31/7/2013, "Bernstein Gustavo c. Sildres SRL y otros s/despido", sent. def. 97.237.

Jornada reducida

Art. 198. — La reducción de la jornada máxima legal solamente procederá cuando lo establezcan las disposiciones nacionales reglamentarias de la materia, estipulación particular de los contratos individuales o convenios colectivos de trabajo. Estos últimos podrán establecer métodos de cálculo de la jornada máxima en base a promedio, de acuerdo con las características de la actividad.

Límite máximo: excepciones

Art. 199. — El límite de duración del trabajo admitirá las excepciones que las leyes consagren en razón de la índole de la actividad, del carácter del empleo del trabajador y de las circunstancias permanentes o temporarias que hagan admisibles las mismas, en las condiciones que fije la reglamentación.

• Comentario:

6. Fuentes de reducción de jornada

Como vimos, el régimen general en materia de jornada establece que es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales. Ello constituye el tiempo máximo de labor diaria y semanal que puede prestarse tareas a favor de un empleador. Aunque, claro está, es posible que la duración de tareas no alcance dichos máximos y ello puede ser estipulado por: a) disposiciones nacionales reglamentarias de la materia, b) acuerdo de partes en los contrato individuales, c) convenios colectivos (cabe recordar que las Provincias no pueden legislar sobre la materia).

Entre las diversas disposiciones nacionales que reglamentan la materia encontramos las leyes especiales o estatutos profesionales que, en algunas actividades, prevén jornadas menores a la máxima legal. Tal es el caso, entre otras, de la ley 12.908 —estatuto de los periodistas profesionales— con jornadas de 6 hs. diarias o 36 hs. semanales; el dec. 13.839/1946 de empleados administrativos de empresas periodísticas: 6,5 hs. diarias y 36 hs. semanales; ley 14.597 de ejecutantes musicales que prevé una jornada máxima de 4,5 diurnas o 4 horas nocturnas continuadas, etc. Asimismo, respecto de los menores entre 16 y 18 años, la jornada ha de ser de seis horas diarias o treinta y seis horas semanales (art. 190); art. 1º de la ley 25.013 que regula el contrato de aprendizaje y prevé una jornada que no puede superar las 40 hs semanales, etc. Cabe recordar que el art. 92 ter de este cuerpo normativo expresamente regula un contrato cuya prestación de servicios se efectúa durante un determinado número de horas al día o a la semana, inferiores a las dos terceras partes de la jornada habitual de la actividad; nos remitimos al examen efectuado en dicho artículo.

Por convenio colectivo también es posible establecer jornadas reducidas y ello, además, es acorde con lo establecido en el art. 8º de esta ley y, sin duda alguna, por acuerdos individuales entre el trabajador y el empleador.

Ahora bien, en el párrafo incorporado por la ley 26.474 al art. 92ter, podemos observar en el acap. I in fine, que establece que si la jornada pactada supera las dos terceras partes de la jornada habitual de la actividad, "el empleador deberá abonar la remuneración correspondiente a un trabajador de jornada completa". Tal como resulta de su lectura, todo aquél dependiente cuya jornada no alcance la habitual de la actividad pero supere los dos tercios, debe ser remunerado como si laborase jornada completa. A nuestro juicio, la norma puede generar situaciones injustas vinculadas con la afectación a la proporcionalidad salarial y al principio de igualdad remuneratoria —art. 14 bis,CN—, pues equipara a nivel salarial a trabajadores con jornadas dispares; ello a la luz de las cláusulas constitucionales de igual remuneración por igual tarea (en igualdad de condiciones) y de remuneración justa. Como señala Pirolo(10), a partir de la modificación legislativa, prácticamente queda desactivada la posibilidad de que las partes convengan una jornada reducida superior a los 2/3 de la jornada habitual, porque el empleador debe abonar, de todos modos, el salario correspondiente a la jornada normal y no proporcional a las horas laboradas.

7. Jornada promedio

Fue incorporado por la ley 24.013 la última parte del art. 198, permitiendo que a través de convenios colectivos, las partes puedan pactar métodos de cálculo de la jornada máxima en base a promedio, de acuerdo con las características de la actividad. Así, las partes pueden distribuir el tiempo de trabajo en función de las necesidades de la empresa, de modo que en determinadas épocas del año los trabajadores pudiesen laborar más allá de la jornada máxima legal —siempre respetando la pausa de doce horas entre jornada y jornada— sin derecho a percibir horas extras; y en otros períodos trabajasen jornadas inferiores, de modo tal que al cabo de algunos meses o un año, en promedio, no se superase la jornada máxima legal. A nuestro juicio es un resabio de la llamada "disponibilidad colectiva" incluida en algunas normas de la década del noventa(11), que permitía a través de los convenios colectivos, la modificación peyorativa de disposiciones legales. Aunque cabe destacar que si bien en doctrina se ha discutido su alcance(12), varios convenios colectivos incorporaron esta forma de medir el tiempo de trabajo.

8. Trabajadores excluidos de la ley de jornada

El art. 2º de la Ley de Contrato de Trabajo —a cuyo comentario nos remitimos— limitó la exclusión a los miembros de la familia del jefe, dueño, empresario, gerente, directo o habilitado principal de un establecimiento exclusivamente atendidos por ellos pues, sabido es, que tanto la ley 26.727 como la ley 26.844 referidas a los trabajadores agrícola-ganaderos y empleadas de casas particulares, hacen referencia a la Ley de Contrato de Trabajo que complementa el régimen especial allí consagrado.

Cabe señalar que el art. 6º, inc. c) del dec. 16.115/1933 expresamente aclara que se tiene que tratar de establecimientos en los que trabajan "única y exclusivamente" el jefe, dueño, director, gerente sin otro personal extraño. Y aclara qué ha de entenderse por miembro de la familia.

9. Trabajadores exceptuados de la jornada máxima legal

Podemos distinguir: a) excepciones legales y b) excepciones reglamentarias. Dentro de las primeras pueden ser: 1) excepciones legales permanentes, 2) excepciones legales temporarias.

Las excepciones legales permanentes, en la actualidad, quedaron reducidas a: los Directores y Gerentes según la reforma introducida por la ley 26.597, tornándose abstracta la extensa discusión doctrinaria y jurisprudencial referida al alcance de esta excepción consagrada en el texto del art. 3º, inc. a) de la ley 11.544(13); —régimen de trabajo por equipos (excepción reglada en el art. 202, LCT al que nos remitimos)— y vendedores remunerados exclusivamente a comisión: el art. 11 del dec. 16.115/1933 (que no ha sido expresamente derogado) incluye a los cobradores e investigadores de cobranzas y corredores temporarios remunerados exclusivamente a comisión. Ello es concordante con lo establecido en el art. 3º, inc. d) del Convenio nro. 30, OIT, que faculta a la autoridad competente de cada país a exceptuar a los viajantes y representantes que presten tareas fuera del establecimiento. Como sostiene Pirolo(14), la excepción se justifica por la modalidad de las tareas que realizan; tal como sucede con los choferes de taxi que perciben un porcentaje por recaudación diaria. En tales casos no hay posibilidad de controlar el tiempo en que el trabajador está a disposición del empleador.

Las excepciones legales temporarias están mencionadas en el art. 3º, inc. c) de la ley 11.544, que prevé el supuesto en que haya ocurrido un accidente o sea inminente o en el caso de trabajo de urgencia a efectuarse en las máquinas, herramientas o instalaciones o en caso de fuerza mayor; pero tan sólo en la medida necesaria para evitar que un inconveniente serio ocurra en la marcha regular del establecimiento y cuando el trabajo no pueda ser efectuado durante la jornada normal. El art. 14 del decreto reglamentario reitera lo expuesto por la ley y la exigencia de poner en conocimiento a la autoridad administrativa. Estas disposiciones se complementan con el art. 89, LCT y constituyen una excepción al art. 203 al que nos remitimos. Por su parte, el art. 203, LCT establece que en casos de peligro o accidente ocurrido o inminente o fuerza mayor, el trabajador estará obligado a efectuar horas extras, no obstante el derecho a percibir los recargos correspondientes.

En cuanto a las excepciones reglamentarias, el art. 4º de la ley de jornada establece que los reglamentos del Poder Ejecutivo pueden fijar por industria y oficio y por región: a) excepciones permanentes admisibles para trabajos preparatorios o complementarios que daban ser ejecutados fuera del límite asignado al trabajo general del establecimiento o para ciertas categorías de personas cuyo trabajo sea especialmente intermitente, b)excepciones temporarias admisibles para permitir a las empresas hacer frente a las demandas extraordinarias de trabajo; autorizaciones que deberán tener en cuenta el grado de desocupación. Compartimos lo sostenido por Pirolo(15) en cuanto señala que resulta difícil imaginar cuáles podrían ser los trabajos complementarios o preparatorios que admitan la excepción. Fernández Madrid incluye en esta excepción a ciertas tareas que se realizan en ciertas épocas del año, como la confección de balances.

El art. 12 del dec. 16.115/1933 reglamenta los trabajos intermitentes, al establecer que, a los efectos de la determinación de esta excepción, los reglamentos especiales para cada industria, rama de industria, comercio u otra actividad "determinarán los casos en que podrá autorizarse el aumento de la permanencia en el local de trabajo... tal autorización se concederá teniendo en cuenta la índole del servicio que efectúen los trabajadores y la relación de sujeción o dependencia con quien o quienes los utilicen directamente; la naturaleza del trabajo que no exija un esfuerzo, atención o dedicación permanente o finalmente, la función de vigilancia que tenga confiada...".

Respecto de las excepciones reglamentarias temporarias, la norma las admite para permitir a las empresas hacer frente a las demandas extraordinarias de trabajo, aunque en la práctica podemos observar que se desvirtúa el uso de horas extras, pues es frecuente que los empleados y obreros presten labores más allá de la jornada legal, con el pago del recargo legal, sin que ningún tipo de reglamentación ni autorización administrativa lo regule. El art. 13 del decreto reglamentario deja librado a los reglamentos especiales que se dicten para cada actividad específica la regulación y los límites máximos de prolongación de jornada. Luego establece la cantidad de horas suplementarias máximas que se pueden realizar por día, mes y año. Esta norma fue modificada por el dec. 484/2000 respecto de las horas extras mensuales y anuales. De modo tal que, en la actualidad, pueden realizarse —sin necesidad de autorización administrativa previa— tres horas diarias, treinta mensuales y doscientas anuales. Respecto de las horas extras, nos remitimos al comentario dispuesto en los arts. 201 a 203, LCT.

10. Jurisprudencia

Jornada de trabajo. Reducción de la jornada máxima legal

"El art. 1º de la ley 11.544 permite reducir la jornada máxima legal sólo en determinadas situaciones, entre las cuales se puede mencionar al contrato a tiempo parcial —art. 92 ter, LCT—, categoría especial de jornada insalubre, trabajo de menores y contrato de aprendizaje. Y, si bien es cierto que el contrato a tiempo reducido (art. 198, LCT) no es lo mismo que el contrato de trabajo a tiempo parcial (art. 92 ter, LCT), la realidad es que el contrato a tiempo parcial prevé una jornada reducida (inferior las dos terceras partes de la forma habitual de la actividad), por lo que, más allá de la disquisición entre las normas, en la especie quedó demostrado que el trabajador excedió las 32 horas semanales de labor. Por ende, dado que la reducción de la jornada máxima legal sólo resulta procedente si es dispuesta a través de una reglamentación nacional o si surge de los convenios colectivos de trabajo o estipulación particular de los contratos individuales (conf. art. 198, LCT), al no haberse acreditado una estipulación particular relativa a la reducción de la jornada laboral según la norma de mención, resulta aplicable la sanción prevista en el art. 92 terLCT, es decir, que le corresponde al trabajador percibir la remuneración fijada para el caso de jornada completa".

CNTrab., sala X, 28/12/2012, "Perrusi, Gastón Luis c. Actionline de Argentina SA s/despido", expte. 36.813/2010, sent. def. 20.642.

Jornada reducida

"Dado que la patronal invocó una excepción a la jornada normal de trabajo prevista en le ley 11.544 —jornada de trabajo— a ella corresponde acreditar que el trabajador cumplió funciones en un horario reducido".

CNTrab., sala II, 15/12/2009, "Carrea, Daniel Horacio c. Grupo Clan SRL", La Ley online.

Jornada de trabajo. Extensión. Puesta a disposición la mitad de la jornada normal

"No es lógico considerar que el actor haya podido poner su capacidad de trabajo durante la totalidad de una jornada normal para dos empresas a la misma vez; y por lo tanto, ante la ausencia de una evidencia concreta de la cantidad de tiempo —horas o minutos— que dedicó en cada día al ofrecimiento de los productos y servicios de la demandada, es razonable concluir que estuvo a disposición de la demandada la mitad de la jornada normal".

CNTrab., sala II, 27/12/2012, "Banus Marin, Alfredo c. Orígenes Seguros de Retiro SA s/Despido", expte. 48.527/2010, sent. def. 101.387.

Empleados administrativos empresas periodísticas. Jornada limitada

"El límite máximo legal de la jornada diaria de los empleados administrativos de empresas periodísticas es de 6 horas y de 30 minutos y, por ello, todo lapso de tiempo que supere dicha duración debe serle remunerado como extra aunque la jornada semanal cumplida no supere las 36 horas semanales".

CNTrab., sala V, 15/10/1981, "Blanco, Marta c. Ed. Abril SA", La Ley online.

Jornada nocturna y jornada insalubre

Art. 200. — Trabajo nocturno e insalubre. La jornada de trabajo íntegramente nocturna no podrá exceder de siete (7) horas, entendiéndose por tal la que se cumpla entre la hora ventiuna de un día y la hora seis del siguiente. Esta limitación no tendrá vigencia cuando se apliquen los horarios rotativos del régimen de trabajo por equipos. Cuando se alternen horas diurnas con nocturnas se reducirá proporcionalmente la jornada en ocho (8) minutos por cada hora nocturna trabajada o se pagarán los ocho (8) minutos de exceso como tiempo suplementario según las pautas del artículo 201.

En caso de que la autoridad de aplicación constatara el desempeño de tareas en condiciones de insalubridad, intimará previamente al empleador a adecuar ambientalmente el lugar, establecimiento o actividad para que el trabajo se desarrolle en condiciones de salubridad dentro del plazo razonable que a tal efecto determine. Si el empleador no cumpliera en tiempo y forma la intimación practicada, la autoridad de aplicación procederá a calificar las taras o condiciones ambientales del lugar de que se trate.

La jornada de trabajo en tareas o condiciones declaradas insalubres no podrá exceder de seis (6) horas diarias o treinta y seis (36) horas semanales. La insalubridad no existirá sin declaración previa de la autoridad de aplicación, con fundamento en dictámenes médicos de rigor científico y sólo podrá ser dejado sin efecto por la misma autoridad si desaparecieran las circunstancias determinantes de la insalubridad. La reducción de jornada no importará disminución de las remuneraciones. Agotada la vía administrativa, toda declaración de insalubridad, o la que deniegue dejarla sin efecto, será recurrible en los términos, forma y procedimientos que rijan para la apelación de sentencias en la jurisdicción laboral de la Capital Federal. Al fundar este recurso el apelante podrá proponer nuevas pruebas. Por ley nacional se fijarán las jornadas reducidas que correspondan para tareas penosas, mortificantes o riesgosas, con indicación precisa e individualizada de las mismas.

• Comentario:

11. Trabajo nocturno

La norma en examen prevé una jornada menor para aquellos trabajadores que presten tareas en horario nocturno, entendiendo por tal aquél que se desarrolle entre las 21 hs. y las 6 hs. del día siguiente. Como sostiene Sureda Graells(16) el fundamento de esa reducción está dado en razones de orden biológico, social y económico. Repárese en que implica un mayor esfuerzo prestar tareas en horarios en los que, el reloj biológico de la mayoría de los seres humanos, indica que es tiempo de descansar; del mismo modo quien presta tareas nocturnas debe descansar durante el día y es posible que ello le genere desencuentros entre las personas más cercanas, si tienen horarios distintos.

Fue todo un avance de la ley 11.544 la regulación de esta jornada, pues en ninguno de los dos primeros convenios de la OIT (nro. 1 y nro. 30) se hacía referencia a este tipo de jornada. Ahora bien, la norma no establece un tope semanal; ello trajo consigo distintas interpretaciones respecto de la prestación de tareas más allá de las siete horas diarias. Para algún sector de la doctrina(17) y jurisprudencia cabe tomar como parámetro las cuarenta y dos horas semanales. Por ende, no superada en una hora diaria, las siete horas, en la medida en que no se sea mayor a las cuarenta y dos semanales no tendría el trabajador derecho a la percepción de horas extras. En cambio, también se ha dicho que si se hubiese tratado de una omisión de la ley 11.544, ello pudo ser subsanado con la Ley de Contrato de Trabajo; sin embargo la norma mantuvo sólo el tope diario de manera tal que, de prestarse tareas más allá de la séptima hora, tendrá el trabajador derecho a que se le abone la hora siguiente con recargo pues la norma no prevé tope semanal que permita darle flexibilidad al cómputo de la jornada.

En el segundo párrafo, la norma excluye del límite máximo de la jornada nocturna cuando se "apliquen los horarios rotativos del régimen del trabajo por equipos"; al respecto el art. 9º del dec. regl. 16.115/1933 prevé que, en tales casos, pueden prestar tareas en jornadas de ocho horas; aunque establece que, en compensación por cada siete días de trabajo nocturno, el personal que lo realice tendrá derecho a un descanso equivalente a una jornada de trabajo. Sin embargo, admite que dicho descanso sea suspendido por decisión del Poder Ejecutivo —no por voluntad del empleador— "previa consulta a las entidades patronales y obreras cuando comprueben que el estado económico del país y de las empresas no les permite tener el turno de relevantes. También podrá suspenderse cuando haya escasez de personal especializado para el turno de relevantes que trabaje ocho horas, en cuyo caso el trabajo efectuado en horas nocturnas se computará a efectos del pago como una hora ocho minutos por cada hora trabajada".

La ley no prohíbe la realización de horas extras en jornada nocturna.

Cabe recordar que, en el caso de los menores, la jornada nocturna comienza a las veinte horas (y a partir de allí tienen prohibida la prestación de tareas hasta las 6 hs. del día siguiente) excepto en caso de establecimientos fabriles que desarrollen tareas en tres turnos diarios que abarquen las veinticuatro horas del día, en cuyo caso la prohibición rige a parir de las veintidós horas.

12. Trabajo insalubre

El art. 2º de la ley 11.544 considera lugares insalubres aquellos en los cuales el aire viciado o su compresión, emanaciones o polvos tóxicos permanentes pongan en peligro la salud de los trabajadores. El párrafo tercero del art. 200, LCT, con un criterio más amplio, hace referencia a la jornada en tareas o condiciones declaradas insalubres imponiendo una jornada de seis horas diarias o treinta y seis horas semanales sin que el salario del trabajador se vea afectado por esa reducción horaria.

Ahora bien, en tales casos es necesario que exista un acto administrativo que declare la insalubridad de dichas tareas o condiciones de trabajo. A tal efecto, la decisión administrativa debe estar fundada en dictámenes médicos sustentados con rigor científico. No puede un tribunal declarar la insalubridad de tareas o lugares de labor sino que debe hacerse la denuncia ante la autoridad administrativa(18). Al respecto, la Resolución MTESS nro. 434/2002, modificada por la Res. MTESS nro. 860/2002, estableció que la declaración de insalubridad del lugar, tarea o ambiente del trabajo es competencia exclusiva de la administración laboral provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según el domicilio del establecimiento laboral. Asimismo, la Res. MTESS nro. 212/2003 aprobó el procedimiento para calificar la insalubridad estableciendo en forma minuciosa los pasos a seguir por el funcionario del organismo administrativo correspondiente, a fin de determinar si un lugar, tarea o condiciones de trabajo deben ser consideradas insalubres. La Res. MTEE nro. 473/2008 aprobó el procedimiento de impugnación ante el Consejo Federal del Trabajo.

Recién puede intervenir un organismo judicial una vez dictado el acto administrativo y agotada la vía, ante un recurso en los términos, formas y procedimientos que rijan para la apelación de sentencias en la jurisdicción laboral de Capital Federal. Por ende, podrá ser apelada ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en los términos del art. 116 y concordantes de la ley 18.345; aún en aquellos casos en que las cuestiones que dieron origen a la apelación no se hayan suscitado en Capital Federal. Fernández Madrid sostiene que los efectos de la declaración de insalubridad deben correr desde la fecha de la inspección administrativa con abstracción del momento en que se declara formalmente la insalubridad(19).

Ahora bien, tal como lo señalan López, Centeno y Fernández Madrid(20), la insalubridad también puede provenir de una disposición expresa de la ley que requiera que sea complementada por una declaración administrativa, tal como resulta del art. 6º del decreto del 11/3/1930, que prevé la insalubridad de ciertos trabajos por la utilización de determinadas sustancias o por el ambiente en que se realizan; decreto cuya vigencia fue ratificada por la CSJN(21).

Están expresamente prohibidas las horas extras aunque nada impide que se labore hasta siete horas diarias en la medida en que al cabo de la semana no se supere las treinta y seis horas semanales.

13. Jornada mixta

Es aquella en que parte de su labor el trabajador la realiza en horarios diurnos y otro lapso en horario nocturno; o bien que labora parte de su jornada en tareas salubres y otra parte en tareas insalubres, a lo largo de su jornada diaria.

En el primer caso, el art. 200, en forma más amplia que la ley 11.544 establece que, en tales casos, se puede: a) reducir proporcionalmente la jornada en ocho minutos por cada hora nocturna trabajada o, b) pagar los ocho minutos de exceso como tiempo suplementario según las pautas del art. 201, LCT. En definitiva, la hora nocturna "vale más" que la hora diurna de modo que, tomando como parámetro la jornada máxima legal —8 hs. diarias o 48 hs. semanales—, la prestación en jornada mixta permitirá, al momento de sumar la cantidad de horas trabajadas, computar cada hora en horario nocturno —de 21 a 6 hs— como una hora ocho minutos o disponer que el trabajador labore cincuenta y dos minutos por cada hora nocturna.

La redacción de la norma puede generar alguna duda acerca del pago de horas suplementarias. Consideramos que sólo se han de abonar en el supuesto en que se supere el límite equivalente a 9 hs. diarias (según art. 1º del dec. 16.115/1933) o las 48 hs. semanales en el caso de jornadas desiguales. Aunque, claro está, de excederse el máximo legal no existe obligación del trabajador—salvo el supuesto del art. 203, LCT— de prestar tareas en horas suplementarias.

También puede suceder que un trabajador preste tareas parte de su jornada en tareas salubres y otro lapso en labores declaradas insalubres. En tal caso, el art. 8º del dec. regl. 16.115/1933 establece que cada hora insalubre debe computarse una hora treinta y tres minutos; en verdad, la jurisprudencia y doctrina son contestes en señalar que ha existido un error aritmético en la norma reglamentaria y que debe computarse una hora veinte por cada hora en condiciones o tareas insalubres. Ahora bien, existe otro límite impuesto por la norma y es que aquel dependiente que preste tareas más de tres horas en trabajos considerados insalubres, la jornada debe considerarse totalmente insalubre y, por ende, no puede exceder las seis (o hasta siete) horas diarias.

La prestación de labores bajo condición de insalubridad en horario nocturno no conlleva ninguna reducción adicional pues la norma nada indica al respecto.

14. Tareas penosas, mortificantes o riesgosas

En el último párrafo el art. 200 establece que se ha de dictar una ley destinada a imponer jornadas reducidas a este tipo de tareas "con indicación precisa e individualizada de las mismas", norma que no ha sido dictada aún.

15. Jurisprudencia

Jornada de trabajo. Extensión. Aplicación de límite semanal de horas nocturnas. Condena por horas extra. Improcedencia

"Si bien en el régimen de jornada instituido por la ley 11.544 no se establece de manera expresa un límite semanal de horas nocturnas, éste debe fijarse en 42 horas por resultar el equivalente a las 48 diurnas que se dispone en dicho régimen como tope para dicho lapso temporal, toda vez que no existen razones que impidan una distribución desigual de la extensión de la jornada respetando los límites fijados por el art. 1º inc. b) del dec. 16.115/33, pues si el legislador contempló la alternativa del tope diario o semanal para el trabajo insalubre, no parece lógico que hubiese querido imponer un límite diario infranqueable para el trabajo nocturno. Por lo tanto, al no haber sido sobrepasado el tope de jornada de 42 horas semanales en horario nocturno, cabe concluir que el trabajador no ha realizado horas suplementarias, por lo que no son admisibles las diferencias salariales reclamadas con sustento en el art. 201 de la LCT" (del voto de la Dra. García Margalejo, en minoría).

CNTrab., sala V, 28/2/2013, "Versacold Logistics Argentina SA c. Juárez, Leonardo Damián s/Consignación", expte. 20.786/08, sent. def. 74.870 (García Margalejo - AriasGibert - Zas).

Jornada insalubre

"La declaración de la Dirección Provincial de Trabajo de la Provincia de Jujuy, mediante res. 161/2001, en el sentido de que una tarea es penosa, riesgosa y/o determinante de vejez o agotamiento prematuro, dirigida a regir el ámbito previsional en los términos del dec. 4257/68, no se aplica como declaración de insalubridad en el marco del art. 200 de la LCT".

CNTrab. en pleno, 28/12/2007, "Escalera, Orlando y otros s/Aceros Zapla SA", Fallo plenario nro. 318.

Jornada insalubre

"La declaración de insalubridad de un ambiente laboral en particular requiere de una resolución expresa en tal sentido, resultando improcedente extender los efectos de aquélla —en el caso, res. 1105/03 de la Subsecretaría de Regulación y Fiscalización de la Secretaría de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que comprende a los guardas y choferes de subterráneos— a un ambiente distinto del descripto por la resolución —trabajadores del Servicio de Premetro— más allá de la poca claridad advertida en su parte dispositiva".

CNTrab., sala VII, 11/11/2005, DT, 2006-B-1049.

Jornada de trabajo. Trabajo nocturno

"Si bien legalmente se establece un tope semanal para la jornada diurna y para la insalubre y no para la nocturna, lo cierto es que el art. 2º de la ley 11.544, el art. 9º del dec. 16.115/1933 y posteriormente el art. 200, LCT, hacen referencia a un tope diario de siete horas de labor nocturna. Tal como han quedado redactadas las normas —con diferencias temporales relevantes—, existió una decisión de no incluir un tope semanal. Por ello no puede extenderse el límite diario sin consecuencias pues no resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 1º del dec. 16.115/1933 respecto de la distribución desigual de la jornada normal diurna ni el art. 8º que también admite la posibilidad de laborar una hora más en la medida que se respete el tope semanal, en la jornada insalubre. Por lo tanto, en el caso, donde el actor laboró de lunes a viernes de 22 a 6, lo ha hecho más allá del tope diario establecido por la norma, y por ello cabe hacer lugar a su reclamo por las horas nocturnas trabajadas en exceso" (del voto de la Dra. Pinto Varela, en mayoría).

CNTrab., sala IV, 10/12/2012, "Cardozo, María Eva c. Vadelux SA y otro s/despido", expte. 42.285/2011, sent. def. 96.775.

Jornada de trabajo. Trabajo nocturno

"Si bien el art. 9º del dec. 16.115/1933, reglamentario de la ley 11.544, fija sólo un límite diario (7 horas), no hay obstáculo alguno para admitir una distribución desigual en la semana de la jornada nocturna, de manera que la jornada que desarrollaba en el caso la actora, en el período en cuestión, de lunes a viernes de 22 a 6, no excedía el máximo legal. La realización de tareas en horario nocturno por sí misma no lleva recargo alguno, respecto de quien cumple las tareas en una jornada diurna, cuando —como ocurre en el caso de autos— no se sobrepasa el límite legal" (del voto del Dr. Guisado, en minoría).

CNTrab., sala IV, 10/12/2012, "Cardozo, María Eva c. Vadelux SA y otro s/despido", expte. 42.285/2011, sent. def. 96.775.

Jornada de trabajo. Jornada mixta. Arts. 200 y 201, LCT

"Si en el régimen horario semanal se alternó horas diurnas y nocturnas, correspondía que el empleador optase por reducir proporcionalmente la jornada en ocho minutos por cada hora nocturna trabajada, o pagara los ocho minutos en exceso como tiempo suplementario, según las pautas del art. 201 (cf. art. 200, 1º párrafo de la LCT)".

CNTrab., sala IX, 16/11/2010, "Albornoz, Jorge Oscar c. Boom Up SRL s/Despido", expte. 22.455/07, sent. def. 16.701.

Horas suplementarias

Art. 201. — El empleador deberá abonar al trabajador que prestare servicios en horas suplementarias, medie o no autorización del organismo administrativo competente, un recargo del cincuenta por ciento (50%) calculado sobre el salario habitual, si se tratare de días comunes, y del ciento por ciento (100%) en días sábado después de las trece horas, domingo y feriados.

• Comentario:

16. Horas suplementarias. Horas extraordinarias

La jornada máxima legal, de por sí, es extensa porque, como vimos, es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, pudiéndose prolongar una hora más —en caso de jornadas desiguales— la jornada diaria de labor, manteniendo el límite que se impuso a comienzos del siglo pasado.

Si tenemos en consideración que la limitación de la jornada es esencial a fin de preservar la salud psicofísica del trabajador, resulta lógico que el legislador mire con disfavor la prestación de tareas más allá de la jornada máxima legal. Por ello, ante todo establece que deben ser abonadas con recargo.

Ahora bien, la ley de jornada utiliza en forma indistinta los conceptos de horas "suplementarias" y horas "extraordinarias" y es frecuente que se hable de "horas extras" al referirse a aquellos supuestos en que el trabajador presta tareas en tiempo excedente; aunque estrictamente las horas suplementarias serían aquellas que superan las pactadas por acuerdo individual o colectivo pero no exceden la jornada máxima legal y extraordinarias las que superan las ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales.

Cabría preguntarse si rige el sistema previsto en el art. 201, LCT en los supuestos en que las partes, individual o colectivamente, pactaron jornadas inferiores a la jornada legal. Si las partes individualmente pactan jornadas inferiores a la legal, al menos en Capital Federal, se consideró mediante un fallo plenario que, en tanto no se sobrepasen los máximos legales, no corresponde considerar como extra al prestado por encima del límite que el trabajador hubiese convenido con su empleador en el marco de un contrato de trabajo (CNTrab. plenario nro. 226 en autos "D'Aloi, Salvador c. Selsa SA"). También puede suceder que el convenio colectivo de trabajo sea el que establece una jornada inferior a la legal. En el caso en que un trabajador preste tareas más allá de dicho límite convencional sin superar el legal ¿tiene derecho al pago con recargo? La jurisprudencia que prevalece ha resuelto que el trabajo que exceda de los topes de un convenio colectivo debe retribuirse como "extra", pues el convenio colectivo tiene el efecto propio de una ley, con referencia a un ámbito de actividad específico.

Ahora bien, ¿cuándo se pueden realizar horas extras? De acuerdo con lo que surge del examen de los artículos anteriores, sólo correspondería admitir el trabajo por encima de los límites legales frente a una excepción legal o reglamentaria o bien ante una autorización administrativa que permita la extensión de la jornada ante una situación temporaria debida a una extraordinaria demanda de trabajo; o en el supuesto en que existiera una emergencia. Pero, como señala Pirolo en la obra citada, estrictamente en el caso de las excepciones permanentes no puede hablarse de trabajo "extraordinario" porque el trabajo prestado no se considera violatorio de la ley de jornada; en cambio, las derivadas de excepciones temporarias sólo pueden sobrepasar los límites impuestos por el dec. 16.115/1933 y el dec. 484/2000.

Cabe señalar, además, que no tiene obligación el trabajador de realizar horas extras, con la excepción contemplada en el art. 203, LCT; de igual modo tampoco tiene derecho a exigir que se le asignen horas extras o se mantengan las que venía realizando.

17. Límites máximos

¿Cuántas horas extras pueden realizarse como máximo? Como antes dijimos, de conformidad con lo dispuesto por el dec. 16.115/1933 y el dec. 484/2000 que lo modifica, los trabajadores no pueden superar las tres horas extras diarias, treinta mensuales y doscientas anuales. En tales casos, se ha interpretado que no se requiere autorización administrativa para su realización. En cambio, de superarse esos límites, sería necesario dicha autorización, pues de lo contrario esas horas serían ilícitas. Al ser ilícitas podríamos preguntarnos si se abonan y en su caso, de qué modo. Al respecto, el art. 201 expresamente aclara que "medie o no autorización del órgano administrativo competente" las horas deben abonarse con recargo.

¿Y si se labora más allá de la jornada en condiciones o lugares insalubres? Como antes vimos, están expresamente prohibidas las horas extras en jornada insalubre. En tal caso, la prestación de tareas más allá de la máxima legal —6 o 7 horas como máximo por día con un tope semanal de 36 hs— trae consigo la obligación del pago de dicho trabajo, a mi juicio, con recargo pues se trata de un supuesto de prohibición legal cuyas consecuencias deben ser asumidas por el empleador conforme arts. 40 y 43 a los que me remito. No soslayo que para otro sector de la doctrina, al ser trabajo prohibido, ello sólo otorgaría al trabajador el derecho a percibir remuneración simple por esas horas.

18. Retribución

Compartimos lo sostenido por Pirolo(22) en cuanto afirma que la mención del art. 201 de los distintos recargos según sean "días comunes" o el sábado después de las 13 hs. y domingos es un tanto equívoca, pues la finalidad perseguida por la norma es la de agravar los recargos en los casos en que se presten labores extraordinarias en días destinados al descanso, según lo convenido en su contrato de trabajo. Desde tal perspectiva, puede suceder que los "días comunes" de trabajo para un empleado u obrero sea sábado o domingo y un día de descanso en otros días de la semana. Por ende, a fin de establecer qué recargo debe llevar, corresponde examinar qué días de la semana son comunes de labor para el dependiente y cuáles estaban destinados a su descanso hebdomadario.

Para determinar el valor hora para calcular los recargos, si el trabajador presta tareas en una jornada legal, corresponde dividir el sueldo mensual por doscientos (ocho horas diarias por veinticinco días hábiles promedio por mes); y en el supuesto en que la jornada fuere inferior, se divide el salario mensual por el número de horas promedio efectivamente trabajadas en cada mes.

A los fines de establecer qué remuneración debe tomarse para efectuar el cálculo del recargo, la norma menciona el "salario habitual", sin dar mayores precisiones. Ante ello, puede afirmarse que, de existir remuneraciones variables —comisiones, premios por presentismo, por puntualidad— dichos rubros deben ser computados para el pago de las horas extraordinarias, en la medida en que se reitere en el tiempo la percepción de dichos rubros y no sean extraordinarios.

19. Prueba de las horas extras

Uno de los temas que ha generado debate jurisprudencial es el vinculado a la prueba —en sede judicial— de la realización de horas extraordinarias. Ante todo, claro es que si el hecho está negado por el empleador, se encuentra controvertido por lo que, por aplicación del principio general en materia probatoria, la carga se encuentra en cabeza de quien invoca su realización. Ahora bien, durante años la jurisprudencia de Capital Federal ha sido restrictiva en su admisión, exigiendo que dicha prueba deba ser fehaciente tanto respecto de los servicios prestados como del tiempo de su cumplimiento; se ha dicho que requiere de una "acreditación terminante y asertiva, siendo necesario que exista una probanza contundente de la que emane con absoluta certeza la noción de credibilidad"(23).

Sin embargo, en los últimos años se ha podido observar un cambio jurisprudencial pues, en verdad, no hay razón alguna para no examinar dicho reclamo de igual modo que al resto de los hechos controvertidos, sin requerir que exista una prueba de mayor intensidad que la necesaria para demostrar cualquier afirmación controvertida en la causa.

Aunque cabe señalar que es preciso que, quien las invoque, exprese en su escrito inicial de modo claro y circunstanciado —en cumplimiento de lo dispuesto por el art. 65 de la ley 18.345 en Capital Federal— cuál era el horario cumplido y qué cantidad de días laboraba y cuáles, a fin de determinar el reclamo; a tal efecto resulta insuficiente la mención de una suma global por tal concepto.

Ahora bien, acreditada la realización de horas extras por cualquiera de los medios probatorios previstos en las normas procesales, es útil destacar que el art. 6º, inc. c) de la ley 11.544 y el art. 21 del dec. regl. 16.115 exigen al empleador inscribir en un registro "todas las horas suplementarias" realizadas por sus empleados. De este modo, la falta de exhibición de dicha documentación, para un sector de la jurisprudencia trae consigo la aplicación de la presunción del art. 55, LCT. En efecto, en este sentido se ha dicho que la ausencia de registro genera la operatividad de la presunción prevista en el art. 55, LCT en favor de la afirmación vertida por el trabajador que demanda acerca de la cantidad de horas extras realmente cumplidas(24); otras Salas de la Cámara del Trabajo, en cambio han señalado que la falta de exhibición por parte del empleador de las planillas horarias no es suficiente para tener por acreditado el cumplimiento de horas extras, ya que la presunción del art. 55 de la LCT no resulta aplicable porque el art. 52 de la citada norma no establece la obligación de consignar el horario de trabajo ni de conservar o exhibir tales planillas(25); se ha dicho que acreditada la realización de horas extras, resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 6º, inc. C) de la ley 11.544 y art. 21 del dec. regl. 16.115/1933, en cuanto establece que las empresas deben llevar un registro permanente de todas las prolongaciones de la jornada de trabajo; su omisión genera una presunción hominis a favor de las afirmaciones del trabajador(26).

20. Jurisprudencia

Horas extras. Falta de exhibición de registros

"Corresponde admitir el reclamo por horas extras incoado por un trabajador, si de las pruebas testimoniales surge el cumplimiento por parte de éste de un horario que excedía la jornada legal y la accionada no exhibió los registros y constancias de los cuales —eventualmente— surgiera el número, frecuencia o cantidad de días u horarios cumplidos por aquél".

CNTrab., sala VII, 16/7/2010, "Premiani, Vicente Nazario c. Embajada del Reino de Arabia Saudita", La Ley online.

Prueba

"La prueba de la realización de horas extras debe ser terminante y asertiva puesto que se trata de prestaciones extraordinarias, considerándose una presunción adversa al accionante el haber efectuado el requerimiento recién al extinguir el contrato de trabajo".

CNTrab., sala VIII, 6/2/2009, "Ovejero, Pedro Sebastián c. Daytec Instalaciones SRL y otro", La Ley online.

Prueba. Recaudos formales

"Cuando se persigue el reconocimiento de trabajo suplementario es requisito fundamental para su progreso un relato circunstanciado de los hechos que hacen al sustento fáctico de la pretensión —días en que efectivamente se desempeñó en horario suplementario y extensión específica de la jornada en cuestión— no siendo suficiente con manifestar cuál era el horario de trabajo y la cantidad de horas extras trabajadas e incluir en forma globalizada el monto total del reclamo deducido".

CNTrab., sala IX, 30/6/2010, "Valladares, María Fernanda c. Montagne Outdoors SA", La Ley online.

Prueba

"Dado que las horas extras son una condición extraordinaria de labor, no basta con saber a qué hora ingresaba la trabajadora y a qué hora se iba para su procedencia, sino que es menester que ésta demuestre el tiempo en que realmente estuvo a disposición de la empleadora para establecer su jornada de labor".

CNTrab., sala II, 17/12/2009, "Ortelli, Mirta Elena c. Uniplus telefonía SA y otro", La Ley online.

Jornada de trabajo. Trabajo insalubre. Horas extra

"Aun mediando declaración de insalubridad dictada por el Poder Ejecutivo (art. 2º de la ley 11.544), las horas extra trabajadas en tareas insalubres no deben ser pagadas con recargo, desde que la prohibición legal no puede resolverse en beneficio económico para el trabajador de manera tal que lo induzca a continuar atentando contra su integridad física".

CNTrab., sala II, 15/4/2011, "Godoy, Carmelo Francisco c. Roura Cevasa Argentina SA s/despido", expte. 10.914/07, sent. def. 99.140.

Jornada de trabajo. Horas extras. No superación de la jornada legal

"Toda vez que el actor cumplía un horario de lunes a viernes de 11 a 20, lo cual da como resultado una jornada diaria de 9 horas y una semanal de 45, no corresponde el pago de horas extras pues no se ha excedido el tope semanal de 48 horas (conf. doctrina del plenario 'D'Aloi' del 25/6/1981) y además el art. 1º, inc. b) del dec. 16.115/1933 (reglamentario de la ley 11.544) ha admitido superar la jornada diaria en una hora sin que se considere la realización de trabajos suplementarios".

CNTrab., sala II, 27/10/2004, "Arrieta, Carlos c. Freire, Flora y otros s/despido", expte. 8503/03, sent. def. 92.977.

Jornada de trabajo. Horas extras. Compensación con horas de descanso. Improcedencia

"La metodología empleada por la empleadora que en vez de liquidar correctamente las horas extras las compensaba con horas libres no se compadece con las normas que rigen la extensión de la jornada, porque siempre que se trabaja en exceso de los límites fijados por la ley 11.544, las horas suplementarias deben ser abonadas con los recargos previstos en el art. 201, LCT. Desde esa perspectiva la pretensión de la demandada de sustituir su obligación de abonarlas, otorgando horas de descanso, carece de todo fundamento legal".

CNTrab., sala II, 12/12/2006, "Silva, Verónica c. Derudder Hnos. SRL s/despido", expte. 14.805/04, sent. def. 94.651.

Jornada de trabajo. Horas extra. Modo de retribuirlas

"Las horas extraordinarias no autorizadas o las que exceden el tope de la autorización legal deben ser abonadas con el recargo pertinente, pues se lo considera trabajo prohibido, cuya responsabilidad es exclusivamente atribuible al empleador (art. 40, LCT) y deben retribuirse con el correspondiente recargo, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 201 y concs. LCT".

CNTrab., sala I, 27/12/2011, "Gutiérrez, Giulio Sergio c. Jumbo Retail Argentina SA s/diferencias de salarios", expte. 40.107/2010, sent. def. 87.323.

Jornada de trabajo. Horas extras. Prueba. Presunción del art. 55, LCT. Procedencia

"Si la prueba testimonial producida resultó idónea y concordante (art. 90, ley 18.345 y 386 del CPCCN) a los efectos de acreditar el extenso horario cumplido por el trabajador, la circunstancia de que ni siquiera figure en la documentación exhibida por la demandada al perito contador el cumplimiento y menos el pago de las horas extras, torna operativa la presunción del art. 55, LCT al caso, por lo que debe aceptarse el reclamo en los términos expresados en la demanda".

CNTrab., sala VII, 27/9/2007, "Gutiérrez, Paulino c. Queruclor SRL s/despido", expte. 61/06, sent. def. 40.462.

Jornada de trabajo. Horas extras. Cálculo. Valor horario

"Para el cálculo del valor horario debe considerarse un divisor único, aplicable para todos los meses en función del horario de trabajo y del límite semanal de la jornada vigente, lo que supone cierta estandarización de parámetros para arribar a la estimación más adecuada. Así, en el caso el límite semanal de la jornada era de 48 horas que, multiplicada por la cantidad promedio de semanas en el mes (4,34) da como resultado 208,32 horas. Y como, en promedio, hay un día feriado por mes, que no computa a los fines de establecer el valor de las horas extras, procede deducir las 8 horas de esa jornada, con lo que, redondeo por medio, se arriba al divisor de 200, correctamente aplicado en autos".

CNTrab., sala IV, 14/6/2012, "Motta, Rubén Horacio c. Coto CIC SA s/despido", expte. 40.836/2010, sent. def. 96.371.

Horas extras. Conductor de taxi. Improcedencia

"No corresponde la procedencia del rubro 'horas extras' ya que en el caso de los conductores de taxi el exceso que pueda existir respecto de la jornada legal generalmente establecida por la ley 11.544 no puede juzgarse como trabajo extraordinario o suplementario ya que la situación de estos trabajadores es similar a la de los corredores remunerados exclusivamente a comisión que el decreto 16.115/1933 exceptúa de la jornada de trabajo".

CNTrab., sala VI, 31/7/2012, "Sánchez, Ramón c. Bay Silvia Elizabeth s/despido", sent. def. 64187.

Trabajo por equipos

Art. 202. — En el trabajo por equipos o turnos rotativos regirá lo dispuesto por la ley 11.544 sea que haya sido adoptado a fin de asegurar la continuidad de la explotación, sea por necesidad o conveniencia económica o por razones técnicas inherentes a aquélla. El descanso semanal de los trabajadores que presten servicio bajo el régimen de trabajo por equipos se otorgará al término de cada ciclo de rotación y dentro del funcionamiento del sistema. La interrupción de la rotación al término de cada ciclo semanal no privará al sistema de su calificación como trabajo por equipos.

• Comentario:

21. Régimen legal

El art. 2º del Convenio nro. 1 de la OIT dispone que, cuando los trabajos se efectúen por equipos, la duración de la jornada podrá sobrepasar las ocho horas por día y cuarenta y ocho por semana, siempre que el promedio de horas de trabajo calculado para un período de tres semanas o un período más corto, no exceda de esos parámetros. De este modo, la ley de jornada en su art. 3º consagra como excepción legal permanente los trabajos que se efectúen por equipos al establecer que la duración de las tareas podrá prolongase más allá de los máximos diarios y semanales legales, con la condición de que el promedio de las horas de trabajo en un período de tres semanas no exceda las ocho horas por día y las cuarenta y ocho semanales. Además, por semana, no puede superarse las cincuenta y seis horas (conforme art. 2º del dec. 16.115/1933) y las horas deben distribuirse —respetando las doce horas entre jornada y jornada— de modo que al cabo de dieciocho días no se supere las ciento cuarenta y cuatro horas. Los trabajos prestados dentro de los límites mencionados, no generan derecho al pago de horas extraordinarias.

Tal como resulta de la norma en comentario, los trabajos en turnos rotativos están asimilados al régimen de trabajo por equipos y se rigen por las normas citadas; de lo dispuesto en el art. 197 y 202 resulta que la rotación de turnos es una condición básica para admitir la excepción.

Ahora bien, ¿de qué hablamos cuando hablamos de trabajo por equipo? El art. 10 del dec. 16.115/1933 considera como tal el realizado por un número cualquiera de empleados cuya tarea: a) comience y termine a una misma hora en trabajos en que, por su naturaleza, no admitan interrupciones, b) esté en tal forma coordinada la labor que el trabajo de unos no pueda realizarse sin la cooperación de los demás.

Cabe señalar, como se destacó al comentar el art. 200, que de acuerdo con lo dispuesto por la norma reglamentaria, en caso de que se preste trabajo por equipos en horario nocturno, el personal podrá realizar jornadas de ocho horas pero, en compensación, cada siete días de trabajo nocturno, tendrá descanso equivalente a una jornada de trabajo(27).

Las características particulares del régimen del trabajo por equipos con turnos rotativos torna justificado que se analice con criterio restringido su aplicación, teniendo en consideración los perjuicios tanto a la salud como a la vida personal, que puede ocasionarle al trabajador una labor de tales características, prolongada en el tiempo(28).

22. Jurisprudencia

Jornada de trabajo. Trabajo por equipos. Requisitos. No configuración.

"Si bien conforme se extrae de lo normado en los arts. 65, 68 y 197 de la LCT el empleador, en virtud de su poder de dirección, está facultado para distribuir y disponer el diagrama de horarios, su ejercicio queda condicionado al plexo de principios y normas que en protección del trabajador, marcan el límite de su actuación. Para el caso de que se quiera establecer el sistema de trabajo por equipos, teniendo en cuenta la interpretación mayoritaria del art. 3º, inc. b) de la ley 11.544 y art. 2º del dec. 15.155/1933, sentada en el fallo plenario Nº 255 en autos 'Bocan era, Osvaldo y otro c. Segba SA' (pub. 1987-B-2062) que estableció que el concepto de 'ciclo' a que aluden tanto la ley de jornada de trabajo como su D Decreto reglamentario es de 'tres semanas'. Desde tal perspectiva si el diagrama de trabajo impuesto por la empleadora era de cuatro días de 12 horas por dos de descanso, no puede encuadrarse dentro del trabajo por equipos en turnos rotativos".

CNTrab., sala II, 16/5/2006, "Panizo, Marcelo c. Kimberley Clark Argentina SA s/despido", expte. 7239/01, sent. def. 94.215.

Jornada de trabajo. Trabajo por equipos. Horas extras

"Toda vez que el trabajo de los actores estaba organizado por equipos, para la determinación de las horas extras corresponde tener en cuenta el art. 2º del dec. 16.115/1933, que específicamente establece que 'cuando el trabajo se efectúe por equipos, la duración podrá ser prolongada más allá de las ocho horas diarias y de cuarenta y ocho horas semanales distribuyendo las horas de labor sobre un período de tres semanas consecutivas o sea un total de ciento cuarenta y cuatro horas, en dieciocho días laborables, en forma que el término medio de las horas de trabajo dentro del ciclo no exceda de ocho horas por día o cuarenta y ocho semanales, sin que en ningún caso el trabajo semanal exceda de cincuenta y seis horas'. Dicha norma prevé un supuesto en el que, en 21 días corridos, existen 18 laborables. De tal modo, la disposición establece que la circunstancia de que en tal período el trabajador haya cumplido 144 horas de labor no implica exceso de la jornada máxima legal (porque el promedio diario sería de 8 horas), siempre que la cantidad de horas trabajadas por semana no excediese de 56. La norma tuvo en consideración ciclos de 6 días de trabajo por uno de descanso. La circunstancia de que la demandada haya establecido un esquema horario diferente no obsta a la aplicación de las limitaciones que la citada disposición reglamentaria establece (56 horas de trabajo por semana como máximo y 144 en 18 días de trabajo). Tales restricciones operan de modo autónomo e independiente, y la vulneración de cualquiera de ellas genera derecho al pago de horas extras".

CNTrab., sala III, 21/7/2006, "Arregui, Jorge y otros c. Coviares SA y otro s/despido", expte. 18.794/04, sent. def. 87.987.

Jornada de trabajo. Trabajo por equipos. Falta de rotación

"Toda vez que en el último tramo de la relación laboral no se cumplió con el requisito de la 'rotación' para encuadrarla en el 'trabajo por equipos', exigencia establecida por el art. 3º, inc. b) de la ley 11.544, corresponde estar a las limitaciones que rigen el trabajo nocturno, que es en el horario en que se desempeñaba la actora como croupier de primera y considerar que ha cumplido 8 horas diarias, a razón de una hora extra por día al haber cumplido trabajo nocturno. No corresponde computar el tiempo que la trabajadora debía estar antes del comienzo de su jornada, para cambiarse o después de la jornada, esperando el vehículo que la empleadora ponía a disposición del personal para su traslado".

CNTrab., sala VII, 11/10/2007, "Gauto, Victoria c. Casino Buenos Aires SA s/despido", expte. 24.724/06, sent. def. 40.644.

Jornada de trabajo. Trabajo por equipos con turnos rotativos

"El art. 197 párr. 3º LCT en cuanto dispone que 'la distribución de las horas de trabajo será facultad privativa del empleador y la diagramación de los horarios, sea por el sistema de turnos fijos o bajo el sistema rotativo del trabajo por equipo...' permite sostener, como característica de dicha modalidad de trabajo, la rotación. Sin embargo ello no es precisamente una nota determinante o dicho de otro modo, que necesariamente debe estar presente (de hecho, ninguna alusión hace el art. 10 del decreto 16.115/1933 a definir lo que debe entenderse por equipo) pero sí es significativo para tal modalidad prevista por excepción al régimen de jornada, que responda a las particularidades en lo que es operativa; esto es, que haya sido adoptada para asegurarse la continuidad de la explotación (confr. art. 202LCT) o si se prefiere, en las condiciones descriptas por el art. 10 del decreto antes citado, que por la índole o naturaleza de las labores, no admitan interrupciones o por estar coordinadas de forma tal que no puedan realizarse sin la cooperación de los demás" (voto del Dr. Brandolino).

CNTrab., sala X, 26/6/2012, "Cerrudo Ernesto c. Hotel Napoleón SA s/despido", sent. def. 19964.

Jornada de trabajo. Trabajo por equipos

"Si la empleadora diagramó el trabajo en base a turnos rotativos el solo hecho de haberse diagramado la actividad en tres turnos a ser cubiertos por distintos grupos de trabajadores que se van reemplazando en sus puestos, no posibilita apartarse del límite previsto por el art. 200LCT para la jornada nocturna; ya que lo que caracteriza al régimen de excepción es el carácter "rotativo" de los equipos de trabajo dentro de un ciclo de tres semanas. A su vez, resulta requisito esencial para que se configure la excepción del art. 200LCT que el trabajador rote entre los distintos turnos y que ello ocurra con una periodicidad razonable que permita la compensación de los horarios cumplidos en un ciclo no superior a tres semanas. Esta interpretación se corresponde con la doctrina sentada en el FP 255 "Bocanera" en cuanto allí se consideró que el ciclo de rotación previsto para los trabajadores de SEGBA —24 semanas—, no se adecuaba a la descripción del art. 3º inc. b) de la ley 11.544 que establece un máximo para dicho ciclo de turnos rotativos de tres semanas. Por ende, el cómputo de tres semanas no sólo está ligado al tope de la duración del trabajo diario semanal, sino que se vincula con los descansos y también con las eventuales labores nocturnas así como respecto de la distribución de los períodos libres del trabajo. El tope del ciclo debe interpretarse como máximo. De este modo, al no regir la exclusión del régimen de trabajo nocturno cuando no se han dispuesto rotaciones, para determinar la existencia o no de horas extras debió estarse a la jornada cumplida en cada uno de los horarios y a los límites previstos por el CCT que rige en la actividad —60/89— para los distintos supuestos".

CNTrab., sala VI, 17/4/2013, "Cano Pereira Andrés c. Establecimiento Gráfico Impresores SA s/ despido", sent. def. 65067.

Obligación de prestar servicios en horas suplementarias

Art. 203. — El trabajador no estará obligado a prestar servicios en horas suplementarias salvo casos de peligro o accidente ocurrido o inminente de fuerza mayor, o por exigencias excepcionales de la economía nacional o de la empresa juzgado su comportamiento en base al criterio de colaboración en el logro de los fines de la misma.

• Comentario:

23. Regulación normativa

El principio general que rige en materia de horas extras es que el trabajador no puede ser obligado a realizarlas; de igual modo tampoco tiene derecho a exigir su prestación.

Sin embargo, la norma admite exigir tal colaboración a su trabajador —en concordancia con lo dispuesto en el art. 62, LCT— en caso de accidente o peligro de accidente. en este sentido el art. 3º del Convenio I OIY dispone: "El límite de horas de trabajo... podrá ser sobrepasado en caso de accidente o grave peligro de accidente, cuando deban efectuarse trabajos urgentes en las máquinas o instalaciones, o en caso de fuerza mayor, pero solamente lo indispensable para evitar una grave perturbación en el funcionamiento normal de la empresa". Un texto similar contiene el art. 3º de la ley 11.544, haciendo hincapié en que tan sólo puede exigirse en la medida necesaria para evitar que un inconveniente serio ocurra en la marcha regular del establecimiento, y únicamente cuando el trabajo no pueda ser efectuado durante la jornada normal, debiendo comunicarse a la autoridad administrativa. Asimismo, el art. 4º, inc. b) de la ley 11.544 admite que se admita como excepción temporal para permitir que las empresas hagan frente a aumentos extraordinarios de trabajo (en igual sentido, ver art. 6º, Conv. I, OIT).

24. Jurisprudencia

No hay derecho adquirido

"Nadie tiene un derecho adquirido al otorgamiento de horas extras porque, como contrapartida del carácter facultativo de su realización por parte del dependiente (art. 203, LCT) no resulta obligatorio para el empleador asignarlas o mantenerlas en forma invariable, si así no lo requiere".

CNTrab., sala II, 18/7/2008, "Mendoza, Carlos Dante c. Consorcio de Propietarios del Edificio Teodoro García 2484", sent. def. 95.916.

Supresión de horas extras. Efectos

"La supresión de horas extras no concierne al contenido esencial del contrato que se proyecta en lo previsto en el art. 66 de la LCT, dado que la dación de trabajo en tiempo suplementario depende de las necesidades y requerimientos de la empresa y no existe un derecho adquirido del trabajador a realizar horas extraordinarias ni la obligación de llevarlas a cabo (art. 23, LCT)".

CNTrab., sala IX, 28/2/2008, "Rivarola, Héctor c. PAMI", sent. def. 14.842; en igual sentido sala IV, 27/3/2009, "Retamozo, Cristóbal c. Consorcio de Propietarios del Edificio Santos Dumont 2368", sent. def. 93.985.

CAPÍTULO II Descanso semanal

Prohibición de trabajar

Art. 204. — Queda prohibida la ocupación del trabajador desde las trece horas del día sábado a las veinticuatro horas del día siguiente salvo en los casos de excepción previstos en el artículo precedente y los que las leyes o reglamentaciones prevean, en cuyo caso el trabajador gozará de un descanso compensatorio de la misma duración, en la forma y oportunidades que fijen esas disposiciones atendiendo a la estacionalidad de la producción u otras características especiales.

Salarios

Art. 205. — La prohibición de trabajo establecida en el art. 204 no llevará aparejada la disminución o supresión de la remuneración que tuviere asignada el trabajador en los días y horas a que se refiere la misma ni importará disminución del total semanal de horas de trabajo.

Excepciones. Exclusión

Art. 206. — En ningún caso se podrán aplicar las excepciones que se dicten a los trabajadores menores de dieciséis años.

Salarios por días de descanso no gozados

Art. 207. — Cuando el trabajador prestase servicios en los días y horas mencionados en el art. 204, medie o no autorización, sea por disposición del empleador o por cualquiera de las circunstancias previstas en el art. 203, o por estar comprendido en las excepciones que con carácter permanente o transitorio se dicten, y se omitieren el otorgamiento de descanso compensatorio en tiempo y forma, el trabajador podrá hacer uso de ese derecho a partir del primer día hábil de la semana subsiguiente, previa comunicación formal de ello efectuada con una anticipación no menos de veinticuatro horas. El empleador, en tal caso, estará obligado a abonar el salario habitual con el ciento por ciento de recargo.

• Comentario:

25. Alcance de las disposiciones legales y reglamentarias

El descanso semanal se encuentra regulado por la ley 18.204, reglamentada por el dec. 16.117/1933 y por los arts. 204 a 207, LCT. En materia de convenios de la OIT cabe mencionar el Conv. nro. 14 —para trabajadores de la industria— y Conv. nro. 106 para trabajadores de comercio, ambos ratificados por nuestro país, que prevén en verdad un descanso de por lo menos 24 hs. Cabe recordar que la primera ley que se dictó en nuestro país destinada a regular el contrato de trabajo ha sido la ley 4661 de 1905, destinada a imponer el descanso dominical.

El principio general contemplado tanto en la Ley de Contrato de Trabajo como en la ley 18.204 es que el descanso semanal de treinta y cinco horas se llevará a cabo a partir del sábado a las 13 hs. hasta la hora 24 del día domingo. Sin embargo, este régimen general, pensado para aquellos trabajadores que prestan tareas a lo largo de cinco días o cinco días y medio a la semana, tiene excepciones expresamente contempladas en la Ley de Contrato de Trabajo y en el decreto reglamentario de 1933. Entre las excepciones previstas en la ley, distinguimos los supuestos contemplados en el art. 203, LCT ya mencionado y el supuesto de "trabajo por equipo o turno rotativo" previsto en el art. 202, LCT, que prevé que se otorgue el descanso al término de cada ciclo de rotación y dentro del funcionalismo del sistema.

Asimismo, hay excepciones contempladas en el decreto reglamentario, el que, aunque con una deficiente técnica legislativa, distingue: a) excepciones de carácter general y permanente, y b) excepciones de carácter general temporarias. Dentro de las primeras diferencias, las actividades que requieren autorización administrativa de las que no la requieren, efectuando una minuciosa descripción de cada una de las actividades a que hace referencia. Finalmente, los arts. 16 y 17 del decreto prevé las excepciones especiales, que serán aquellas que el Poder Ejecutivo considere como tales, siempre y cuando se den las siguientes condiciones: grave perjuicio causado al interés público o esté gravemente comprometido o por motivos de carácter técnico cuya inobservancia ocasione perjuicio a la industria y a la economía nacional. Estas excepciones no son aplicables para el caso de trabajadores menores de 16 años (art. 4º, ley 18.204 y art. 206, LCT).

Los trabajadores comprendidos en dichas excepciones tendrán su descanso semanal en días distintos a los previstos en el art. 204, por un lapso de treinta y cinco horas corridas.

En el supuesto en que el trabajador preste tareas en períodos destinados al descanso semanal, ello genera la obligación del empleador de otorgar un franco compensatorio, pero no necesariamente el pago de horas extras. En efecto, si alguien laboró toda la semana y también lo hizo el día domingo, tendrá derecho a gozar de un descanso compensatorio en forma inmediata, pero sólo cobrará horas extras si en esa semana superó los límites fijados para la jornada laboral, en cuyo caso deberán abonarse dichas horas con un 100% de recargo. Ello así pues la jornada de trabajo y el descanso semanal son institutos diferentes —más allá que uno es la contracara del otro—, de modo que podría haberse violado el descanso semanal sin que ello implique el incumplimiento al límite máximo de la jornada laboral.

Al respecto cabe mencionar el fallo plenario dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en autos "Casabone de Becerra c. Consorcio de Propietarios Alberdi 1626", en el que se estableció que el descanso no gozado por el personal comprendido en el régimen de la ley 12.981 no es compensable en dinero; este principio es el adoptado por el art. 207, LCT. En efecto, la norma prevé que la consecuencia de la violación al régimen de descanso en una semana genera el derecho del trabajador a gozar de un franco compensatorio por un lapso similar al descanso afectado. El art. 204 dice que éste debe ser otorgado "en la forma y oportunidad que fijen esas disposiciones..."; sin embargo, teniendo en consideración la naturaleza del instituto, debe ser otorgado en forma inmediata. Tanto es así que el art. 207 prevé que, de no haber sido otorgado en la semana siguiente a haber laborado un día destinado al descanso, el trabajador —en la semana subsiguiente— ha de tener derecho a tomárselo por sí, previa comunicación formal al empleador con una anticipación no menor a 24 hs.

Ahora bien, la norma prevé una sanción para el empleador que no otorgó per se el descanso y obligó al trabajador a tener que notificar que se iba a tomar el día compensatorio: el pago de ese día, con un incremento del 100% del salario. En definitiva, los descansos no se pagan, sino que generan el derecho a un franco compensatorio; pero si éste no es otorgado y el dependiente debe informar que ha de tomárselo, en ese caso el legislador sanciona al empleador remiso imponiéndole el pago del recargo antes mencionado.

26. Jurisprudencia

Trabajo los fines de semana. Pago

"La circunstancia que la actora haya prestado servicios en días sábados después de las 13 hs. y en días domingos no determina por sí sola la procedencia de un recargo del 100% pues la finalidad del art. 207 de la Ley de Contrato de Trabajo no es que los trabajadores aumenten sus ingresos a costa de su salud sino que, por razones de higiene, gocen del descanso semanal que les corresponde".

CNTrab., sala II, 6/3/2008, "Quiroga, Natalia c. Lorenzo, Jorge Hugo", La Ley online.

Francos no gozados

"Tratándose de francos no gozados por el dependiente es inadmisible indemnizar con dinero el descanso semanal no disfrutado, dado que la ley no contiene disposición alguna que así lo autorice y, por el contrario, el art. 207 de la Ley de Contrato de Trabajo regula el derecho del dependiente a gozarlo en forma efectiva y a disponer, por sí, el descanso".

CNTrab., sala IV, 30/9/2009, "Sosa, Natalia c. Iberagen SA", La Ley online.

Jornada de trabajo. Descanso. Francos. Compensación en dinero por francos laborados. Improcedencia

"La circunstancia de que el trabajador haga uso de la opción prevista en los artículos 157 y 207, LCT, no implica que no corresponda pagar los períodos de descanso efectivamente trabajados, sino la pérdida del derecho a gozar de aquéllos en un futuro —al parecer la posibilidad de que se cumpla con el objetivo sanitario previsto por la ley—, que no puede ser suplido con otra prestación de distinta naturaleza, razón por la que resulta irrelevante que el contrato laboral continúe —o no— vigente luego de transcurridos los plazos de descanso no observados, lo cual evidencia que no se trata de una mera cuestión formal".

CNTrab., sala II, 21/5/2007, "Reichert, Dinal Enrique c. Cablevisión SA y otro s/despido", expte. 27.479/05, sent. def. 96.685.

Jornada de trabajo. Descanso no gozado. Francos compensatorios. Art. 207, LCT

"Toda vez que los actores trabajaban todos los días de la semana, sin gozar de francos compensatorios, las tareas que realizaban deben ser compensadas por haberse llevado a cabo en tiempo libre. Muchas veces el temor al desempleo y el desconocimiento de sus posibilidades de autotutela ante la falta de compensación del franco trabajado llevan al dependiente a no ejercer su derecho. Por ello, cuando, como en el caso, el trabajador no ha ejercido la facultad acordada por el art. 207 de la LCT el trabajo realizado los días que debió dedicar al descanso compensatorio se manifiesta suplementario, generando el recargo correspondiente (art. 201, LCT). (Del voto del Dr. Fernández Madrid. El Dr. Fera adhiere para este caso concreto, en el que expresó que 'queda a resguardo la necesaria distinción que corresponde efectuar entre lo atinente al derecho de gozar los francos (o, en su defecto, a percibir una indemnización por ello, lo cual no corresponde), y el derecho de obtener —tras haberlos trabajado como tiempo suplementario— la debida retribución, lo que corresponde en el sub lite)".

CNTrab., sala VI, 20/7/2007, "Hernández, Francisco y otro c. Jorge Juan y Arturo Alfredo Pagano Soc. de hecho y otros s/despido", expte. 26.335/04, sent. def. 59.715.

Jornada de trabajo. Descanso no gozado. Operatividad del art. 207, LCT

"En el régimen del art. 207, LCT la regla es que los francos semanales no son compensables en dinero. Cuando no se otorgan los francos compensatorios, el trabajador debe intimar al empleador que se los conceda y, en caso de negativa o reticencia, tomarlos por sí mismo, caso en el cual tendrá derecho a percibir la retribución de ese o esos días, con recargo del 100%. No existen otros supuestos de compensación dineraria de los descansos compensatorios".

CNTrab., sala IX, 9/3/1999, "Rosental, Alberto c. Residencias Cooperativas de Turismo Ltda. s/despido", expte. 6534/97, sent. def. 5301. CNTrab., sala X, 25/6/1999, "Cots, Carlos c. Casino Center A s/despido", expte. 11.736/98, sent. def. 6513 y sala VIII, 26/9/2007, "Alici, Cynthia c. Pérez, José y otro s/despido", expte. 14.717/06, sent. def. 34.442.

Jornada de trabajo. Prestación de servicios durante el fin de semana. Descanso. Compensatorio

"El trabajador que presta servicios durante el fin de semana tiene derecho a gozar de un franco compensatorio equivalente al tiempo de su prestación, dentro de los 7 días posteriores al franco trabajado. El incumplimiento del empleador de otorgar el descanso compensatorio torna operativo lo dispuesto en el art. 207, LCT. Como excepción a la prohibición de ocupación de los días sábados después de las 13 y domingos, quedan habilitados los trabajadores que se dedican a actividades que por razones de interés general se llevan a cabo durante el fin de semana, por ejemplo, espectáculos públicos, bares y restaurantes, centros de compras, museos, oficinas turísticas, y establecimientos de salud, pero ello no implica la supresión del descanso semanal sino que sólo facultan para reemplazar los días indicados de descanso por otros durante la semana, y que siendo ello así, las horas trabajadas sin descanso compensatorio los domingos o los sábados por la tarde, son suplementarias o extraordinarias y deben retribuirse con un 100% de recargo".

CNTrab., sala VI, 27/11/2012, "Romero, Leonardo Damián c. Freddo SA s/despido", expte. 22.723/08, sent. def. 64.627.

Sección XII - LCT (ley 20.744), arts. 208 al 224. Por Pablo Marco

• Normas aplicables: Ley de Contrato de Trabajo, 20.744: arts. 208 al 224.

TÍTULO X De la suspensión de ciertos efectos del contrato de trabajo

CAPÍTULO I De los accidentes y enfermedades inculpables

Plazo. Remuneración

Art. 208. — Cada accidente o enfermedad inculpable que impida la prestación del servicio no afectará el derecho del trabajador a percibir su remuneración durante un período de tres (3) meses, si su antigüedad en el servicio fuere menor de cinco (5) años, y de seis (6) meses si fuera mayor. En los casos que el trabajador tuviere carga de familia y por las mismas circunstancias se encontrara impedido de concurrir al trabajo, los períodos durante los cuales tendrá derecho a percibir su remuneración se extenderán a seis (6) y doce (12) meses respectivamente, según si su antigüedad fuese inferior o superior a cinco (5) años. La recidiva de enfermedades crónicas no será considerada enfermedad, salvo que se manifestara transcurridos los dos (2) años. La remuneración que en estos casos corresponda abonar al trabajador se liquidará conforme a la que perciba en el momento de la interrupción de los servicios, con más los aumentos que durante el período de interrupción fueren acordados a los de su misma categoría por aplicación de una norma legal, convención colectiva de trabajo o decisión del empleador. Si el salario estuviere integrado por remuneraciones variables, se liquidará en cuanto a esta parte según el promedio de lo percibido en el último semestre de prestación de servicios, no pudiendo, en ningún caso, la remuneración del trabajador enfermo o accidentado ser inferior a la que hubiese percibido de no haberse operado el impedimento. Las prestaciones en especie que el trabajador dejare de percibir como consecuencia del accidente o enfermedad serán valorizadas adecuadamente.

La suspensión por causas económicas o disciplinarias dispuestas por el empleador no afectará el derecho del trabajador a percibir la remuneración por los plazos previstos, sea que aquélla se dispusiera estando el trabajador enfermo o accidentado, o que estas circunstancias fuesen sobrevinientes.

Aviso al empleador

Art. 209. — El trabajador, salvo casos de fuerza mayor, deberá dar aviso de la enfermedad o accidente y del lugar en que se encuentra, en el transcurso de la primera jornada de trabajo respecto de la cual estuviere imposibilitado de concurrir por alguna de esas causas. Mientras no lo haga, perderá el derecho a percibir la remuneración correspondiente salvo que la existencia de la enfermedad o accidente, teniendo en consideración su carácter y gravedad, resulte luego inequívocamente acreditada.

Control

Art. 210. — El trabajador está obligado a someterse al control que se efectúe por el facultativo designado por el empleador.

Conservación del empleo

Art. 211. — Vencidos los plazos de interrupción del trabajo por causa de accidente o enfermedad inculpable, si el trabajador no estuviera en condiciones de volver a su empleo, el empleador deberá conservárselo durante el plazo de un (1) año contado desde el vencimiento de aquéllos. Vencido dicho plazo, la relación de empleo subsistirá hasta tanto alguna de las partes decida y notifique a la otra su voluntad de rescindirla. La extinción del contrato de trabajo en tal forma, exime a las partes de responsabilidad indemnizatoria.

Reincorporación

Art. 212. — Vigente el plazo de conservación del empleo, si del accidente o enfermedad resultase una disminución definitiva en la capacidad laboral del trabajador y éste no estuviere en condiciones de realizar las tareas que anteriormente cumplía, el empleador deberá asignarle otras que pueda ejecutar sin disminución de su remuneración.

Si el empleador no pudiera dar cumplimiento a esta obligación por causa que no le fuere imputable, deberá abonar al trabajador una indemnización igual a la prevista en el art. 247 de esta ley.

Si estando en condiciones de hacerlo no le asignare tareas compatibles con la aptitud física o psíquica del trabajador, estará obligado a abonarle una indemnización igual a la establecida en el art. 245 de esta ley.

Cuando de la enfermedad o accidente se derivara incapacidad absoluta para el trabajador, el empleador deberá abonarle una indemnización de monto igual a la expresada en el art. 245 de esta ley.

Este beneficio no es incompatible y se acumula con los que los estatutos especiales o convenios colectivos puedan disponer para tal supuesto.

Despido del trabajador

Art. 213. — Si el empleador despidiese al trabajador durante el plazo de las interrupciones pagas por accidente o enfermedad inculpable, deberá abonar, además de las indemnizaciones por despido injustificado, los salarios correspondientes a todo el tiempo que faltare para el vencimiento de aquélla o a la fecha del alta, según demostración que hiciese el trabajador.

• Comentario:

1. Introducción

El presente capítulo regula el caso en que un trabajador no está en condiciones de poner a disposición de su patrón su fuerza de trabajo en razón de hallarse padeciendo una enfermedad o accidente que no tiene relación con las tareas que aquél cumple en la empresa.

Ello en modo alguno importa la extinción del contrato de trabajo, sino que únicamente se suspenden momentáneamente algunos de sus efectos, justamente para posibilitar la continuidad del vínculo (cfr. art. 10, LCT). En el punto se ha señalado que la posibilidad de que el contrato soporte durante su curso alteraciones temporales sin extinguirse, esto es, extensos períodos de interrupción de su ejecución (suspensiones), al cabo de los cuales recobre virtualidad plena, constituye, precisamente, una de esas expresiones(1).

De este modo, el dependiente queda momentáneamente eximido de su deber de prestación de trabajo, a la par que se interrumpe el deber del empleador de brindar ocupación (cfr. art. 78 de dicha ley). En cambio, se mantienen inalterados los restantes derechos y obligaciones de las partes durante el lapso que dure la mentada interrupción a causa del padecimiento del trabajador; entre ellos, el deber del empleador de abonar la remuneración en tiempo y forma (art. 74, LCT).

2. ¿Qué se entiende por "Enfermedades y accidentes inculpables"?

Para que tenga lugar la protección que prevén los arts. 208 a 213, LCT, es requisito indispensable que la enfermedad o accidente sea incapacitante, que sea inculpable, y que se manifieste durante el transcurso de la relación laboral(2).

Según la Organización Mundial de la Salud, la enfermedad es "una deficiencia o alteración de la estructura o función que produce una limitación o discapacidad en el individuo y una restricción o minusvalía en el desempeño social"; a su vez, este organismo define como accidente a "cualquier suceso que, provocado por una acción violenta y repentina ocasionada por un agente externo involuntario, da lugar a una lesión corporal".

Cabe señalar que el carácter inculpable de las referidas afecciones viene dado por el origen de ellas, esto es, en la medida que no sean atribuibles voluntariamente al dependiente, ni producidas por causa o en ocasión del trabajo —ya que, en este último supuesto, su regulación viene específicamente dada por la LRT—. En este sentido, señala Maza que "...la inculpabilidad de este capítulo se refiere al trabajador, es decir, que no depende de su determinación para que la enfermedad o accidente inculpable se produzca ya que, de existir culpabilidad, el empleador no sería responsable por el cumplimiento de las obligaciones de este título..."(3).

Muchas enfermedades se consideran prima facie, inculpables con la sola mención de su diagnóstico. Así, entran en esta categoría la mayoría de las afecciones del aparato digestivo, del sistema cardiovascular, del psiquismo (se incluye aquí el intento de suicidio por parte de un trabajador y el tiempo de internación para su descanso mental, que tienen por causa y antecedente un estado de desequilibrio psíquico), y el grupo de las enfermedades infecciosas, tanto virales como bacterianas —a excepción, claro está, de los casos en que se verifique la inoculación de algún germen en el lugar de trabajo—. Otros ejemplos estarían dados por lesiones sufridas por el trabajador en el seno de su hogar o durante la práctica de deportes en momentos de ocio, además de insuficiencias de origen tabáquico o problemas de alcoholismo, etcétera.

3. Plazos. Recidivas

La LCT establece que "cada accidente o enfermedad inculpable" origina un período de licencia paga que, conforme el art. 208, puede ser de tres o seis meses, según el trabajador tenga una antigüedad en el empleo menor o mayor a cinco años, respectivamente. El cómputo de la antigüedad debe efectuarse en el momento del comienzo de la licencia, pero "...si durante la enfermedad el trabajador adquiere una antigüedad superior a cinco años, la solución debe ser favorable al reconocimiento de un mayor período de pago, pues la antigüedad sigue su curso y todos los beneficios que de ella deriven también se incorporan al patrimonio del trabajador..."(4).

A su vez, estos plazos se duplican en caso de que el dependiente tuviese cargas de familia. Este concepto —que se extrae de la ley 23.660 de Obras Sociales— comprende también "...a quienes, de algún modo, dependan para su subsistencia de los ingresos de aquellas personas que trabajan y con las que comparte su remuneración..."(5). En el punto se ha sostenido que la familia concreta del prestador de trabajo está constituida por las personas que están pendientes de la llegada de la fecha de pago del salario de aquél, para afrontar con el conjunto de los ingresos del grupo familiar la satisfacción de las necesidades propias y comunes(6).

Como se señaló, los plazos retribuidos del art. 208, LCT —así como el de conservación del empleo previsto en el art. 211 de dicha ley— están referidos a cada enfermedad o accidente, referencia ésta que hace que una nueva afección dé lugar al goce pleno de los derechos reconocidos por la ley. En ese sentido, la ley es clara en cuanto a que las enfermedades o accidentes que padezca el trabajador se juzgan independientemente, es decir que carece de relevancia la frecuencia con que se presenten, basta que se trate de dolencias distintas —aunque sean de la misma naturaleza—, y en ese aspecto no establece ningún límite.

En cambio, el art. 208, LCT es claro al expresar que la recidiva (repetición) de una enfermedad crónica no se considera enfermedad, salvo que se manifieste una vez transcurridos los dos años. En otras palabras, cuando una misma enfermedad produce manifestaciones incapacitantes en distintos momentos, dentro de los dos años de su primera exteriorización, ha de considerarse que se trata de una sola dolencia. Sin embargo, finalizado dicho lapso, deberá ser tratada como una nueva afección.

4. La remuneración

Durante el plazo que dure la incapacidad derivada del accidente o la enfermedad inculpable, la remuneración del trabajador no puede ser inferior a la que hubiese percibido de no haberse producido el impedimento. Así, tendrá derecho a percibir no sólo la remuneración habitual en cuanto a rubros fijos se refiere, sino también las retribuciones variables, a cuyo fin se tomará un promedio de las que hubiere tenido asignadas en los últimos seis meses anteriores al goce de la licencia —criterio también utilizado por el legislador en el art. 155, inc. c) de la LCT—.

Los pagos efectuados durante ese período estarán sujetos a las disposiciones laborales —en cuanto al tiempo, modo y lugar de pago—, previsionales e impositivas vigentes, debiendo computarse todas las remuneraciones principales, accesorias, fijas y variables, considerándose al efecto los viáticos, premios o primas de producción, horas extras, adicionales especiales, por asistencia, presentismo, etc. Deben computarse los premios por presentismo o asistencia perfecta porque resultaría poco equitativo que aquel trabajador que venía percibiéndolo vea disminuido su ingreso por un hecho ajeno a su voluntad, salvo que se acreditara que no cumplía con los recaudos para obtenerlos(7).

Incluso en el supuesto de que el trabajador sea suspendido por causas económicas o disciplinarias durante la licencia prevista en el art. 208, LCT, no podrá ver afectado su derecho al cobro del salario por el lapso de su duración.

5. Aviso al empleador. El control médico

Tal como se dijera anteriormente, ciertos derechos y deberes previstos por la LCT continúan vigentes durante los plazos de interrupción allí previstos. En ese sentido, las partes siguen rigiéndose por los principios de buena fe, colaboración y solidaridad, previstos en los arts. 62, 63 y concs. de dicha ley.

Corolario de dichas pautas es que el art. 209, LCT, impone al trabajador la carga de dar aviso, en el transcurso de la primera jornada —salvo casos de fuerza mayor—, de la enfermedad o accidente que lo aqueja y del lugar en que se encuentra, a fin de que el principal pueda reemplazarlo y que además pueda cumplir con el control al que alude el art. 210 de la mentada ley(8).

El aviso puede darse de cualquier forma que sea susceptible de informar al empleador de la situación; empero, siempre debe tenerse en cuenta que cada parte carga con el riesgo propio del medio de comunicación elegido.

La norma ni siquiera exige la acreditación de la afección; ésta únicamente resultaría exigible si el trabajador —o quien lo haga por él— no diera el pertinente aviso. En este sentido, el instrumento más idóneo para demostrar la dolencia es el correspondiente certificado médico, en el que debe constar el diagnóstico y el tiempo de reposo otorgado.

Mientras el trabajador no comunique la imposibilidad antes aludida, perderá el derecho a percibir la remuneración correspondiente, salvo que la existencia de la enfermedad o accidente, teniendo en consideración su carácter y gravedad, resulte luego inequívocamente acreditada(9).

Pues bien, cumplida la carga de dar aviso al empleador, éste queda facultado a hacer uso de su derecho de control médico, previsto en el art. 210 de la LCT. Dicho control es al sólo efecto de establecer si las ausencias están justificadas, pero no constituye un requisito para producir el reingreso del empleado a su puesto de trabajo(10).

Cabe señalar que el principal puede o no hacer uso del derecho que así le acuerda la norma para constatar el estado de salud de su dependiente. En caso de que lo haga, el trabajador está obligado a someterse al control que se efectúe por el facultativo designado por el empleador, como condición para cobrar su salario durante el lapso de licencia.

En efecto, si bien el art. 210 de la LCT obliga al trabajador a someterse al control médico dispuesto por el empleador, la consecuencia que podría acarrear ese incumplimiento sería la pérdida del derecho a percibir sus salarios por el tiempo que no esté justificado; incluso podría, en determinados casos, justificar la extinción del vínculo ante la configuración de una grave injuria en los términos del art. 242 del la referida ley(11).

Ahora bien, en caso de discrepancia entre los certificados médicos presentados por el dependiente y lo dictaminado por el servicio médico de la empleadora, es mi opinión que cabría estar a la opinión del médico de cabecera del trabajador, en tanto es el profesional a cargo de su tratamiento y, por ello, quien está en mejores condiciones de conocer su estado de salud(12).

Sin perjuicio de ello, jurisprudencialmente se ha dicho que "...frente a la comunicación de enfermedad que había hecho la accionante, y en caso de que existiera discrepancia sobre su capacidad para reintegrarse a su puesto de labor, la empleadora debió acudir a una junta médica oficial o a la búsqueda de una decisión administrativa o judicial que dirima el conflicto, a fin de agotar las medidas tendientes a mantener la continuidad del vínculo (arts. 10, 62 y 63, LCT), antes de decidirse a favor del criterio del médico patronal..."(13).

Cabe agregar que el estar en desacuerdo con la prescripción del médico del trabajador en modo alguno puede traer aparejada una consecuencia tan severa como es un despido con causa. En efecto, el empleador no puede considerar la conducta de su empleado que se aferra a su diagnóstico inicial como una falta grave que justifique la extinción del contrato. A todo evento, es necesario agotar todas las vías para evitar la ruptura del vínculo. Admitir lo contrario importaría a validar una medida todas a luces excesiva e injustificada, que en rigor de verdad no hace más que dejar en evidencia la actitud rupturista de quien así actúa, en abierta contradicción con los principios de buena fe y continuidad de la relación laboral, previstos en los arts. 62, 63 y 10 de la LCT.

6. Conservación del empleo

El contrato de trabajo, durante el lapso previsto por el art. 211, LCT, se encuentra vigente pero con los deberes de prestar servicios por parte del dependiente y de dar ocupación y pagar salarios por parte del empleador suspendidos.

La causa de la suspensión de dichos efectos es la —poco frecuente— situación de que el dependiente siga sufriendo, luego de agotados los tiempos de licencia paga, previstos en el art. 208, LCT, un estado de incapacidad psicofísica absoluta —impediente de la prestación de servicios—, de carácter transitorio, es decir no definitivo.

Así las cosas, al vencimiento de los plazos previstos en el mentado art. 208 de la ley 20.744, se requiere la acreditación y notificación al principal de la obtención del alta médica por parte del trabajador, a fin de que aquél pueda reincorporarlo en el mismo puesto y tareas o en otras que pueda realizar en caso de incapacidad parcial.

De no producirse el alta médica, el sistema adoptado por la LCT en los arts. 208 y 211 prevé que el empleador deba reservar el puesto hasta el transcurso de un tiempo máximo de un año corrido —sin importar la antigüedad del trabajador en el empleo— contado desde el agotamiento del plazo de licencia paga, prevista en el primero de los artículos citados, quedando luego autorizadas las partes —en rigor de verdad, el empleador— para extinguir el contrato, sin que se derive de ello responsabilidad indemnizatoria(14).

El período de reserva del puesto debe computarse para determinar la antigüedad en el empleo, pues deben incluirse también como tiempo de servicio los lapsos en los cuales el trabajador esté eximido del deber de prestar tareas por causas que no le son imputables(15), con independencia de que durante tales períodos perciba o no remuneración.

Resta señalar que el vencimiento del plazo de conservación del empleo no trae aparejada la ruptura automática del contrato de trabajo, sino que la relación de empleo subsiste hasta tanto alguna de las partes decida y notifique su voluntad de rescindirla(16).

7. Reincorporación del trabajador. Los supuestos previstos por el art. 212, LCT

El art. 212 de la LCT contempla, a lo largo de su texto, cuatro hipótesis distintas que pueden plantearse a raíz del accidente o enfermedad inculpable que sufra un trabajador. Así, los efectos variarán según que la incapacidad resultante de dichos padecimientos, y que se tornó definitiva, sea parcial o por el contrario mantenga carácter total.

En el primer caso, el trabajador tiene el deber de reincorporarse y el empleador el de darle empleo en tareas que pueda efectuar con su nuevo estado de incapacidad parcial, sin mengua de su remuneración (conf. art. 212, párr. 1º, de la LCT). Es que aquí no interesa para qué tipo de tareas haya sido contratado el trabajador, sino cuáles hayan de ser aquéllas que pueda realizar después de una enfermedad o accidente a efectos de hacer primar la continuidad del vínculo (cfr. art. 10, LCT) sobre su disolución.

Al respecto, se ha dicho que "...a los efectos de la reincorporación de la trabajadora al desempeño de tareas dentro de la empresa (ya sean las habituales o las acordes a su capacidad física disminuida) no es necesario el 'alta médica definitiva' sino simplemente el certificado médico que acredite que la dependiente, si bien padece una disminución de su capacidad laborativa definitiva (es decir, no reversible), está en condiciones de realizar tareas de acuerdo a la misma, aunque no sean las habituales..."(17).

El segundo supuesto contempla el caso en que, frente a la consolidación de una capacidad disminuida, el empleador afirma que no puede reintegrar al trabajador. Así, la imposibilidad obra en la esfera del empleador, en tanto se parte de la base de que se acepta que el trabajador está en condiciones de reingresar, pero aquél no posee en su estructura organizacional un puesto de trabajo compatible con la incapacidad que presenta el dependiente (conf. art. 212, párr. 2º, de la LCT).

Esta disposición no persigue la creación de nuevas plazas ni la modificación de las existentes, en cuanto a su modo de desenvolvimiento, sino que determina como obligación a cargo del empleador la de reinsertar al dependiente afectado por una minusvalía laboral en un puesto diferente y dentro de las posibilidades que brinda la empresa en marcha(18).

En tal sentido se ha dicho que "...a falta de disposición expresa en el texto de la ley, los jueces han sido los encargados de marcar esos límites estableciendo como pautas rectoras que, sin perjuicio de las facultades de organización del trabajo en cabeza del empresario (cfr. art. 65, LCT), éste debe adoptar un criterio de cierta elasticidad en tanto la estructura de la empresa se lo permita, a fin de poder disponer de puestos de trabajo acordes a las capacidades de los empleados, incluyendo a los afectados por una limitación física o psíquica producto de un accidente o enfermedad inculpables..."(19).

En la hipótesis del art. 212 párr. 2º de la LCT, si la empleadora no tiene tareas acordes con la minusvalía laborativa del trabajador, corresponderá disolver el vínculo abonando la indemnización prevista en el art. 247 de dicha ley. En ese sentido, le incumbe al empleador la carga de probar la falta de puestos con tareas adecuadas para el trabajador parcialmente incapacitado(20). La mera falta de justificación económica dentro de la empresa no es por sí sola motivo suficiente para negar el cambio de tareas. Dicha causa no imputable ha de consistir en la inexistencia de tareas razonablemente útiles que el trabajador pueda desempeñar en la empresa sin perjuicio para su salud. Y si la empleadora no tiene vacantes en su plantel normal para ocupar al trabajador afectado por una incapacidad, no se le puede exigir que acredite la realización de diligencias anormales para ampliar sus puestos de trabajo.

En cambio, el párr. 3º del artículo de marras prevé el supuesto de que el empleador, aun teniendo en el seno de la empresa tareas para asignarle al trabajador acorde al grado de incapacidad que presenta, no lo hiciera.

Así las cosas, cuando el empleador, pese a tener la posibilidad fáctica de reasignar tareas, prefiere no hacerlo por razones de conveniencia, deberá abonar una indemnización igual a la establecida en el art. 245, LCT.

Sobre este tópico se ha sostenido que "...al no probar la empleadora la imposibilidad de otorgarle al trabajador tareas acordes a su capacidad disminuida, se la condenó al pago de una indemnización igual a la prevista en el art. 245, LCT (cfr. art. 212, LCT, párr. 3º). No se trató pues de un hecho ajeno a la voluntad de la accionada (como los previstos en los arts. 212, párr. 4º, y 248, LCT), ya que fue ésta quien dispuso disolver el vínculo invocando la imposibilidad fáctica de suministrar tareas que no probó. En tal contexto la situación aparece enmarcada en un supuesto especial de despido arbitrario...", a la par que "...la situación que contempla el párr. 3º del art. 212 de la LCT prevé una reparación tarifada del daño —por remisión al art. 245 de la LCT—, ante el incumplimiento del empleador que, con su comportamiento antijurídico, impide que su dependiente desarrolle tareas adecuadas a su condición deficitaria..."(21).

Por último, el párr. 4º del art. 212 de la LCT prevé la extinción ipso iure del contrato de trabajo cuando se determina una minusvalía absoluta —esto es, igual o mayor al 66% de la capacidad obrera total— y definitiva, dando lugar al deber del empleador de abonarle una compensación equivalente a la indemnización del art. 245, LCT.

En efecto, este supuesto no proviene de la voluntad unilateral del empleado, sino que se trata de un caso de extinción por fuerza mayor derivado de la incapacidad total y absoluta del dependiente para prestar tareas, pues desaparece el objeto de la prestación comprometida por el trabajador.

Así, la doctrina y jurisprudencia han coincidido en que "...la pérdida absoluta y permanente de la capacidad laboral del dependiente priva al contrato de trabajo de su objeto prestacional, extinguiéndolo en forma automática, por lo que la compensación del art. 245, LCT, por reenvío del párr. 4º del art. 212 de dicha ley, se adeuda más allá y con prescindencia del ropaje jurídico, apariencia o forma con que haya instrumentado la extinción: renuncia, rescisión por mutuo acuerdo..."(22).

La incapacidad a la que se refiere la norma de marras incluye las enfermedades inculpables, motivo por el cual la determinación del origen de la dolencia es indiferente y lo único relevante es si dicha incapacidad resulta o no absoluta. A todo evento, la prueba de la incapacidad está a cargo del trabajador y el medio más idóneo para hacerlo es a través de una peritación médica en sede judicial.

Se ha sostenido al respecto que "...No existe razón para que se mantenga el vínculo laboral si se verifica la imposibilidad de reanudación de la prestación de servicios por padecer la trabajadora de un estado de incapacidad absoluta e irreversible. En este caso, la relación se extingue no porque alguna de las partes lo decida sino porque existe una razón legalmente prevista como causa extintiva del vínculo (art. 212, 4º párr. LCT). Resulta jurídicamente inadmisible el mantenimiento de un vínculo laboral cuando se comprueba dicho estado de incapacidad total, permanente y absoluta e irreversible. Corresponde encuadrar la situación en el art. 212, 4º párr. LCT". (CNTrab., sala II, 13/4/2016, "Cerezo Gabriela Olga c. Rymsa Fiscalizaciones S.A. s/Despido", sent. def. 106.902).

Tal como reza la propia norma en su último párrafo, la compensación allí prevista es compatible y acumulable con las que emanen de los estatutos especiales, CCT, y hasta con las prestaciones económicas contenidas en la LRT; también con el beneficio jubilatorio ordinario o por invalidez.

8. Despido del trabajador

El art. 213 de la LCT protege al trabajador que es despedido durante el plazo de interrupción paga por accidente o enfermedad inculpable. En esta hipótesis, aunque el despido es válido, se otorga derecho al trabajador para que perciba, además de las indemnizaciones por despido, los salarios correspondientes a todo el período en que estuviese imposibilitado de prestar servicios por causa de su patología y/o el mayor lapso prescripto por el art. 208 de dicha ley.

Cabe memorar que la CSJN ha dicho que "la finalidad del art. 213, LCT es proteger al dependiente contra el despido arbitrario durante el período de enfermedad, pero no penalizar al empleador imponiéndole una carga que se prolongue más allá del lapso de duración de esa misma protección"(23).

Para tener derecho a la cobertura prevista en dicha norma, el trabajador debe probar concretamente que se encontraba imposibilitado de prestar servicios a la fecha en que fue despedido y con posterioridad al cese por todo el tiempo de su reclamo. Ello así dado que "...una vez producida la desvinculación del trabajador, éste ya no se encuentra sujeto al control del patrono, la norma citada, in fine, pone a su cargo la prueba de que continúa enfermo e imposibilitado de trabajar..."(24).

Es útil agregar que jurisprudencialmente se ha sostenido que no existe impedimento para equiparar, en todos sus efectos, la situación del trabajador que se considera despedido (cfr. arts. 242 y 246, LCT) con aquel que lo fue mediante acto expreso del empleador(25).

9. Jurisprudencia

Suspensión de la prestación de servicios. Plazos

"...Cada enfermedad o accidente inculpable origina un período de licencia paga, la que conforme el art. 208, LCT puede ser de tres, seis o doce meses, según los casos. La ley es clara en cuanto a que las enfermedades o accidentes que padezca el trabajador se juzgan independientemente, es decir que carece de relevancia la frecuencia con que se presenten, basta que se trate de dolencias distintas, aunque sean de la misma naturaleza y en ese aspecto no establece ningún límite. En cambio, cuando una misma enfermedad produce manifestaciones incapacitantes en distintos momentos dentro de los dos años de su primera exteriorización se considera que se trata de una sola dolencia que da derecho al cobro de los salarios respectivos. En este caso deben sumarse los períodos de ausencia pagados por el empleador para computar los lapsos pagos; finalizado el período de dos años se la trata como una nueva enfermedad. Pero si la actora ya había agotado el plazo de licencias de enfermedad paga, en relación con esa afección y había transcurrido gran parte del año de reserva del puesto, la posterior recaída luego de su incorporación no le da derecho a iniciar un nuevo año de licencia sin goce de sueldo...".

CNTrab., sala III, 31/10/2007, "Polutranka, María c. Consolidar AFJP SA s/Despido", sent. def. 89.200.

Enfermedades inculpables. Concepto de carga de familia. Conviviente

"...El concepto de carga de familia comprende también a quienes, de algún modo, dependan para su subsistencia de los ingresos de aquellas personas que trabajan y con las que comparte su remuneración. Y en el punto se ha sostenido que la familia concreta del prestador de trabajo está constituida por las personas que están pendientes de la llegada de la fecha de pago del salario de aquél, para afrontar con el conjunto de los ingresos del grupo familiar, la satisfacción de las necesidades propias y comunes (Mario Ackerman, 'Tratado de Derecho del Trabajo', Tomo VI, p. 417, Rubinzal-Culzoni). En ese orden de ideas, el conviviente de la actora, cuya existencia no fue negada por la demandada (art. 356, CPCCN) debe integrar el concepto amplio de carga de familia...".

CNTrab., sala X, 31/7/2009, "Rivera, María c. Global Center SA s/Despido", sent. def. 16.785.

Enfermedades inculpables. Suspensión de la prestación de servicios. Afecciones distintas y superpuestas

"...El art. 208, LCT otorga el derecho por 'cada accidente o enfermedad inculpable' y si la trabajadora era portadora de dos afecciones distintas (una física y otra psicológica), aún cuando las mismas pudieran haberse superpuesto en un mismo período de tiempo, tenía derecho a gozar de una nueva licencia paga cuando una de las dolencias le impedía concurrir a su trabajo de la misma manera que lo venía haciendo antes de su licencia psicológica. La decisión de la actora de colocarse en situación de despido indirecto, ante la negativa de su empleadora de otorgarle la licencia en cuestión, fue ajustada a derecho, pues tal comportamiento constituyó injuria suficiente en los términos del art. 242, LCT...".

CNTrab., sala VIII, 28/5/2009, "Almirón, Aurora c. SPM Sistema de Protección Médica SA s/Despido", sent. def. 36.189.

Enfermedades inculpables. Remuneración. Licencia

"...La letra del art. 208 de la LCT dispone no sólo que el trabajador tendrá derecho durante la licencia por enfermedad o accidente inculpable, a percibir la remuneración habitual en cuanto a los rubros fijos se refiere, sino también las retribuciones variables, dado que expresamente prevé que de percibirse estas últimas se tomará un promedio de las que hubiere tenido asignadas en los últimos seis meses anteriores al goce de la licencia...".

CNTrab., sala IX, 28/11/2006, "Delmas de Calcagno, Porfiria y otros c. Entel s/Diferencia de salarios", sent. def. 13.780.

Enfermedades inculpables. Salarios. Determinación de la antigüedad

"...Como principio, el cómputo de la antigüedad debe efectuarse en el momento del comienzo de la licencia. Pero si durante la enfermedad el trabajador adquiere una antigüedad superior a cinco años, la solución debe ser favorable al reconocimiento de un mayor período de pago, pues la antigüedad sigue su curso y todos los beneficios que de ella deriven (v.gr. bonificaciones o mejoras en los cómputos de distintas prestaciones) también se incorporan al patrimonio del trabajador...".

CNTrab., sala VII, 5/7/1996, "Blanco, Ricardo c. Micrómnibus Quilmes SA s/Despido", sent. def. 27.527.

Enfermedades inculpables. Recidiva de enfermedades crónicas. Plazos. Cómputo

"...Cuando una misma enfermedad (crónica) produce manifestaciones incapacitantes en distintos momentos, dentro de los dos años de su primera exteriorización, ha de considerarse que se trata de una sola dolencia. Pero finalizado el período de dos años mencionado, se la debe tratar como una nueva enfermedad...".

CNTrab., sala VI, 11/8/2008, "Castro, Miriam c. Expresión Gráfica SRL y otro s/Despido", sent. def. 60.783.

Enfermedades inculpables. Aviso al empleador. Cualquier medio

"...Conforme lo dispone el art. 209, LCT 'el trabajador deberá dar aviso de la enfermedad o accidente y del lugar en que se encuentra ...mientras no lo haga perderá el derecho a percibir la remuneración correspondiente...'. Para ello, el aviso puede darse de cualquier forma que sea susceptible de informar al empleador de la situación...".

CNTrab., sala VI, 17/8/2005, "De León, Norma c. Obra Social del Personal de Estaciones de Servicio s/Despido", sent. def. 58.239.

Enfermedades inculpables. Control médico. Facultad del empleador. Obligación del trabajador

"...El art. 210 de la LCT le otorga al empleador el derecho de control médico, el cual puede o no ejercer. Pero si lo ejerce, el trabajador debe ineludiblemente someterse al mismo y su conducta debe responder a las pautas exigibles de acuerdo al principio de buena fe, facilitando y colaborando con dicha realización (arts. 62 y 63, LCT). Pero no es obligación de la empleadora reincorporar primero al trabajador y luego someterlo al control médico, no hay normativa alguna que así lo disponga...".

CNTrab., sala X, 31/8/2009, "Da Ruda, Emmanuel c. Coca Cola FEMSA de Bs. As. SA s/Despido", sent. def. 16.881.

Enfermedades inculpables. Año de espera. Punto de partida

"...El art. 211, LCT prevé que: '... Vencidos los plazos de interrupción del trabajo por causa de accidente o enfermedad inculpable, si el trabajador no estuviera en condiciones de volver a su empleo, el empleador deberá conservárselo durante el plazo de un año contado desde el vencimiento de aquellas...'. De ello se desprende que la protección legal de la enfermedad se completa con un período pago de un año el cual debe computarse a partir del vencimiento de la licencia paga...".

CNTrab., sala III, 31/10/2007, "Polutranka, María c. Consolidar AFJP SA s/Despido", sent. def. 89.200.

Enfermedades inculpables. Asignación de tareas acordes. Imposibilidad. Acreditación

"...El empleador no sólo debe acreditar la inexistencia de puestos en los cuales pudiera asignar al actor tareas livianas, sino además, que por ejercicio del 'ius variandi', quienes se encuentran realizándolas no pueden desempeñarse en otras o la imposibilidad de efectuar una rotación de tareas que permita al trabajador una ocupación compatible con su estado. La mera falta de justificación económica dentro de la empresa no es por sí sola motivo suficiente para negar el cambio de tareas. Dicha causa no imputable ha de consistir en la inexistencia de tareas razonablemente útiles que el trabajador pueda desempeñar en la empresa sin perjuicio para su salud. Para este efecto, la calificación profesional del trabajador ha de interpretarse con sentido amplio pudiendo llevar en ciertas situaciones límites a ofrecerle una razonable disminución en la categoría de la tarea a cumplir, sin mengua de la remuneración...".

CNTrab., sala III, 5/2/2008, "Rodríguez, Esteban c. Curtiembre Fonseca SA s/Despido", sent. def. 89.430.

Enfermedades inculpables. Otorgamiento de tareas acordes. Encargado único de edificio con vivienda permanente

"...No habiéndose demostrado que la incapacidad del actor, que se desempeñaba como encargado único con vivienda permanente, fuera absoluta, el caso debe ser incluido en los incs. 2º y 3º del art. 212, LCT. Y si la empleadora no tiene vacantes en su plantel normal para ocupar al trabajador afectado por una incapacidad (art. 212, 2ª parte), no se le puede exigir que acredite la realización de diligencias anormales para ampliar sus puestos de trabajo. La norma prevé una empresa en marcha, con capacidad razonable para absorber a un trabajador con menor capacidad, en un puesto diferente, pero no lo obliga a crear plazas innecesarias al efecto. En el caso, parece indudable que no puede exigírsele al Consorcio de Propietarios, que sólo tiene un encargado permanente, que amplíe su plantel para incorporar al actor con menor capacidad laborativa. Es decir, que no puede alegarse en el caso, que tiene tareas más livianas para asignarle...".

CNAT, sala I, 18/6/1998, "Mateos, Mariano c. Cons. de Prop. Edificio Gral. Savio Napoleón Uriburu 5845 s/Ind. art. 212", sent. def. 72.213.

Enfermedades inculpables. Indemnización art. 212 párrafo 4º. Procedencia

"...El 4º párrafo del art. 212 de la LCT prevé la extinción ipso iure del contrato de trabajo cuando se determina una minusvalía absoluta y definitiva, dando lugar al deber del empleador de abonarle una compensación equivalente a la indemnización del art. 245 de dicha ley...".

CNTrab., sala II, 24/6/2011, "Deserio, Miguel O. c. Empresa Sierras de Córdoba SA s/Indemnización art. 212", sent. def. 99.342.

Enfermedades inculpables. Indemnización art. 212 párrafo 4º. Procedencia

"...El supuesto contemplado en el art. 212, 4º párrafo de la LCT no proviene de la voluntad unilateral del empleado, sino que se trata de un supuesto de extinción por fuerza mayor derivado de la incapacidad total y absoluta del dependiente para prestar tareas...".

CNTrab., sala IV, 31/8/2012, "Chaile, Lidia Elvira y otros c. Consorcio de Propietarios del Edificio Austria 2229 s/Cobro de salarios", sent. def. 96.522.

Enfermedades inculpables. Indemnización art. 212 párr. 4º. Procedencia

"...El art. 212 cuarto párrafo de la Ley de Contrato de Trabajo no establece que la incapacidad que sufre el trabajador debe guardar relación causal o concausal con las tareas que venía desempeñando, ni pretende castigar al empleador por incumplimiento alguno de sus obligaciones, sino que la mencionada norma sólo determina una compensación al trabajador por la incapacidad que éste haya sufrido y que le impida continuar no ya con la relación individual, en particular, sino su incorporación genérica al mercado de trabajo...".

CNTrab., sala IV, 22/6/2012, "Rolón, José Rubén c. Antonio Espósito SA s/Indemnización art. 212", LLAR/JUR/33833/2012.

Enfermedades inculpables. Despido. Art. 213, LCT

"...El art. 213, LCT no repara enfermedades sino que protege al trabajador que, durante el plazo de interrupción paga por accidente o enfermedad inculpable, es despedido, lo que requiere no la acreditación de la enfermedad sino la imposibilidad de laborar a consecuencia de ello. La simple existencia de una enfermedad no basta para que prospere el rubro aludido. El trabajador debe probar concretamente que se encontraba imposibilitado de prestar servicios a la fecha en que fuera despedido y con posterioridad al cese por todo el tiempo de su reclamo...".

CNTrab., sala I, 16/11/1999, "Cacciari, José c. Consorcio de Propietarios Av. de los Incas 3338/50 s/Despido", sent. def. 75.079.

Salarios por enfermedad. Art. 213, LCT Procedencia

"...Es procedente el reclamo de salarios por enfermedad inculpable en los términos del art. 213 de la LCT ya que la internación del actor y posterior convalecencia se produjo vigente la relación laboral, pues, si bien el empleador sostuvo que en la historia clínica constaba que el dependiente había ingresado con un cuadro de estrés laboral por haber sido despedido, se trata de un instrumento privado que emana de un tercero ajeno a la relación laboral, y la comunicación extintiva se perfecciona cuando entra en la órbita de conocimiento del demandado...".

CNTrab., sala V, 30/8/2013, "Reolón, Oscar Alberto c. Delta Compresión SRL s/Despido", LLAR/JUR/57696/2013.

TÍTULO X De la suspensión de ciertos efectos del contrato de trabajo

...

CAPÍTULO II Servicio militar y convocatorias especiales

Reserva del empleo. Cómputo como tiempo de servicio

Art. 214. — El empleador conservará el empleo al trabajador cuando éste deba prestar servicio militar obligatorio, por llamado ordinario, movilización o convocatorias especiales desde la fecha de su convocación y hasta treinta (30) días después de concluido el servicio.

El tiempo de permanencia en el servicio será considerado período de trabajo a los efectos del cómputo de su antigüedad, frente a los beneficios que por esta ley, estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo le hubiesen correspondido en el caso de haber prestado servicios. El tiempo de permanencia en servicio no será considerado para determinar los promedios de remuneraciones a los fines de la aplicación de las mismas disposiciones.

CAPÍTULO III Del desempeño de cargos electivos

Reserva del empleo. Cómputo como tiempo de servicio

Art. 215. — Los trabajadores que por razón de ocupar cargos electivos en el orden nacional, provincial o municipal, dejaran de prestar servicios, tendrán derecho a la reserva de su empleo por parte del empleador, y a su reincorporación hasta treinta (30) días después de concluido el ejercicio de sus funciones.

El período de tiempo durante el cual los trabajadores hubieran desempeñado las funciones precedentemente aludidas será considerado período de trabajo a los efectos del cómputo de su antigüedad, frente a los beneficios que por esta ley, estatutos profesionales y convenciones colectivas de trabajo le hubiesen correspondido en el caso de haber prestado servicios. El tiempo de permanencia en tales funciones no será considerado para determinar los promedios de remuneración a los fines de la aplicación de las mismas disposiciones.

Despido o no reincorporación del trabajador

Art. 216. — Producido el despido o no reincorporación de un trabajador que se encontrare en la situación de los artículos 214 o 215, éste podrá reclamar el pago de las indemnizaciones que le correspondan por despido injustificado y por falta u omisión del preaviso conforme a esta ley, a los estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo. A los efectos de dichas indemnizaciones la antigüedad computable incluirá el período de reserva del empleo.

CAPÍTULO IV Del desempeño de cargos electivos o representativos en asociaciones profesionales de trabajadores con personería gremial o en organismos o comisiones que requieran representación sindical

Reserva del empleo. Cómputo como tiempo de servicio. Fuero sindical

Art. 217. — Los trabajadores que se encontraren en las condiciones previstas en el presente capítulo y que por razón del desempeño de esos cargos, dejaren de prestar servicios, tendrán derecho a la reserva de su empleo por parte del empleador y a su reincorporación hasta treinta (30) días después de concluido el ejercicio de sus funciones, no pudiendo ser despedidos durante los plazos que fije la ley respectiva, a partir de la cesación de las mismas. El período de tiempo durante el cual los trabajadores hubieran desempeñado las funciones precedentemente aludidas será considerado período de trabajo en las mismas condiciones y con el alcance de los artículos 214 y 215, segunda parte, sin perjuicio de los mayores beneficios que sobre la materia establezca la ley de garantía de la actividad sindical.

• Comentario:

10. Servicio militar

Ante todo, es útil señalar que el régimen de servicio militar obligatorio ha sido derogado mediante decreto del 31 de agosto de 1994, a lo cual siguió la posterior implementación de un sistema de voluntariado rentado (por ley 24.429 y su dec. regl. 978/1995).

Sin perjuicio de ello, el art. 214 de la LCT no ha perdido del todo su utilidad práctica, en tanto contempla en su párr. 1º el supuesto de llamado a quienes integran las reservas de las FF.AA., en caso de una amenaza exterior o interior a la Nación, como así también el de una convocatoria militar por el Poder Ejecutivo Nacional a los ciudadanos de 18 años para garantizar la seguridad de la Nación, lapso durante el cual les será conservado el puesto laboral, extendiéndose por hasta treinta días posteriores a la fecha de concluida la convocatoria.

11. Desempeño de cargos electivos

Los arts. 215 y 217 de la LCT reconocen la reserva del empleo para los trabajadores que se desempeñan en cargos electivos en los ámbitos nacional, provincial o municipal, o bien quienes resulten electos o ejerzan un cargo representativo en el ámbito gremial, siempre que la dedicación exclusiva del ejercicio de la mentada representación imposibilite en los hechos el cumplimiento del débito laboral.

Estas normas tienen como fin garantizar la participación de los dependientes en el orden democrático —ya sea político o sindical—, sin temor a la pérdida de empleo.

La duración de la reserva del empleo será del lapso que se extienda el mandato electivo otorgado, más 30 (treinta) días contados a partir del cese. Empero, debe tenerse en cuenta, además, lo dispuesto en el art. 48 de la ley 23.551 (de Asociaciones Sindicales), en cuanto dispone que "Los trabajadores que, por ocupar cargos electivos o representativos en asociaciones sindicales con personería gremial, en organismos que requieran representación gremial, o en cargos políticos en los poderes públicos, dejaran de prestar servicios, tendrán derecho de gozar de licencia automática sin goce de haberes, a la reserva del puesto y ser reincorporados al finalizar el ejercicio de sus funciones...", que extiende la protección por el término de un año desde la cesación de sus mandatos.

12. Cómputo de la antigüedad

El art. 214, LCT, así como los arts. 215 y 217 de dicha ley, señalan que tanto el lapso que dure la referida convocatoria como el período de tiempo que hubiesen desempeñado los cargos electivos, serán considerados como tiempo de servicio a los fines del cómputo de la antigüedad y para los beneficios que de ella se deriven, conformando así una excepción a lo establecido por el art. 18 de la ley.

Sin embargo, dicho tiempo no será tenido en cuenta a los fines de establecer promedios de remuneraciones. Ello pues, como explica Arias(26), si se tomara para el promedio un plazo durante el cual no se percibieron remuneraciones, dicho promedio se vería reducido considerablemente, perjudicando al trabajador.

13. Despido

Una vez finalizadas las causales de suspensión de los efectos de la relación laboral previstos en los arts. 214 y 215, LCT, el empleador deberá proceder a reintegrarlo a sus funciones.

Ante la negativa a reincorporarlo por parte del empleador, o bien en el supuesto de que el empresario extinguiese el contrato de trabajo durante el mencionado período de reserva, el art. 216, LCT, dispone que éste deba responder patrimonialmente indemnizando por despido al empleado.

Ahora bien, dicha pauta no resulta aplicable al supuesto contemplado en el art. 217, LCT, pues el representante gremial posee una especial tutela dispuesta por la ley 23.551, que en su art. 48 establece la imposibilidad de ser despedidos durante el término de un (1) año desde la cesación de su mandato, salvo que mediare justa causa.

Así, bajo la luz de la ley 23.551, si un trabajador es suspendido, despedido, o bien sufriera la modificación de sus condiciones de trabajo mientras goza de licencia gremial —claro está, sin la previa resolución judicial de exclusión de tutela—, podrá ocurrir ante la Justicia para solicitar la nulidad de la medida dispuesta y la consiguiente reinstalación en su puesto o el restablecimiento de las condiciones laborales, en cuyo caso el empleador deberá reincorporarlo a su puesto de trabajo abonando los salarios caídos por el tiempo que dure la acción de reinstalación; o bien podrá considerarse indirectamente despedido, reclamando la indemnización agravada prevista en el art. 52 de dicha ley, esto es, la correspondiente indemnización por despido más una suma equivalente al importe de las remuneraciones que le hubiesen correspondido durante el tiempo faltante del mandato y el año de estabilidad posterior.

14. Jurisprudencia

Representantes sindicales. Ley 23.551. Tutela sindical después de la cesación del mandato

"...La subsistencia de la tutela después de la 'cesación del mandato', según la expresión del art. 48 de la ley 23.551, implica que la proposición gramatical de textura abierta, debe ser interpretada como consagratoria de la misma protección por el plazo de un año desde la finalización de la actividad gremial del trabajador, sea cual fuere la circunstancia que lo origine incluso hasta la misma nulidad de la elección. Cualquiera fuere el motivo de la cesación de la representación sindical (cumplimiento del plazo, revocatoria del mandato, expulsión, nulidad de la elección, etc.), el trabajador sigue siendo sujeto de la garantía por un año y si el empleador no insta la exclusión de tutela se impone la reinstalación...".

CNTrab., sala II, 5/2/2009, "Elizalde, Horacio y otros c. Spicer Ejes Pesados SA s/Sumarísimo", sent. def. 96.354.

Cargo electivo. Suspensión del contrato de trabajo

"...Corresponde declarar abstracta la acción sumarísima de reinstalación incoada por un delegado gremial, ya que el objetivo de la demanda no puede concretarse, por cuanto el contrato de trabajo se encuentra suspendido debido a que el actor fue electo Diputado Nacional, máxime cuando tal circunstancia evidencia la falta de un agravio o perjuicio actual y concreto a reparar mediante la intervención judicial...".

CNTrab., sala II, 24/9/2008, "Basteiro, Sergio Ariel c. Aerolíneas Argentinas SA", LLAR/JUR/8412/2008.

Desempeño de cargos electivos. Protección contra el despido. Reserva del empleo

"...El art. 48 de la ley 23.551 (Adla, XLVIII-B, 1408), prescribe que los trabajadores que ocupan cargos electivos o representativos en asociaciones sindicales con personería gremial, en organismos que requieran representación gremial o en cargos políticos en los poderes públicos, no pueden ser despedidos durante el término de un año a partir de la cesación de sus mandatos, salvo que mediare justa causa de despido. También cuentan con esta protección en el empleo, en razón de su representación sindical, los delegados y miembros de comisiones internas y organismos similares con actuación en los lugares de trabajo, establecimiento o empresa según el caso (arts. 40 y 48, último párrafo). La redacción del art. 48 de la ley 23.551 siguió la línea expresiva y conceptual de los arts. 215 y 217 del régimen de contrato de trabajo (t.o. dec. 390/1976 —Adla, XLVIII-B, 1408; XXXVI-B, 1175—), que prevén la reserva del empleo en los supuestos de representación sindical y el derecho a la reincorporación, así como contiene la prohibición de despedir para el empleador por el plazo siguiente a dicha cesación que fije la ley de asociaciones sindicales...".

CNTrab., sala V, 11/6/1992, "Gómez, Luis A. c. Yacimientos Petrolíferos Fiscales", DT, 1992-B-1658.

TÍTULO X De la suspensión de ciertos efectos del contrato de trabajo

...

CAPÍTULO V De las suspensiones por causas económicas y disciplinarias

Requisitos de su validez

Art. 218. — Toda suspensión dispuesta por el empleador para ser considerada válida, deberá fundarse en justa causa, tener plazo fijo y ser notificada por escrito al trabajador.

Justa causa

Art. 219. — Se considera que tiene justa causa la suspensión que se deba a falta o disminución de trabajo no imputable al empleador, a razones disciplinarias o a fuerza mayor debidamente comprobada.

Plazo máximo. Remisión

Art. 220. — Las suspensiones fundadas en razones disciplinarias o debidas a falta o disminución de trabajo no imputables al empleador, no podrán exceder de treinta (30) días en un (1) año, contados a partir de la primera suspensión.

Las suspensiones fundadas en razones disciplinarias deberán ajustarse a lo dispuesto por el art. 67, sin perjuicio de las condiciones que se fijaren en función de lo previsto en el artículo 68.

Fuerza mayor

Art. 221. — Las suspensiones por fuerza mayor debidamente comprobadas podrán extenderse hasta un plazo máximo de setenta y cinco (75) días en el término de un (1) año, contado desde la primera suspensión cualquiera sea el motivo de ésta.

En este supuesto, así como en la suspensión por falta o disminución del trabajo, deberá comenzarse por el personal menos antiguo dentro de cada especialidad.

Respecto del personal ingresado en un mismo semestre, deberá comenzarse por el que tuviere menos cargas de familia, aunque con ello se alterase el orden de antigüedad.

Situación de despido

Art. 222. — Toda suspensión dispuesta por el empleador de las previstas en los artículos 219, 220 y 221 que excedan de los plazos fijados o en su conjunto y cualquiera fuese la causa que la motivare, de noventa (90) días en un (1) año, a partir de la primera suspensión y no aceptada por el trabajador, dará derecho a éste a considerarse despedido.

Lo estatuido no veda al trabajador la posibilidad de optar por ejercitar el derecho que le acuerda el artículo siguiente.

Salarios de suspensión

Art. 223. — Cuando el empleador no observare las prescripciones de los artículos 218 a 221 sobre causas, plazo y notificación, en el caso de sanciones disciplinarias, el trabajador tendrá derecho a percibir la remuneración por todo el tiempo que estuviere suspendido si hubiere impugnado la suspensión, hubiere o no ejercido el derecho que le está conferido por el art. 222 de esta ley.

Art. 223 bis. — Se considerará prestación no remunerativa las asignaciones en dinero que se entreguen en compensación por suspensiones de la prestación laboral y que se fundaren en las causales de falta o disminución de trabajo, no imputables al empleador, o fuerza mayor debidamente comprobada, pactadas individual o colectivamente u homologadas por la autoridad de aplicación, conforme normas legales vigentes, y cuando en virtud de tales causales el trabajador no realice la prestación laboral a su cargo. Sólo tributará las contribuciones establecidas en las Leyes Nros. 23.660 y 23.661.

(Artículo incorporado por art. 3º de la Ley Nº 24.700—B.O. 14/10/1996—)

Suspensión preventiva. Denuncia del empleador y de terceros

Art. 224. — Cuando la suspensión se origine en denuncia criminal efectuada por el empleador y ésta fuera desestimada o el trabajador imputado, sobreseído provisoria o definitivamente, aquél deberá reincorporarlo al trabajo y satisfacer el pago de los salarios perdidos durante el tiempo de la suspensión preventiva, salvo que el trabajador optase, en razón de las circunstancias del caso, por considerarse en situación de despido. En caso de negativa del empleador a la reincorporación, pagará la indemnización por despido, a más de los salarios perdidos durante el tiempo de la suspensión preventiva.

Si la suspensión se originara en denuncia criminal efectuada por terceros o en proceso promovido de oficio y se diese el caso de la privación de la libertad del trabajador, el empleador no estará obligado a pagar la remuneración por el tiempo que dure la suspensión de la relación laboral, salvo que se tratara de hecho relativo o producido en ocasión del trabajo.

• Comentario:

15. Requisitos de validez

El art. 218 de la LCT, que encabeza el capítulo bajo examen, sienta las bases respecto de cuáles habrán de ser las pautas a las que deberán atenerse todas las suspensiones que se originan en la voluntad unilateral del empleador para que puedan ser consideradas válidas. De este modo, señala que deberán estar fundadas en justa causa, tener plazo máximo fijado y notificarse por escrito al trabajador.

Ya jurisprudencialmente se habían fijado estas pautas. En efecto, el Fallo Plenario nro. 2, dictado en autos "Díaz c. Caminos"(27), sostenía que "La correcta interpretación jurídica del instituto de la suspensión en la ley 11.729 conduce a sostener que la suspensión para ser legal debe tener justa causa y plazo fijo, descontando desde luego que en la justa causa también se encuentra la que se impone por razones disciplinarias cuando la natural normal relación entre el principal y el dependiente así lo exija. Cuando la suspensión no reúna tales requisitos de justa causa y plazo fijo, la misma se considerará injuriosa a los intereses del empleado u obrero, en los términos del art. 159".

Los mentados requisitos son acumulativos. Ello significa que, de no concurrir alguno de los tres, sería suficiente motivo para invalidar la suspensión decidida. A la par de ello, se ha dicho que tienen la finalidad de poner al trabajador en una situación de certeza, para que pueda conocer qué conducta asumir: cuestionar o no la causa esgrimida y controlar que los plazos se adecuen a lo fijado por la ley(28).

No debe olvidarse que, pese a que durante el lapso que dure la suspensión no rige la obligación para el empleador de brindar ocupación efectiva (art. 78, LCT) y de abonar los salarios (art. 74 de dicha ley), los deberes de conducta permanecen inalterados.

15.1. Justa causa

En primer lugar, señala la norma de marras que toda suspensión dispuesta por el empleador deberá estar fundada en justa causa. Eso significa que tienen que existir motivos suficientemente fundados para que aquél pueda eximirse de su deber de brindar ocupación efectiva y de pagar la remuneración.

Si bien la Ley de Contrato de Trabajo no brinda una definición de lo que considera "justa causa", en su art. 219 enumera tres supuestos que validarían la suspensión que se disponga; a saber: la falta o disminución de trabajo no imputable al empleador, las razones disciplinarias, y la fuerza mayor debidamente comprobada.

La enumeración de causas referida antes no resulta taxativa. De hecho, la LCT contempla otras causas de suspensión, como por ejemplo la suspensión preventiva regulada en el art. 224 —que será analizado infra—, e incluso el propio art. 78 de la ley deja abierta la posibilidad de considerar otros motivos, al permitirle al empleador incumplir el deber de dar ocupación por "...motivos fundados...".

15.1.1. Falta o disminución de trabajo

La primera causa que menciona el art. 219 de la LCT es la falta o disminución de trabajo no imputable al empleador.

Este supuesto importa una mayor complicación o bien una excesiva onerosidad sobreviniente en el cumplimiento de la obligación por parte del principal (cfr. art. 1198, párr. 2º, Cód. Civil). Como refiere Gnecco(29), "...ve en la falta o disminución de trabajo un reflejo de la teoría de la imprevisión (art. 1198, Cód. Civil —Adla, XXVIII-B-1799—), aunque sean distintos los efectos. Han de concurrir las notas comunes de ajenidad del evento, su anormalidad y extraordinariedad...". Así, subsiste la posibilidad de dar trabajo, aunque a un costo excesivo(30).

La norma antes citada, se encuentra actualmente contenida por los arts. 961, 991, 1061 y 1091 del nuevo CCyCN por ley 26.994. Dichos artículos mantienen, en lo sustancial, el sentido de la norma antecedente; como novedad, puede incluirse el tema de las tratativas precontractuales, las obligaciones nacidas en ese período y las responsabilidades que pueden gestarse, como también la inclusión de los contratos gratuitos en el instituto denominado "teoría de la imprevisión" (ver, al respecto, "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", dirigido por Julio C. Rivera y Graciela Medina, t. III, ps. 706 y ss., La Ley, Buenos Aires, 2015).

Es útil señalar que los avatares económicos forman parte del riesgo empresario y, como tal, no pueden ser trasladados a los trabajadores y pretender que éstos lo asuman. Sabido es que el derecho laboral se basa en principios como el de ajenidad en los riesgos de la empresa y de indemnidad, y de allí que la falta o disminución de trabajo que refiere el artículo, para ser válida, no debe serle imputable al empleador. Por ende, en caso de invocar esa excepción, constituirá carga de éste probar la situación fáctica y objetiva de reducción de las necesidades de ocupación de personal, el factor subjetivo —es decir, la ajenidad de tal situación—, así como que ha tomado medidas para paliar esa situación.

Debe tenerse presente, también, el respeto al orden de prioridades según la antigüedad de los dependientes, tal como indica el art. 221 de la LCT, en sus párrs. 2º y 3º. En efecto, las suspensiones deberán comenzar por el personal con menos antigüedad dentro de cada especialidad; aunque podría llegar a alterarse el orden cuando algún trabajador, por sus especiales características, resulte indispensable para el funcionamiento de la empresa, incluso frente a la disminución de trabajo alegada(31). Y con relación al personal ingresado dentro de un mismo semestre, la norma estipula comenzar por quienes tuvieran menos cargas de familia, aun cuando así se alterase el orden de antigüedad.

Además, se requiere haber transitado el procedimiento previsto en el art. 98 y ss. de la ley 24.013, con carácter previo a llevar adelante suspensiones o despidos por razones de fuerza mayor, causas económicas y también tecnológicas. Sobre el punto, se ha dicho que "...la demandada ni siquiera cumplió en debido tiempo y forma con el procedimiento preventivo de crisis de empresas, puesto que recién requirió al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social su apertura con fecha 9/4/2002, luego de haber tomado la decisión de suspender a su dependiente desde el 16/6/2001 hasta el 15/7/2001, desde el 14/1/2002 hasta el 3/2/2002 y desde el 4/2/2002 hasta el 10/3/2002, lo cual resulta de gran importancia, tal como lo dispone el art. 98 de la Ley Nacional de Empleo 24.013..."(32).

Se ha sostenido jurisprudencialmente que "...para justificar la falta de trabajo, no basta la mera invocación de una desesperante situación económica, sino que debe demostrar: a) la existencia de falta o disminución de trabajo que por su entidad justifique la medida dispuesta —v.gr. una reducción de su giro, facturación, ventas, etc., es decir, de su actividad empresarial—; b) que la situación no le era imputable o que se debió a circunstancias objetivas y que el hecho determinante no obedeció al riesgo propio de la empresa; c) que observó una conducta diligente, acorde a las circunstancias, consistente en la adopción de medidas destinadas a evitar la situación deficitaria o atenuarla; d) que la causa tuviera cierta durabilidad; e) que se haya respetado el orden de antigüedad; y f) haber cumplido con el procedimiento preventivo de crisis..."(33).

Asimismo, se dijo que "...el hecho de que una organización empresaria haya solicitado su concurso preventivo no lleva a presumir que haya existido una crisis en el desenvolvimiento empresarial, ni la falta o disminución de trabajo —ni mucho menos que no le sea imputable— puesto que la situación concursal puede producirse por la mera cesación de pagos..."(34).

15.1.2. Razones disciplinarias

La segunda causa que menciona el art. 219, LCT, tiene necesariamente que ver con el ejercicio por parte del empleador de su poder disciplinario progresivo, conferido por dicha ley para sancionar los incumplimientos y las faltas de los trabajadores.

Doctrinariamente se ha señalado que para que una conducta del trabajador constituya una falta disciplinaria deben darse tres elementos: 1) uno material: la acción u omisión del trabajador; 2) otro personal o subjetivo: que ella sea atribuible por dolo o culpa al trabajador; y 3) un resultado: el perjuicio efectivo o potencial para el empleador(35).

La facultad así otorgada posee una finalidad correctiva, y debe ser ejercida de conformidad con lo previsto en el art. 67 de la LCT, y teniendo en cuenta los límites previstos en los arts. 68 y 69 de dicha ley, por expresa remisión del párr. 2º del art. 220 que, de hecho, sujeta la validez de la medida que se adopte —que, en el concreto caso que se analiza, sería la suspensión— al cumplimiento de las pautas que emanan de dichos artículos. Así las cosas, al igual que el resto de las facultades del empleador, ésta debe ser ejercida respetando los límites y con arreglo a las condiciones fijadas por la ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas de trabajo y los reglamentos internos.

En efecto, del juego armónico de los arts. 67 y 218/220 surge la existencia de un régimen disciplinario progresivo. De allí que la suspensión que se aplique debe ser, ante todo, razonable y proporcional a la falta cometida o al incumplimiento evidenciado, teniendo en consideración las circunstancias personales del dependiente, en relación a su antigüedad y a la existencia o no de antecedentes desfavorables.

La "razonabilidad" impone que la medida se sustente o se funde en una justa causa; es decir, debe ser la derivación de un incumplimiento de alguna obligación propia del contrato de trabajo, evitando con ello que la sanción tenga su origen en incumplimientos ajenos al contrato de trabajo. Por su parte, la "proporcionalidad", como se indicó, importa que la medida guarde una debida correlación de nivel "causa — consecuencia", esto es, que sea adecuada a la gravedad de la falta cometida.

A esos recaudos, la doctrina y la jurisprudencia han añadido el de la "contemporaneidad" de la suspensión con la falta cometida. Ello importa una cierta inmediatez entre que se verifica el incumplimiento contractual y la sanción que se aplica ya que, de lo contrario, el transcurso del tiempo sin tomar una medida disciplinaria puede ser interpretado como un consentimiento de la conducta del trabajador. Sin embargo, la demora en la imposición de la sanción puede deberse a la investigación que se lleve a cabo para determinar el responsable y las circunstancias que hacen al incumplimiento(36) —léase, el tiempo que podría llegar a durar la tramitación de un sumario interno—.

Otra limitación está dada por la aplicación del principio non bis in idem, derivado del derecho penal y claramente aplicable a nuestra materia. Con ello se establece la prohibición del doble juzgamiento por un mismo hecho o que, en el concreto supuesto que se estudia, importa que el empleador tenga vedado sancionar al trabajador en más de una oportunidad por un mismo incumplimiento. Al respecto, se señaló que "todo poder disciplinario, sea cual fuere la égida en la que opere, está condicionado por la máxima de que una misma conducta no puede ser sancionada más que una vez, y por ello, las condiciones y circunstancias de la comunicación resolutoria determinan la ilegitimidad del despido cuando el trabajador ya había sido suspendido por la falta imputada"(37).

15.1.3. Fuerza mayor

La fuerza mayor —al igual que la falta de trabajo— constituye una circunstancia sobreviniente de ineficacia funcional del contrato, que afecta a su objeto ya que, por efecto de situaciones externas no imputables al empleador, éste se encuentra imposibilitado, temporal o permanentemente, de ocupar al trabajador.

La LCT no brinda una definición de este término, con lo cual cabe remitirse a lo establecido en los arts. 513 y 514 del Cód. Civil, que básicamente señalan que se trata de un hecho que no se puede evitar y tampoco se puede prever. De allí que las características principales que debe presentar un acontecimiento para encuadrar en este supuesto es que debe ser imprevisible, inevitable e irresistible.

Las normas antes citadas encuentran su correlato en los arts. 1730 y 1733 del nuevo CCyCN por ley 26.994, las que, en lo sustancial, mantienen el sentido de sus predecesores (ver, al respecto, "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", dirigido por Julio C. Rivera y Graciela Medina, t. IV, ps. 1046 y ss., La Ley, Buenos Aires, 2015).

Se ha dicho que debe distinguirse la fuerza mayor que provoca falta o disminución de trabajo de la simple falta de trabajo, pues en este último supuesto el cumplimiento del deber de dar ocupación sólo es excesivamente oneroso o inconveniente económicamente(38); por el contrario, en el caso de fuerza mayor propiamente dicha no hay posibilidad de dar trabajo por tratarse de un hecho que no ha podido preverse o que previsto no se pudo evitar(39).

Refiere Maddaloni(40) que la imposibilidad de dar trabajo puede derivarse de una causa material o jurídica. La primera estaría conformada, por ejemplo, por la destrucción del establecimiento por hechos naturales (terremotos o inundaciones) o ajenos (ataque terrorista); en la segunda causa encuadraría el llamado "hecho del príncipe", esto es, prohibiciones dictadas por la autoridad pública ajenas a la culpa del empleador.

Cualquiera sea el supuesto que se diera, el empleador que invocare estas circunstancias deberá demostrar su imprevisibilidad así como la irresistibilidad de la causa generadora(41).

Al igual que en el caso de la falta o disminución de trabajo, en los supuestos que se invoque como excepción la "fuerza mayor", se deberá haber transitado el Procedimiento Preventivo de Crisis, previsto en los arts. 98 y ss. de la ley 24.013, previo a adoptar cualquier medida —léase, suspensiones o despidos—.

Por último, debe tenerse presente, también, el respeto al orden de prioridades según la antigüedad de los dependientes, tal como indica el art. 221 de la LCT, en sus párrs. 2º y 3º, aplicable también para los casos de fuerza mayor. En efecto, las suspensiones deberán comenzar por el personal con menos antigüedad dentro de cada especialidad; aunque podría llegar a alterarse el orden cuando algún trabajador, por sus especiales características, resulte indispensable para el funcionamiento de la empresa, incluso frente a la disminución de trabajo alegada(42). Y con relación al personal ingresado dentro de un mismo semestre, la norma estipula comenzar por quienes tuvieran menos cargas de familia, aun cuando así se alterase el orden de antigüedad.

15.2. Plazo fijo

Este requisito obliga al empleador a precisar cuál es el lapso de duración que tendrá la suspensión. Apunta a establecer un límite temporal para evitar la incertidumbre del trabajador acerca de la extensión de la suspensión y de la proporcionalidad de la medida, para así poder objetarla.

La LCT ha establecido en los arts. 220 y 221 los plazos máximos de las suspensiones, dependiendo de la causa que se invoque. Así, prevé que para aquellas fundadas en razones disciplinarias o las debidas a falta o disminución de trabajo no imputable al empleador, la duración de cada una de ellas no podrá exceder de 30 días en un año; en cambio, para las motivadas en fuerza mayor, el plazo no podrá superar los 75 días en un año.

En ambos casos, el año se contará desde la primera suspensión, adoptándose de esa manera el sistema de "año aniversario". A ello cabe agregar que el plazo de suspensión ha de contarse por "días corridos"(43).

Luego, el art. 222 de la ley 20.744 autoriza un límite máximo para las suspensiones que se dispongan en conjunto y cualquiera fuera la causa —aunque siempre acotada a las previstas en los arts. 219 a 221—, el que no podrá superar los 90 días en un año —aniversario—, contado a partir de la primera suspensión, y siempre respetando los plazos individualmente establecidos para cada una de ellas.

En definitiva, y tal como señala Fernández Madrid(44), los plazos que prevé la LCT estarían dados de la siguiente manera: 30 días para las suspensiones dispuestas por razones disciplinarias; 30 días para las motivadas en falta o disminución de trabajo no imputable al empleador; 75 días para aquellas basadas en fuerza mayor; y 90 días sumando suspensiones de los tres tipos antedichos —reitero, disciplinarias, por falta o disminución de trabajo o por fuerza mayor—, sin excederse individualmente de los plazos máximos fijados para cada una de ellas.

15.3. Notificación por escrito

Como señala Pirolo, el propósito de este requisito es dar certeza al contenido de lo que se comunica(45), a la par que se justifica en orden a evitar que el empleador pueda variar la causa de la sanción(46) ni tampoco modificar su plazo.

Tratándose de un requisito de forma impuesto por la ley —ad solemnitatem—, la notificación por escrito no puede ser sustituida por otro medio, lo que guarda coherencia con lo previsto en el art. 49 de la LCT; por ende, de no respetarse esta formalidad, el acto se tendrá por no sucedido(47). Aun así, cierta parte de la doctrina sostiene la tesis de que este requisito no integra el acto sino que se trata simplemente del cumplimiento de un recaudo previsto en la ley y sujeto a prueba(48).

Más allá de lo dicho, si bien la ley manda comunicar la suspensión por escrito, lo cierto es que no estipula, concretamente, cómo efectivizar dicha notificación. Así las cosas, el empleador podrá optar por un amplio abanico de posibilidades, como ser el telegrama colacionado, la carta documento, acta notarial, incluso haciéndole suscribir al trabajador una nota, etc. Y cualquiera sea la modalidad elegida, siempre debe tenerse en cuenta que la parte carga con el riesgo propio del medio de comunicación elegido.

16. Situación de despido. Salarios por suspensión

Conforme lo dispuesto en el art. 222 de la LCT, sólo se justifica la disolución del contrato de trabajo cuando la empleadora se excede en los plazos máximos de suspensión, ya sea el allí fijado para la acumulación de suspensiones, o bien para cada una de ellas considerada individualmente.

La norma condiciona la potestad del trabajador de considerarse indirectamente despedido —cfr. lo previsto en los arts. 242 y 246 de la ley con las consiguientes consecuencias indemnizatorias—, al oportuno rechazo de la medida dispuesta.

En cambio, habiéndose adoptado una suspensión que no supera el límite máximo autorizado por el mentado art. 222 de la LCT, al trabajador sólo le cabe el derecho de impugnarla y reclamar los salarios caídos, pero no darse por despedido.

Ahora bien, aun cuando haya —o no— ejercido el derecho a considerarse despedido, la Ley de Contrato de Trabajo le da la posibilidad al empleado de reclamar los haberes por el tiempo de duración de la suspensión en caso de que el principal no hubiese observado las prescripciones de los arts. 218 a 221, en cuanto a causas, plazos y notificación de la misma.

Sin embargo, y al igual que lo previsto en el art. 222, conforme lo dispuesto en el art. 223 de la ley 20.744, es requisito inexcusable para tener derecho a los haberes por suspensión, en caso de sanciones disciplinarias, que el dependiente afectado no haya consentido la medida o, dicho en otras palabras, que la haya impugnado oportunamente.

En suma, si el empleador al efectuar la suspensión no justificó los requisitos de validez exigidos por la LCT —justa causa, plazo fijo y notificación escrita—, el trabajador tendrá derecho a percibir la remuneración por todo el tiempo que estuviere suspendido, si hubiera impugnado la suspensión (cfr. art. 223, LCT).

Por lo demás, hay posturas encontradas en cuanto a si lo previsto en el art. 223 de la LCT sólo es aplicable a las suspensiones originadas en razones disciplinarias, o bien si se extiende igualmente al resto de las causales enumeradas en el art. 219 de dicha ley. Así, un sector de la jurisprudencia sostiene que ninguna norma le exige al trabajador impugnar las suspensiones por falta de trabajo o por fuerza mayor para poder cobrar los salarios correspondientes a tales períodos(49); para otro, en cambio, lo previsto en el mentado art. 223 es complementario del art. 222, que en su último párrafo efectúa la remisión pertinente(50).

La impugnación a que hacen referencia estos artículos (es decir, el 222 y el 223) es la prevista en el art. 67 de la LCT, que en su parte pertinente reza: "Dentro de los treinta días corridos de notificada la medida, el trabajador podrá cuestionar su procedencia y el tipo de extensión de la misma, para que se la suprima, sustituya por otra o limite según los casos. Vencido dicho término se tendrá por consentida la sanción disciplinaria". De esta manera, se estableció un plazo de caducidad, por lo que, si la sanción no es impugnada dentro del plazo así previsto (30 días corridos), luego no es factible admitir su cuestionamiento judicialmente(51).

Por último, cabe agregar que la ley 24.700 incorporó a este capítulo el art. 223 bis. Dicha norma estipula una compensación dineraria de carácter no remunerativa a los trabajadores que se vieran afectados por una "suspensión concertada" —es decir, dispuesta por el empleador y aceptada por los dependientes afectados—, que responda a causas económicas (falta o disminución de trabajo no imputable al empleador, o fuerza mayor debidamente comprobada), pactada individual o colectivamente, y en la medida que los trabajadores no cumplan con la prestación laboral a su cargo.

La aceptación debe plasmarse en un acuerdo que tendrá que ser homologado por la autoridad de aplicación —léase, el Ministerio de Trabajo—.

Explica Maza(52) que, en esta hipótesis, las partes pactan una suma de dinero representativa de una porción de la remuneración devengada habitualmente, y que se encuentra sujeta únicamente a los aportes correspondientes a obra social (cfr. leyes 23.660 y 23.661).

17. Suspensión preventiva

La "suspensión preventiva"(53) del trabajador está admitida por el art. 224, LCT.

Se trata de una facultad reconocida unilateralmente al empleador, originada en su poder de dirección, que opera ante la existencia de dos supuestos previstos en el propio artículo: la denuncia criminal efectuada por el empleador, y la denuncia realizada por terceros o bien por un proceso promovido de oficio por la autoridad competente.

17.1. Denuncia criminal efectuada por el empleador

El primer supuesto está regulado en el párr. 1º del mentado art. 224, al señalar "...cuando la suspensión se origine en denuncia criminal efectuada por el empleador...", habilitando así la suspensión por ese solo hecho(54).

Fernández Madrid(55) refiere que "...los únicos requisitos que se exigen para justificar la suspensión preventiva son la existencia de un proceso penal en contra del trabajador y que el hecho imputado tenga entidad suficiente como para que —en caso de ser comprobado, determinándose su responsabilidad— impida la prosecución del contrato. En otros términos, el delito que justifica la suspensión preventiva es aquel con aptitud como para justificar la ruptura del vínculo y cumplir las condiciones del art. 242, LCT...".

Es indiferente para la ley si el trabajador está o no detenido durante todo o parte del proceso, pues este tramo del artículo nada menciona al respecto.

En este tipo de suspensión no puede fijarse plazo alguno de antemano. Por lo tanto, el contrato de trabajo quedará suspendido desde la denuncia del empleador hasta la resolución dictada en el proceso penal, la que desembocará, según que el trabajador sea condenado o que la denuncia sea desestimada, en la disolución o en el restablecimiento del contrato de trabajo.

En caso de que el proceso penal seguido contra el trabajador culmine con una sentencia derivada de un veredicto condenatorio, el empleador podrá extinguir el contrato de trabajo invocando justa causa, sin generarse derecho indemnizatorio.

Si, por el contrario, la denuncia fuese desechada, o bien se dicte a favor del trabajador la falta de mérito, el sobreseimiento provisional o definitivo, o la sentencia absolutoria, el empleador deberá reincorporarlo a su empleo y abonar los salarios caídos durante el tiempo que duró la suspensión. En caso de negativa del empleador a la reinstalación, éste deberá pagar la indemnización por despido, además de los salarios perdidos durante el tiempo de la suspensión preventiva.

Sin perjuicio de ello, al dependiente le asiste la posibilidad de optar por considerarse despedido en caso de que la situación le hubiese provocado una injuria que no consintiese la prosecución del vínculo(56).

17.2. Denuncia realizada por terceros o proceso promovido de oficio

En el segundo párrafo, el art. 224 de la LCT se refiere a la suspensión que se origina por denuncia penal efectuada por un tercero o en proceso promovido de oficio por la autoridad competente, siempre y cuando se diese el caso de la privación de la libertad del trabajador, y en tanto la mentada denuncia no tenga conexidad con la relación laboral.

En este caso, la suspensión de la relación laboral viene impuesta por la ley, por lo cual el empleador no estará obligado a pagar la remuneración por el tiempo que dure, salvo que se tratara de hecho relativo o producido en ocasión del trabajo.

Sobre el punto, jurisprudencialmente se ha sostenido que "...el empleador queda obligado a pagar salarios por el lapso de una detención a la que es ajeno, sólo si el hecho está vinculado con el trabajo, en razón de cargar con los riesgos de la empresa. En otros términos se requiere que la situación que dio origen al proceso se haya producido con motivo de la prestación laboral y que no haya responsabilidad del trabajador ni siquiera a título de culpa. De ahí que no deba soportar dicha obligación si por ejemplo se trata de un atentado sufrido por el trabajador encontrándose en cumplimiento de una diligencia encomendada por su principal, debido a una relación particular de enemistad con el agresor, a quien dio muerte porque ello constituye un riesgo ajeno a la empresa..."(57).

18. Suspensión precautoria

Se trata de una medida cuyo ejercicio ha sido reconocido —pretorianamente— al empleador con base en las facultades de organización y dirección a que aluden los arts. 64 y 65 de la ley 20.744, fundada en los principios de confianza, seguridad y buena fe que deben presidir la relación laboral.

Si bien no ha sido objeto de regulación normativa, desde antaño la doctrina y jurisprudencia pacíficamente la han encuadrado entre las facultades que asisten al empleador para disponer ese tipo de medida durante el desarrollo de un sumario interno tendiente a investigar un hecho que, por sus características, configure una inobservancia contractual grave y cuya autoría y la eventual imputabilidad del presunto infractor, genera dudas razonables que impongan esa actuación previa.

La medida así adoptada debe ser interpretada restrictivamente, y su legitimidad viene dada por la necesidad de apartar al trabajador para evitar que con su presencia perturbe la investigación, en función de la relevancia del hecho que se presume cometido por éste. Por ello, "es el empleador el que está obligado a probar que la suspensión precautoria no es caprichosa o arbitraria, sino fundada en hechos reales y graves. Y si la empleadora entiende que los hechos revisten suficiente gravedad como para suspender precautoriamente a la trabajadora, es indudable que la medida debe adoptarse contemporáneamente a esos hechos"(58).

En base a lo dicho, se entiende que esta medida no puede extenderse por más de 30 días corridos (aplicándose analógicamente los principios de las suspensiones por causas disciplinarias).

Se ha sostenido, asimismo, que la suspensión precautoria "...no tiene carácter sancionatorio en tanto no configura una sanción disciplinaria y, en tal inteligencia, el despido dispuesto con posterioridad a la misma y con fundamento en la causa que motivara el sumario interno, adquiere vigencia retroactiva desde el primer día de la medida, sin que ello implique transgredir el principio 'non bis in idem'..."(59).

19. Jurisprudencia

Suspensiones. Requisitos de validez

"...La dispensa al deber de ocupación puede deberse a motivos fundados que impidan la satisfacción de tal deber, pues de lo contrario, su violación habilita al trabajador, previa intimación, a considerarse despedido (arts. 242 y 246, LCT) y frente al sustrato fáctico descripto, la eximición de prestar tareas resulta —en el sub lite— asimilable a la 'suspensión' del contrato de trabajo y, en tal sentido, la norma establece —como requisitos de validez— que se funden en justa causa, que tengan plazo fijo y que se comuniquen por escrito al trabajador y tales extremos no surgen acreditados en autos, dado que no se ha consignado un plazo fijo para la suspensión sino que la misma fue dispuesta 'hasta nuevo aviso'...".

CNTrab., sala II, 15/7/2010, "Baroffio, Ana Cecilia c. Air Madrid Líneas Aéreas Sucursal Argentina", DJ, 2/2/2011, 77.

Suspensiones por causas económicas. Caracterización

"...Se advierte que tampoco en estos autos la accionada ha demostrado que la suspensión se debiera a 'falta o disminución de trabajo no imputable al empleador' o a 'fuerza mayor debidamente comprobada' —no imputable a ella— dado que si bien la suspensión de la actividad no se encuentra en discusión, lo que corresponde es analizar la causa de la misma y no su existencia en sí. Es decir, determinar si se debió a un hecho realmente 'imprevisto' o que previsto 'no pudo evitarse' o si, por el contrario, podía preverse o evitarse la decisión administrativa de suspender la actividad...".

CNTrab., sala II, 15/7/2010, "Baroffio, Ana Cecilia c. Air Madrid Líneas Aéreas Sucursal Argentina", DJ, 2/2/2011, 77.

Falta de Trabajo. Requisitos. Prueba

"...Las pruebas de la falta de trabajo que —estaban a cargo de la demandada (art. 377, CPCCN)— legitima las suspensiones dispuestas por la empleadora y torna inexigible al trabajador la percepción de sus salarios por un plazo determinado, deben referirse no sólo a la existencia de falta absoluta de trabajo, sino también a la falta de imputabilidad empresaria, es decir, debe probar la existencia de causas objetivas que no obedecieran al riesgo propio de la empresa, que fueran imprevisibles o que previstas no pudieran evitarse, aun habiendo observado una conducta diligente acorde a las circunstancias y tomando todas las medidas necesarias para paliarlas, que no tuvo culpa ni negligencia y que respetó el orden de antigüedad, sino también la perdurabilidad de ella, porque una crisis empresaria es un riesgo común en la explotación comercial. De faltar alguno de estos requisitos, las suspensiones no pueden justificarse en base a la causal invocada (art. 219, LCT)...".

CNTrab., sala X, 13/2/2004, "Ovejero, Estela c. Agrest SA", DJ, 2004-3-151.

Suspensiones. PPC

"...El procedimiento preventivo de crisis no suspende la vigencia de las obligaciones de las partes ni las disposiciones sobre extinción y por lo tanto, de producirse alguna de las causales de despido previstas por la Ley de Contrato de Trabajo (DT, 1976-238), con excepción de las fundadas en fuerza mayor, económicas y tecnológicas, no existe obstáculo alguno para que el empleador extinga la relación aún durante el trámite que prevén los art. 98 y ss., de la ley nacional de empleo (DT, 1991-B, 2333)...".

CNTrab., sala X, 17/9/1997, "Pérez, Lisandro A. c. Laredo y Asociados SRL", DJ, 1998-2-40.

Suspensión disciplinaria. Límites

"...Constituye injuria laboral la suspensión dispuesta por el empleador como sanción ante la supuesta sustracción de dinero, que nunca se probó, de parte del trabajador, quien tiene larga antigüedad en la empresa y carece de antecedentes disciplinarios, pues la sanción siempre tiene que guardar una adecuada relación no sólo con la falta producida sino también con los antecedentes de quien la comete, con la gravedad del incumplimiento y con la antigüedad del trabajador, ya que las facultades disciplinarias del principal se encuentran limitadas por los arts. 68 y 69 de la Ley de Contrato de Trabajo, que excluyen toda forma de abuso de derecho...".

CNTrab., sala X, 15/5/2007, "Castillo, Valentín c. Berca Hotelera SA", LLAR/JUR/2347/2007.

Suspensiones. Non bis in ídem

"...Todo poder disciplinario, sea cual fuere la égida en la que opere, está condicionado por la máxima de que una misma conducta no puede ser sancionada más que una vez, y por ello, las condiciones y circunstancias de la comunicación resolutoria determinan la ilegitimidad del despido cuando el trabajador ya había sido suspendido por la falta imputada...".

CNTrab., sala I, 15/11/2010, "Pérez, Cristian Leonardo c. Wonder New SRL", LLAR/JUR/78888/2010.

Suspensiones. Plazo máximo

"...Habiéndose adoptado una suspensión que no supera el límite máximo autorizado por el art. 222 de la LCT, al demandante sólo le cabía el derecho de impugnarla y reclamar los salarios caídos, pero no darse por despedido ... resulta de aplicación al caso lo dispuesto en el art. 222 del citado cuerpo legal, en virtud del cual sólo se justifica la disolución del contrato de trabajo cuando la accionada se excede en el plazo de suspensión, debiendo reclamar el trabajador los salarios caídos sin necesidad de provocar la interrupción del vínculo...".

CNTrab., sala IX, 3/8/2005, "Valdez, José L. c. Contartese y Cía. SRL y otro", DJ, 2005-3-1036.

Suspensiones. Salarios

"...Ninguna norma exige al trabajador impugnar las suspensiones del contrato por falta de trabajo o por fuerza mayor para poder cobrar los salarios correspondientes a tales períodos...".

CNTrab., sala VI, 31/5/1999, "Galarza, José J. c. Sanatorio Güemes SA", LA LEY, 2000-B, 557.

Salarios por suspensión

"...Conforme al art. 223 de la Ley de Contrato de Trabajo (t.o. 1976) (Adla, XXXVI-B, 1175) es requisito inexcusable para tener derecho a los haberes por suspensión que el dependiente afectado no haya consentido la medida, o que la haya impugnado oportunamente...".

CNTrab., sala X, 5/10/2004, "Kremer, Carlos R. c. Obra Social de Mecánicos y Afines del Transporte Automotor", LLAR/JUR/7198/2004.

Suspensión preventiva. Caracteres

"...La suspensión preventiva del trabajador es una figura contemplada en el art. 224 de la LCT ante la existencia de una denuncia del empleador o de terceros y se vincula con una figura de cuño pretoriano cual es la suspensión precautoria y cuyo ejercicio se ha reconocido al empleador como parte de su facultad de dirección como lo ha reconocido la doctrina y la jurisprudencia...".

CNTrab., sala VI, 7/4/2011, "Sfintzi, Isaac Gustavo c. Poder Ejecutivo Nacional —Administración Federal de Ingresos Públicos— Dirección General Impositiva", LA LEY, 2011-C, 445.

Suspensión preventiva. Procedencia

"...Es improcedente la acción de amparo interpuesta por un trabajador contra el Poder Ejecutivo Nacional, Administración Federal de Ingresos Públicos, Dirección General Impositiva, a los fines de que se suspenda la disposición por la cual se lo suspendió preventivamente por el término de seis meses, pues, dicha medida se adoptó al quedar firme el procesamiento sin prisión preventiva del actor, con fundamento en la figura contemplada en el art. 224 de la Ley de Contrato de Trabajo y en ejercicio de la facultad que le confiere el art. 19 de la Disposición 185/10...".

CNTrab., sala VI, 7/4/2011, "Sfintzi, Isaac Gustavo c. Poder Ejecutivo Nacional —Administración Federal de Ingresos Públicos— Dirección General Impositiva", LA LEY, 2011-C, 445.

Suspensión precautoria

"...Resulta injustificada la extinción de la relación laboral decidida por un trabajador, si la misma fue fundada únicamente en la supuesta injuria ocasionada por la suspensión precautoria dispuesta por su principal, la cual se impuso durante el trámite de una investigación interna llevada a cabo para establecer si correspondía atribuirle responsabilidad por las irregularidades laborales detectadas, toda vez que dicha medida cumplió con los requisitos establecidos en el art. 218 de la Ley de Contrato de Trabajo (t.o. 1976) (Adla, XXXVI-B, 1175), en tanto se notificó por escrito en forma fehaciente, se aplicó por un plazo de duración breve y no afectó la remuneración del trabajador...".

CNTrab., sala X, 17/5/2005, "Arévalo, Hernán G. c. Banco Itaú Buen Ayre", DJ, 2005-3-208.

Sección XIII - LCT (ley 20.744), arts. 225 al 230. Por Pablo Marco

• Normas aplicables: Ley de Contrato de Trabajo, 20.744: arts. 225 al 230.

TÍTULO XI De la Transferencia del Contrato de Trabajo

Transferencia del establecimiento

Art. 225. — En caso de transferencia por cualquier título del establecimiento, pasarán al sucesor o adquirente todas las obligaciones emergentes del contrato de trabajo que el transmitente tuviera con el trabajador al tiempo de la transferencia, aun aquéllas que se originen con motivo de la misma. El contrato de trabajo, en tales casos, continuará con el sucesor o adquirente, y el trabajador conservará la antigüedad adquirida con el transmitente y los derechos que de ella se deriven.

Situación de despido

Art. 226. — El trabajador podrá considerar extinguido el contrato de trabajo si, con motivo de la transferencia del establecimiento, se le infiriese un perjuicio que, apreciado con el criterio del art. 242, justificare el acto de denuncia. A tal objeto se ponderarán especialmente los casos en que, por razón de la transferencia, se cambia el objeto de la explotación, se alteran las funciones, cargo o empleo, o si mediare una separación entre diversas secciones, dependencia o sucursales de la empresa, de modo que se derive de ello disminución de la responsabilidad patrimonial del empleador.

Arrendamiento o cesión transitoria del establecimiento

Art. 227. — Las disposiciones de los artículos 225 y 226 se aplican en caso de arrendamiento o cesión transitoria del establecimiento.

Al vencimiento de los plazos de éstos, el propietario del establecimiento, con relación al arrendatario y en todos los demás casos de cesión transitoria, el cedente, con relación al cesionario, asumirá las mismas obligaciones del art. 225, cuando recupere el establecimiento cedido precariamente.

Solidaridad

Art. 228. — El transmitente y el adquirente de un establecimiento serán solidariamente responsables respecto de las obligaciones emergentes del contrato de trabajo existentes a la época de la transmisión y que afectaren a aquél.

Esta solidaridad operará ya sea que la transmisión se haya efectuado para surtir efectos en forma permanente o en forma transitoria.

A los efectos previstos en esta norma se considerará adquirente a todo aquel que pasare a ser titular del establecimiento aun cuando lo fuese como arrendatario o como usufructuario o como tenedor a título precario o por cualquier otro modo.

La solidaridad, por su parte, también operará con relación a las obligaciones emergentes del contrato de trabajo existente al tiempo de la restitución del establecimiento cuando la transmisión no estuviere destinada a surtir efectos permanentes y fuese de aplicación lo dispuesto en la última parte del artículo 227.

La responsabilidad solidaria consagrada por este artículo será también de aplicación cuando el cambio de empleador fuese motivado por la transferencia de un contrato de locación de obra, de explotación u otro análogo, cualquiera sea la naturaleza y el carácter de los mismos.

• Comentario:

1. Introducción

A lo largo de este Título, la LCT regula la figura de la transferencia del contrato de trabajo. Contempla tres hipótesis diferentes: la transferencia del establecimiento (arts. 225 a 228), la cesión de personal (art. 229) y los casos en que la transferencia se opera a favor del Estado (art. 230).

Concretamente, aborda las modificaciones que pueden darse en el vínculo laboral, desde el aspecto subjetivo, esto es, cuando el cambio recae en los sujetos del contrato, concretamente en quien reviste la figura de "empleador".

Al respecto, es útil recordar que ese cambio es posible pues, a diferencia de lo estipulado para el caso del trabajador, donde adquiere relevancia la persona contratada ya que, conforme lo establece el art. 37, LCT, ésta prestará una actividad "personal e infungible" —es decir, que el individuo se obliga en forma personal y, en principio, su labor no puede ser reemplazada por la de otro trabajador—, en el caso del principal no adquiere semejante virtualidad pues esa calidad puede revestirla tanto una persona ya sea física o jurídica o bien un conjunto de ellas (cfr. art. 26, LCT)(1).

Cabe añadir que la posibilidad de receptar estas modificaciones tiene sentido, en tanto sabido es que uno de los principios que regulan la materia es el de la subsistencia del contrato (art. 10, LCT) y que la regla es que éstos se celebran por tiempo indeterminado (cfr. arts. 90, LCT y 27 de la ley 24.013). De esta manera, la propia letra del art. 225, LCT descarta la extinción del vínculo, al decir que "... el contrato de trabajo, en tales casos, continuará con el sucesor o adquirente..." y, como explica Centeno(2), conforme la ley laboral el vínculo subsiste al asignarse solidaridad al transmitente.

2. Transferencia del establecimiento

En el supuesto examinado, lo que se produce es la modificación de la figura del empleador —es decir, quien tiene los poderes jerárquicos a que hacen referencia los arts. 64 a 68 de la LCT—, al transmitirse por cualquier título el establecimiento en el que se desempeñan los trabajadores, quienes resultan ajenos a los cambios producidos en la estructura empresarial y sus contratos conservan todos los derechos y obligaciones, entre ellos la antigüedad(3); así las cosas, no se exige la conformidad de los trabajadores en este caso.

Al respecto, jurisprudencialmente se ha explicado que "...existe una sustitución subjetiva siempre que haya cambio de empleador. Se trata de casos en que en forma transitoria o definitiva surja un nuevo receptor y director del trabajo. El principio general aplicable a tales casos está definido en el art. 225 de la LCT y en los artículos siguientes se establecen una serie de ejemplos meramente enunciativos de los supuestos posibles. Cuando se ha producido una transferencia del establecimiento en el que cambió la persona física o jurídica del empleador no resulta necesaria la conformidad del 'personal transferido'..."(4).

Pinto(5) sostiene que el art. 225 de la LCT prevé la modificación de uno de los sujetos titulares de la relación laboral: quien era sujeto antes deja de serlo y otro pasa a ocupar su lugar, produciéndose así una modificación del contrato por vía del empleador. Consiste, en definitiva, en la transmisión del establecimiento o de varios de ellos que integran parte o la totalidad de una empresa sin que al efecto resulte relevante el título y las condiciones en virtud de las cuales ella se realiza ni lo pactado por las partes con relación al personal.

3. ¿Qué es lo que se transfiere y cómo opera esa transmisión?

Como se dijo, el objeto de la transferencia es el establecimiento, entendido como la "unidad técnica o de ejecución destinada al logro de los fines de la empresa a través de una o más explotaciones" (cfr. art. 6º, LCT); y, a su vez, cabe memorar que la noción de empresa viene dada por el art. 5º de la ley 20.744, indicando que es "la organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos".

Se ha sostenido que la transferencia puede comprender toda la empresa o sólo una parte de ella representada por una o más explotaciones, siempre que la parte que se transfiere constituya, por lo menos, una unidad técnica productiva, de tal modo que necesariamente debe poder funcionar por sí de forma autónoma(6), como se puede advertir de la redacción del art. 226 de la LCT.

Por otra parte, se extrae del texto del art. 225 de dicha ley que la transferencia opera por cualquier título, para lo cual basta con que la adquirente haya continuado con la explotación del establecimiento sin solución de continuidad y realizando la misma actividad. Señala Maza(7) que, para que el nuevo titular de la explotación o establecimiento pueda ser considerado, a los fines de la ley, sucesor y ocupe el lugar del anterior como empleador, se requiere un acto negocial o mortis causa de transmisión, ya que debe mediar "transferencia" de un empresario a otro, mediante un vínculo jurídico entre vivos o mortis causa, y no una simple "sustitución".

Enseñaba Vázquez Vialard(8) que debe haber, en tales situaciones, un empleador transmitente y un empresario adquirente, así como un "negocio jurídico" entre ambos. Y Guisado también señala que el supuesto examinado comprende tanto la sucesión por causa de muerte como la que tiene lugar entre vivos, debiendo mediar —en este último caso— un negocio jurídico, gratuito u oneroso, que produzca la transmisión del dominio o, al menos, del uso y goce del establecimiento en forma permanente o transitoria(9).

En definitiva, ese "cualquier título" puede exteriorizarse en diversas hipótesis, tanto totales como parciales, como ser compra-venta, sucesión hereditaria, legados, donaciones, usufructos, transferencia de fondo de comercio en los términos de la ley 11.867 y fusión o escisión de sociedades, entre otras. A ello se agrega que, conforme lo dispuesto en el art. 227, LCT, no es óbice que la transferencia no resulte definitiva, citando como ejemplos los casos de arrendamiento o de cesión transitoria del establecimiento. Y, a su turno, el art. 228 de la LCT, en su 2º y 3º párrafo, refrenda luego dicha tesis, al puntualizar los casos en que operarán los efectos previstos en dicha norma y aquéllos en que un adquirente pasa a ser titular del establecimiento, ya sea como arrendatario, usufructuario, tenedor a título precario o por cualquier otro modo(10).

Así, se ha sostenido que "...las normas expresadas en los arts. 225 y ss. de la LCT consagran un concepto amplio de transferencia de establecimiento por lo que, cualquiera fuese el título por el que se concrete la transferencia o transmisión, la circunstancia dirimente para establecer la extensión de responsabilidad es si ha habido un cambio de titularidad en la explotación comercial o industrial de un mismo establecimiento o negocio, aun cuando la actividad continúe desarrollándose en otro domicilio..."(11).

Por el contrario, existen ciertos casos que no encajan en el supuesto en estudio: pueden citarse, por caso, la transformación de sociedades en los términos de la ley 19.550, como así también la regularización de sociedades de hecho. Ello así pues, en rigor de verdad, no operó ninguna transmisión entre distintos entes sino que se modificó la tipología societaria.

Tampoco puede hablarse de transferencia en los casos en que haya mediado la adjudicación de una concesión, ya sea por licitación pública o privada; y, asimismo, en los casos de adquisición por medio de subasta pública o de una empresa fallida —en los términos del art. 199 de la ley 24.522—. Esto se explica desde que, claramente, falta la configuración de un vínculo jurídico entre el titular originario y el adquirente de la firma en dichas condiciones(12).

Lógicamente, cuando el objeto perseguido por las firmas involucradas —léase, transmitente y adquirente— es claramente distinto, no puede hablarse de un supuesto como el contemplado en los arts. 225 y ss. de la Ley de Contrato de Trabajo(13).

A lo dicho cabe añadir que quedan afuera de la aplicación de las normas que regulan la transferencia los casos en que éstas operan a favor del Estado, conforme lo dispone el art. 230 de la LCT, tema que será objeto de tratamiento infra.

4. Los efectos de la transferencia

Configurados los presupuestos de hecho que requiere la LCT, y operada la transferencia, los contratos de trabajo continuarán con el adquirente, quien pasa a ocupar el lugar del empleador; y los trabajadores conservarán la antigüedad que tenían en el empleo y, va de suyo, los derechos y beneficios que de ella se deriven, léase licencias, premios, indemnizaciones, entre otras.

Sobre este extremo se ha dicho que "...no resulta necesario que el empleador que asume la relación laboral consigne en los libros y los recibos la antigüedad originaria del dependiente, sino que puede válidamente establecer la real fecha de ingreso a sus órdenes sin perjuicio de su obligación legal de respetar la antigüedad computada desde el ingreso a las órdenes del empleador cedente, a los efectos de gozar de los beneficios vinculados a ella, esto es, salario, licencias, indemnizaciones, etc., ..."(14).

Como lógica derivación de la posición jurídica de empleador que asume el adquirente, otro efecto que se produce es que pasan en cabeza de éste todas las obligaciones —y también los derechos— emergentes del contrato de trabajo que el transmitente tuviera con los trabajadores al tiempo de la transferencia, así como las que se originen con motivo de ella. Así, entre las primeras —que, como señala Etala(15), son obligaciones exigibles en ese momento— pueden mencionarse los haberes pendientes, las vacaciones que aún no se hubieran otorgado así como las que todavía se adeudaran y, también, indemnizaciones devengadas por despidos o accidentes nacidas de contratos ya extinguidos y hasta el respeto de la estabilidad consagrada por la ley 23.551(16); en cuanto a las segundas, podemos citar a las indemnizaciones que se originan por la decisión de despedir trabajadores para reducir la plantilla de personal que se transfiere junto con el establecimiento o bien por aplicación de la llamada cláusula "libre de personal" —rescindiendo todos los contratos laborales antes de que la transferencia se opere—(17), y también el caso de aquellos trabajadores que se consideran despedidos por resultarles dicho traspaso perjudicial.

Sobre este último aspecto, es útil remarcar que, como los trabajadores no participan del acuerdo entre transmitente y adquirente y, por ende, no pueden oponerse a él, el art. 226, LCT les otorga la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo cuando la transmisión operada les irrogue un perjuicio tal que torne imposible su prosecución de la relación. A tal fin la norma remite para su apreciación al criterio restrictivo sentado por el art. 242 de dicha ley.

La transferencia, por sí sola, en la medida que no conlleve situaciones que alteren lo sustancial del contrato laboral, no justifica que el trabajador pueda disolverlo. De allí que el art. 226, LCT, realiza una enumeración de los supuestos que consideran especialmente injuriantes, a saber: modificación del objeto de la explotación, alteración de las condiciones de la relación (funciones, cargo o empleo), o disminución patrimonial del empleador. Esta enunciación no es taxativa, por lo que el trabajador puede esgrimir otras circunstancias que, en tanto redunden en un perjuicio de gran magnitud, lo habiliten a considerarse despedido. En cualquier caso deberá, el trabajador que se considere injuriado, demostrar el perjuicio que le provoca el traspaso.

Estos efectos no varían en caso de que la transferencia tuviera carácter transitorio. Así surge de la propia ley (art. 227); en estos casos, cuando el transmitente recupera la titularidad del establecimiento, se responsabiliza también por las deudas laborales contraídas por el arrendatario o cesionario. Ello abarca no sólo a los trabajadores que ya prestaban tareas para él anteriormente a la transmisión, sino también a aquellos que hubiera contratado el locatario o cesionario.

Así se ha sostenido que "...habiéndose operado en la especie la transferencia del establecimiento en base al arrendamiento del mismo, sin que se hubiera pactado expresamente en el contrato celebrado entre las empresas nada en lo relativo a los contratos de trabajo, cabe presumir la continuación para la adquirente, quien es responsable de las obligaciones reclamadas en el caso. Especialmente si se tiene en cuenta que la accionada no desvirtuó la situación de veracidad procesal de los hechos expuestos en el inicio en torno a la existencia de un contrato de trabajo..."(18).

Llegado este punto, cabe remarcar que uno de los efectos fundamentales de la transferencia es la estipulación de la responsabilidad solidaria del transmitente y del adquirente respecto de las obligaciones emergentes de los contratos de trabajo existentes a la época de la transmisión, contemplada en el art. 228, LCT.

Este artículo ratifica la amplitud del concepto de transferencia dado por la ley, al disponer que los efectos previstos en dicha norma operarán ya sea que el traspaso se haya efectuado en forma permanente o transitoria; y, a la par, estipula que ello será así indiferentemente de la forma en que el adquirente pase a ser titular del establecimiento, ya sea como arrendatario, usufructuario, tenedor a título precario o por cualquier otro modo.

Como señala Maza(19), la solidaridad consagrada en la norma de marras implica que el trabajador puede reclamar contra cualquiera de los dos sujetos —es decir, transmitente y adquirente— la totalidad de su crédito; y Guisado agrega que en razón de tratarse de una solidaridad impuesta por ley, son inoponibles al trabajador las eventuales cláusulas limitativas de responsabilidad que se pacten entre dichos sujetos(20).

Las obligaciones alcanzadas por dicha solidaridad son aquéllas existentes al momento en que se opera la transferencia —incluso las originadas con anterioridad al traspaso— y las que se originan con motivo de ella; en cambio, quedan exceptuadas las deudas que contraiga el adquirente después de la transmisión, las que pesan en cabeza de éste, salvo que haya mediado fraude.

En un fallo reciente, se ha sostenido que "...Toda vez que en el caso se trata de créditos devengados con posterioridad a la cesión del contrato de trabajo del actor (con inclusión del establecimiento), dichas acreencias corresponden exclusivamente al último empleador y no a quien lo antecedió en la explotación del establecimiento. Debe entenderse por 'obligaciones existentes a la época de la transmisión' de un establecimiento (art. 228LCT), las devengadas anterior o contemporáneamente a la transferencia, pero no aquellas que, aunque tengan su fundamento en el contrato transferido, se devengaron con posterioridad (como acontece en el caso), pues en este último supuesto el único deudor de éstas es el adquirente. En otras palabras, la solidaridad establecida en los arts. 225 a 229LCT alcanza a las obligaciones nacidas hasta el momento del traspaso y, salvo la alegación de la existencia de un fraude en el acto de la transferencia (extremo que no fue alegado), pero no se proyecta sobre las que se generan con posterioridad..." (cfr. CNTrab., sala X, 24/5/2016, en autos "Galeano, Walter J. c. Consignaciones Rurales S.A. y otro s/Despido").

Un tema que ha suscitado posturas encontradas doctrinaria y jurisprudencialmente ha sido el de determinar si las deudas originadas con motivo de contratos de trabajo ya extinguidos antes de la transferencia estaban o no incluidas en ella, o bien si la transmisión sólo comprendía las obligaciones derivadas de vínculo vigente a esa época. La discusión se centraba en si la expresión "existentes a la época de la transmisión" se refería a las obligaciones o al contrato de trabajo.

Dicha cuestión fue zanjada a partir del dictado del fallo Plenario nro. 289 (del 8/8/1997) en autos "Baglieri, Osvaldo c. Francisco Nemec y Cía. SRL. y otros s/Despido", en el que se resolvió: "El adquirente de un establecimiento en las condiciones previstas en el art. 228, LCT es responsable por las obligaciones del transmitente derivadas de las relaciones laborales extinguidas con anterioridad a la transmisión".

En dicho Plenario, la mayoría de los jueces de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo concluyó que tanto el texto de la norma como la finalidad de la ley buscan asegurar el crédito del trabajador frente a la posibilidad de un cambio del deudor, sumando al adquirente del establecimiento o empresa como deudor solidario de las deudas que el cedente dejare pendientes al momento de dicho traspaso(21). Es decir, la solidaridad nace con la transferencia, y el transmitente, conjuntamente con el adquirente, son solidariamente responsables por los créditos a favor del trabajador que se desempeñó con el primero.

5. Jurisprudencia

Solidaridad

"El adquirente de un establecimiento en las condiciones previstas en el art. 228, LCT es responsable por las obligaciones del transmitente derivadas de las relaciones laborales extinguidas con anterioridad a la transmisión".

Fallo plenario nro. 289, 8/8/1997, "Baglieri, Osvaldo c. Francisco Nemec y Cía. SRL. y otros s/Despido", DT, 1997-B-2013.

Transferencia del contrato. Transferencia del establecimiento

"La transmisión del patrimonio, derechos y obligaciones de LS 82 TV Canal 7 SA a ATC (Argentina Televisora Color) instrumentado por la ley 21.969, importó una transferencia de establecimiento, en los términos del art. 225, LCT, hecho este que determina la continuación de los contratos laborales celebrados con la empresa original".

CSJN, 11/6/1985, "Flores, María y otros c. ATC y otro s/Cobro de pesos", Fallos: 193:612.

Transferencia. Efectos

"...La solidaridad que emana del art. 228 de la Ley de Contrato de Trabajo es aplicable respecto de la persona física codemandada, al estar acreditado que fue la primera empleadora del actor y que una sociedad continuó la misma actividad por ella desplegada, en el mismo local, sin solución de continuidad, ostentando además dicha persona física transmitente el carácter de socio gerente del nuevo ente societario constituido...".

CNTrab., sala IX, 30/7/2013, "Díaz, Leandro Martin c. Vinokur, Diego Hernán y otro s/Despido", DJ del 22/1/2014, 37.

Transferencia. Efectos

"...La directiva de los arts. 225 a 228 de la LCT no instituye al sucesor o adquirente en empleador del dependiente con efecto retroactivo desde el inicio del contrato de éste con el transmitente, sino que únicamente lo obliga a respetar la antigüedad y derechos adquiridos por el trabajador en el empleo, por eso, sólo está obligado, a los fines registrales, a anotar como fecha de ingreso a sus órdenes aquella en que se hizo cargo del establecimiento y no tiene obligación de certificar la etapa anterior...".

CNTrab., sala I, 29/11/2013, "Zalazar, Nazario Elso c. General Industries Argentina SA y otro s/Despido", DT, 2014-mayo, 1215.

Transferencia. Acreditación

"...El lapso de seis días transcurridos entre el cierre del establecimiento donde laboraba el trabajador, y el inicio de actividad del codemandado, por lo exiguo de los plazos, lleva a colegir la imposibilidad de que un local gastronómico de categoría cierre, y uno totalmente nuevo y ajeno al anterior pueda abrir sus puertas, todo lo cual se constituye en un indicio insalvable a la hora de vincular a ambas empresas y considerar que, independientemente del título o la forma que hubieran elegido, conforme lo normado por los arts. 225 y 228 de la Ley de Contrato de Trabajo, resultan transmitente y adquirente del establecimiento...".

CNTrab., sala I, 22/2/2013, "Medina Struciat, Marcelo Fernando c. Patagonic Group SRL. y otro s/despido", DT, 2013-septiembre, 2295.

Transferencia del contrato. Sustitución subjetiva

"...Existe una sustitución subjetiva siempre que haya cambio de empleador. Se trata de casos en que en forma transitoria o definitiva surja un nuevo receptor y director del trabajo. El principio general aplicable a tales casos está definido en el art. 225 de la LCT y en los artículos siguientes se establecen una serie de ejemplos meramente enunciativos de los supuestos posibles. Cuando, como en el caso, se ha producido una transferencia del establecimiento en el que cambió la persona física o jurídica del empleador no resulta necesaria la conformidad del 'personal transferido'...".

CNTrab., sala VII, 31/5/2006, "Valenzuela, Karina c. Publimed SA s/Despido", sent. def. 39.264.

Transferencia del contrato. Prescripción

"...El plazo previsto en el art. 256 de la Ley de Contrato de Trabajo debe considerarse desde el momento en que el actor tomó conocimiento de la transferencia efectuada en los términos del art. 225 de la mencionada Ley de Contrato de Trabajo, ya que era desde ese momento que podía hacer valer el derecho cuya aplicación invocara, debido a que recién cuando se conoció la existencia de la transferencia del establecimiento —oportunidad en que el interventor recaudador se apersonara en el establecimiento— se tornó aplicable lo dispuesto por el art. 228 de la mencionada normativa...".

CNTrab., sala VII, 21/10/2010, "Carrizo, Pablo Domingo c. Fundación Formar Futuro y otros", LLAR/JUR/67058/2010.

Transferencia. Solidaridad

"...Habiéndose acreditado que se produjo una transferencia o transmisión del establecimiento en el que trabajó el actor, en virtud de lo establecido en los arts. 225, 228 y 229 de la Ley de Contrato de Trabajo y de la doctrina del plenario 'Baglieri' —LA LEY, 1997-E, 595— corresponde responsabilizar a la adquirente por la totalidad de las obligaciones emergentes del vínculo laboral...".

CNTrab., sala II, 23/8/2012, "Gómez, Yolanda Edelmira c. Fundación Formar Futuro y otros s/Despido", LLAR/JUR/45873/2012.

Transferencia. Requisitos

"...Para resultar aplicable la solidaridad prevista en el art. 225 de la Ley de Contrato de Trabajo se requiere no la mera sustitución de un empleador por otro sino un vínculo jurídico negocial entre vivos o mortis causae entre los dos titulares del establecimiento o explotación, el que puede ser presumido cuando el nuevo titular no invoca y demuestra que haya iniciado una explotación nueva o que haya mediado solución de continuidad entre el desenvolvimiento de la actividad previa a su asunción de tal rol...".

CNTrab., sala II, 23/8/2012, "Gómez, Yolanda Edelmira c. Fundación Formar Futuro y otros s/Despido", LLAR/JUR/45873/2012.

Transferencia del contrato. Adjudicación de una concesión. Improcedencia

"...En los casos de adjudicación de una concesión, ya sea pública o privada, no hay transferencia del establecimiento, debido a que no existe un vínculo que una al concesionario anterior con el posterior...".

CNTrab., sala IV, 20/10/2006, "Resta, Andrés c. Plataforma Cero SA y otros s/Despido", sent. def. 91.793.

Empresa fallida. Inaplicabilidad de los arts. 225 a 228, LCT

"...El art. 199 de la ley 24.522 libera al continuador en la explotación de la empresa fallida de toda responsabilidad frente a los contratos laborales existentes a la fecha de la transferencia...".

CNTrab., sala IX, 30/9/2010, "Rumacho, Carlos Alberto c. Expreso Paraná SA U.T.E. y otro", LLAR/JUR/61369/2010.

Transferencia del contrato. Cesión del establecimiento y de la explotación. Desarrollo en otro domicilio

"...Las normas expresadas en los arts. 225 y ss. de la LCT consagran un concepto amplio de transferencia de establecimiento por lo que, cualquiera fuese el título por el que se concrete la transferencia o transmisión, la circunstancia dirimente para establecer la extensión de responsabilidad es si ha habido un cambio de titularidad en la explotación comercial o industrial de un mismo establecimiento o negocio, aun cuando la actividad continúe desarrollándose en otro domicilio...".

CNTrab., sala II, 21/11/2007, "Botta, Félix c. Papelera Wilde SRL. y otro s/Despido", sent. def. 95.405.

Transferencia del contrato. Cese de la explotación

"...No hay transferencia en los términos de los arts. 225 a 228, LCT cuando se trata del cese de un servicio público de transporte y el posterior otorgamiento del permiso para la prestación de similar servicio a otra empresa, por parte de la autoridad estatal...".

CNTrab., sala IV, 22/8/2006, "Coria, Carlos Alberto c. Empresa San Vicente SA de Transporte s/Diferencias de salarios", sent. def. 91.609.

Transferencia del contrato. Cese de la explotación. Casos en que no rigen los arts. 225 a 228, LCT

...Para que se concrete la hipótesis de transferencia regida por los arts. 225 a 228, LCT, debe existir un vínculo de sucesión directa y convencional. No se considera transferencia a los fines de la LCT la compraventa en subasta pública, cambio por expropiación, cese de una adjudicación y otorgamiento de otra en licitación, o cuando cesa una concesión y la empresa es seguida por asignación directa a otra. En el caso de cesación de una explotación de la traza de una línea de transporte por quiebra de la empresa originaria y la eventual asunción por otra, de dicha traza, a título precario o definitivo, no permite encuadrar la situación en el régimen de los artículos mencionados, pues en el caso, no medió trato entre la quebrada y la empresa que tomó la explotación, no hubo pues sucesión directa y voluntaria entre ambos titulares de la explotación...".

CNTrab., sala II, 21/8/2007, "Zubiría, Héctor c. Transporte Automotor Plaza SA s/Despido", sent. def. 95.176.

Transferencia del contrato. Quiebra. Contrato de locación con una nueva empresa. No aplicación de los arts. 225 a 228, LCT

"...Si la quiebra celebró un contrato de locación con una empresa con la perspectiva de la compra a futuro, tal empresa no puede ser considerada continuadora de la empresa quebrada. La nueva empresa que se ha hecho cargo en virtud del contrato de locación es una empresa diferente a cuyas órdenes continúa el personal, pero por las particulares circunstancias del caso pierden los derechos que tenían en función de su antigüedad en el empleo, porque en las actas no se consignó tal compromiso. Para más, los dependientes de la empresa fallida no pueden cobrar dos indemnizaciones: una derivada de los montos verificados en la quiebra y otra que se acumularía a dichos montos resultante de la responsabilidad solidaria de la empresa demandada...".

CNTrab., sala VI, 28/9/2005, "Albornoz, José y otros c. Gec Alsthom SA y otro s/Despido", sent. def. 58.318.

Transferencia del contrato. Obligaciones existentes. Sucesión directa

"...Por 'obligaciones existentes a la época de la transmisión' deben entenderse aquellas devengadas anterior o contemporáneamente a la transferencia. En tal sentido cabe señalar que resulta irrelevante si el despido se produjo antes o después de la transferencia, sino que lo importante es que la extinción haya sido contemporánea a la transferencia, tal como lo señala la ley. Cuando ha quedado demostrado que entre ambos demandados existió una sucesión directa en la explotación del local, y que la misma resultó en forma simultánea al despido del actor, el nuevo adquirente o actual titular de la explotación resulta responsable de las obligaciones emergentes del contrato de trabajo del accionante (conf. Plen. nro. 289 'Baglieri c. Nemec y otro' del 8/8/1997)...".

CNTrab., sala III, 11/10/2007, "Zuleta, Florencio c. Guiñazú, Magdalena y otro s/Despido", sent. def. 89.130.

Transferencia del contrato. Existencia de perjuicio ostensible para dar por extinguido el vínculo. Prueba

"...El art. 226, LCT impone al trabajador, en los casos de transferencia del establecimiento, la carga de demostrar en juicio que ha habido circunstancias justificativas para rechazar el cambio de empleador. En principio, el trabajador no puede considerarse despedido por la sola transferencia del establecimiento, pero si ello le ocasionara un perjuicio ostensible —valorado con el criterio del art. 242, LCT— podrá configurarse una injuria que imposibilite la consecución del contrato, por lo que estará habilitado para extinguir el vínculo laboral...".

CNTrab., sala III, 28/9/2012, "Forniz, María Alejandra c. BCA Bebidas de Calidad para Argentina SA y otro s/Despido", sent. def. 93.246.

Cesión del personal

Art. 229. — La cesión del personal sin que comprenda el establecimiento, requiere la aceptación expresa y por escrito del trabajador.

Aun cuando mediare tal conformidad, cedente y cesionario responden solidariamente por todas las obligaciones resultantes de la relación de trabajo cedida.

• Comentario:

6. Cesión del personal. Concepto

En la hipótesis contemplada en el art. 229, LCT, a diferencia del caso analizado previamente, el objeto del traspaso son exclusivamente los trabajadores. Aquí se trata del supuesto en que uno o más dependientes son cedidos a otro empleador para que cumplan funciones en su establecimiento, distinto del anterior.

Señala Hierrezuelo(22) que, en la cesión del personal, el cambio de empleador no se produce por el traspaso del establecimiento, sección, actividad (cesión de locación de obra, explotación, concesión) sino que es el propio trabajador —con su expresa conformidad— el que es destinado en forma definitiva o transitoria a otra empresa.

El trabajador puede oponerse al traspaso, sin necesidad de expresar los motivos de su negativa ni de invocar la existencia de perjuicios actuales o futuros(23).

7. Requisitos

En este caso, la norma exige como requisito sine qua non que el trabajador preste su consentimiento con la cesión —contrariamente a lo que sucede en la transferencia del establecimiento donde, como se dijo antes, aquél no participa en el acuerdo— en forma expresa y por escrito.

Esta forma escrita —que puede formalizarse por instrumento privado— es ad probationem, de modo que quien invoque la cesión sólo podrá acreditarla mediante el respectivo documento o, en su defecto, por confesión judicial(24).

Se ha dicho al respecto que este requisito se estableció en beneficio del trabajador, sujeto al cual dirige su protección el derecho del trabajo y al que atañe una doble tutela, amparado por los principios favor debilis e in dubio pro operario, y no a favor del empleador; así, se establece en garantía de los derechos de los trabajadores para evitar situaciones equívocas en las que los empleadores intentan eludir toda responsabilidad respecto de los contratos que los unen a los trabajadores(25).

8. Efectos

Esta cesión provoca, ante todo, el cambio en la persona del empleador, y el vínculo laboral del trabajador cedido continúa con el cesionario en idénticos términos que antes de operado el traspaso. Esto conlleva que conserve todos los derechos derivados de sus anteriores condiciones laborales (antigüedad, salario, categoría profesional, etc.)(26).

Jurisprudencialmente se ha sostenido que "...ha existido una transferencia formal del contrato de trabajo del actor a la Fundación, la que continuó desempeñándose como empleadora material del actor en su nuevo edificio de la avenida Belgrano. La relación laboral con ésta resultó consecuencia de una cesión de personal, en los términos del art. 229LCT, por parte del Dr. Favaloro quien hasta ese momento era el empleador del actor. Por lo tanto, frente al despido, la Fundación Favaloro debe reconocerle al actor, a los fines de la antigüedad en el empleo, los años laborados en el Sanatorio Güemes bajo la dependencia del Dr. René Favaloro..." (CNTrab., sala V, 17/2/2016, "Gabe, Eduardo Darío c. Fundación Favaloro para la Docencia e Investigación Médica y otros s/Despido", sent. def. 77.779).

El art. 229, LCT, también estipula la responsabilidad solidaria del cedente y del cesionario por todas las obligaciones resultantes de la relación de trabajo cedida, aun cuando el trabajador haya prestado la conformidad exigida por el 1º párrafo de dicha norma(27); por el contrario, las que se originen con posterioridad a dicho traspaso pesarán únicamente en cabeza del cesionario.

9. Jurisprudencia

Transferencia del contrato. Consentimiento expreso del trabajador

"...La cesión del contrato de trabajo realizada por una empresa a favor de otra carece de validez y, por ello de efectos jurídicos si no existió consentimiento expreso y por escrito del trabajador en los términos de lo dispuesto por el art. 229 de la LCT, formalidad requerida legalmente y que no puede ser suplida por el mero hecho de continuar laborando —arts. 12 y 58, LCT y 919, Cód. Civil—...".

CNTrab., sala VI, 12/11/2004, "Farfor, José c. Helvens SA y otro s/Despido", sent. def. 57.617.

Transferencia del contrato. Cesión de personal. Clandestinidad

"...Para que la cesión del contrato de trabajo se lleve a cabo conforme a derecho se requiere la conformidad escrita del trabajador. Pero ante la clandestinización de un contrato desde su inicio, prolongado posteriormente a la cesión del personal sin respetar en modo alguno las normas vigentes, no puede pretenderse que las normas laborales que las demandadas desconocieron se apliquen como fundamento para desconocer la reparación que en derecho le corresponde al trabajador. Para no responsabilizar al futuro cedente es necesario, en principio, que el personal dependiente esté reconocido como tal, y luego que la cesión se haya aceptado por escrito...".

CNTrab., sala VI, 29/12/2009, "Flory, Rodolfo c. Ideas del Sur y otro s/Despido", sent. def. 61.742.

Transferencia del contrato. Art. 229, LCT. Solidaridad. Cesión de personal

"...El art. 229, LCT, en lo que atañe a la solidaridad establece que el 'cedente y cesionario responden solidariamente por todas las obligaciones resultantes de la relación de trabajo cedida'. Es de observar que la norma no hace distinción alguna entre obligaciones anteriores o posteriores a la cesión del personal, y desde esa óptica, conforme a la máxima 'Ubi distinguit, nec nos distinguiré debemus', forzoso resulta concluir que el cesionario sigue siendo responsable de las consecuencias de la relación laboral cedida, aun respecto de las obligaciones generadas con posterioridad a la cesión. Existe, además una razón de peso, para concluir de esa forma. Cuando se produce la transferencia del establecimiento conjuntamente con el personal, éste sigue ligado al bien principal que resulta ser el asiento del privilegio de que gozan los créditos del mismo, conforme lo determina el art. 268, LCT En cambio, cuando se cede el personal sin que comprenda al establecimiento, el mismo queda expuesto a la eventual insolvencia del cesionario...".

CNTrab., sala III, 22/10/2012, "Iglesias, Antonio Jesús c. Simón Cachan SA y otros s/Despido", sent. def. 93.270.

Transferencia a favor del Estado

Art. 230. — Lo dispuesto en este título no rige cuando la cesión o transferencia se opere a favor del Estado. En todos los casos, hasta tanto se convengan estatutos o convenios particulares, los trabajadores podrán regirse por los estatutos o convenios de empresas del Estado similares.

• Comentario:

10. Transferencia a favor del Estado

El art. 230, LCT, establece que lo dispuesto en el Título XI de dicho cuerpo legal —relativo a la "transferencia del contrato de trabajo"— no rige cuando el Estado se hace de un establecimiento (ya sea por compraventa, expropiación o cualquier otro modo), lo que determina que no se verifique, en tales casos, ni la transferencia de la relación, ni el traspaso de las deudas devengadas ni responsabilidad solidaria.

Al respecto, la sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo ha sostenido que "...en el concreto caso de autos, la intervención del PAMI se originó a partir de la expropiación y posterior transferencia, por parte del Ministerio de Salud, de los bienes de propiedad de la Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia a dicha demandada, de modo que no resultaban de aplicación las disposiciones contenidas en los arts. 225 a 228 de la LCT. Al respecto, cabe memorar que el art. 230LCT establece que lo dispuesto en el Título XI de dicho cuerpo legal —relativo a la 'transferencia del contrato de trabajo'— no rige cuando el Estado se hace cargo de un establecimiento (ya sea por compraventa, expropiación o cualquier otro modo), lo que determina que no se verifique, en tales casos, ni la transferencia de la relación, ni el traspaso de las deudas devengadas ni responsabilidad solidaria, perdiendo de ese modo el trabajador la antigüedad y los derechos adquiridos derivados de ella, a menos que expresamente se disponga lo contrario, de lo cual —en rigor de verdad— no hubo prueba en el sub lite..." (in re "Trumpes, Adriana Marina c. P.A.M.I. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/Despido", sent. def. 98.956 del 30/4/2015).

Lo así dispuesto importa que, en la hipótesis de que el trabajador continúe prestando tareas en un establecimiento traspasado al Estado o bien que es cedido a favor de éste, se genera un nuevo vínculo laboral, perdiendo de ese modo el trabajador la antigüedad y los derechos adquiridos derivados de ella, a menos que expresamente se disponga lo contrario(28). En este caso las obligaciones pendientes no pasan al Estado, sino que deben ser satisfechas por el empleador originario.

Ahora bien, lo expuesto hasta aquí no obsta a que el trabajador considere que la trasferencia así operada le cause una injuria de tamaña magnitud y, por ende, se considere despedido de modo indirecto. Sin embargo, jurisprudencialmente se ha sostenido que la mera transferencia del contrato de trabajo privado al ámbito público, por sí sola, no da derecho a indemnización, en función de lo dispuesto en el art. 230 de la LCT(29).

En cuanto al alcance que cabe darle al término "Estado", la doctrina mayoritaria lo ha entendido de forma amplia, es decir, comprensivo tanto de la Administración pública central o descentralizada como de las empresas estatales y de aquellas en las que tenga participación mayoritaria(30); abarca no sólo al Estado nacional sino también a los Estados provinciales o municipales(31).

La segunda parte del mentado art. 230, LCT, dispone que, hasta tanto se convengan estatutos o convenios particulares, los trabajadores que pasan a desempeñarse para el Estado se incorporarán al régimen de estatutos o convenios de empresas que rijan allí, e incluso —y aun soslayando la imprecisión en la redacción de la norma— en empresas estatales "similares". Así, señala Guisado(32) que "...la norma... parece más bien orientada a evitar que se produzca un 'vacío de regulación' y no a otorgar a la empresa estatal la facultad de elegir discrecionalmente el régimen jurídico aplicable. El envío a los regímenes de empresas similares tendría entonces... un carácter supletorio y no optativo...".

11. Privatizaciones

Un caso particular que no aparece contemplado específicamente en la norma analizada se da en cuanto al tema de las privatizaciones de servicios públicos efectuadas en el marco de lo dispuesto por la ley 23.696. Dicha ley contenía un capítulo destinado a la protección de los trabajadores en virtud del cual, en la ejecución de los procesos de privatización, aquéllos no dejaban de estar amparados por las instituciones del derecho del trabajo (cfr. art. 42, ley 23.696), entre las que cobra una particular relevancia la que tutela el crédito laboral en el caso de transferencia de establecimientos.

Al respecto, se ha dicho que la doctrina es prácticamente unánime en cuanto a la aplicabilidad de los arts. 225 y 228 en los casos de privatización de empresas del Estado, apoyándose básicamente en una interpretación a contrario sensu, del art. 230 de la LCT(33).

Señala Fernández Madrid que el art. 230, LCT, "...se refiere a la transferencia a favor del Estado, pero no a la transferencia que el Estado haga de una empresa o de un establecimiento a los particulares, lo que puede ser de particular interés en la medida en que se profundice un proceso de privatización de empresas o servicios estatales. En estos casos, sería aplicable el art. 228 de la LCT, máxime si la relación anterior dentro de la órbita del Estado, estaba también ubicada dentro del ámbito de la Ley de Contrato de Trabajo (art. 2º, LCT y régimen de las empresas del Estado)..."(34).

Ahora bien, el dec. 1803/1992 puntualizó que en las privatizaciones no se aplicarían las disposiciones previstas en los arts. 225 a 228 de la LCT ni la ley 11.867, evidenciando de este modo un claro exceso reglamentario al resultar sus disposiciones diametralmente opuestas a lo establecido en la propia ley que reglamentaba.

Corolario de ello resultó el fallo dictado por la CSJN en la causa "Di Tullio", en el que se concluyó que las facultades otorgadas al Poder Ejecutivo no podían llevar a desconocer la aplicación en los procesos de privatización lo dispuesto por los arts. 225 a 228 de la LCT, pues ello implicaba transgredir el marco legislativo impuesto por el Congreso y un quiebre del principio constitucional de subordinación del reglamento a la ley(35). Esta doctrina fue ratificada en subsiguientes pronunciamientos del Máximo Tribunal(36), a los cuales se fueron ajustando los fallos de los Tribunales inferiores(37).

12. Jurisprudencia

Transferencia del contrato. Privatización

"...Resulta aplicable al caso en que se reclama una deuda de índole laboral, devengada con anterioridad a que se privatizara el servicio de telecomunicaciones, la tutela que la LCT otorga a los créditos laborales en ocasión de la transferencia de establecimientos (arts. 225 a 228), imponiendo respecto de las obligaciones correspondientes a aquellos la solidaridad entre el transmitente y el adquirente...".

CSJN, 17/12/1996, "Di Tullio, Nilda en autos González, Carlos y otros c. Entel s/Cobro de australes - incidente ejecución de sentencia", Fallos: 319:3071; en el mismo sentido, 12/3/2001, "Saddakni, Lidia Inés c. Entel Empresa Nacional de Telecomunicaciones y otros s/Despido", Fallos: 324:667; y 6/11/2001, "Manoilov, Roxana Alicia y otros c. Entel residual y otro s/Indemnización por fallecimiento", Fallos: 324:3729.

Transferencia del contrato. Deuda laboral devengada con anterioridad a la Privatización

"...En los casos en que se reclama una deuda de índole laboral, devengada con anterioridad a que se privatizara el servicio de telecomunicaciones, es aplicable la tutela que la LCT otorga a los créditos laborales en ocasión de la transferencia de establecimientos (arts. 225 a 228), imponiendo respecto de las obligaciones correspondientes a aquellos la solidaridad entre el transmitente y el adquirente...".

CSJN, 9/5/2006, "Barrientos, Hugo Luis y otros c. Entel Empresa Nacional de Telecomunicaciones s/Diferencias de salarios", Fallos: 329:1440.

Transferencia del contrato. Cesión y cambio de firma. Transferencia operada a favor del Estado

"...El art. 230, LCT establece que lo dispuesto en el Título XI (relativo a la 'transferencia del contrato de trabajo') 'no rige cuando la cesión o transferencia se opere a favor del Estado', lo que determina que no se verifique, en tales casos, ni la transferencia de la relación, ni el traspaso de las deudas devengadas ni responsabilidad solidaria. Cabe agregar que, si el trabajador continúa laborando en el establecimiento cedido al Estado, habrá constitución de una nueva relación, con pérdida de la antigüedad, a menos que la normativa que la dispone prevea una solución distinta...".

CNTrab., sala II, 30/11/2011, "Carsen Pittaluga, Miguel c. Correo Oficial de la República Argentina SA s/Diferencias de salarios", sent. def. 99.941; en el mismo sentido, sala II, 28/5/2012, "Castro, Julio César c. Unidad Administrativa Única Órgano de Transición del Estado y otro s/Diferencias de salarios", sent. def. 100.540.

Transferencia del contrato. Cesión y cambio de firma. Art. 230, LCT

"...Resulta aplicable el precepto contenido en el art. 230 de la LCT en cuanto dispone que lo dispuesto en el titulo XI de dicho cuerpo legal referido a la transferencia del contrato de trabajo no rige cuando la cesión o transferencia se opere en favor del Estado, entendido éste de conformidad con la doctrina mayoritaria, en forma amplia, es decir, comprensivo de la Administración pública central o descentralizada como las empresas del Estado y aquellas en las que este último tenga participación mayoritaria...".

CNTrab., sala X, 28/2/2013, "Gagliano, José Francisco c. Correo Oficial de la República Argentina SA s/Diferencias de salarios", sent. def. 20.725.

Transferencia del contrato. Relación entre EFA y ENABIEF

"...La relación entre la Empresa de Ferrocarriles Argentinos y el Ente Nacional de Administración de Bienes Ferroviarios (hoy ONAB) no puede ser incluida en el ámbito de transferencia de establecimiento (art. 225, LCT), ya que el art. 230 de la LCT establece que las normas contenidas en el título XI de esa ley no rigen cuando la cesión o transferencia se opera en favor del Estado. Por lo que no resulta aplicable al caso la doctrina jurisprudencial de la CSJN en la causa 'Di Tullio, Nilda en González, Carlos y otro c. Entel' del 17/11/1996...".

CNTrab., sala I, 18/11/2004, "Claus, Luis María c. Organismo Nacional de Administración de Bienes y otro s/Despido", sent. def. 82.145.

Transferencia del contrato. Ley 23.696. Trenes de Buenos Aires. Aplicación del art. 225, LCT

"...En el caso de que se hubiera producido una transferencia del contrato de trabajo mediante la ley 23.696 y sus decretos reglamentarios, debe aplicarse lo normado en el art. 225, LCT, puesto que meramente existió una novación respecto del empleador, pero existió una continuidad del contrato de trabajo con el nuevo adjudicatario...".

CNTrab., sala VII, 21/12/2012, "Suárez, Pablo Horacio y otros c. Trenes de Buenos Aires SA s/Diferencias de salarios".

Sección XIV - LCT (ley 20.744), arts. 231 al 255 bis. Por Pablo Marco

• Normas aplicables:Ley de Contrato de Trabajo, 20.744: arts. 231 al 255.

TÍTULO XII De la Extinción del Contrato de Trabajo

CAPÍTULO I Del preaviso

Plazos

Art. 231. — El contrato de trabajo no podrá ser disuelto por voluntad de una de las partes, sin previo aviso, o en su defecto, indemnización además de la que corresponda al trabajador por su antigüedad en el empleo, cuando el contrato se disuelva por voluntad del empleador. 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; de un (1) mes cuando el trabajador tuviese una antigüedad en el empleo que no exceda de cinco (5) años y de dos (2) meses cuando fuere superior.

(Artículo sustituido por art. 3º de la Ley Nº 25.877 B.O. 19/3/2004)

Indemnización substitutiva

Art. 232. — La parte que omita el preaviso o lo otorgue de modo insuficiente deberá abonar a la otra una indemnización substitutiva equivalente a la remuneración que correspondería al trabajador durante los plazos señalados en el artículo 231.

Comienzo del plazo. Integración de la indemnización con los salarios del mes del despido

Art. 233. — Los plazos del art. 231 correrán a partir del día siguiente al de la notificación del preaviso.

Cuando la extinción del contrato de trabajo dispuesta por el empleador se produzca sin preaviso y en fecha que no coincida con el último día del mes, la indemnización sustitutiva debida al trabajador se integrará con una suma igual a los salarios por los días faltantes hasta el último día del mes en el que se produjera el despido.

La integración del mes de despido no procederá cuando la extinción se produzca durante el período de prueba establecido en el art. 92 bis.

(Artículo sustituido por art. 4º de la ley 25.877, B.O. 19/3/2004)

Retractación

Art. 234. — El despido no podrá ser retractado, salvo acuerdo de partes.

Prueba

Art. 235. — La notificación del preaviso deberá probarse por escrito.

Extinción. Renuncia al plazo faltante. Eximición de la obligación de prestar servicios

Art. 236. — Cuando el preaviso hubiera sido otorgado por el empleador, el trabajador podrá considerar extinguido el contrato de trabajo, antes del vencimiento del plazo, sin derecho a la remuneración por el período faltante del preaviso, pero conservará el derecho a percibir la indemnización que le corresponda en virtud del despido. Esta manifestación deberá hacerse en la forma prevista en el artículo 240.

El empleador podrá relevar al trabajador de la obligación de prestar servicios durante el plazo de preaviso abonándole el importe de los salarios correspondientes.

Licencia diaria

Art. 237. — Salvo lo dispuesto en la última parte del art. 236, durante el plazo del preaviso el trabajador tendrá derecho, sin reducción de su salario, a gozar de una licencia de dos horas diarias dentro de la jornada legal de trabajo, pudiendo optar por las dos primeras o las dos últimas de la jornada. El trabajador podrá igualmente optar por acumular las horas de licencia en una o más jornadas íntegras.

Obligaciones de las partes

Art. 238. — Durante el transcurso del preaviso subsistirán las obligaciones emergentes del contrato de trabajo.

Eficacia

Art. 239. — El preaviso notificado al trabajador mientras la prestación de servicios se encuentra suspendida por alguna de las causas a que se refiere la presente ley con derecho al cobro de salarios por el trabajador, carecerá de efectos, salvo que se lo haya otorgado expresamente para comenzar a correr a partir del momento en que cesara la causa de suspensión de la prestación de servicios.

Cuando la notificación se efectúe durante una suspensión de la prestación de servicios que no devengue salarios en favor del trabajador, el preaviso será válido pero a partir de la notificación del mismo y hasta el fin de su plazo se devengarán las remuneraciones pertinentes.

Si la suspensión del contrato de trabajo o de la prestación del servicio fuese sobreviniente a la notificación del preaviso, el plazo de éste se suspenderá hasta que cesen los motivos que la originaron.

• Comentario:

1. Preaviso. Caracterización. Generalidades

La LCT comienza el título dedicado a la extinción del contrato de trabajo en sus diferentes maneras, tratando la institución del "preaviso".

Señala Justo López que el preaviso "es un acto de ejercicio de un poder normativo, pero derogatorio: el poder de establecer una norma derogatoria de la norma constitutiva", que es el contrato(1).

Cabe recordar que el preaviso no constituye una institución típica o exclusiva del contrato de trabajo, sino que es más bien una modalidad propia de los contratos de ejecución continuada(2).

Concretamente, en la materia que nos ocupa podría definirse al preaviso como la notificación anticipada de la decisión unilateral y voluntaria de extinguir el vínculo laboral.

Señala Maza(3) que es una obligación de hacer que tienen las partes contratantes, y consiste en anoticiar a la contraria la decisión tomada voluntariamente de extinguir el contrato sin justa causa atribuible a la contraparte.

Para Fernández Madrid(4), el preaviso notificado por el empleador constituye un despido sujeto a plazo, aun cuando la extinción esté sometida a dicho plazo. Agrega este autor que ese despido notificado y sujeto a plazo no puede ser revocado unilateralmente por el empleador, requiriéndose un acuerdo de partes para dejar sin efecto la extinción(5), tal como lo establece el art. 234 de la LCT.

La obligación de preavisar constituye una manifestación concreta del deber de buena fe contractual (art. 63, LCT) y, como tal, ha sido impuesta a las dos partes del contrato de trabajo, lo que no es otra cosa que un correlato de su carácter bilateral(6). Tan es así que la propia ley 20.744 prevé, en su art. 238, que durante el transcurso del preaviso permanecerán incólumes todos los derechos y obligaciones de las partes que emanan del contrato de trabajo.

La LCT estipula que el preaviso deberá probarse por escrito (cfr. art. 235). Así, podría ser notificado mediante telegrama, carta documento, nota firmada por el trabajador o, incluso, por acta notarial.

Lo así dispuesto torna inhábil otros medios de prueba que no revistan la forma requerida (léase, testigos o presunciones). Dicha cuestión incluso ha sido tratada en el fallo Plenario nro. 124 (del 1/10/1969) en autos "Tovarovich, Pedro P. c. Fernando Vannelli e Hijos SA"(7), en el que se resolvió que "[n]o constituye prueba válida de la notificación del preaviso el instrumento privado firmado por dos testigos, quienes afirman que el trabajador se negó a hacerlo, dándole lectura al contenido en su presencia".

¿En qué casos corresponde otorgar el preaviso?

Pues bien, está fuera de discusión que ello debe darse en los casos de despido incausado, o bien en caso de renuncia del trabajador.

Tampoco hay dudas de que no procede otorgar el preaviso en los casos de despido con invocación de justa causa; cuando se extingue el vínculo por muerte del trabajador o del empleador; en los casos de extinción por voluntad concurrente de las partes; cuando sobreviene una incapacidad o inhabilidad del trabajador que hace imposible la continuación del vínculo; en los casos en que se decreta la quiebra de la empleadora; y en el supuesto de finalización del vínculo por jubilación del trabajador(8).

En cambio, el supuesto de extinción por fuerza mayor o por falta de trabajo ha generado posiciones encontradas. Así, Etala(9) sostiene que debe otorgarse el preaviso en estos casos, pues la imposibilidad podría no ser conocida por el trabajador; por el contrario, Ojeda(10) opina que el despido por dichas causas debe producirse cuando ya no existe otra solución, es decir, que se torna irresistible.

2. Plazos

El art. 231, LCT establece los plazos mínimos con que las partes deben otorgarse el preaviso, pudiendo incluso éstas fijarlo en un término mayor. A partir de la modificación dispuesta por la ley 25.877, los plazos han quedado fijados en:

a) 15 días para el trabajador, en caso de renuncia;

b) para el empleador, en 15 días cuando el trabajador se encontrara en período de prueba; en 1 mes cuando el trabajador tuviese una antigüedad en el empleo que no exceda de 5 años, y en 2 meses cuando dicha antigüedad fuera superior(11).

De acuerdo a lo previsto en el art. 233 de la LCT (de acuerdo a la redacción dada por ley 25.877), los plazos establecidos en el art. 231 comenzarán a correr a partir del día siguiente al de la notificación.

Ahora bien, la ley habilita al trabajador a que considere extinguido el contrato sin esperar el transcurso de la totalidad del plazo de preaviso, perdiendo el derecho a percibir la correspondiente contraprestación salarial por el tiempo faltante; ello sin perjuicio de que conserva su derecho a percibir la indemnización por antigüedad que le corresponde en función del despido (cfr. art. 236, párr. 1º, LCT). Para ello, la norma impone que se efectúe de conformidad con lo dispuesto en el art. 240, LCT, esto es, deberá ser comunicada expresamente al empleador por medio fehaciente, consistente en despacho telegráfico colacionado o ante la autoridad administrativa del trabajo.

El mentado art. 236, LCT, en su 2º párrafo, faculta al empleador, luego de otorgado el preaviso, a relevar al dependiente de sus funciones, aunque deberá durante ese lapso abonar igualmente los salarios.

Por otra parte, y teniendo en cuenta que el trabajador pretenderá reincorporarse al mercado laboral luego de extinguido el vínculo, el art. 237, LCT le da derecho a disponer de 2 horas diarias dentro de su jornada laboral —que pueden ser las dos primeras o bien las dos últimas—, a los fines de procurarse un nuevo empleo; también tiene la posibilidad de optar por acumular estas horas de licencia en diversas jornadas íntegras. Cabe aclarar que el ejercicio de este derecho, que la ley le acuerda al trabajador, en modo alguno lleva aparejado la reducción de su salario.

3. Eficacia del preaviso

El art. 239 de la LCT priva de efectos al preaviso cuando sobreviene una suspensión por alguna de las causas a que se refiere dicha ley, que dan derecho al cobro de salarios —como ser licencia anual ordinaria o cualquier otra licencia paga, o por enfermedad o accidente inculpable—, "...hasta que cesen los motivos que la originaron..." (cfr. 1º y 3º párr.), a menos que, como se indica en el 1º párrafo, el preaviso haya sido otorgado expresamente para que comience a correr desde la finalización del hecho que motivó la suspensión de la prestación de servicios.

En cambio, si se notifica el preaviso mientras se encuentra suspendida la prestación de servicios sin devengamiento de salarios, dicho preaviso tendrá validez, pero desde su notificación y hasta la finalización de su plazo dará derecho al trabajador a percibir las remuneraciones correspondientes (cfr. art. 239, 2º párr., LCT).

4. Omisión de otorgamiento. Indemnización sustitutiva. Integración con los salarios faltantes

Tal como señala el art. 232 de la LCT, si alguna de las partes omite otorgar el preaviso, o bien lo hace pero de modo insuficiente —léase, por plazos menores a los que legalmente corresponden—, la otra se hará acreedora de una indemnización sustitutiva, que equivaldrá a la remuneración que le habría correspondido al trabajador durante ese lapso.

Dicha solución alcanza, también, a los casos en que se invoca para despedir al trabajador una "justa causa" que luego, en la instancia judicial, no logra ser demostrada.

A su turno, el art. 233, en su 2º párr., establece que si el empleador optó por despedir al trabajador sin otorgar el preaviso, y el despido se perfecciona en una fecha que no coincide con el último día del mes, será sancionado con una indemnización consistente en un importe dinerario equivalente a los salarios por los días faltantes hasta, justamente, el último día del mes en que se produjo la extinción. Ello así pues, como se dijo, a partir de la reforma operada por la ley 25.877, los plazos del preaviso comienzan a correr a partir del día siguiente al de su notificación. Empero, esta indemnización no tendrá lugar cuando el vínculo se extinga durante la vigencia del período de prueba previsto en el art. 92 bis de la LCT.

El monto a percibir por el trabajador ante la omisión del preaviso incluye todas las sumas que debían devengarse en forma normal y habitual, aunque su pago no fuere mensual, tal como sucede con el sueldo anual complementario, como así también en caso de haber existido un aumento de salario en dicho mes(12).

A los fines de calcular la indemnización sustitutiva del preaviso omitido y la integración del mes de despido, y en tanto la regla del art. 245, LCT, no es aplicable a estas indemnizaciones, cabe utilizar el criterio de "normalidad próxima", que busca colocar al trabajador en una situación remunerativa lo más cercana posible a aquella en que se encontraría si la rescisión no hubiese operado (cfr. sala IV, 20/9/2016, in re "Magallán, Héctor L. c. Danisant S.A. s/Despido", sent. def. 101.270, entre otras).

Ahora bien, cuando el trabajador es retribuido con rubros variables, no hay modo de determinar exactamente cuánto habría ganado durante el preaviso no otorgado, por lo que cabe proyectar una remuneración representativa de los ingresos del trabajador, fin que se logra del mejor modo mediante el promedio del semestre —criterio utilizado por el legislador en los arts. 155, inc. c) y 208 de la LCT— (ver, entre otras, sala IV, 30/4/2015, "Pradal, Matías Ernesto c. Gestión Laboral S.A. y otro s/Despido", sent. def. 98.926); si en ese lapso existe un mes de retribución mayor que los demás, no existen motivos para suponer que el dependiente ganaría la misma suma durante el preaviso, pero tampoco que ganaría una inferior(13).

5. Jurisprudencia

Preaviso. Plenarios

"El derecho a gozar de preaviso se adquiere desde el comienzo mismo de la vinculación, sin requerirse antigüedad mínima en el empleo".

Fallo Plenario 10, 3/6/1952, "Salaberry, Rubén Alberto c. Casa Voss", DT, 1952-410.

"El preaviso dado con anticipación inferior a la que fija la ley es nulo, por lo que el patrono debe satisfacer la indemnización sustitutiva íntegramente y por todo el término legal. Si el trabajador ha percibido alguna suma de dinero en concepto de indemnización por preaviso, se considerará entrega a cuenta, debiendo deducírsela de la que legalmente le corresponda".

Fallo Plenario 37, 20/5/1957, "Barrera, Raúl c. Ducilo", DT, 1957-352.

"El empleador no tiene derecho a reclamar la indemnización por falta de preaviso cuando el trabajador se da por despedido salvo que acredite la mala fe de éste".

Fallo Plenario 206, 22/5/1975, "Podestá, Olivo c. Antártida Argentina S.A. de Transp.", DT, 1975-563.

"Los aumentos salariales que rigieron durante el lapso de preaviso omitido, deben tomarse en cuenta para el cálculo de la indemnización sustitutiva".

Fallo Plenario 235, 21/6/1982, "Rodríguez, Tarcisio c. Coquificadora Argentina S.A.C.I.M.", DT, 1982-D-72.

"Dada una garantía temporal de estabilidad de fuente legal o convencional, ella no es vulnerada por el preaviso otorgado por el empleador durante su vigencia para que el contrato se extinga una vez vencida dicha garantía"

Fallo Plenario 286, 13/8/1996, "Vieyra, Iris c. Fiplasto S.A.", DT, 1996-B-2073.

Preaviso. Obligaciones de las partes

"...De conformidad con lo dispuesto en el art. 238 de la LCT, durante el plazo del preaviso subsisten, para ambas partes, todas las obligaciones emergentes del contrato de trabajo por lo que las contingencias o sucesos acaecidos durante dicho período no resultan irrelevantes para la evaluación del modo en que debe considerarse disuelto el vínculo. En efecto, podría darse el caso de un hecho injuriante sobreviniente con entidad suficiente como para validar la extinción del vínculo con expresión de causa, en un momento y modo diverso al preavisado, podría también fallecer el trabajador o verificarse cualquier otra circunstancia (por ej. enfermedades o licencias especiales) que altere la secuencia temporal de la condición suspensiva que supone el previo aviso otorgado en los términos del art. 231 de la LCT (conf. arg. art. 239, LCT)...".

CNTrab., sala II, 17/10/2012, "Villarreal, Andrea Elizabeth c. Grupo Sud Latin SA s/Despido", DT, 2013 (julio), 1589.

Preaviso. Prueba de la notificación

"...Dado que el preaviso debe probarse por escrito —art. 235, Ley de Contrato de Trabajo (Adla, XXXVI—B, 1175)-, la circunstancia de que el empleador haya comunicado verbalmente al trabajador el cierre del establecimiento, resulta insuficiente para tener por acreditado el cumplimiento de la obligación de preavisar...".

CNTrab., sala VII, 6/9/2007, "Montenegro, Ricardo Luis c. Soto, José Alberto", LLAR/JUR/6109/2007.

Preaviso. Salario

"...El monto a percibir por el trabajador ante la omisión del preaviso incluye todas las sumas que debían devengarse en forma normal y habitual, aunque su pago no fuere mensual, tal como sucede con el sueldo anual complementario, como así también en caso de haber existido un aumento de salario en dicho mes...".

CNTrab., sala VIII, 18/9/2013, "Musi, Sebastián Gabriel c. Bayer SA y otro s/Despido", DJ del 3/4/2014, 64.

Preaviso. Indemnización sustitutiva. Cálculo

"...La indemnización sustitutiva del preaviso debe calcularse en base al promedio de los últimos seis meses o de un lapso que refleje el ingreso normal del trabajador cuando el trabajador percibe su remuneración con rubros variables, ya que resulta difícil establecer con exactitud cuánto habría ganado durante el preaviso no otorgado, circunstancia que obsta a la aplicación de la normalidad próxima que se aplica a los trabajadores que perciben remuneraciones fijas e invariables...".

CNTrab., sala I, 29/2/2012, "Barreto, Ángel Antonio c. Instituto de Investigaciones Metabólicas SA s/Despido", LLAR/JUR/1895/2012.

TÍTULO XII De la Extinción del Contrato de Trabajo

...

CAPÍTULO II De la extinción del contrato por renuncia del trabajador

Forma

Art. 240. — La extinción del contrato de trabajo por renuncia del trabajador, medie o no preaviso, como requisito para su validez, deberá formalizarse mediante despacho telegráfico colacionado cursado personalmente por el trabajador a su empleador o ante la autoridad administrativa del trabajo.

Los despachos telegráficos serán expedidos por las oficinas de correo en forma gratuita, requiriéndose la presencia personal del remitente y la justificación de su identidad.

Cuando la renuncia se formalizara ante la autoridad administrativa ésta dará inmediata comunicación de la misma al empleador, siendo ello suficiente a los fines del art. 235 de esta ley.

CAPÍTULO III De la extinción del contrato de trabajo por voluntad concurrente de las partes

Formas y modalidades

Art. 241. — Las partes, por mutuo acuerdo, podrán extinguir el contrato de trabajo. El acto deberá formalizarse mediante escritura pública o ante la autoridad judicial o administrativa del trabajo.

Será nulo y sin valor el acto que se celebre sin la presencia personal del trabajador y los requisitos consignados precedentemente.

Se considerará igualmente que la relación laboral ha quedado extinguida por voluntad concurrente de las partes, si ello resultase del comportamiento concluyente y recíproco de las mismas, que traduzca inequívocamente el abandono de la relación.

• Comentario:

6. Renuncia. Concepto. Caracteres

El art. 240, LCT, regula la renuncia como forma de extinción del contrato de trabajo que se enmarca dentro de lo que es la voluntad unilateral del trabajador, sin generar derecho indemnizatorio a su favor.

Se la ha definido como el acto jurídico unilateral, formal y recepticio, mediante el cual el dependiente decide, voluntariamente y sin necesidad de expresar los motivos, finiquitar el contrato de trabajo.

Como se indicó, la renuncia debe representar una manifestación libre y voluntaria del deseo del trabajador, es decir, que la decisión haya sido tomada actuando con discernimiento, intención y libertad (cfr. art. 900, Cód. Civil). Ello importa descartar todo acto que haya estado viciado por haber mediado error, dolo, violencia, intimidación o simulación, o bien cuando haya habido un aprovechamiento de una situación de necesidad, ligereza o inexperiencia del trabajador para obtener así un rédito patrimonial injustificado (cfr. art. 954, Cód. Civil). En la práctica, tal extremo podría verse reflejado en la situación en la cual el empleador conduce coactivamente al trabajador a presentar su renuncia para encubrir un despido incausado y desligarse así de su responsabilidad indemnizatoria(14).

La primera de las normas citadas está actualmente tratada a lo largo de los capítulos 1 a 4 y 6 del Título IV (en particular, arts. 260, 265, 268 a 273, 275 y 276) del nuevo Código Civil y Comercial Unificado por ley 26.994, estableciéndose los requisitos internos y externos del acto jurídico, fusionando las normas que el anterior contenía en los arts. 897, 900 y 913; se reduce la edad a la que se adquiere el discernimiento para los actos lícitos, que pasa de catorce a trece años; estipula que el error es causa de nulidad sólo cuando es esencial y reconocible por el otro contratante o parte del negocio, y no cabe exigir adicionalmente el antiguo criterio de la excusabilidad; incorpora en el mismo artículo a la omisión dolosa como causa de invalidez de los actos, fusionando los preceptos contenidos en los arts. 931 y 933 del anterior ordenamiento; por su parte, el art. 954 del Cód. Civil, además de lo antedicho, tiene su correlato en el art. 332 del mentado Código Civil y Comercial Unificado por ley 26.994 que, en lo sustancial, conserva el sentido de la anterior (ver, al respecto, "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", dirigido por Ricardo L. Lorenzetti, t. II, ps. 27 y ss., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015).

Dado su carácter unilateral, para que opere la renuncia no es óbice la falta de aceptación del empleador, sin perjuicio de que se considerará perfeccionada una vez que la comunicación entre en la esfera de conocimiento de éste. A partir de dicho momento, la renuncia no podrá ser retractada salvo, claro está, por acuerdo de partes.

Tal como estipula el art. 231, LCT, el trabajador deberá otorgar el correspondiente preaviso de renuncia a su empleador, el que será como mínimo de 15 días y deberá comunicarse por escrito.

7. Formalidades

En cuanto a la forma que debe revestir, el art. 240 de la LCT exige, en primer lugar, que la renuncia se perfeccione mediante comunicación postal por despacho telegráfico, ya sea colacionado o simple. Este medio es gratuito para el trabajador, de acuerdo a lo previsto en la ley 23.789. Así, el trabajador deberá dirigirse en forma personal a la sede del correo y, acreditando su identidad con el respectivo DNI, podrá suscribir la misiva delante del oficial del correo.

La segunda —y poco frecuente— alternativa que contempla la norma de marras es que la renuncia sea efectuada ante la autoridad administrativa del trabajo. Como explica Maza(15), en este caso el trabajador se presenta ante la referida autoridad y, frente a un funcionario, manifiesta su voluntad de renunciar a su empleo. Ese funcionario levantará un acta dejando constancia de la comparecencia del trabajador, de la comprobación de su identidad y de los datos del empleador, así como verificar que la voluntad del renunciante haya sido libremente expresada.

En esta última hipótesis mencionada, cumplidos los recaudos antedichos, la autoridad administrativa deberá comunicarlo inmediatamente al empleador, sirviendo a los efectos de la demostración del preaviso por escrito (cfr. art. 235, LCT), tal la remisión efectuada por el párrafo final del art. 240, LCT.

Cabe señalar que, cualquiera sea la modalidad elegida, en todos los casos se requiere la presencia personal del trabajador para perfeccionar la renuncia.

Las formalidades exigidas son ad solemnitatem, hacen a la validez del acto y, por consiguiente, su inobservancia lleva aparejada su ineficacia(16). Su finalidad, se dijo, es evitar maniobras del empleador tendientes a obtener la dimisión del trabajador por vía de coacción o engaños(17).

Va de suyo que, como correlato de la exigencia impuesta por ley de una manifestación expresa, no podrá considerarse el silencio del trabajador —ni tampoco un comportamiento que no resulte inequívoco— para tener por efectuada la renuncia. Dicha cuestión ha sido zanjada a partir de la sentencia dictada por la Excma. CSJN en la causa "Padín Capella, Jorge D. c. Litho Formas SA"(18), en donde sostuvo que el argumento contrario conduciría a admitir la presunción de renuncias a derechos derivados del contrato de trabajo, y advirtió que ello estaría en abierta contradicción con el principio de irrenunciabilidad que emana de los arts. 12, 58 y concs. de la LCT.

8. Jurisprudencia

Renuncia. Requisitos de validez

"...La Ley de Contrato de Trabajo (t.o. 1976) (Adla, XXXVI-B, 1175) establece formalidades para asegurar que la renuncia implique una válida exteriorización de la voluntad del trabajador, exigiendo que sea instrumentada personalmente mediante despacho telegráfico o ante la autoridad administrativa laboral, por lo que aquellas que cumplan con tales exigencias son, en principio, eficaces, excepcionándose cuando el interesado invoca y prueba que la dimisión adoleció de alguno de los vicios de error, dolo, violencia, intimación o simulación —arts. 954 y 1045, Cód. Civil—...".

CNTrab., sala V, 12/5/2006, "Caamaño, José L. c. Cervecería y Maltería Quilmes SA", LLAR/JUR/3486/2006.

Renuncia. Nulidad

"...Corresponde declarar la nulidad de la renuncia presentada por el trabajador, pues, teniendo en cuenta la antigüedad en su empleo, la ausencia de sanciones, su condición de analfabeto, el grado de conflictividad que se había generado en oportunidad del envío del telegrama rescisorio y la revocatoria de la renuncia debe concluirse que subyace un despido sin causa que debe ser indemnizado...".

CNTrab., sala VI, 22/6/2012, "Correa, Juan Carlos c. Jockey Club Asociación Civil s/Despido", DT, 2012-septiembre, 2420.

Renuncia. Validez

"...Resulta válida la renuncia cursada por un trabajador, si no acreditó que hubiera sido víctima de presiones por parte de su empleador con el fin de viciar su voluntad al momento del distracto...".

CNTrab., sala VII, 28/6/2010, "Fiorucci, Abel Arnaldo c. BBVA Banco Francés SA", LA LEY, 2010-E, 176.

Renuncia. Invalidez

"...Resulta inválida la renuncia efectuada por el actor cuando, frente a un presunto faltante de caja, el empleador insinuó que lo denunciaría penalmente si no renunciaba a su puesto, pues la amenaza de formular una denuncia penal constituye una actitud intimidatoria susceptible de invalidar la renuncia implementada máxime cuando personal jerárquico de la demandada había acompañado al actor hasta la oficina postal a efectos de cerciorarse de que efectivamente renunciara a su empleo...".

CNTrab., sala V, 20/6/2006, "Porras, Natalia E. c. COTO CIC SA", LA LEY, 2006-E, 615.

Renuncia. Voluntad viciada

"...Resulta inválida la decisión rupturista asumida por los trabajadores al momento de dirigir los telegramas de renuncia a su empleo, dado que dicho acto no resultó libre, porque no fue una decisión adoptada con discernimiento, intención y libertad en tanto obedeció a la 'presión' ejercida por el empleador...".

CNTrab., sala X, 7/3/2006, "Balbuena, Luis y otros c. Supermercados Norte SA", IMP, 2006-11, 1421.

9. Rescisión por mutuo acuerdo

A su turno, el art. 241 de la LCT trata sobre la extinción del contrato de trabajo por voluntad concurrente de las partes, ya sea manifestado de forma expresa o tácita.

9.1. Mutuo acuerdo expreso

En el primer supuesto —contemplado en el párrafo 1º de dicha norma—, se trata de un negocio jurídico bilateral escrito por el cual ambas partes, de común acuerdo, deciden finalizar el vínculo laboral sin expresar la causa y sin que se genere derecho a indemnizaciones(19).

En este caso, deben cumplirse determinados recaudos formales que exige la propia norma. Así, el acto debe ser instrumentado por escrito, ya sea formalizado en una escritura pública, o bien ante la autoridad judicial o administrativa del trabajo. En cualquiera de estas opciones, es requisito de validez la presencia personal del trabajador.

Ello tiene su razón de ser en que se busca garantizar la protección de la parte más débil del contrato, verificando que quien se presenta a concertar el acuerdo extintivo sea, en efecto, el trabajador, y que su manifestación sea un fiel reflejo de su voluntad. Al respecto, se ha dicho que "...A los fines de que el consentimiento que hace a la esencia del negocio jurídico referido en el art. 241LCT sea válido, las declaraciones unilaterales de voluntad que lo conforman deben haber sido expresadas con discernimiento —entendido como que la declaración de voluntad que emanó de una persona con capacidad de hecho y de derecho de acuerdo con las determinaciones del Código Civil—; con intención, es decir, sin errores esenciales excusables; y libertad, en el sentido de que quien obró no sufrió ningún tipo de violencia física o moral que lo compeliera a cumplir el acto. Si se demuestra la existencia de vicios (error, dolo, violencia, intimación, lesión) que hubieran afectado la decisión del empleado, queda abierta la posibilidad de que se anule el acto en cuestión..." (cfr. CNTrab., sala IV, 21/3/2016, in re "Morena, Juan Carlos c. Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F.S. s/Despido", sent. def. 100.238).

En este supuesto podría encuadrarse, desde mi punto de vista, la llamada "renuncia negociada": aquí, si bien el trabajador renuncia a su empleo, lo hace luego de negociar su salida de la empresa obteniendo un rédito económico.

De cualquier modo, y si bien se encubre bajo el ropaje de una "renuncia", en rigor de verdad la resolución del vínculo no deja de ser un acuerdo entre las partes en el cual concurren sus voluntades.

9.2. Mutuo acuerdo tácito

El art. 241 contempla, también, la posibilidad de extinguir el vínculo por mutuo acuerdo tácito. En efecto dicha norma, en su último párrafo, admite la validez de la manifestación tácita, cuando resulte del comportamiento concluyente y recíproco de las partes, que traduzca inequívocamente el abandono de la relación (cfr. sala IV, 29/2/2016, "Villar, Marcela Alejandra y otros c. Marcellarius S.A. s/Despido", sent. def. 100.138).

En este caso no se requiere formalidad alguna ni declaración expresa, por lo que no resulta necesario el cumplimiento de los recaudos de los arts. 240 y 244 de la LCT.

La norma regula el supuesto de extinción tácita de la relación; por ende, debe merituarse la voluntad de las partes como el acto bilateral que extingue el contrato (art. 946, Cód. Civil), por lo que la declaración de voluntad puede ser formal o no formal, positiva o tácita, o inducida por una presunción de la ley (art. 915, Cód. Civil).

Las normas antes citadas están actualmente contenidas respectivamente, por los arts. 262 y 264 del nuevo Código Civil y Comercial Unificado por ley 26.994, las que, en lo sustancial, conservan su sentido, aunque simplifican su redacción y eliminan las excepciones que contenía la última norma mencionada (ver, al respecto, "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", t. II, Ricardo L. Lorenzetti (dir.), ps. 32 y ss., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015).

Ese comportamiento puede resultar tanto de actos positivos que evidencien la terminación de la relación como de una prolongada conducta omisiva de ambas partes, que demuestre acabadamente el mutuo desinterés en mantener la relación. Tal situación podría darse sin que haya ninguna declaración de acuerdo disolutivo, cuando el trabajador simplemente deja de concurrir al trabajo y el empleador omite completamente requerirle la concurrencia, sin que medie ningún tipo de licencia o suspensión de la relación(20).

A lo dicho, agrega Pirolo(21) que "el factor temporal constituye un elemento relevante que deberá ser evaluado en conjunto con otras conductas de las partes, pues es evidente que sólo después de haber transcurrido el lapso dentro del cual cada una de las partes pudo haber exigido de la otra el cumplimiento de las obligaciones esenciales, podría considerarse que la falta de toda exigencia recíproca denota la intención de no continuar la relación".

Sobre el punto se ha dicho que "...cuando el trabajador —como en el sub lite— no presta tareas por más de nueve meses y correlativamente no percibe salario, cabe entender que media tácitamente una aceptación del acto disolutorio del contrato (art. 918 del Cód. Civil), máxime cuando no se ha probado la existencia de vicios en la voluntad del trabajador (art. 922 del Cód. Civil)... la relación se extinguió conforme las previsiones del art. 241 de la Ley de Contrato de Trabajo..."(22).

10. Jurisprudencia

Mutuo acuerdo tácito. Transcurso del tiempo

"...El vínculo laboral debe considerarse extinguido por voluntad concurrente de las partes, pues el transcurso de un año hasta que el trabajador cursó la intimación al empleador, sin que previamente alguno de ellos hubiese manifestado deseos de continuar con la relación, refleja un comportamiento concluyente y recíproco que se traduce en el abandono de ésta...".

CNTrab., sala IV, 30/3/2012, "Guayuan Ozuna, Diego Ariel c. Sebatico, Juan Carlos s/Despido", LLAR/JUR/12123/2012.

Extinción por mutuo acuerdo. Autonomía de la voluntad

"...En la extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo —art. 241, Ley de Contrato de Trabajo—, el poder de negociación del trabajador no reconoce más límite que la autonomía de la voluntad, pues en tal supuesto el empleador no tiene obligación legal de indemnizar, por lo cual si aquel consideró que había existido un despido encubierto, pudo haber rechazado la oferta que le realizaban y esperar el despido directo o bien darse por despedido, con el consiguiente derecho a percibir las indemnizaciones reclamadas y, por el contrario, si así no obró ni acreditó la existencia de una simulación o de vicios de la voluntad, corresponde rechazar el reclamo indemnizatorio...".

CNTrab., sala IV, 30/6/2010, "Brítez, Edgardo Damián c. Organización Textil SA y otro", LLAR/JUR/38282/2010).

Ruptura negociada. Invalidez

"...El acto conciliatorio de 'ruptura negociada' no pudo haber sido tal cuando le precedió un despido sin causa, pues ello genera la obligación de indemnizar por parte del empleador y el pertinente derecho a ser resarcido por parte del trabajador...".

CNTrab., sala VII, 27/4/2012, "Vega, Claudia Silvina c. Orígenes A.F.J.P. s/Diferencia de salarios", DT, 2012-agosto, 2117.

Retiro voluntario. Art. 241, LCT. Validez

"...Corresponde rechazar la demanda por diferencias indemnizatorias si el contrato de trabajo se extinguió por retiro voluntario, pues ese modo de extinción es asimilable al previsto en el art. 241 de la Ley de Contrato de Trabajo aun cuando el acuerdo no hubiera sido homologado por la autoridad de aplicación y, ante la falta de acreditación de loa existencia de vicios invalidantes de la voluntad en la firma del acuerdo deben respetarse sus términos...".

CNTrab., sala IV, 31/8/2000, "Basualdo, Gerardo y otro c. Aerolíneas Argentinas", La Ley online.

Renuncia negociada. Eficacia

"...La renuncia negociada no es per se inválida o ineficaz ya que resulta equiparable al acuerdo disolutivo bilateral previsto en el art. 241 de la Ley de Contrato de Trabajoin fine, distinguiéndose así esencialmente del despido unilateral...".

CNTrab., sala VIII, 29/2/2008, "Perrone, María A. c. Cencosud SA", La Ley online.

TÍTULO XII De la Extinción del Contrato de Trabajo

...

CAPÍTULO IV De la extinción del contrato de trabajo por justa causa

Justa causa

Art. 242. — Una de las partes podrá hacer denuncia del contrato de trabajo en caso de inobservancia por parte de la otra de las obligaciones resultantes del mismo que configuren injuria y que, por su gravedad, no consienta la prosecución de la relación.

La valoración deberá ser hecha prudencialmente por los jueces, teniendo en consideración el carácter de las relaciones que resulta de un contrato de trabajo, según lo dispuesto en la presente ley, y las modalidades y circunstancias personales en cada caso.

Comunicación. Invariabilidad de la causa de despido

Art. 243. — El despido por justa causa dispuesto por el empleador como la denuncia del contrato de trabajo fundada en justa causa que hiciera el trabajador, deberán comunicarse por escrito, con expresión suficientemente clara de los motivos en que se funda la ruptura del contrato. Ante la demanda que promoviere la parte interesada, no se admitirá la modificación de la causal de despido consignada en las comunicaciones antes referidas.

Abandono del trabajo

Art. 244. — El abandono del trabajo como acto de incumplimiento del trabajador sólo se configurará previa constitución en mora, mediante intimación hecha en forma fehaciente a que se reintegre al trabajo, por el plazo que impongan las modalidades que resulten en cada caso.

Indemnización por antigüedad o despido

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

Dicha base no podrá exceder el equivalente de TRES (3) veces el importe mensual de la suma que resulte del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador, al momento del despido, por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad. Al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social le corresponderá fijar y publicar el promedio resultante, juntamente con las escalas salariales de cada Convenio Colectivo de Trabajo.

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

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

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

(Artículo sustituido por art. 5º de la Ley Nº 25.877 B.O. 19/3/2004)

Despido indirecto

Art. 246. — Cuando el trabajador hiciese denuncia del contrato de trabajo fundado en justa causa, tendrá derecho a las indemnizaciones previstas en los artículos 232, 233 y 245.

• Comentario:

11. El despido. Generalidades

A lo largo del Capítulo IV se trata todo lo concerniente al despido, ya sea directo —esto es, aquél decidido por el empleador— o bien indirecto —o sea, determinado por el propio trabajador—. Tal es la importancia de este tema que constituye uno de los puntos neurálgicos de los conflictos que se suscitan en las relaciones individuales del trabajo.

Podría definirse al "despido", en general, como el acto jurídico unilateral y recepticio mediante el cual una de las partes —empleador o trabajador— decide ponerle fin al vínculo laboral, aniquilando con ello todos los derechos y obligaciones que derivaban del contrato de trabajo.

Dado su carácter recepticio, adquiere eficacia a partir del momento en que entra en la esfera de conocimiento de la contraparte.

Es sabido que, en nuestro país, el régimen jurídico del empleo privado regulado por la ley 20.744 parte de la premisa de que el contrato de trabajo se entenderá celebrado por tiempo indeterminado (cfr. art. 90)(23) y que durará hasta que el trabajador se encuentre en condiciones de gozar de los beneficios que le asignan los regímenes de seguridad social, por límites de edad y años de servicios (v. art. 91).

Sin embargo, no puede soslayarse que dicho ordenamiento legal ha adoptado un sistema de "estabilidad impropia", que le reconoce validez al despido aún en los supuestos en que no existiese justa causa para la extinción, disponiendo la reparación ficta en base a una tarifa legal de los daños y perjuicios presumiblemente derivados de ese acto patronal, que en la LCT se ve reflejado en la reparación pecuniaria tarifada contemplada en el art. 245.

Al respecto, se ha dicho que la ruptura del compromiso de dar ocupación efectiva hasta que el trabajador esté en condiciones de obtener la jubilación (conf. arts. 10, 90, 252 y concs. de la LCT) —según el modelo de contratos de trabajo perdurables que nuestra legislación ha adoptado para los contratos ordinarios por tiempo indeterminado— constituye un ilícito contractual, y no puede conceptualizarse como un derecho, aun cuando el legislador, desde 1934 en adelante haya optado, en el ámbito de las relaciones privadas de empleo, por sancionarlas exclusivamente con una indemnización tarifada de daños y perjuicios injustamente causados y presumibles iure et de iure(24).

Cabe recordar, también, que el despido no puede ser revocado unilateralmente, requiriéndose un acuerdo de partes para dejar sin efecto la extinción, tal como lo establece el art. 234 de la LCT.

12. Justa causa. Concepto

El art. 242 de la LCT efectúa una caracterización de lo que se entiende por "justa causa" de despido: refiere al comportamiento —activo u omisivo— de alguna de las partes que represente un incumplimiento a las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, de entidad suficiente como para constituir una injuria impeditiva de la continuidad del vínculo y desplazar de ese modo el principio de conservación regido por el art. 10 de dicha ley(25).

La LCT habilita, así, al empleador a extinguir el contrato de trabajo cuando la referida injuria haya sido cometida por el trabajador, eximiéndolo en estos casos de otorgar el preaviso y de abonar las indemnizaciones respectivas (en el despido directo); y, a su vez, faculta al trabajador a denunciar el contrato cuando el incumplimiento haya venido del lado de su empleador (despido indirecto), en cuyo caso se hará acreedor de las indemnizaciones legales derivadas del despido (previstas en los arts. 232, 233 y 245 de dicha ley), conforme lo dispuesto en el art. 246 de la ley 20.744.

Pues bien, ¿qué puede considerarse "injuria"?

Al respecto, se ha sostenido que "el concepto de injuria es específico del derecho de trabajo y consiste en un acto contra derecho y específicamente contra el derecho de otro"(26); y también que la injuria del art. 242, LCT, supone un comportamiento contractualmente ilícito, objetivamente grave según las circunstancias, y capaz de hacer que no resulte equitativamente exigible a la parte afectada la prosecución de la relación de trabajo(27).

Es útil memorar que el Alto Tribunal tiene dicho que el concepto de injuria responde a un criterio objetivo que se refleja en el incumplimiento de las obligaciones emergentes del contrato de trabajo(28).

Empero, como explica Maza, la LCT ha adoptado como regla el sistema de la "causal genérica", ya que no existe una enumeración taxativa de lo que debe considerarse "injuria" en los términos de su art. 242. Así, a tal fin cabe tenerse en cuenta lo dispuesto por los arts. 62, 63, 84 y concs. de dicha ley que aportan pautas o criterios para la interpretación de las conductas. Una de ellas la otorga el art. 10 de la LCT, sin perjuicio de que el criterio sustentado en el principio de perdurabilidad del contrato debe ceder ante la comprobación de actos u omisiones de tal gravedad que tornen imposible su prosecución.

Simplemente a modo de ejemplo, podría considerarse como "injuria" la negativa a reconocer la existencia de relación laboral —incluyendo aquí, también, el desconocimiento del carácter laboral de la vinculación—; el despido producido en el marco de una huelga; incumplimiento del pago de rubros salariales; incumplimiento al deber de brindar ocupación —comúnmente llamado "negativa de tareas"—; las agresiones físicas o verbales; el acoso laboral; la imputación de un delito penal; etcétera.

Es común observar que se consigna en las comunicaciones rescisorias la llamada "pérdida de confianza". Se ha dicho al respecto que en estos casos "...se hace alusión a un sentimiento subjetivo cuya legitimidad no es susceptible de cuestionamiento racional. Ahora bien, en la medida que aquélla se atribuya a situaciones que reflejan un incumplimiento de los deberes del trabajador o la inobservancia de obligaciones contractuales que hayan causado algún perjuicio a la empresa, es claro que la decisión rescisoria de la empleadora debe estar suficientemente fundada..."(29).

Sobre este tópico, recientemente la jurisprudencia ha sostenido que "...no resulta ocioso señalar que en el Derecho Laboral la pérdida de confianza no funciona como motivo autónomo del despido, ya que el art. 243 de la LCT no refiere a consideraciones subjetivas sino a conductas objetivas de incumplimiento que sean tan graves que impidan continuar la relación laboral ni tan siquiera a título provisorio (requisito este último que deriva de la buena fe descripta en el art. 63 de la LCT). En consonancia con ello, la conducta atribuida al otro sujeto debe ser hasta tal punto grave e injuriosa que impida la vinculación. De ahí que la extinción de la relación laboral aduciendo como motivo la pérdida de confianza nada significa por sí mismo sino que es necesario evidenciar que esa pérdida de confianza puede objetivarse para que los jueces analicen la situación y puedan verificar su real configuración así como su grado de relevancia para justificar la ruptura del vínculo. Esto es así pues, en el sistema jurídico nacional, las decisiones de las partes sobre la extinción del contrato están sometidas al examen y decisión judicial por el art. 242 de la LCT, lo que obsta a la consideración de sentimientos o sensaciones que no puedan ser evidenciadas en el proceso a los fines de dicho análisis. Dicho de otro modo, la pérdida de confianza (sentimiento subjetivo) no constituye causal autónoma de rescisión del contrato de trabajo; debe sustentarse en comportamientos injuriosos para los intereses de la afectada, que tornen objetivamente imposible la prosecución del contrato..." (cfr. CNTrab., sala II, 26/11/2015, in re "F., P. J. c. Volkswagen Argentina S.A. s/Despido", LA LEY 2016-C, 399).

Por último, cabe señalar que el despido puede basarse en varios hechos y al empresario o al trabajador le basta probar que uno de los hechos injuriantes invocados reviste la gravedad suficiente como para justificar el despido. En efecto, la acreditación de una de las causales esgrimidas que obstó a la continuidad del vínculo laboral y, en consecuencia, legitimó la denuncia del contrato, exime de analizar la suerte de las restantes injurias invocadas, en virtud de la indivisibilidad del contrato de trabajo(30).

Relacionado con ello, cabe señalar que por imperio de lo normado por el art. 377 del CCyCN, quien alega un hecho debe probarlo, correspondiéndole por ende acreditar la existencia y entidad del motivo en el que fundó la decisión resolutoria.

13. Valoración

Sin perjuicio de lo dicho hasta aquí, debe tenerse presente que el 2º párrafo del art. 242, LCT, establece que la valoración de la "injuria" deberá ser hecha prudencialmente por los jueces, teniendo en consideración el carácter de las relaciones que resulta de un contrato de trabajo y las modalidades y circunstancias personales de cada caso. Ello impone al intérprete la necesidad de valorar el incumplimiento contractual o de conducta imputado, en el contexto fáctico y jurídico en el que acontece.

Por ende, no todo acto de incumplimiento constituye causa de denuncia del contrato de trabajo, sino sólo aquel que puede configurar injuria.

A fin de poder establecer si, efectivamente, se ha configurado una "injuria", debe tenerse en cuenta, como indica el art. 242, LCT, la gravedad del incumplimiento. De allí que, para erigirse en justa causa de despido, ese incumplimiento debe asumir suficiente magnitud como para desplazar del primer plano el principio de conservación del contrato que consagra el art. 10 de dicha ley, teniendo presente que la conducta debe valorarse conforme los principios de buena fe, colaboración y diligencia, de acuerdo a lo dispuesto por los arts. 62, 63, 84 y concs. de la LCT.

Por otra parte, y tal como se puntualizó en oportunidad de analizar las suspensiones por razones disciplinarias, debe tenerse presente que del juego armónico de los arts. 10, 67, 68, 218/220, 242 y concs. de la LCT, surge la existencia de un régimen disciplinario progresivo. Es así que no todo incumplimiento contractual resulta apto para habilitar a la parte ofendida a extinguir, lisa y llanamente, el vínculo contractual con justa causa —sin perjuicio de pasible de una sanción correctiva importante—, sino sólo aquellos comportamientos o reiteraciones de conductas que no permitan consentir, de ningún modo, la subsistencia de la relación laboral. De allí que la medida que se aplique debe ser, ante todo, razonable y proporcional a la falta cometida o al incumplimiento evidenciado, teniendo en consideración las circunstancias personales del dependiente, en relación a su antigüedad y a la existencia o no de antecedentes desfavorables.

Sobre el punto se ha dicho que "...sabido es que entre las condiciones que debe reunir la respuesta del empleador frente al incumplimiento de su dependiente, se encuentra la exigencia de proporcionalidad entre la decisión extintiva y la gravedad de la falta. Para ello, deberán tenerse en cuenta las particularidades de cada caso concreto, así como los antecedentes del trabajador..."(31).

La "razonabilidad" impone que la medida se sustente o se funde en una justa causa; es decir, debe ser la derivación de un incumplimiento de alguna obligación propia del contrato de trabajo, evitando con ello que la sanción tenga su origen en incumplimientos ajenos a aquél. Por su parte, la "proporcionalidad", como se indicó, importa que la medida guarde una debida correlación de nivel "causa-consecuencia", esto es, que sea adecuada a la gravedad de la falta cometida(32).

A esos recaudos la doctrina y la jurisprudencia han añadido el de la "contemporaneidad" del despido con la falta cometida. Ello importa la necesariedad de una cierta inmediatez entre que se verifica el incumplimiento contractual y la sanción que se aplica ya que, de lo contrario, el transcurso del tiempo sin tomar una medida disciplinaria puede ser interpretado como un consentimiento de la conducta del trabajador. Sin embargo, la demora en la imposición de la sanción puede deberse a la investigación que se lleve a cabo para determinar el responsable y las circunstancias que rodearon al incumplimiento(33) —léase, el tiempo que podría llegar a durar la tramitación de un sumario interno—.

Otra limitación está dada por la aplicación del principio non bis in idem, derivado del derecho penal y claramente aplicable a nuestra materia. Con ello se establece la prohibición del doble juzgamiento por un mismo hecho o que, en el concreto supuesto que se estudia, importa que el empleador tenga vedado sancionar al trabajador en más de una oportunidad por un mismo incumplimiento. Como explica Pinto, si consideramos el despido como una manifestación del poder disciplinario, el incumplimiento del trabajador sancionado con otra medida no podría invocarse como causal de resolución con justa causa, pues es estaría violando la mencionada regla y, por ende, el despido dispuesto en tales condiciones sería injustificado(34).

Al respecto, se señaló que "todo poder disciplinario, sea cual fuere la égida en la que opere, está condicionado por la máxima de que una misma conducta no puede ser sancionada más que una vez, y por ello, las condiciones y circunstancias de la comunicación resolutoria determinan la ilegitimidad del despido cuando el trabajador ya había sido suspendido por la falta imputada"(35).

Asimismo, en los casos en que ello sea viable, se requiere una intimación previa a fin de que se corrijan los incumplimientos observados. En efecto, es requisito necesario para una válida ruptura del vínculo una intimación previa conteniendo la afirmación de hechos —u omisiones— que configuren la injuria alegada y el apercibimiento bajo el cual se efectúa el emplazamiento, ya fuera con la finalidad de obtener de la otra parte una revisión de la supuestamente viciosa conducta de que se trata o posibilitar el ejercicio del derecho de réplica. Esta obligación incumbe tanto al trabajador como al empleador, pues deben conocer cuál será la determinación que adoptará el uno o el otro, para garantizar la posibilidad de esgrimir oportunamente sus defensas(36).

Se ha señalado, en este sentido, que "...el deber de obrar de buena fe y, fundamentalmente, el principio de conservación del contrato (art. 10, LCT) exigen que a tal solución (léase, el despido) se arribe luego de haber dado ocasión a la incumplidora de modificar su actitud mediante la intimación pertinente..."(37).

De igual modo, se ha sostenido que "...la impronta de los arts. 10 y 63 de la LCT le imponen a las partes unidas por un contrato de trabajo que agoten sus recursos en pro de posibilitar la prosecución del contrato conforme a lo que es debido, dándole la oportunidad a la contraparte de ajustar su conducta a lo que es deseable. Así como al empleador le es exigible que, en vez de despedir por justa causa, utilice sus facultades disciplinarias —siempre que ello sea posible— para corregir al dependiente incumplidor, al trabajador también le es requerido que brinde una oportunidad al empleador de adecuar sus prestaciones, cuando el incumplimiento de éste fuera eventualmente subsanable. A tal efecto, como el dependiente no posee poder disciplinario, la herramienta que debe utilizar es la intimación..."(38).

14. Comunicación del despido. Requisitos

El art. 243 de la LCT establece que el despido por justa causa dispuesto por el empleador, así como la denuncia del contrato de trabajo fundada en justa causa que hiciera el trabajador, deberán comunicarse por escrito, con expresión suficientemente clara de los motivos en que se funda la ruptura del contrato. Y, ante la demanda que promoviere la parte interesada, no se admitirá la modificación de la causal de despido consignada en dichas comunicaciones.

El primer requisito que establece la norma de marras es la notificación por escrito de la medida adoptada.

Como señala Pirolo, el propósito de este requisito es dar certeza al contenido de lo que se comunica(39), a la par que se justifica en orden a evitar que el empleador pueda variar la causa del despido —como será explicado seguidamente—.

Tratándose de un requisito de forma impuesto por la ley —ad solemnitatem—, la notificación por escrito no puede ser sustituida por otro medio, lo que guarda coherencia con lo previsto en el art. 49 de la LCT; por ende, de no respetarse esta formalidad, el acto se tendrá por no sucedido(40). Más allá de lo dicho, si bien la ley manda comunicar la suspensión por escrito, lo cierto es que no estipula, concretamente, cómo efectivizar dicha notificación. Así las cosas, el empleador podrá optar por un amplio abanico de posibilidades, como ser un telegrama colacionado, una carta documento, un acta notarial, o incluso haciéndole suscribir al trabajador una nota, etc. Y cualquiera sea la modalidad elegida, siempre debe tenerse en cuenta que la parte carga con el riesgo propio del medio de comunicación elegido.

Seguidamente, el art. 243, LCT, consagra el principio de invariabilidad de la causa de despido al disponer que no se admitirá la modificación de la causal consignada en la comunicación resolutoria, lo cual se conjuga con la necesidad de autosuficiencia de esta última ya que, una vez invocada, no puede luego modificarse ni ampliarse. Es que la ley procura evitar que se produzcan dudas sobre el motivo invocado y toda discusión ulterior acerca de cuáles fueron los hechos motivantes del despido, razón por la que no deben admitirse comunicaciones ambiguas, genéricas o vagamente formuladas, así como tampoco aquéllas destinadas a que luego la parte que las formuló pueda referirlas según su propia conveniencia a otros hechos(41).

Se ha dicho, sobre este aspecto, que "...la regla del art. 243 de la LCT consagra, por una parte, la inalterabilidad de la motivación invocada para legitimar el despido con justa causa derivado de incumplimientos de las partes, lo que permite juzgar dicha legitimidad con apego a la situación existente al tiempo de la denuncia y, por otra, la predeterminación de la materia sobre la que versará, en caso de controversia, la actividad probatoria..."(42).

Como lo ha sostenido la jurisprudencia, la exigencia legal de que la comunicación escrita de las causas del despido contenga la "expresión suficientemente clara de los motivos en que se funda la ruptura del contrato", más la invariabilidad de tal causa invocada, tienen su razón de ser en la necesidad de garantizar el derecho de defensa del trabajador, de manera tal que al demandar sepa cuál es el incumplimiento que se le endilgó para despedirlo y así poder organizar su defensa judicial y ofrecer las pruebas respectivas, pues se trata del basamento mismo para que los preceptos contenidos en el art. 18 de la CN puedan hallar plena vigencia en la solución del conflicto a desarrollarse(43).

Llevado a la práctica, ello implicaría que si el despedido no supiera cuál es el hecho u omisión que se le ha imputado para cesantearlo, y recién lo conociera con precisión al ser contestada la demanda, quedaría en inferioridad de condiciones procesales y se estaría violado su derecho a la defensa judicial. Lo mismo acontecería si en la contestación de la demanda se pudiesen invocar otros hechos no comunicados oportunamente, variando la causa oportunamente notificada. A la inversa, el trabajador que se considere despedido en forma indirecta por incumplimientos de su empleador (cfr. art. 246, LCT) no podrá modificar ni ampliar, al momento de iniciar la demanda, la base fáctica de su reclamo, pues debe juzgarse la legitimidad de la medida con apego a la situación existente al tiempo de la denuncia(44), pues ello implicaría la violación del principio de buena fe consagrado en el art. 63, LCT.

Sin embargo, también se ha sostenido que, cuando la comunicación del despido no da cumplimiento al requisito de expresión clara de la causa del mismo, dicha exigencia puede ser obviada cuando al trabajador no puede caberle ninguna duda respecto del motivo que se invoca, en tanto dicho supuesto es procedente en los casos en que por la naturaleza, magnitud o gravedad del hecho imputado, resulta sobreabundante pormenorizar las circunstancias del mismo o abundar en detalles, bastando con la mera referencia a los acontecimientos aludidos(45).

15. Abandono de trabajo

A su turno, el art. 244, LCT, contempla esta figura, como una inobservancia por parte del dependiente a su deber de prestar tareas, que constituye una injuria de tal gravedad que justifica la denuncia del contrato de trabajo.

La pauta para determinar si en una determinada situación existió "abandono de trabajo" por parte del dependiente, en los términos del art. 244, LCT, consiste en verificar si se dan dos elementos: uno material y otro inmaterial. El material está determinado por la ausencia del trabajador y la existencia de una intimación fehaciente por parte del empleador; y el inmaterial está vinculado con el animus o intención de aquél de no concurrir a prestar su trabajo.

Recordemos en este punto que para que exista "abandono-incumplimiento" —denominado así para distinguirlo del "abandono-renuncia" del art. 241, LCT(46)—, debe haber, por parte del trabajador, una violación voluntaria e injustificada de sus deberes de asistencia y prestación efectiva del trabajo (arts. 21, 62 y 84, LCT) que implique desoír la intimación fehaciente que le cursa el empleador a fin de que retome sus tareas(47).

Con relación al requerimiento fehaciente a retomar tareas —es decir, el llamado "requisito material"—, éste debe ser efectuado por escrito, con expresión suficientemente clara de la situación fáctica y del apercibimiento que conlleva el incumplimiento del trabajador, indicando asimismo con suficiente precisión el plazo que se le otorga para que se reincorpore a sus tareas o, mínimamente, para que brinde explicaciones acerca de sus ausencias.

Si bien el art. 244 de LCT no fija plazo a la respuesta del trabajador ante la intimación del empleador, para poder hacer efectivo el apercibimiento y despedirlo, deben tenerse en cuenta los principios de buena fe, colaboración y solidaridad, resultando razonable un lapso no menor a 48 horas, tiempo razonable para que el dependiente pueda dar las explicaciones del caso o se reincorpore a prestar tareas(48). Nótese que, de otorgarse un lapso menor, se pondría en una situación de aún más hiposuficiencia al dependiente, incluso frente al plazo que le concede la propia LCT en el art. 57 al empleador para que responda los emplazamientos efectuados por el trabajador, relativos al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo.

En cuanto al otro aspecto —el "inmaterial"—, no se discute en la jurisprudencia y la doctrina que el abandono de trabajo requiere por parte del dependiente una conducta de clara e inequívoca dejación del empleo, circunstancia que no se configura cuando no hay voluntad de desertar y las partes están intercambiando notificaciones que evidencian que el trabajador no buscaba dejar su trabajo sino que reclamaba aclaraciones relativas a su situación laboral y el pago del salario que consideraba adeudado.

Sobre el punto, jurisprudencialmente se ha dicho que "...cuando el trabajador responde a la intimación cursada por el principal exponiendo los motivos de las ausencias que, justificados o no, revelaban su intención de no abandonar el contrato de trabajo, no se configura el abandono de trabajo al que alude el art. 244 de la Ley de Contrato de Trabajo, pues en estos casos no se abandona la relación laboral, sino que se invoca una justificación para no cumplir con la obligación prevista en el art. 84 de la mencionada ley, que si bien pueden tener un margen de litigiosidad e incluso constituir la base de un incumplimiento relevante, no permiten concluir que existió una intensión definitiva de abandono..."(49).

Cabe agregar, por último, que por imperio del principio general que en materia probatoria emana del art. 377 del CCyCN, corresponderá al empleador acreditar que, en efecto, el distracto se produjo por exclusiva culpa del dependiente quien, teniendo en cuenta que se sustrajo injustificadamente de su débito laboral y que no se presentó a trabajar con posterioridad a la intimación de reintegro, decidió abdicar del contrato que los vinculaba.

16. El despido sin justa causa

Como se mencionara anteriormente, el "despido" es el acto jurídico unilateral y recepticio mediante el cual una de las partes decide ponerle fin al contrato de trabajo, aniquilando con ello todos los derechos y obligaciones que derivaban de ese vínculo.

En el concreto caso que ahora se analiza, tal medida viene dispuesta por el empleador, y sin invocar ninguna causa —también llamado despido ad nutum—.

Cabe recordar que, según considera una amplia mayoría de la doctrina(50), la ruptura injustificada por parte del empleador del contrato laboral por tiempo indeterminado constituye un "ilícito contractual", donde se soslaya el principio de continuidad de la relación laboral (cfr. art. 10, LCT) y se viola la promesa de dar ocupación hasta que el dependiente esté en condiciones de obtener alguna de las prestaciones previsionales de la ley 24.241.

En ese sentido, el ordenamiento legal laboral argentino ha adoptado un sistema de "estabilidad impropia", que le reconoce validez al despido aún en los supuestos en que no existiese justa causa para la extinción, disponiendo la reparación ficta en base a una tarifa legal de los daños y perjuicios presumiblemente derivados de ese acto patronal.

16.1. La indemnización por antigüedad

La LCT establece en el art. 245 los parámetros para la determinación de la reparación del despido incausado, lo cual se traduce en el cumplimiento del mandato del art. 14 bis de la CN de proteger al trabajador contra el despido arbitrario.

El sistema indemnizatorio tarifado está formado por dos variables preestablecidas por la ley: el salario y la antigüedad del trabajador para el empleador. Asimismo, se estructura con un sistema de topes mínimo y máximo.

Como explica Guisado(51), el sistema de indemnización tarifada o forfataria parte de dos supuestos fundamentales: la idea de que la reparación no debe ser total sino parcial y el principio de la supresión del arbitrio judicial mediante el establecimiento de indemnizaciones fijas. Ello importa dejar de lado el principio de la reparación integral. De allí que se ha dicho que la indemnización tarifada prevista en el art. 245, LCT, está destinada a reparar todo tipo de daño patrimonial y extrapatrimonial originado en la pérdida del empleo(52).

Sobre el punto se ha sostenido que "...la indemnización tarifada prevista en el art. 245, LCT, está destinada a reparar todo tipo de daño patrimonial y extrapatrimonial originado en la pérdida del empleo. En nuestro sistema de relaciones laborales, el legislador opta por hacer efectiva la 'protección contra el despido arbitrario' consagrada en el art. 14 de la CN, mediante un sistema indemnizatorio tarifado. Esta indemnización implica, al decir de Deveali, una solución de carácter transaccional (cfr. 'Lineamientos del Derecho del Trabajo', p. 39) ya que si bien se reconoce el derecho a una indemnización por un importe cuyas bases de determinación están preestablecidas en la misma ley (con independencia de la existencia de daño) la norma pone un tope máximo dejando de lado la reparación integral..."(53).

16.2. Cálculo de la indemnización. Parámetros

Como se indicara precedentemente, las pautas a considerar para efectuar el cálculo de la indemnización prevista en el art. 245, LCT, son la antigüedad en el empleo, el salario, y la existencia de topes (mínimos y máximos).

16.2.1. Antigüedad

El tiempo de servicio a las órdenes de un mismo empleador se computa por la sumatoria de los distintos lapsos efectivamente trabajados desde su ingreso y hasta la extinción, sin perjuicio del modo en que hayan cesado con anterioridad, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 18, 19 y 255 de la LCT; sin embargo, debe tenerse en cuenta la excepción prevista en el art. 253 de dicha ley para el caso del trabajador jubilado que reingresa a prestar servicios para el mismo empleador(54).

Debe tenerse en cuenta que, con la redacción definitiva dada al art. 92 bis de la LCT por ley 25.877, el contrato de trabajo por tiempo indeterminado se entiende celebrado a prueba durante los primeros 3 meses, lapso durante el que cualquiera de las partes podrá disolver el vínculo sin necesidad de expresar la causa y sin generar derecho a indemnización. A la par de ello, cabe recordar que la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo había dictado el 30/3/1979, en pleno, el Fallo nro. 218 en la causa "Sawady, Manfredo c. SADAIC Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música s/Cobro de pesos", en que se resolvió que "[e]l trabajador con antigüedad no mayor de tres meses, despedido sin causa, no tiene derecho a la indemnización prevista en el art. 266 de la LCT" (actualmente, art. 245, LCT).

16.2.2. Salario

El art. 245, LCT, manda calcular la indemnización por antigüedad tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año trabajado o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor.

En cuanto a la "mejor remuneración", debe tomarse el salario más alto dentro del último año, a cuyo fin únicamente cabe tener en cuenta los conceptos definibles como remuneración, sin contar aquellas prestaciones que no tienen naturaleza remuneratoria (por ejemplo, las asignaciones familiares y los beneficios sociales previstos en el art. 103 bis o en el art. 223 bis de la LCT)(55).

Empero, no debe soslayarse la inclusión de sumas no remunerativas emanadas de acuerdos salariales en la base de cálculo, con fundamento en la doctrina emanada de los fallos del Alto Tribunal in re "Díaz c. Cervecería" y "González c. Polimat SA", con remisión a las consideraciones y conclusiones expuestas en la causa "Pérez c. Disco SA".

Por otra parte, en caso de que el salario esté compuesto por remuneraciones variables, mensuales, normales y habituales, éstas no deben ser promediadas para el cálculo de la indemnización por despido, conforme la doctrina emanada del Fallo Plenario nro. 298 dictado en autos "Brandi, Roberto Antonio c. Lotería Nacional S.E. s/Despido" (del 5/10/2000).

De igual modo, por aplicación de la doctrina emanada del Fallo Plenario dictado en los autos "Torres, Elvio c. Pirelli Técnica SA s/Despido" (nro. 288 del 1/11/1996), "en caso de despido, la remuneración que al trabajador le corresponde por la fracción del mes en que se produjo, no debe computarse —a los fines del art. 245, LCT— proyectada a la totalidad de dicho mes". Es por ello que, conforme esta doctrina, no podría válidamente tomarse como base salarial, aunque haya sido la mejor, la remuneración correspondiente al mes de la extinción.

El salario tiene que tener periodicidad "mensual", como marca la norma en estudio; esto es, debe considerarse la totalidad de las retribuciones que se han devengado a favor del trabajador mes a mes.

Este aspecto ha suscitado posiciones encontradas doctrinaria y jurisprudencialmente. El eje del debate se centraba respecto a los rubros que correspondía incluir en la base de cálculo, pues se abonan con una periodicidad distinta a la mensual (tal el caso del SAC y de los "bonus" anuales).

Pues bien, dicha cuestión ha sido zanjada a partir de la sentencia dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en pleno en los autos "Tulosai, Alberto Pascual c. Banco Central de la República Argentina s/Ley 25.561"(56), en el que se sentó la siguiente doctrina: "1º) No corresponde incluir en la base salarial prevista en el primer párrafo del art. 245 de la LCT, la parte proporcional del sueldo anual complementario; 2º) Descartada la configuración de un supuesto de fraude a la ley laboral, la bonificación abonada por el empleador sin periodicidad mensual y en base a un sistema de evaluación del desempeño del trabajador, no debe computarse a efectos de determinar la base salarial prevista en el primer párrafo del art. 245 de la LCT".

De dicho fallo puede extraerse, en definitiva, que las retribuciones devengadas con una frecuencia de pago distinto a la mensual, salvo supuestos de diferimiento fraudulento, no deben computarse para la base de cálculo de la indemnización del art. 245 de la LCT, aun con la modificación que la ley 25.877 (B.O. del 19/3/2004) hizo del vocablo "percibida" por "devengada" en dicha norma(57).

Como ya se vio, la remuneración a tomar como base de cálculo debe tratarse de la mejor devengada en forma mensual; pero, además, a estas características debe sumarse la de ser "normal y habitual"(58).

Etala(59) explica que, en materia remuneratoria, el carácter de "normal" debe ser determinado en función de su opuesto, es decir, de lo "anormal". Así, refiere, por ejemplo, a un ingreso desde todo punto de vista excepcional y que no responde a la forma de cómo se ha desarrollado el contrato de trabajo. Pirolo(60), por su parte, señala que la "habitualidad" está dada por la reiteración en el pago del concepto remuneratorio, y que es normal y habitual cuando su percepción no depende de ningún evento.

En suma, conceptos tales como horas extras, comisiones, premios, etc., sólo deberán ser tenidos en cuenta para determinar la base de cálculo que contempla el art. 245 en su 1º párrafo si revisten el carácter de mensuales, normales y habituales.

Al respecto, se ha dicho que para determinar la mejor remuneración normal y habitual deben contarse los rubros normales y habituales y seguidamente seleccionar la mejor retribución(61).

16.2.3. Topes

Como se señalara, el art. 245, LCT, establece un sistema de topes a aplicar a la remuneración: uno mínimo y otro máximo.

— El tope mínimo está contemplado en el último párrafo de la norma de marras, en donde se establece —luego de la reforma operada por la ley 25.877— un piso indemnizatorio de 1 mes de sueldo, calculado sobre la base de la mejor remuneración mensual, normal y habitual, sin tope.

— Por su parte, el tope máximo a la remuneración que debe servir de base de cálculo viene establecido en el 2º párrafo del mentado art. 245, LCT.

Reza dicha parte de la norma que "dicha base no podrá exceder el equivalente de 3 veces el importe mensual de la suma que resulte del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador, al momento del despido, por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad. Al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social le corresponderá fijar y publicar el promedio resultante, juntamente con las escalas salariales de cada Convenio Colectivo de Trabajo".

Cabe tener presente, también, que el 3º párrafo del artículo en cuestión contempla el caso de los trabajadores no convencionados, al sostener que "para aquellos trabajadores excluidos del convenio colectivo de trabajo el tope ... será el del convenio aplicable al establecimiento donde preste servicios o al convenio más favorable, en el caso de que hubiera más de uno".

Pues bien, la limitación antedicha en modo alguno puede considerarse un elemento distorsivo del régimen resarcitorio. Ya desde hace tiempo la CSJN viene sosteniendo, al respecto, que "en cumplimiento del deber constitucional del Estado de asegurar la protección del trabajador contra el despido arbitrario (art. 14 nuevo de la CN), corresponde al legislador establecer las bases jurídicas que reglamentan las relaciones del trabajo y las consecuencias que se derivan del contrato laboral sin que los jueces se hallen facultados para decidir sobre el mérito o conveniencia de la legislación sobre la materia"(62); y más recientemente en el conocido caso "Vizzoti"(63) reiteró que "no hay dudas en cuanto a la validez constitucional de un régimen tarifado de indemnizaciones por despido sin justa causa".

A la par, el Máximo Tribunal ha sostenido la obligatoriedad de la aplicación del tope previsto en el mentado art. 245, LCT, incluso en los supuestos en que el trabajador no se halla convencionado(64), o bien cuando el Ministerio de Trabajo no publica los topes del convenio respectivo(65).

De igual modo, se ha dicho que los jueces, al calcular la indemnización por antigüedad, tienen la obligación de aplicar el tope previsto en el art. 245 (o el que estimen pertinente si fuera planteada su inconstitucionalidad), tanto cuando el CCT es individualizado con el número como cuando, por la descripción de los hechos que conciernen a la actividad desplegada por la empleadora, es indudable la aplicación de un determinado convenio al que las partes, aún sin indicar su número, hacen referencia de manera explícita a través de sus argumentaciones(66).

Ahora bien, no puede válidamente aceptarse que la relación entre la mejor remuneración normal y habitual y el tope indemnizatorio provoque una disminución de la pauta inicial de tal magnitud que resulte confiscatoria y que dicha reducción se traslade aritméticamente a la reparación pretendida.

En ese sentido, la CSJN ha sentado, en la ya citada causa "Vizzoti", una doctrina específica en lo relativo a la relación que debe mediar entre el tope convencional y la mejor remuneración normal y habitual que debe considerarse para calcular la indemnización por despido incausado.

En efecto, en dicho precedente la Corte Federal, tras analizar las disposiciones del citado art. 245, LCT, a la luz de las reglas de los arts. 14 bis y 28 de la CN, de la jurisprudencia del propio Tribunal y de normas de los convenios internacionales incorporados a la Ley Fundamental, consideró que "no resulta razonable, justo ni equitativo que la base salarial prevista en el párrafo 1º del citado art. 245, LCT, 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 párrafos 2º y 3º... Esta pauta, por cierto, recuerda conocida jurisprudencia del Tribunal, relativa a que la confiscatoriedad se produce cuando la presión fiscal excede el señalado porcentaje ... Permitir que el importe del salario devengado regularmente por el trabajador resulte disminuido en más de un tercio, a los fines de determinar la indemnización por despido sin justa causa, significaría consentir un instituto jurídico que termina incumpliendo con el deber inexcusable enunciado en el citado art. 14 bis, acerca de que el trabajo gozará de la protección de las leyes, y que éstas asegurarán al trabajador protección contra el despido arbitrario y condiciones equitativas de labor...".

En dicha inteligencia, tal como lo ha remarcado la Corte en la citada doctrina judicial, es admisible que el legislador reduzca las indemnizaciones al aplicar un tope salarial, pero no es posible aceptar que esa reducción sea cuantitativamente tan importante como para disminuir substancialmente lo que se estableció como regla. Así, en los casos en que el tope previsto en el respectivo CCT supere el máximo nivel de confiscación tolerable, corresponderá declarar su inconstitucionalidad y, consecuentemente, aplicar la limitación a la base salarial prevista en los párrafos 2º y 3º del citado art. 245, LCT, sólo hasta el 33% de la mejor remuneración mensual normal y habitual computable(67).

17. Jurisprudencia

Despido indirecto. Procedencia

"...El incumplimiento en el pago de las vacaciones en tiempo oportuno, como así también la omisión de entrega de ropa de trabajo y pago del reintegro por el servicio de lavado y planchado, se constituyen en injurias suficientes que justifican el despido indirecto...".

CNTrab., sala V, 20/2/2014, "B., M. c. Centromédica SA s/Despido", DT, 2014-julio-1861.

Despido indirecto. Maternidad

"...El despido indirecto dispuesto por la trabajadora luego de que la patronal rechazara restablecerle funciones y categoría laboral, debe considerarse justificado porque, la empleadora no acreditó la existencia de una necesidad empresarial objetiva, operativa y/o de organización que motivaran el mantenimiento de los cambios transitorios implementados durante la licencia por maternidad de la cual gozó aquélla, por lo que se constituye en un ejercicio abusivo del ius variandi...".

CNTrab., sala II, 30/12/2013, "Frías, Marisa Alejandra c. Asistencia y Prestación de Salud SA y otro s/Despido", LA LEY, 2014-B, 79.

Despido por graves anomalías

"...Es ajustada a derecho la decisión de la empleadora de despedir a una trabajadora que se desempeñaba como agente de propaganda médica, pues, se encuentra acreditado que cometió graves anomalías en sus informes de reportes de visitas, a través de los cuales puso en conocimiento de la empresa tareas cumplidas que no se llevaron a cabo como visitas a profesionales médicos a los que no visitó y ello constituye una injuria de gravedad tal que frustra la expectativa acerca de una conducta leal y acorde con el deber de fidelidad y buena fe, generando la convicción de que el mismo ya no resulta confiable...".

CNTrab., sala VI, 30/9/2013, "C., M. F. G. c. T.R.B. Pharma SA s/Despido", DJ, 19/3/2014, 51.

Insultos y amenazas

"...Resulta justificado el despido directo dispuesto respecto de un trabajador que insultó y amenazó al presidente de la sociedad empleadora pues, si bien la denuncia penal por amenazas dirigida contra aquél fue desestimada por inexistencia de delito, ello no obsta a que la conducta descripta sea considerada injuria suficiente para justificar la ruptura contractual dispuesta...".

CNTrab., sala I, 31/5/2010, "Toledo, Hugo Norberto c. Guardia Real SA", LA LEY, 2010-D, 509.

Despido indirecto. Improcedencia. Falta de intimación previa

"...No hubo un emplazamiento del trabajador a su empleadora a fin de modificar las condiciones impuestas previo a denunciar el contrato, conducta exigida en función de los principios de conservación del vínculo (art. 10, LCT) y de los deberes genéricos nacidos de los arts. 62 y 63, LCT, sino que directamente comunicó su decisión de considerarse despedido por los incumplimientos imputados a aquella...".

CNTrab., sala IV, 26/2/2013, "García de Mita, Leandro Pablo c. Banco de Galicia y Buenos Aires SA s/Despido", sent. def. 96.907.

Despido. Violación del principio non bis in ídem

"...Todo poder disciplinario, sea cual fuere la égida en la que opere, está condicionado por la máxima de que una misma conducta no puede ser sancionada más que una vez, y por ello, las condiciones y circunstancias de la comunicación resolutoria determinan la ilegitimidad del despido cuando el trabajador ya había sido suspendido por la falta imputada...".

CNTrab., sala I, 15/11/2010, "Pérez, Cristian Leonardo c. Wonder New SRL", LLAR/JUR/78888/2010.

Injuria. Concepto. Proporcionalidad

"...Para que el incumplimiento del trabajador sea hábil para constituir justa causa de despido, debe configurar injuria en los términos previstos en el art. 242, LCT (Adla, XXXVI-B, 1175) con magnitud suficiente como para desplazar el principio de conservación del empleo, requiriendo la concurrencia de los recaudos de causalidad, oportunidad y proporcionalidad, el cual no se cumple si el empleador podía adoptar otras medidas disciplinarias previas...".

CNTrab., sala III, 17/7/2008, "Ortiz, Cristian Eduardo c. Callobre SA", LLAR/JUR/6536/2008.

Valoración de la injuria

"...La valoración de la injuria debe ser hecha prudencialmente por los jueces, teniendo en consideración el carácter de las relaciones que resulta de un contrato de trabajo, según la ley, y las modalidades y circunstancias personales de cada caso, teniendo en cuenta los parámetros de causalidad, proporcionalidad y oportunidad...".

CNTrab., sala I, 31/8/2001, "Maciel, Alejandro c. Molba SA", DT, 2002-A-77.

Comunicación del despido. Invariabilidad de causa

"...la regla del art. 243 de la LCT consagra, por una parte, la inalterabilidad de la motivación invocada para legitimar el despido con justa causa derivado de incumplimientos de las partes, lo que permite juzgar dicha legitimidad con apego a la situación existente al tiempo de la denuncia y, por otra, la predeterminación de la materia sobre la que versará, en caso de controversia, la actividad probatoria...".

CNTrab., sala II, 30/8/2011, "Laflor, Romina Vanesa c. Terra, Aníbal Marcelo y otro s/Despido", sent. def. 99.566.

Abandono de trabajo. Falta de configuración

"...Para que exista 'abandono-incumplimiento' -lo he de denominar así para distinguirlo del abandono—renuncia del art. 241, LCT—, debe haber, por parte del trabajador, una violación voluntaria e injustificada de sus deberes de asistencia y prestación efectiva del trabajo (art. 21, 62 y 84, LCT) que implique desoír la intimación fehaciente que le cursa el empleador a fin de que retome tareas. Es decir, la pauta para determinar si en una determinada situación existió 'abandono-incumplimiento' por parte del dependiente, es verificar si se dan dos elementos: uno material y otro inmaterial. El material está determinado por la ausencia del trabajador y la existencia de una intimación fehaciente por parte del empleador. Y el inmaterial está vinculado con el 'animus' o intención de no concurrir a prestar su trabajo. En el caso, no se configuró el abandono de trabajo...".

CNTrab., sala IV, 27/4/2012, "Amena, Norma Inés c. Clínica Olivos SA s/Despido", sent. def. 96.256.

Despido. Abandono de trabajo. Art. 244, LCT

"...Para que se configure la situación de 'abandono-incumplimiento' es necesario que el trabajador no haya concurrido a prestar servicios (ausencia), que no haya tenido la intención de concurrir a trabajar, y que la empleadora lo haya intimado fehacientemente a retomar tareas. En el caso, no se acreditó la intención de no concurrencia del trabajador, que fue la causa invocada por la empleadora para despedirlo...".

CNTrab., sala IV, 23/10/2012, "Valenzuela, Norberto Eduardo c. Ham Nam Sun s/Despido", sent. def. 96.664.

Abandono de trabajo. Falta de configuración

"...Cuando el trabajador responde a la intimación cursada por el principal exponiendo los motivos de las ausencias que, justificados o no, revelaban su intención de no abandonar el contrato de trabajo, no se configura el abandono de trabajo al que alude el art. 244 de la Ley de Contrato de Trabajo, pues en estos casos no se abandona la relación laboral, sino que se invoca una justificación para no cumplir con la obligación prevista en el art. 84 de la mencionada ley, que si bien pueden tener un margen de litigiosidad e incluso constituir la base de un incumplimiento relevante, no permiten concluir que existió una intensión definitiva de abandono...".

CNTrab., sala VIII, 28/5/2011, "Pereyra, Jorge Alejandro c. Aventura Emprendimientos SA y otro", LLAR/JUR/18555/2011.

Retención de tareas

"...El despido dispuesto por la empleadora por abandono de trabajo no se ajusta a derecho si el trabajador se encontraba haciendo uso de su legitimo derecho de retener tareas hasta tanto la empleadora le restituyera su puesto como coordinador de terapia intensiva del que lo había relevado ocasionándole un retroceso en su carrera profesional, máxime cuando no existió consentimiento del trabajador a tal cambio...".

CNTrab., sala I, 30/7/2013, "Silva, José Luis c. Federación de Círculos Católicos de Obreros s/Despido", LLAR/JUR/51487/2013.

Indemnización art. 245, LCT. Base de cálculo

"...Para calcular la indemnización del art. 245 de la LCT, debe computarse la mejor remuneración mensual, normal y habitual del trabajador despedido, y no simplemente la remuneración mensual habitual, como pretende la parte demandada, pues esta pauta no se corresponde con la directriz de la norma aplicable...".

CNTrab., sala V, 23/3/2007, "Schcolnik, Alejandro J. c. Banco Bansud", DT, 2007-B-1095.

Indemnización art. 245, LCT. Salario base de cálculo

"...A efectos de tomar como base de la indemnización por despido a la mejor remuneración normal y habitual —art. 245 de la ley 20.744 (t.o. 1976)—, no debe considerarse como tal al salario que efectivamente pagó el empleador, sino a aquél que, pese a no haber sido abonado, debió normalmente percibir el trabajador como consecuencia de haber puesto su fuerza de trabajo al servicio del principal...".

CNTrab., sala X, 6/12/2007, "Berrio, Silvia Andrea c. Ger, Viviana Alba", LLAR/JUR/10584/2007.

Indemnización art. 245, LCT. Base de cálculo. Carácter de "normal y habitual"

"...El art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo dispone tomar como módulo 'la mejor remuneración mensual, normal y habitual', y debe entenderse que estos adjetivos se refieren a rubros que componen el salario, para excluir gratificaciones extraordinarias, sueldo anual complementario u otras prestaciones que por su naturaleza no sean susceptibles de ser ganadas todos los meses. Tal característica no es aplicable a los plus o premios por asistencia y puntualidad, como a los feriados laborados, por lo que no existe motivo para excluirlos del cálculo sin prueba concreta de su anormalidad y no habitualidad...".

CNTrab., sala IX, 29/3/1999, "Esquivel, Margarita S. y otro c. Bagley SA", DT, 1999-B-1569.

Despido. Inconstitucionalidad art. 245, LCT

"...Si por aplicación del tope indemnizatorio previsto por el art. 245 de la ley 20.744 se consagra un 'derecho a despedir con mínimas e irrelevantes consecuencias jurídicas', corresponde declarar la inconstitucionalidad de la norma mencionada, toda vez que se encuentran violados los artículos 14 bis y 17 de la Constitución Nacional...".

CNTrab., sala III, 12/7/2013, "Coria, Carlos Alberto c. YPF SA s/Despido", LLAR/JUR/51439/2013.

Despido. Aplicación de tope. Trabajador no convencionado

"...Deviene improcedente la pretensión del trabajador de que no se aplique tope alguno a la indemnización por despido, con sustento en la modificación introducida por la ley 25.877 al cuarto párrafo del art. 245, y la circunstancia de que el aquí actor nunca estuvo comprendido en ningún convenio colectivo, por lo cual no podría estar excluido de régimen alguno de esa naturaleza, dado que la modificación lingüística no implica cambio en los alcances de la norma e interpretar lo contrario conllevaría consagrar una categoría de trabajadores que tendrían derecho a obtener una indemnización al margen de cualquier limitación —tope legal—, lo que no condice con una adecuada hermenéutica jurídica...".

CNTrab., sala I, 27/3/2013, "Machado de Villafañe, Tomás Antonio c. General Motors de Argentina SRL", LA LEY, 2013-D, 222.

Inconstitucionalidad del tope indemnizatorio. Desnaturalización de la garantía de protección contra el despido arbitrario

"...Corresponde declarar la inconstitucionalidad del tope indemnizatorio previsto en el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo (t.o. 1976) (Adla, XXXVI-B, 1175), pues su aplicación conlleva una disminución muy significativa en el salario base percibido por el trabajador —en el caso, de un 68,4%—, lo cual implica una desnaturalización del derecho a una adecuada protección contra el despido arbitrario, contemplado en el art. 14 de la Constitución Nacional...".

CNTrab., sala II, 17/2/2010, "Aiassa, Eduardo Francisco c. Culligan Argentina SA", LLAR/JUR/4011/2010.

TÍTULO XII De la Extinción del Contrato de Trabajo

...

CAPÍTULO V De la extinción del contrato de trabajo por fuerza mayor o por falta o disminución de trabajo

Monto de la indemnización

Art. 247. — En los casos en que el despido fuese dispuesto por causa de fuerza mayor o por falta o disminución de trabajo no imputable al empleador fehacientemente justificada, el trabajador tendrá derecho a percibir una indemnización equivalente a la mitad de la prevista en el art. 245 de esta ley.

En tales casos el despido deberá comenzar por el personal menos antiguo dentro de cada especialidad.

Respecto del personal ingresado en un mismo semestre, deberá comenzarse por el que tuviere menos cargas de familia, aunque con ello se alterara el orden de antigüedad.

CAPÍTULO VI De la extinción del contrato de trabajo por muerte del trabajador

Indemnización por antigüedad. Monto. Beneficiarios

Art. 248. — En caso de muerte del trabajador, las personas enumeradas en el art. 38 del Decreto-ley 18.037/69 (t.o. 1974) tendrán derecho, mediante la sola acreditación del vínculo, en el orden y prelación allí establecido, a percibir una indemnización igual a la prevista en el art. 247 de esta ley. A los efectos indicados, queda equiparada a la viuda, para cuando el trabajador fallecido fuere soltero o viudo, la mujer que hubiese vivido públicamente con el mismo, en aparente matrimonio, durante un mínimo de dos (2) años anteriores al fallecimiento.

Tratándose de un trabajador casado y presentándose la situación antes contemplada, igual derecho tendrá la mujer del trabajador cuando la esposa por su culpa o culpa de ambos estuviere divorciada o separada de hecho al momento de la muerte del causante, siempre que esta situación se hubiere mantenido durante los cinco (5) años anteriores al fallecimiento.

Esta indemnización es independiente de la que se reconozca a los causa-habientes del trabajador por la ley de accidentes de trabajo, según el caso, y de cualquier otro beneficio que por las leyes, convenciones colectivas de trabajo, seguros, actos o contratos de previsión, le fuesen concedidos a los mismos en razón del fallecimiento del trabajador.

CAPÍTULO VII De la extinción del contrato de trabajo por muerte del empleador

Condiciones. Monto de la indemnización

Art. 249. — Se extingue el contrato de trabajo por muerte del empleador cuando sus condiciones personales o legales, actividad profesional y otras circunstancias hayan sido la causa determinante de la relación laboral y sin las cuales ésta no podría proseguir.

En este caso, el trabajador tendrá derecho a percibir la indemnización prevista en el art. 247 de esta ley.

CAPÍTULO VIII De la extinción del contrato de trabajo por vencimiento del plazo

Monto de la indemnización. Remisión

Art. 250. — Cuando la extinción del contrato se produjera por vencimiento del plazo asignado al mismo, mediando preaviso y estando el contrato íntegramente cumplido, se estará a lo dispuesto en el art. 95, segundo párrafo, de esta ley, siendo el trabajador acreedor a la indemnización prevista en el art. 247, siempre que el tiempo del contrato no haya sido inferior a un (1) año.

CAPÍTULO IX De la extinción del contrato de trabajo por quiebra o concurso del empleador

Calificación de la conducta del empleador. Monto de la indemnización

Art. 251. — Si la quiebra del empleador motivara la extinción del contrato de trabajo y aquélla fuera debida a causas no imputables al mismo, la indemnización correspondiente al trabajador será la prevista en el artículo 247. En cualquier otro supuesto dicha indemnización se calculará conforme a los previstos en el artículo 245. La determinación de las circunstancias a que se refiere este artículo será efectuada por el juez de la quiebra al momento de dictar la resolución sobre procedencia y alcances de las solicitudes de verificación formuladas por los acreedores.

(Artículo sustituido por art. 294 de la Ley Nº 24.522 B.O. 9/8/1995)

CAPÍTULO X De la extinción del contrato de trabajo por jubilación del trabajador

Intimación. Plazo de mantenimiento de la relación

Art. 252. — Cuando el trabajador reuniere los requisitos necesarios para obtener una de las prestaciones de la ley 24.241, el empleador podrá intimarlo a que inicie los trámites pertinentes extendiéndole los certificados de servicios y demás documentación necesaria a esos fines. A partir de ese momento el empleador deberá mantener la relación de trabajo hasta que el trabajador obtenga el beneficio y por un plazo máximo de un año (Párrafo sustituido por art. 6º de la Ley Nº 24.347 B.O. 29/6/1994).

Concedido el beneficio, o vencido dicho plazo, el contrato de trabajo quedará extinguido sin obligación para el empleador del pago de la indemnización por antigüedad que prevean las leyes o estatutos profesionales.

La intimación a que se refiere el primer párrafo de este artículo implicará la notificación del preaviso establecido por la presente ley o disposiciones similares contenidas en otros estatutos, cuyo plazo se considerará comprendido dentro del término durante el cual el empleador deberá mantener la relación de trabajo.

(Artículo sustituido por art. 1º de la Ley Nº 21.659 B.O. 12/10/1977)

Trabajador jubilado

Art. 253. — En caso de que el trabajador titular de un beneficio previsional de cualquier régimen volviera a prestar servicios en relación de dependencia, sin que ello implique violación a la legislación vigente, el empleador podrá disponer la extinción del contrato invocando esa situación, con obligación de preavisarlo y abonar la indemnización en razón de la antigüedad prevista en el art. 245 de esta ley o en su caso lo dispuesto en el art. 247.

En este supuesto sólo se computará como antigüedad el tiempo de servicios posterior al cese (Párrafo incorporado por art. 7º de la Ley Nº 24.347 B.O. 29/6/1994).

CAPÍTULO XI De la extinción del contrato de trabajo por incapacidad o inhabilidad del trabajador

Incapacidad e inhabilidad. Monto de la indemnización

Art. 254. — Cuando el trabajador fuese despedido por incapacidad física o mental para cumplir con sus obligaciones, y la misma fuese sobreviniente a la iniciación de la prestación de los servicios, la situación estará regida por lo dispuesto en el art. 212 de esta ley.

Tratándose de un trabajador que contare con la habilitación especial que se requiera para prestar los servicios objeto del contrato, y fuese sobrevinientemente inhabilitado, en caso de despido será acreedor a la indemnización prevista en el art. 247, salvo que la inhabilitación provenga de dolo o culpa grave e inexcusable de su parte.

• Comentario:

18. Introducción

Los artículos comprendidos dentro de los Capítulos V a XI del presente Título —y que serán tratados a continuación— contemplan determinados modos de extinción del contrato de trabajo que tienen, como punto en común, la característica de ser originados en motivos ajenos a la voluntad de las partes.

19. Extinción por fuerza mayor o por falta o disminución de trabajo

Esta forma de extinción del vínculo está prevista en el art. 247 de la LCT, y parte de la base de un distracto dispuesto por el empleador, aunque provocado por motivos ajenos a él, es decir, que esa "fuerza mayor" o la "falta o disminución de trabajo" no le sean imputables.

19.1. Fuerza mayor

La fuerza mayor implica una circunstancia sobreviniente de ineficacia funcional del contrato, que afecta a su objeto ya que, por efecto de situaciones externas no imputables al empleador, éste se encuentra absolutamente imposibilitado de continuar ocupando al trabajador.

La LCT no brinda una definición de este término, con lo cual cabe remitirse a lo establecido en los arts. 513 y 514 del Cód. Civil que, básicamente, señalan que se trata de un hecho que no se puede evitar y tampoco se puede prever. De allí que las características principales que debe presentar un acontecimiento para encuadrar en este supuesto es que debe ser imprevisible, inevitable e irresistible.

Como ya se señalara, estas normas se encuentran actualmente contenidas en los arts. 792, 1730, 1733 y 1734 del nuevo Código Civil y Comercial Unificado por ley 26.994, que mantienen el sentido de las anteriores. Al respecto, se ha sostenido que "ante un despido por falta o disminución de trabajo debe acreditarse la imprevisibilidad, la inevitabilidad y la irresistibilidad del hecho por quien lo invoca (arts. 513 y 514, Cód. Civil derogado; arts. 1730, 1733, inc. e] y 1734, CCyCN), con lo cual las dificultades económicas, la reducción de la facturación o la disminución del trabajo en general constituyen sólo riesgos de la actividad empresaria que no justifican tales causales" (CNTrab., sala I, 6/7/2016, "Villavicencio, Pablo Alberto c. Layout Consultores S.A. s/Despido", DT, 2016, septiembre, 2120).

Se ha dicho que debe distinguirse la fuerza mayor que provoca falta o disminución de trabajo de la simple falta de trabajo, pues en este último supuesto el cumplimiento del deber de dar ocupación sólo es excesivamente oneroso o inconveniente económicamente(68); por el contrario, en el caso de fuerza mayor propiamente dicha no hay posibilidad de dar trabajo por tratarse de un hecho que no ha podido preverse o que previsto no se pudo evitar(69).

Refiere Maddaloni(70) que la imposibilidad de dar trabajo puede derivarse de una causa material o jurídica. La primera estaría conformada, por ejemplo, por la destrucción del establecimiento por hechos naturales (terremotos o inundaciones) o ajenos (ataque terrorista); en la segunda causa encuadraría el llamado "hecho del príncipe", esto es, prohibiciones dictadas por la autoridad pública ajenas a la culpa del empleador.

Cualquiera sea el supuesto que se diera, el empleador que invocare estas circunstancias deberá demostrar su imprevisibilidad así como la irresistibilidad de la causa generadora(71).

Al igual que en el caso de suspensiones, en los supuestos que se invoque como excepción la "fuerza mayor" se deberá haber transitado el Procedimiento Preventivo de Crisis previsto en los arts. 98 y ss. de la ley 24.013, previo a adoptar una medida extintiva.

Por último, debe tenerse presente, también, el respeto al orden de prioridades según la antigüedad de los dependientes, tal como indica el art. 247 de la LCT en su 2º y 3º párrafo —de igual modo que se lo hace con relación a las suspensiones—. En efecto, los despidos deberán comenzar por el personal con menos antigüedad dentro de cada especialidad; aunque podría llegar a alterarse el orden cuando algún trabajador, por sus especiales características, resulte indispensable para el funcionamiento de la empresa, incluso frente a la imposibilidad de dar trabajo alegada(72). Y con relación al personal ingresado dentro de un mismo semestre, la norma estipula comenzar por quienes tuvieran menos cargas de familia, aun cuando así se alterase el orden de antigüedad.

19.2. Falta o disminución de trabajo

El segundo supuesto que contempla el art. 247 de la LCT es la falta o disminución de trabajo no imputable al empleador.

Como se ha explicado en el capítulo referido a las suspensiones por este motivo, este supuesto importa una mayor complicación o bien una excesiva onerosidad sobreviniente en el cumplimiento de su obligación por parte del principal (cfr. art. 1198, párr. 2º, Cód. Civil). Como refiere Gnecco(73), "...ve en la falta o disminución de trabajo, un reflejo de la teoría de la imprevisión (art. 1198, Cód. Civil —Adla, XXVIII-B-1799—) aunque sean distintos los efectos. Han de concurrir las notas comunes de ajenidad del evento, su anormalidad y extraordinariedad...". Es decir, la obligación de dar trabajo se torna de un costo excesivo(74).

Como se dijera anteriormente, esta norma aparece actualmente contenida por los arts. 961, 991, 1061 y 1091 del nuevo Código Civil y Comercial Unificado por ley 26.994. Dichos artículos mantienen, en lo sustancial, el sentido de la norma antecedente; como novedad, puede incluirse el tema de las tratativas precontractuales, las obligaciones nacidas en ese período y las responsabilidades que pueden gestarse, como también la inclusión de los contratos gratuitos en el instituto denominado "teoría de la imprevisión" (ver, al respecto, "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", t. III, Julio C. Rivera y Graciela Medina (dirs.), ps. 706 y ss., La Ley, Buenos Aires, 2015).

Es útil señalar que los avatares económicos forman parte del riesgo empresario y, como tal, no puede ser trasladado a los trabajadores y pretender que éstos lo asuman. Sabido es que el derecho laboral está fundamentado en principios como el de ajenidad en los riesgos de la empresa y de indemnidad, y de allí que la falta o disminución de trabajo que refiere el artículo, para ser válida, no debe serle imputable al empleador. Por ende, en caso de invocar esa excepción, constituirá carga de éste probar la situación fáctica y objetiva de reducción de las necesidades de ocupación de personal, el factor subjetivo —es decir, la ajenidad de tal situación—, así como que ha tomado medidas para paliar esa situación(75).

Debe tenerse presente también —al igual que en el caso de los despidos dispuestos por razones de fuerza mayor— el respeto al orden de prioridades según la antigüedad de los dependientes, tal como indica el art. 221 de la LCT en su 2º y 3º párrafo. En efecto, deberá comenzarse por el personal con menos antigüedad dentro de cada especialidad; aunque podría llegar a alterarse el orden cuando algún trabajador, por sus especiales características, resulte indispensable para el funcionamiento de la empresa, incluso frente a la disminución de trabajo alegada(76). Y con relación al personal ingresado dentro de un mismo semestre, la norma estipula comenzar por quienes tuvieran menos cargas de familia, aun cuando así se alterase el orden de antigüedad.

Sin perjuicio de lo dicho, es menester recordar la doctrina emanada del Fallo Plenario dictado en autos "Brecanin, Nobelino c. The Smithfield and Argentine Meat CO. LTD."(77), en el sentido de que, "[a] los efectos de establecer el orden de antigüedad en los despidos por falta o disminución de trabajo, corresponde excluir a los dirigentes gremiales amparados por la ley 14.455". Dicha tesitura se mantiene hoy en día según surge de lo dispuesto en el art. 51 de la ley 23.551, norma que establece: "...Cuando no se trate de una suspensión general de actividades, pero se proceda a reducir personal por vía de suspensiones o despidos y deba atenderse al orden de antigüedades, se excluirá para la determinación de ese orden a los trabajadores que se encuentren amparados por la estabilidad instituida en esta ley".

Otro punto a tener en consideración es que se requiere haber transitado el procedimiento previsto en los arts. 98 y ss. de la ley 24.013, con carácter previo a llevar adelante despidos —o suspensiones— por razones de fuerza mayor, causas económicas y también tecnológicas. Sobre el punto, se ha dicho que "...la demandada ni siquiera cumplió en debido tiempo y forma con el procedimiento preventivo de crisis de empresas, puesto que recién requirió al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social su apertura con fecha 9/4/2002, luego de haber tomado la decisión de suspender a su dependiente desde el 16/6/2001 hasta el 15/7/2001, desde el 14/1/2002 hasta el 3/2/2002 y desde el 4/2/2002 hasta el 10/3/2002, lo cual resulta de gran importancia tal como lo dispone el art. 98 de la ley nacional de empleo 24.013..."(78).

Se ha sostenido jurisprudencialmente que "...para justificar la falta de trabajo, no basta la mera invocación de una desesperante situación económica, sino que debe demostrar: a) la existencia de falta o disminución de trabajo que por su entidad justifique la medida dispuesta —vgr. una reducción de su giro, facturación, ventas, etc., es decir, de su actividad empresarial—; b) que la situación no le era imputable o que se debió a circunstancias objetivas y que el hecho determinante no obedeció al riesgo propio de la empresa; c) que observó una conducta diligente, acorde a las circunstancias, consistente en la adopción de medidas destinadas a evitar la situación deficitaria o atenuarla; d) que la causa tuviera cierta durabilidad; e) que se haya respetado el orden de antigüedad; y f) haber cumplido con el procedimiento preventivo de crisis..."(79).

Asimismo, se dijo que "...el hecho de que una organización empresaria haya solicitado su concurso preventivo no lleva a presumir que haya existido una crisis en el desenvolvimiento empresarial, ni la falta o disminución de trabajo —ni mucho menos que no le sea imputable— puesto que la situación concursal puede producirse por la mera cesación de pagos..."(80).

19.3. Preaviso. Notificación. Prueba

La obligación de preavisar en el supuesto de extinción por fuerza mayor o por falta de trabajo ha generado posiciones encontradas. Así, Etala(81) sostiene que debe otorgarse el preaviso en estos casos, pues la imposibilidad podría no ser conocida por el trabajador; por el contrario, Ojeda(82) opina que el despido por dichas causas debe producirse cuando ya no existe otra solución, es decir, que se torna irresistible.

Asimismo, la comunicación extintiva debe ceñirse a los recaudos previstos en el art. 243 de la LCT, es decir, que se notifique por escrito con expresión suficientemente clara de los motivos en que se funda, no pudiendo modificarse ni ampliarse con la demanda judicial(83).

En este contexto, es carga de la accionada probar los tres extremos que prevé la norma invocada, a saber: a) la situación fáctica y objetiva de reducción de las necesidades de ocupación de personal; b) el factor subjetivo, es decir, la ajenidad de tal situación; y c) el respeto al orden de prioridades según la antigüedad de los dependientes. Y, tratándose de una excepción al principio de ajenidad del riesgo de la empresa, se impone su apreciación de forma restrictiva.

19.4. Indemnización

Pues bien, de darse los supuestos contemplados por el art. 247, LCT, el trabajador se hará acreedor a una indemnización reducida, que consiste en el 50% de la prevista en el art. 245 de dicha ley para los casos de despido sin justa causa. Por ende, para arribar al importe definitivo, deberá primero realizarse el cálculo de la indemnización por antigüedad —contemplando las pautas de antigüedad, salarios y topes— y, una vez obtenido el resultado, dividirlo por la mitad.

Con relación a esta indemnización, Ojeda explica que, dado que se trata de un supuesto de extinción originado en causas no imputables a las partes, el legislador ha optado por repartir la carga de la subsistencia del sistema, entremezclado por el beneficio que ello conlleva(84).

19.5. Jurisprudencia

Extinción por falta o disminución de trabajo. Valoración. Criterio restrictivo

"...Al ser el instituto del despido por falta o disminución de trabajo (art. 247 de la LCT y 10 de la ley 25.013) una excepción al principio de ajenidad del riesgo de la empresa —característico de la relación de dependencia— se impone su aplicación restrictiva...".

CSJN, 2/12/1999, "Baña, Baldomero Luis c. Asociación Mutual del Personal de Yacimientos Petrolíferos Fiscales", Fallos: 322:2914, DT, 2000-A-1035.

Extinción por falta o disminución de trabajo. Apreciación restrictiva

"...Como contracara de la inserción del trabajador a una empresa total o parcialmente ajena operan los principios de ajenidad de los riesgos y de indemnidad. Ello significa que así como el trabajador no gana más cuando la empresa tiene un auge de producción, consecuentemente no corresponde que participe de las pérdidas o crisis cuando ella atraviesa un momento depresivo y tales principios llevan a interpretar el instituto del art. 247, LCT de un modo restrictivo...".

CNTrab., sala II, 25/2/2008, "Pérez, Lidia Sandra c. Los Dos Chinos SA s/Despido", sent. def. 95.553.

Despido fundado en art. 247, LCT. Riesgo propio. Improcedencia

"...Es injustificado el despido directo fundado en el art. 247 de la ley 20.744 dispuesto por una empresa dedicada a la prestación de insumos de salud, aunque sus ingresos mermaron como consecuencia de la sanción de la ley 24.754 que modificó el listado de prestaciones obligatorias, pues ese riesgo no está fuera del giro normal y habitual de sus negocios, en tanto la actividad que desarrolla va generalmente unida a la regulación que de esa provisión pueda hacer el Poder Legislativo, máxime cuando la crisis del mercado globalizado o el 'proceso inflacionario' invocados tampoco son hechos que escapen a una previsión económica...".

CNTrab., sala III, 30/9/2013, "Acuña, Celso Federico c. Danico SRL s/Despido", LLAR/JUR/67566/2013.

Falta o disminución de trabajo. Incumplimiento de previsiones. Despido injustificado

"...La mera mención de la existencia de una crisis internacional que afectó la actividad a la que se dedica la empleadora no justifica el despido de un trabajador por la causal de falta o disminución de trabajo, si no se presentó documentación contable para justificar su existencia, no se alegaron las medidas paliativas que se intentaron adoptar, ni se cumplió el trámite administrativo para evitar la desvinculación del personal...".

CNTrab., sala IV, 30/11/2011, "Pipán, Mariela Paola c. Worldsales SA y otros s/Despido", LLAR/JUR/82967/2011.

Fuerza mayor. No configuración

"...Las razones de fuerza mayor invocadas por al empleadora a los fines de justificar el despido no pueden tenerse por configuradas si se acreditó la prestación de servicios para otras empresas del grupo, y por ello la trabajadora podría haber sido reubicada en alguna de ellas...".

CNTrab., sala VII, 29/11/2013, "Verzello, María Fernanda c. Máxima AFJP SA s/Despido", DT, 2014-mayo, 1235.

Fuerza mayor. Falta de configuración

"...La rescisión del contrato de concesión de servicios gastronómicos prestados en el establecimiento de la empleadora no puede calificarse como un acontecimiento imprevisible, inevitable y sobreviniente que impida el cumplimiento de la prestación y dé lugar a la existencia de fuerza mayor...".

CNTrab., sala IV, 30/4/2013, "Campuzano, Romina Vanesa c. Dajomar SRL y otro", DT, 2013-septiembre, 2323.

Fuerza mayor. Requisitos. Falta de configuración

"...Resulta improcedente el despido del trabajador fundado en la disminución de trabajo derivada del derrumbe de la parte más antigua del establecimiento, en tanto no se demostró en qué medida tal hecho afectó económicamente al empleador, por lo que no puede encuadrarse en el art. 247 de la LCT, puesto que no se dan los presupuestos de fuerza mayor o falta o disminución de trabajo no imputable al empleador, ya que por la antigüedad del edificio cabe presumir que no fue casual el derrumbe producido, máxime que tampoco se acreditó haberse realizado las tareas de mantenimiento para que todo el edificio pudiera funcionar en su plenitud...".

CNTrab., sala V, 19/6/2008, "Jiménez, José Antonio c. Frigorífico Metan SA", LLAR/JUR/5183/2008.

Fuerza mayor. Hecho del príncipe. Falta de configuración

"...Es improcedente la pretensión de la institución demandada de subsumir los despidos dispuestos en las previsiones del art. 247 de la Ley de Contrato de Trabajo (Adla, XXXVI-B, 1175), pues, la transferencia de los servicios educativos que brindaba del área nacional a jurisdicción provincial no puede considerarse como un hecho del soberano o del 'príncipe' susceptible de ser conceptualizado como un hecho derivado de fuerza mayor, y si bien la demandada inició el procedimiento preventivo de crisis impuesto por la ley 24.013 (Adla, LI-D, 3873), dichas actuaciones fueron archivadas...".

CNTrab., sala II, 6/6/2007, "Poggio, Carla y otro c. Instituto Erna SRL", DJ, 2007-III-1224.

20. Extinción por fallecimiento del trabajador y del empleador

Dichas causales son tratadas, respectivamente, en los arts. 248 y 249 de la LCT. En efecto, la LCT contempla los supuestos de extinción del contrato de trabajo por muerte de una de las partes: en el caso de que el fallecimiento sea del trabajador, el vínculo finiquita sin más (art. 248); en cambio, la muerte del empleador no causa necesariamente la extinción del contrato, a menos que se den ciertas excepciones que marca la ley (cfr. art. 249).

20.1. Fallecimiento del trabajador

Cabe recordar, al respecto, que en el caso del trabajador adquiere relevancia la persona contratada ya que, conforme lo establece el art. 37, LCT, ésta prestará una actividad "personal e infungible": dicho en otras palabras, se contrata al individuo por sus especiales características, quien se obliga en forma personal y, en principio, su labor no puede ser reemplazada por la de otro trabajador.

Por ende, dado el carácter personalísimo e infungible del trabajador, su muerte trae aparejada la extinción automática de la relación laboral.

20.2. Fallecimiento del empleador

Por el contrario, en el caso del empleador, éste no adquiere semejante virtualidad, pues esa calidad puede revestirla tanto una persona ya sea física o jurídica o bien un conjunto de ellas (cfr. art. 26, LCT); empero, admite como excepción —y, por lo tanto, consiente que el contrato finiquite— el caso en que las condiciones personales o legales del empleador, su actividad profesional u otras circunstancias, hayan sido la motivación esencial para iniciar la relación laboral, por lo cual una vez desaparecidas ellas el vínculo no podría continuar.

Como explica Maza(85), la ley considera que el objeto del contrato se tornaría de imposible cumplimiento, dado que la organización empresarial ya no puede continuar sin la figura de aquél; en ese caso, la fuente de trabajo desaparece ante la falta de esas condiciones especiales en los derechohabientes del empleador fallecido.

La parte que pretenda hacer valer esta excepción, debe acreditar fehacientemente que, luego del fallecimiento del empleador, resultaba objetivamente imposible proseguir la relación de trabajo. En concreto, debe explicitar cuáles eran las condiciones personales que el principal detentaba y que no podían ser suplidas por otra persona(86).

20.3. Indemnizaciones. Legitimados para el cobro

En caso de fallecimiento del dependiente o bien del empleador, la LCT les reconoce a los herederos del trabajador fallecido —en el primer supuesto— o al propio trabajador —en el segundo— una indemnización con motivo de la extinción del contrato de trabajo.

Para ello remite a la reparación prevista por el art. 247, LCT, esto es, una indemnización reducida que consiste en el 50% de la prevista en el art. 245 de dicha ley para los casos de despido sin justa causa. Por ende, para arribar al importe definitivo, deberá primero realizarse el cálculo de la indemnización por antigüedad —contemplando las pautas de antigüedad, salarios y topes— y, una vez obtenido el resultado, dividirlo por la mitad.

Se ha sostenido, respecto a esta indemnización, que en el caso del fallecimiento del trabajador resulta ser un paliativo para la situación de desamparo que se produce en su grupo familiar a causa, justamente, de su muerte(87).

Amén de lo dicho, el último párrafo del art. 248 de la ley 20.744 deja abierta la posibilidad para que los causahabientes reclamen otras indemnizaciones y beneficios derivados de otras regulaciones normativas.

Pues bien, ¿quiénes son los legitimados para el cobro?

El supuesto contemplado en el art. 249, LCT, no reviste mayores dificultades, pues la norma indica que será el trabajador quien tendrá derecho a percibir la indemnización.

Distinto es el caso del art. 248, LCT. Dicha norma estipula que en caso de muerte del trabajador, las personas enumeradas en el art. 38 del dec.-ley 18.037, mediante la sola acreditación del vínculo, en el orden y prelación allí establecidos, serán beneficiarios de una indemnización igual a la prevista en el art. 247 de dicha ley, esto es, el 50% de la contemplada para el supuesto de indemnización por despido. Y, a los efectos indicados, queda equiparada a la viuda la mujer que hubiese convivido públicamente con el trabajador, en aparente matrimonio, cuando el causante se hallase separado de hecho o legalmente y esta situación se hubiese extendido durante, por lo menos, los cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento.

Cabe señalar que el Fallo Plenario nro. 280(88) dejó sentada la siguiente doctrina: "En caso de muerte del trabajador las personas enumeradas en el art. 38 de la ley 18.037 tienen derecho a percibir la indemnización prevista en el art. 248, LCT, con la sola acreditación del vínculo y el orden y prelación, sin el cumplimiento de las demás condiciones establecidas para obtener el derecho a pensión por la misma norma".

Cabe añadir que existe una sostenida discusión doctrinaria que gira en torno a determinar si a partir de la ley 24.241, la norma a la que remite el art. 248, LCT ha sido o no reemplazada por el art. 53 del actual régimen de jubilaciones y pensiones (ley 24.241). En el primer grupo se enrolan, entre otros, Rodríguez Mancini y Etala; a favor de la segunda puede citarse a Fernández Madrid y a Vázquez Vialard.

Es útil memorar que el referido art. 53 de la ley 24.241 enumera como derechohabientes del trabajador fallecido a la viuda, el viudo, la conviviente, el conviviente, y los hijos solteros, las hijas solteras y las hijas viudas, siempre que no gozaran de jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva, salvo que optaren por la pensión que acuerda la presente, todos ellos hasta los 18 años de edad.

Sentado ello, es dable remarcar que dicha indemnización se adquiere iure propio, es decir, que no se requiere la demostración del carácter de heredero o la apertura del trámite sucesorio, sino que basta con acreditar el vínculo o las circunstancias de hecho que prevé la norma(89).

De igual modo, según el texto del art. 123 de la LCT, "cuando se opere la extinción del contrato de trabajo por cualquier causa, el trabajador o los derechohabientes que determina esta ley, tendrá derecho a percibir la parte del sueldo anual complementario que se establecerá como la doceava parte de las remuneraciones devengadas en la fracción del semestre trabajado, hasta el momento de dejar el servicio"; mientras que el art. 156 de dicha ley, en su 2º párrafo, estipula que "si la extinción del contrato de trabajo se produjera por muerte del trabajador, los causahabientes del mismo tendrán derecho a percibir la indemnización prevista en el presente artículo". Y lo cierto es que los derechohabientes —o causahabientes, en los términos del art. 156— determinados por la LCT, son los indicados en el art. 248 de dicha ley(90).

Ahora bien, distinto es el caso de otros conceptos adeudados al dependiente —por ejemplo, integrantes de la liquidación final, así como otras indemnizaciones legales—, pues el derecho a percibirlos pasa a sus sucesores con carácter hereditario; es decir, tienen derecho los herederos legales iure sucessionis y, para percibirlos, deberán acreditar dicho carácter mediante la correspondiente declaratoria de herederos, o bien que han entrado en posesión de la herencia(91).

20.4. Jurisprudencia

Fallecimiento del trabajador. Derecho al cobro

"...el art. 3410 del Cód. Civil establece que 'cuando la sucesión tiene lugar entre ascendientes, descendientes y cónyuge, el heredero entra en posesión de la herencia desde el día de la muerte del autor de la sucesión, sin ninguna formalidad o intervención de los jueces, aunque ignorase la apertura de la sucesión y su llamamiento a la herencia', mientras que, de acuerdo a lo expuesto por el art. 3412 de dicho cuerpo legal, 'los otros parientes llamados por la ley a la sucesión no pueden tomar la posesión de la herencia, sin pedirla a los jueces y justificar su título a la sucesión', de lo que se extrae que no pueden reclamar los haberes y otros beneficios adeudados sin cumplir dicho requisito. En definitiva, fuera de los casos contemplados en el art. 3410 citado, los sucesores, ya legítimos, ya testamentarios, necesitan de una investidura judicial (arts. 3412 y 3413 del Cód. Civil). Por ende, y teniendo en cuenta que, conforme lo previsto en el art. 3545 del Cód. Civil, la concubina carece de vocación hereditaria, ésta no tiene legitimación para percibir los rubros salariales e indemnizatorios adeudados tal como fueran reclamados en la presente causa, pues tampoco se ha invocado la existencia de testamento...".

CNTrab., sala IV, 27/3/2013, "Abad, Diana Lucía J. c. Disetex SA s/Indemn. por fallecimiento", sent. def. 96.975.

Indemnización por fallecimiento. Derecho del concubino

"...En el caso, existe disponible a favor del trabajador, en el momento fallecido, una suma de dinero dada en pago por el empleador en carácter de créditos laborales devengados en vida del trabajador (indemnizatorios y salariales). La concubina pretende tenerse por operada la sucesión procesal del actor fallecido en la persona de quien dice haber sido su conviviente. Funda su pedido en el art. 53 de la ley 24.241 de Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones. Dicha norma no es aplicable al caso, porque el crédito en cuestión no es 'iure propio', como el que reconoce el art. 248, LCT y por lo tanto corresponde juzgar la cuestión a la luz de lo previsto por los arts. 3410 y 3417 del Código Civil. En el derecho argentino vigente, el concubino o la concubina no son sucesores legítimos (art. 3545 del Código Civil), aunque pueden tener llamamiento a la herencia por el testamento que otorgue su concubina o su concubino por el que se los instituya herederos o se les designe como legatarios, o bien sea reconocido/a sucesor/a legítimo por tribunal competente...".

CNTrab., sala VIII, 29/2/2008, "Barrionuevo, Juan c. Avenida Corrientes 668 SA s/Despido".

Indemnización por fallecimiento. Beneficiarios. Remisión

"...La remisión que efectúa el art. 248, LCT al art. 38 de la ley 18.037 a fin de determinar quiénes resultan beneficiarios de la indemnización por fallecimiento del trabajador, es una incorporación pétrea que, como tal, no se ve afectada por ningún cambio legislativo genérico sobre el viejo régimen legal en materia jubilatoria, que no derogue o modifique explícitamente esas leyes...".

CNTrab., sala I, 28/4/2010, "Sturniolo, Matías Enrique c. Administración Federal de Ingresos Públicos", LLAR/JUR/17496/2010.

Muerte del empleador. Prueba de las condiciones personales

"...De la lectura atenta del art. 249 de la LCT se desprende que, en rigor, no es exclusivamente la muerte del empleador lo que ocasiona la finalización del contrato, sino la imposibilidad material de cumplir con su objeto. Y es por ello que la parte, para poder excepcionarse como lo pretende, debía acreditar fehacientemente que resultaba objetivamente imposible proseguir la relación de trabajo. En el caso, no se explicitaron concretamente cuáles eran las condiciones personales que el empleador detentaba y que no podían ser suplidas por otra persona, lo que lleva a pensar, en principio, que la explotación podía ser continuada por quienes resultasen ser sus herederos...".

CNTrab., sala V, 29/5/2009, "Trucido Martínez, Amado Alberto c. Álvarez, Héctor s/Sucesión", LA LEY, 5/1/2010, 3.

21. Extinción por vencimiento del plazo

El ordenamiento laboral argentino parte de la premisa de que el contrato de trabajo se entenderá celebrado por tiempo indeterminado (cfr. art. 90, LCT). El mentado principio de indeterminación de plazo, como modalidad principal del contrato de trabajo, viene ratificado, también, por el art. 27 de la ley 24.013.

En ese sentido, "...la indeterminación del plazo contractual —art. 90, parte 1ª, Ley de Contrato de Trabajo 20.744— (Adla, XXXIV-D, 3207; XXXVI-B, 1175) constituye principio básico del ordenamiento laboral, configurando la precariedad temporal una excepción a dicha regla..."(92).

La LCT, sin embargo, admite en el propio art. 90 la posibilidad de celebrar contratos de trabajo con una duración limitada en el tiempo, como excepción al referido principio de indeterminación de plazo, subordinando su eficacia al cumplimiento de dos recaudos acumulativos; a saber: a) que se haya fijado expresamente y por escrito el tiempo de duración; y b) que las modalidades de las tareas o de la actividad, razonablemente apreciadas, así lo justifiquen. Así, por tratarse —como se dijo— de una excepción a la regla general, quien pretenda hacer valer una contratación a plazo cargará con la demostración de sus requisitos de procedencia (cfr. art. 92, ley 20.744).

Así, se sostuvo que "...en virtud de lo establecido en el art. 90 de la Ley de Contrato de Trabajo, para considerar un contrato celebrado a plazo fijo es requisito que el término haya sido fijado expresamente y que el objetivo de dicho contrato se encuentre justificado por las modalidades de las tareas o de la actividad de que se trate. Por ello no basta con la mera voluntad de las partes, sino que deben ser las modalidades objetivas de las tareas de la actividad razonablemente apreciadas las que justifiquen su celebración..."(93), y que "...la indeterminación del plazo como principio general de los contratos de trabajo (arts. 90, Ley de Contrato de Trabajo, y 27, ley nacional de empleo) y lo normado en el art. 92 de la Ley de Contrato de Trabajo pone en cabeza de la empleadora la prueba, no sólo de la existencia del contrato por escrito sino también del cumplimiento de los recaudos a los que la ley supedita la contratación bajo alguna de las modalidades previstas..."(94).

21.1. Indemnización

Pues bien, de hallarse cumplidos los recaudos legales para configurar el contrato a plazo fijo, al cese de éste, el empleador deberá abonarle al trabajador una indemnización equivalente a la prevista en el art. 247 de la LCT —esto es, una indemnización reducida que consiste en el 50% de la prevista en el art. 245 de dicha ley para los casos de despido sin justa causa—, en tanto y en cuanto el plazo de contratación no haya sido inferior a 1 año y se haya otorgado el correspondiente preaviso (cfr. art. 95, párr. 2º, LCT).

Se ha dicho que la reparación prevista en esta norma constituye una compensación por tiempo de servicio antes que una indemnización, dada la ausencia de daño contractual que deba ser indemnizado(95).

21.2. Jurisprudencia

Contrato a plazo fijo. Preaviso incorporado al contrato

"No es válido el preaviso otorgado al concentrarse un contrato de trabajo a plazo fijo por cuatro meses".

CNTrab. en pleno, 5/10/1972, "Natale, Susana E. c. Bonafide SA", Fallo Plenario nro. 182, DT, 1972-789.

Plazo fijo. Duración menor a un año

"...En la especie no se configura el plazo mínimo de duración de los contratos (1 año) que torna viable la indemnización prevista en el art. 250 de la Ley de Contrato de Trabajo...".

CNTrab., sala VIII, 23/10/1997, "Lupardo, Sergio O. y otros c. Bim Bam Bum Producciones SA", DJ, 1998-3-146.

22. Extinción por quiebra o concurso del empleador

Ante todo, cabe tener presente que el presupuesto objetivo de apertura de los concursos que regula la LCQ, según lo determina su art. 1º, es el estado de cesación de pagos: esto es, cuando el patrimonio del deudor resulta impotente para afrontar, con los medios regulares de pago, las deudas o exigibilidades corrientes.

Como se dijo, el contrato de trabajo se caracteriza por ser de tracto sucesivo y naturalmente de duración indeterminada (art. 90, LCT). Ello genera, ante el concurso o la quiebra del empleador, una serie de vicisitudes, pues la situación económica actual ha llevado a que muchas empresas enfrenten situaciones de crisis; por ello es importante tener en cuenta los vínculos laborales, ya que las dificultades que hoy presentan aquéllas, podrían traer consecuencias graves para los trabajadores, quienes ocupan un rol preponderante en estas situaciones debido a su situación de hiposuficiencia y de desprotección.

Así las cosas, el art. 251 de la LCT contempla el supuesto de extinción del contrato de trabajo a causa de la quiebra del empleador; aunque no puede soslayarse que, pese al tratamiento que le da la norma, en el nombre del Capítulo se menciona, también, al concurso.

22.1. El concurso

Pues bien, por un lado, la apertura del concurso, a diferencia de la quiebra, no produce la suspensión de los contratos de trabajo. Recordemos que el concursado no es desapoderado y conserva la administración de su patrimonio, continuando su actividad económica habitual (cfme. arts. 15 y concs., LCQ), con la salvedad de que lo hará bajo la vigilancia del síndico, pero conservando también la legitimación procesal.

La ley 24.522, en su anterior redacción, estipulaba que, en esta etapa, la relación laboral sólo se veía impactada por la suspensión de los convenios colectivos de trabajo por un plazo de tres años o el del cumplimiento el acuerdo preventivo, el que fuere menor, por lo que los contratos individuales continuarían desplegando sus efectos, pero conforme sus propias condiciones y las de la Ley de Contrato de Trabajo (art. 20, LCQ). No había derogación del orden público laboral, sino flexibilización a fin de posibilitar la reorganización de las relaciones laborales. Del mismo modo, habilitaba al concursado y a la asociación sindical a negociar un convenio colectivo de crisis, por el plazo del concurso preventivo, y hasta un plazo máximo de 3 años.

Dicha previsión fue suprimida a partir de la modificación introducida por la ley 26.684 (B.O., 30/6/2011) al mentado art. 20; de allí que ni la apertura del concurso ni su procedimiento alteran el normal desarrollo de la relación laboral.

22.2. La quiebra

En cuanto a la quiebra, es prudente hacer una aclaración: conforme lo previsto en el art. 196 de la ley 24.522, ésta no produce automáticamente la disolución de los contratos de trabajo, sino su suspensión de pleno derecho por el término de 60 días corridos, plazo durante el cual se decidirá la continuación o no de la empresa.

Si dentro de ese término se decide la continuación de la explotación, se considerará que se reconduce parcialmente el contrato de trabajo con derecho por parte del trabajador de solicitar verificación de los rubros indemnizatorios devengados. Aquí, el síndico debe decidir, dentro de los 10 días corridos a partir de la resolución respectiva, qué dependientes deben cesar definitivamente ante la reorganización de las tareas. En este caso se deben respetar las normas comunes y los dependientes despedidos tienen derecho a verificación en la quiebra; los que continúen en sus funciones también pueden solicitar verificación de sus acreencias. Para todos los efectos legales se considera que la cesación de la relación laboral se ha producido por quiebra.

Por el contrario, si vencido ese plazo no se hubiera decidido la continuación de la empresa, el contrato de trabajo queda disuelto retroactivamente a la fecha de declaración en quiebra, y los créditos que deriven de él se pueden verificar conforme con lo dispuesto en los arts. 241, inc. 2º y 246, inc. 1º de la LCQ.

22.3. Indemnización. Privilegios

Es en estos supuestos —es decir, en los casos en que el síndico decida la culminación del contrato de algunos trabajadores, o bien cuando no se decidiera la continuación de la explotación— que adquiere relevancia el art. 251 de la LCT.

Dicha norma dispone que los trabajadores que sean despedidos a causa de la quiebra del empleador tendrán derecho a ser indemnizados. Esa reparación podrá ser tanto la prevista en el art. 247 de la LCT como la del art. 245 de dicha ley, dependiendo de que la quiebra que determinó el distracto haya sido o no motivada por causas no imputables al empleador. Como explica Pirolo, la calificación de la conducta del empleador deberá ser efectuada por el Juez de la quiebra, que es quien tiene competencia para expedirse sobre la responsabilidad del fallido(96).

Ahora bien, los privilegios nacen solamente de la ley, y no pueden crearse por la autonomía de la voluntad. La interpretación de todo lo concerniente a privilegios debe ser restrictiva: no pueden reconocerse privilegios por analogía, y en caso de duda, ha de estarse en contra de la existencia del privilegio. Así lo determina también el art. 263 de la LCT, el cual reza en su primer párrafo que "los privilegios no pueden resultar sino de la ley". Y el art. 3875 del Cód. Civil nos brinda una definición apropiada: "El derecho dado por la ley a un acreedor para ser pagado con preferencia a otro, se llama en este Código privilegio".

Como se indicara párrafos antes, los créditos que deriven de la extinción del contrato se pueden verificar conforme con lo dispuesto en los arts. 241, inc. 2º y 246, inc. 1º de la LCQ. Dice la primera de las normas mencionadas que gozan de privilegio especial sobre el producido de los bienes que en cada caso se indica, "los créditos por remuneraciones debidas al trabajador por seis (6) meses y los provenientes por indemnizaciones por accidentes de trabajo, antigüedad o despido, falta de preaviso y fondo de desempleo, sobre las mercaderías, materias primas y maquinarias que, siendo de propiedad, del concursado, se encuentren en el establecimiento donde haya prestado sus servicios o que sirvan para su explotación"; mientras, a su turno, el art. 246, inc. 1º de la LCQ estipula que tienen privilegio general "los créditos por remuneraciones y subsidios familiares debidos al trabajador por seis (6) meses y los provenientes por indemnizaciones de accidente de trabajo, por antigüedad o despido y por falta de preaviso, vacaciones y sueldo anual complementario, los importes por fondo de desempleo y cualquier otro derivado de la relación laboral. Se incluyen los intereses por el plazo de dos (2) años contados a partir de la mora, y las costas judiciales en su caso...".

Si bien no es materia estrictamente del presente análisis, es útil señalar que la legislación laboral también posee normas de semejante tenor; así, el art. 268 de la LCT, determina que "los créditos por remuneraciones debidos al trabajador por seis (6) meses y los provenientes de indemnizaciones por accidente de trabajo, antigüedad o despido, falta de preaviso y fondo de desempleo, gozan de privilegio especial sobre las mercaderías, materias primas y maquinarias que integren el establecimiento donde haya prestado sus servicios, o que sirvan para la explotación de que aquél forma parte...", siguiendo con la enunciación en los artículos posteriores (arts. 269 a 272, LCT); y luego el art. 273 de dicha ley establece que "los créditos por remuneraciones y subsidios familiares debidos al trabajador por seis (6) meses y los provenientes de indemnizaciones por accidente del trabajo, por antigüedad o despido y por falta de preaviso, vacaciones y sueldo anual complementario, los importes por fondo de desempleo y cualquier otro derivado de la relación laboral, gozarán del privilegio general...".

Los trabajadores que vieron extinguidos sus contratos también pueden optar por el "pronto pago": es el derecho a percibir estos créditos con anterioridad a la finalización del proceso de concurso preventivo o quiebra. Constituye uno de los medios que tiene todo acreedor laboral, y le permite obtener de una manera más rápida y efectiva el cobro de sus acreencias: constituye, pues, la cancelación definitiva de los pasivos laborales. Además de ser un medio, el pronto pago es un derecho fundamental que poseen los acreedores laborales, teniendo en cuenta el grado de privilegio que tiene en el cobro de su crédito: de esta manera, permitiría a todo trabajador no esperar más tiempo para que se cumplimente el proceso concursal o de quiebra.

22.4. Jurisprudencia

Quiebra. Disolución del contrato. Prescripción

"...La defensa de prescripción liberatoria opuesta en un proceso laboral por la empleadora fallida codemandada es admisible, en tanto, al iniciarse el intercambio telegráfico, luego de la disolución del contrato de trabajo que la vinculaba al actor en los términos del art. 196 de la ley 24.522, el plazo contenido en el art. 256 de la Ley de Contrato de Trabajo se encontraba vencido...".

CNTrab., sala IX, 30/9/2013, "Cejas, Alberto Juan c. Y.P.F. SA y otros s/Despido", LLAR/JUR/68237/2013.

Quiebra. Extinción. Verificación

"...La demanda interpuesta en contra de la firma explotadora del establecimiento comercial donde se desempeñara el trabajador, debe ser rechazada, toda vez que el contrato de trabajo invocado por el dependiente quedó extinguido por la quiebra de su empleadora (art. 196, Ley de Concursos y Quiebras), puesto que está acreditado que el demandante verificó en el proceso concursal un crédito 'con causa en la indemnización laboral', en concepto de indemnización por antigüedad y vacaciones proporcionales...".

CNTrab., sala V, 30/11/2012, "Ibarra, Héctor Gabriel c. Inversiones para el Agro SA s/Despido", LA LEY, 2013-B, 403.

Quiebra. Causas no imputables al empleador

"...El art. 251 de la Ley de Contrato de Trabajo expresamente establece que la determinación de si la quiebra obedeció o no a causas imputables al empleador corresponde al juez comercial, por lo que encontrándose acreditado que dicho magistrado concluyó que el estado falencial no era imputable a la demandada corresponde condenarla a abonar la indemnización prevista en el art. 247 con sustento en lo normado en el art. 251 de la citada normativa...".

CNTrab., sala V, 12/7/2010, "Fainsznaider, Cecilia Felicia c. Diagnóstico y Tratamiento de la Salud Familiar y Comunitaria", LLAR/JUR/42804/2010.

23. Extinción por jubilación del trabajador

El ordenamiento laboral argentino parte de la premisa de que el contrato de trabajo se entenderá celebrado por tiempo indeterminado (cfr. art. 90, LCT). El referido principio de indeterminación de plazo, como modalidad principal del contrato de trabajo, viene ratificado, también, por el art. 27 de la ley 24.013.

Ahora bien, la propia LCT contempla excepciones a la regla general señalada en el párrafo anterior. Así, en su art. 91 establece que el contrato por tiempo indeterminado durará hasta que el trabajador se encuentre en condiciones de gozar de los beneficios que le asignan los regímenes de seguridad social, por límites de edad y años de servicios.

Llegado dicho momento, el empleador puede extinguir el contrato de trabajo sin consecuencias indemnizatorias, cumpliendo previamente el recaudo de intimar al trabajador a fin de dar inicio a los trámites y entregue la documentación pertinente a tal fin.

En efecto, el art. 252, LCT, faculta expresamente a la empleadora a intimar al trabajador para que inicie los trámites jubilatorios cuando reuniere los requisitos necesarios para acceder a alguna de las prestaciones que le otorga la ley 24.241. Esta facultad no puede ser ejercida cuando el trabajador no reúna los requisitos exigibles para obtener jubilación con el máximo porcentaje, aun cuando ello sea imputable al propio dependiente por no haber cumplimentado los aportes durante su desempeño en la tarea independiente(97).

Asimismo, como indica la norma, el plazo fijado comienza a correr a partir de la entrega al dependiente de los certificados de servicios y remuneraciones necesarios para gestionar el beneficio jubilatorio.

Cumplidos ambos recaudos (es decir, intimación y entrega de certificados), el empleador debe mantener la relación laboral hasta que el beneficio sea concedido o hasta el plazo máximo de un año, si no hubiera sido otorgado. Vencido el plazo de un año —se haya obtenido o no la jubilación— se extingue el contrato sin obligación del empleador de pagar indemnización alguna.

23.1. Requisitos. Plazo de subsistencia

Los requisitos necesarios para que el trabajador pueda acceder a la jubilación ordinaria de la ley 24.421 son:

— Tener 65 años de edad los hombres y 60 años las mujeres. Sin embargo, las mujeres tienen la opción de seguir trabajando hasta los 65 años de edad (cfr. art. 19, ley 24.241), y no pueden ser intimadas hasta ese momento, ya que se debe respetar su voluntad de continuar trabajando hasta la edad máxima permitida.

— Asimismo, para acceder al beneficio previsional se deberán tener 30 años de servicios.

— Finalmente, se deberán acreditar fehacientemente aportes computables por esos 30 años en uno o más regímenes de reciprocidad.

Existen otros regímenes especiales que exigen una menor cantidad de años de servicios con aportes o una menor edad requerida en la ley, como en el caso de los docentes, conductores de colectivos, personal de embarcado o aeronavegación entre otros.

Cabe mencionar en este aspecto un reciente fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en el que se sostuvo que "...El beneficio comprendido en el art. 3º del decreto 4257/1968 es un derecho o una opción en favor del trabajador (en cuanto le interese acceder al beneficio jubilatorio cumpliendo con sus requisitos) y no es una facultad que la norma le atribuye al empleador con el fin de poder obligar a sus dependientes a jubilarse en los términos de la aludida disposición. Si la intención del legislador hubiera sido otorgar al empleador una facultad privativa de disponer en torno a la jubilación de sus empleados, la norma debería haber sido redactada en sentido similar a la prevista en el art. 252LCT. Si se interpretase que Aerolíneas Argentinas puede ejercer la facultad prevista en dicho artículo en los términos del aludido decreto —esto es, legitimada para obligar a jubilar a los dependientes que cumplen los recaudos de su art. 3º— (30 años de servicios y 50 años de edad), no se explica el motivo por el cual la Fuerza Aérea Argentina dictó la disposición 163/06 que autoriza a las líneas aéreas a integrar la tripulación con pilotos de hasta 65 años de edad. Si alguna duda cupiere acerca de la interpretación que cabe asignarles a las normas en cuestión, resulta operativo el principio in dubio pro operario previsto en el art. 9ºLCT en torno a que, en caso de duda o colisión de normas, debe interpretarse en sentido más favorable al trabajador..." (sala VIII, 26/4/2016, "Burda, Alejandro L. c. Aerolíneas Argentinas S.A. s/Despido").

Otra excepción puede encontrarse en el art. 34 bis de la ley 24.421, donde se indica que aun sin tener treinta años de servicios con aportes, la intimación procede de igual modo por edad avanzada del dependiente, quien deberá acreditar 70 años de edad y 10 años de servicios con aportes computables, de los cuales 5 deberán ser acreditados dentro de los ocho anteriores al cese de la actividad(98).

Al respecto, se ha sostenido que "...No resulta acertada la postura de la demandada en cuanto interpreta que el art. 252LCT la habilita, sin más, a intimar y luego a extinguir el contrato de trabajo cuando el trabajador se encuentre en condiciones de acceder, a una de las prestaciones de la ley 24.241, por cuanto omite considerar el art. 5º del decreto reglamentario 679/1995, cuya aplicación al caso corresponde iura novit curia. La norma citada en último término dispone que el empleador podrá hacer uso de la facultad otorgada por el art. 252LCT cuando el trabajador reuniere los requisitos necesarios para acceder a la Prestación Básica Universal, y en el caso si la trabajadora resultara obligada a jubilarse por edad avanzada, recibiría una prestación disminuida en un 30%. La causal de extinción del contrato de trabajo contemplada en el referido artículo no conlleva el pago de indemnizaciones. A todo evento, la carga de la prueba de que el trabajador reunía los requisitos exigidos para tener derecho a una de las prestaciones de la ley 24.241 y el cumplimiento de las demás cargas impuestas al empleador, corresponde a éste, que es a quien le interesa invocar todo ello para no responder por las consecuencias indemnizatorias de un despido arbitrario..." (cfr. CNTrab., sala IX, 27/5/2016, "Ramos, Roberta c. Consorcio de Propietarios del Edificio Sánchez de Bustamante 1789 s/Despido", sent. def. 21.176).

Reunidos dichos requisitos, el empleador deberá extender los certificados de servicios y remuneraciones y la restante documentación necesaria, y a partir de ese momento deberá mantener la relación de trabajo hasta que el trabajador obtenga el beneficio jubilatorio y por el plazo máximo de un año. Así las cosas, de la norma se desprende que el plazo de un año se cuenta desde la entrega de la documentación necesaria para el inicio de los trámites, ya que la intimación para que el trabajador se jubile surte los efectos del preaviso(99).

Respecto al preaviso, y pese a lo expresamente señalado por el último párrafo del art. 252, LCT, se discute doctrinaria y jurisprudencialmente si queda comprendido dentro de la intimación del empleador, sin necesidad de ser otorgado ni pagado, ya que se considera que no es necesario que el trabajador utilice un tiempo de su jornada laboral para obtener otro empleo. Sobre el punto, se ha dicho que "...la finalidad inherente al preaviso, es decir que el trabajador perciba las remuneraciones correspondientes y que pueda utilizar un lapso de la jornada para procurarse un nuevo empleo, están ausentes de la disposición del art. 252, LCT. El trabajador en este último caso, sólo debe iniciar el trámite jubilatorio ante la intimación del patrono y esperar a que la agencia previsional se pronuncie o se agote el plazo de un año, por lo que no corresponde la suspensión del plazo por enfermedad inculpable o accidente de trabajo. Una vez que el dependiente ha iniciado el trámite, la circunstancia de que se encuentre imposibilitado para trabajar por causa de enfermedad o accidente no incide sobre el trámite de su solicitud previsional..."(100).

En un pronunciamiento reciente se ha sostenido que "...el emplazamiento cursado por la aquí empleadora significa, en la práctica, el preaviso otorgado a la trabajadora respecto de su decisión de extinguir el vínculo (cfr. arts. 59 y 61 de la ley 471 CABA). Por lo cual, encontrándose aquélla amparada por la garantía gremial de los arts. 48, 50 y 52 de la ley 23.551, la intimación cuestionada —sin la promoción de la correspondiente exclusión de tutela— resulta, como se ha resuelto en la sede de origen, nula..." (v. CNTrab., sala IX, 31/5/2016, "Villarreal, María Ester c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/Juicio sumarísimo").

23.2. Extinción

Pues bien, indica el art. 252, LCT, que una vez obtenido el beneficio por el trabajador, o bien vencido el plazo de un año que establece la ley, el contrato de trabajo quedará extinguido, sin que se genere obligación indemnizatoria.

Aun cuando de una interpretación literal de dicha norma podría concluirse que, al cumplirse las condiciones estipuladas, la extinción se produce ipso iure, cierta parte de la doctrina y jurisprudencia sostiene que el plazo de un año establecido no constituye un plazo de caducidad ni extingue automáticamente el contrato, sino que es un plazo otorgado en beneficio del empleador, que puede invocarlo si no desea continuar el vínculo laboral(101). Por ende, se ha dicho que es razonable que la voluntad rescisoria se manifieste mediante una decisión formal y expresa(102).

23.3. Trabajador jubilado

Es moneda corriente que los trabajadores, luego de haber obtenido el beneficio previsional, vuelvan a prestar servicios, ya sea con carácter dependiente o autónomo; incluso la legislación los habilita para ello (cfr. art. 34, ley 24.241).

En ese caso, el art. 253, LCT, le da la posibilidad al empleador de despedir al trabajador jubilado que ha reingresado a prestar servicios para él, invocando esa situación. Empero, ello no lo exime del deber de preavisar ni de abonar las indemnizaciones legales pertinentes.

El último párrafo de la norma de marras indica que sólo se computará como antigüedad el tiempo de servicios posterior al cese. Y así dio lugar a la discusión acerca de si debía mediar un real y efectivo cese y posterior reingreso, o bien si contemplaba el caso de que la relación se desarrollara sin solución de continuidad antes y después de que el trabajador obtuviese el beneficio previsional.

Dicha discusión finalmente quedó zanjada a partir de lo resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en el Fallo Plenario nro. 321 dictado en autos "Couto de Capa, Irene Marta c. Areva SA s/Ley 14.546" (del 5/6/2009), en el cual se resolvió: "Es aplicable lo dispuesto por el art. 253 último párrafo LCT al caso de un trabajador que sigue prestando servicios sin interrupción a las órdenes del mismo empleador, luego del goce del beneficio de la jubilación"(103).

En suma, la antigüedad a computar para el caso de despido del trabajador que continuó desempeñándose luego de obtenido el beneficio jubilatorio a las órdenes del mismo empleador, es únicamente la que se generó con posterioridad a la concesión de la prestación previsional(104).

23.4. Jurisprudencia

Trabajador que accede al beneficio previsional sin interrupción en la prestación de servicios. Despido. Antigüedad computable

"...Es aplicable lo dispuesto por el art. 253, último párrafo, LCT al caso de un trabajador que sigue prestando servicios sin interrupción a las órdenes del mismo empleador, luego del goce del beneficio de la jubilación...".

CNTrab. en pleno, "Couto de Capa, Irene Marta c. Areva SA s/Ley 14.546", Fallo nro. 321, Acta nro. 2542 de 5/6/2009, LA LEY, 2009-D, 230.

Intimación a iniciar trámite jubilatorio. Incumplimiento de requisitos

"...Si ante la evidencia de que al trabajador le faltaban seis años de servicios, la empleadora no dejó sin efecto la intimación a iniciar el trámite jubilatorio, sino que se limitó a suspenderla, tal proceder colisiona abiertamente con el art. 252 de la Ley de Contrato de Trabajo, que sólo habilita a intimar una vez que el trabajador reúne los requisitos necesarios para jubilarse...".

CNTrab., sala IV, 29/6/2012, "Barraza, Víctor Hugo c. P.A.M.I. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/Juicio sumarísimo", DT, 2012-septiembre, 2417.

Intimación. Personal aeronáutico

"...La facultad del empleador, prevista en el art. 252 de la LCT, de intimar al trabajador para que inicie los trámites jubilatorios y una vez cumplidos los requisitos allí establecidos extinguir el contrato de trabajo no resulta operativa para el personal aeronáutico beneficiario del régimen diferencial previsto en el Decreto 4257/68, pues esta norma no prevé tal facultad para el empleador, sino que es facultad del dependiente la de optar por la jubilación anticipada o esperar el general...".

CNTrab., sala VI, 11/11/2011, "Ruiz, Daniel Horacio c. Aerolíneas Argentinas s/Restab. cond. Laborales", LA LEY, 2012-A, 249.

Jubilación. Prueba de las condiciones

"...Incumbe al empleador acreditar que el trabajador está en condiciones de jubilarse y reúne los requisitos para tener derecho a una de las prestaciones de la ley 24.241 ya que, aquél es quien tiene interés en invocar dichas circunstancias para no responder por las consecuencias de un despido incausado...".

CNTrab., sala I, 31/5/2010, "Campanella, Cayetano c. Rocco Valenti SA y otro", LLAR/JUR/23754/2010.

Intimación. Plazo. Condición

"...La facultad de intimar al dependiente a iniciar los trámites jubilatorios y resolver el contrato sin indemnización una vez otorgado el beneficio o vencido el plazo fijado en el art. 252, LCT no puede ser ejercida cuando el trabajador no reúna los requisitos exigibles para obtener jubilación con el máximo porcentaje. Aún cuando ello sea imputable al propio dependiente por no haber cumplimentado los aportes durante su desempeño en la tarea independiente...".

CNTrab., sala IV, 19/7/1996, "Zarate, Ernesto c. Cons. Prop. Anchorena 1238/40 s/Despido", sent. def. 75.722.

Trabajador en condiciones de jubilarse. Delegado gremial. Necesaria exclusión de la tutela

"...Por imperativo en la Ley de Asociaciones Profesionales de Trabajadores, salvo en el caso previsto en su art. 51, en todos los demás supuestos en que el empleador pretenda adoptar una medida respecto de un trabajador amparado por la ley 23.551 debe promover la acción de exclusión, incluso cuando se trata de decisiones que intenten ampararse en lo dispuesto por el art. 252 de la LCT; y en caso de que así no proceda, la medida resulta nula toda vez que la escisión patronal puesta en marcha por la demandada procura, en definitiva, la extinción del contrato. Por ende, no está excluida del diseño tutelar ya descripto y, para ser posible su puesta en práctica, la empresa debe transitar el procedimiento del art. 52, LAS para procurar demostrar en ese cauce judicial previo que existe la justa causa de extinción que invoca y que el art. 252, LCT tipifica, descartando así el peligro de una medida antisindical. Así, aunque la existencia de una representación sindical no otorga ultraactividad a un contrato que está llamado a regir sólo hasta el acceso a la pasividad (conf. art. 91 de la LCT) es necesario transitar el sistema de exclusión de la garantía previsto por la ley...".

CNTrab., sala II, 21/12/2007, "Sciolini, Osvaldo c. Cons. de Propietarios Arribeños 1610 s/Juicio sumarísimo", sent. def. 95.487.

24. Extinción por incapacidad o inhabilidad del trabajador

El art. 254 de la LCT contempla en su texto dos causas de extinción del contrato de trabajo: en su primer párrafo, trata sobre la incapacidad física o mental sobreviniente; el segundo párrafo, en cambio, versa respecto de la pérdida de la habilitación especial requerida para prestar servicios.

24.1. Incapacidad sobreviniente

El primer párrafo, como se dijo, refiere a la situación en que el contrato de trabajo se extingue como consecuencia de una minoración laborativa, que puede ser física o psíquica, en tanto se haya manifestado con posterioridad al inicio de la prestación de servicios.

Dice la norma que, en este caso, la situación quedará regida por el art. 212 de la LCT; ergo, y aunque nada se especifica con relación a tal remisión, en rigor de verdad corresponderá remitirse a los supuestos previstos en el 2º, 3º y 4º párrafo del mentado art. 212.

A tal fin, es útil recordar los diferentes escenarios que pueden presentarse ante la aparición de incapacidad del dependiente.

El segundo párrafo del art. 212, LCT, contempla el caso en que, frente a la consolidación de una capacidad disminuida, el empleador afirma que no puede reintegrar al trabajador. Así, la imposibilidad obra en la esfera del empleador, en tanto se parte de la base de que se acepta que el trabajador está en condiciones de reingresar, pero aquél no posee en su estructura organizacional un puesto de trabajo compatible con la incapacidad que presenta el dependiente.

Como se dijera, esta disposición no persigue la creación de nuevas plazas ni la modificación de las existentes en cuanto a su modo de desenvolvimiento, sino que determina como obligación a cargo del empleador de reinsertar al dependiente afectado por una minusvalía laboral en un puesto diferente y dentro de las posibilidades que brinda la empresa en marcha(105).

En la hipótesis del art. 212, párr. 2º de la LCT, si la empleadora no tiene tareas acordes con la minusvalía laborativa del trabajador, corresponderá disolver el vínculo abonando la indemnización prevista en el art. 247 de dicha ley. En ese sentido, le incumbe al empleador la carga de probar la falta de puestos con tareas adecuadas para el trabajador parcialmente incapacitado(106). La mera falta de justificación económica dentro de la empresa no es por sí sola motivo suficiente para negar el cambio de tareas. Dicha causa no imputable ha de consistir en la inexistencia de tareas razonablemente útiles que el trabajador pueda desempeñar en la empresa sin perjuicio para su salud. Y si la empleadora no tiene vacantes en su plantel normal para ocupar al trabajador afectado por una incapacidad, no se le puede exigir que acredite la realización de diligencias anormales para ampliar sus puestos de trabajo.

A su turno, el párr. 3º del art. 212 prevé el supuesto de que el empleador, aun teniendo en el seno de la empresa tareas para asignarle al trabajador acordes al grado de incapacidad que presenta, no lo hiciera. Así las cosas, cuando el empleador, pese a tener la posibilidad fáctica de reasignar tareas, prefiere no hacerlo por razones de conveniencia, deberá abonar una indemnización igual a la establecida en el art. 245, LCT.

Sobre este tópico se ha sostenido que "...al no probar la empleadora la imposibilidad de otorgarle al trabajador tareas acordes a su capacidad disminuida, se la condenó al pago de una indemnización igual a la prevista en el art. 245, LCT (cfr. art. 212, LCT, 3º párr.). No se trató pues de un hecho ajeno a la voluntad de la accionada (como los previstos en los arts. 212, 4º párr. y 248, LCT), ya que fue ésta quien dispuso disolver el vínculo invocando la imposibilidad fáctica de suministrar tareas que no probó. En tal contexto la situación aparece enmarcada en un supuesto especial de despido arbitrario...", a la par que "...la situación que contempla el 3º párr. del art. 212 de la LCT... prevé una reparación tarifada del daño —por remisión al art. 245 de la LCT— ante el incumplimiento del empleador que, con su comportamiento antijurídico, impide que su dependiente desarrolle tareas adecuadas a su condición deficitaria..."(107).

Por último, el 4º párr. del art. 212 de la LCT prevé la extinción ipso iure del contrato de trabajo cuando se determina una minusvalía absoluta —esto es, igual o mayor al 66% de la capacidad obrera total— y definitiva, dando lugar al deber del empleador de abonarle una compensación equivalente a la indemnización del art. 245, LCT.

Este supuesto no proviene de la voluntad unilateral del empleado, sino que se trata de un caso de extinción por fuerza mayor derivado de la incapacidad total y absoluta del dependiente para prestar tareas, pues desaparece el objeto de la prestación comprometida por el trabajador.

Así, la doctrina y jurisprudencia han coincidido en que "...la pérdida absoluta y permanente de la capacidad laboral del dependiente priva al contrato de trabajo de su objeto prestacional, extinguiéndolo en forma automática, por lo que la compensación del art. 245, LCT, por reenvío del 4º párrafo del art. 212 de dicha ley, se adeuda más allá y con prescindencia del ropaje jurídico, apariencia o forma con que haya instrumentado la extinción: renuncia, rescisión por mutuo acuerdo..."(108).

La incapacidad a la que se refiere la norma de marras incluye las enfermedades inculpables, motivo por el cual la determinación del origen de la dolencia es indiferente y lo único relevante es si dicha incapacidad resulta o no absoluta. A todo evento, la prueba de la incapacidad está a cargo del trabajador y el medio más idóneo para hacerlo es a través de una peritación médica en sede judicial.

Tal como reza el art. 212 en su último párrafo, la compensación allí prevista es compatible y acumulable con las que emanen de los estatutos especiales, CCT y hasta con las prestaciones económicas contenidas en la LRT; también con el beneficio jubilatorio ordinario o por invalidez.

24.2. Inhabilitación del trabajador

El art. 254, LCT, establece en su último párrafo que si se tratara de un trabajador que deba contar con la habilitación especial que se requiera para prestar los servicios objeto del contrato, y éste fuese sobrevinientemente inhabilitado, en caso de despido será acreedor a la indemnización prevista en el art. 247 de dicha ley, salvo que la inhabilitación provenga de dolo o culpa grave e inexcusable de su parte.

La norma contempla los supuestos referidos a que la prestación del trabajo se encuentre regulada por alguna reglamentación que exige una habilitación determinada —tal como el caso de choferes de transporte público— y, como consecuencia de haber sido inhabilitado, no puede legalmente continuar prestando los servicios para los cuales fue contratado, lo cual acarrea la imposibilidad legal de mantener vigente la relación laboral.

Como indica la propia norma en estudio, en estos casos será fundamental tener en cuenta la conducta del trabajador.

Así, si el dependiente actuó sin culpa, o bien con culpa leve —esto es, cuando hubo un simple descuido o bien falta de diligencia de su parte—, la extinción del vínculo llevará aparejada la obligación de abonar una indemnización equivalente a la prevista en el art. 247 de la LCT.

Distinta es la situación cuando la inhabilitación provenga de dolo o culpa grave e inexcusable de parte del trabajador —ya sea que se trate de acciones o de omisiones, pues dicha norma no hace distinciones al respecto—, pues dicho comportamiento importará la configuración de una injuria de tal entidad que impide la prosecución del vínculo, en cuyo caso no corresponderá indemnización alguna.

La noción de "dolo" no presenta mayores dificultades: se trata de la ejecución de un acto libre, consciente, voluntario y con la intención de provocar un daño(109).

En cambio, la "culpa grave" se configura cuando el agente, con conocimiento del peligro que puede resultar de su acción u omisión, actuando en forma temeraria, no adopta las diligencias mínimas para evitar las consecuencias dañosas y previsibles de su accionar(110). Por eso se ha dicho que se trata de una culpa lindante con el dolo, en tanto obrar temerario y desprovisto de los más elementales cuidados(111).

Ahora bien, si la inhabilitación sobreviniera como consecuencia de una enfermedad contraída por el trabajador sin haber mediado dolo o culpa grave, corresponderá aplicar las previsiones del 1º párrafo del art. 254, LCT, en función de resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en pleno en autos "Juárez, Luis Sergio c. Expreso Quilmes SA s/Despido"(112), donde se sostuvo que "[e]s aplicable lo dispuesto en la primera parte del art. 254 de la LCT a los casos de pérdida de habilitación especial contemplado en el segundo supuesto del mismo artículo, cuando tal inhabilitación se origina en enfermedad o disminución psicofísica contraída sin dolo o culpa grave del mismo trabajador".

24.3. Jurisprudencia

Art. 254, LCT. Aplicabilidad de lo previsto en el 1º párrafo en caso de pérdida de habilitación especial por enfermedad

"Es aplicable lo dispuesto en la primera parte del art. 254 de la LCT a los casos de pérdida de habilitación especial contemplado en el segundo supuesto del mismo artículo, cuando tal inhabilitación se origina en enfermedad o disminución psicofísica contraída sin dolo o culpa grave del mismo trabajador".

CNTrab., en pleno, 3/5/2002, "Juárez, Luis Sergio c. Expreso Quilmes SA s/Despido", Acuerdo nro. 303, LA LEY, 2002-C, 684.

Enfermedades inculpables. Otorgamiento de tareas acordes. Encargado único de edificio con vivienda permanente

"...No habiéndose demostrado que la incapacidad del actor, que se desempeñaba como encargado único con vivienda permanente, fuera absoluta, el caso debe ser incluido en los incs. 2º y 3º del art. 212, LCT. Y si la empleadora no tiene vacantes en su plantel normal para ocupar al trabajador afectado por una incapacidad (art. 212 2º parte), no se le puede exigir que acredite la realización de diligencias anormales para ampliar sus puestos de trabajo. La norma prevé una empresa en marcha, con capacidad razonable para absorber a un trabajador con menor capacidad, en un puesto diferente, pero no lo obliga a crear plazas innecesarias al efecto. En el caso, parece indudable que no puede exigírsele al Consorcio de Propietarios, que sólo tiene un encargado permanente, que amplíe su plantel para incorporar al actor con menor capacidad laborativa. Es decir, que no puede alegarse en el caso, que tiene tareas más livianas para asignarle...".

CNTrab., sala I, 18/6/1998, "Mateos, Mariano c. Cons. de Prop. Edificio Gral. Savio Napoleón Uriburu 5845 s/Ind. art. 212", sent. def. 72.213.

Enfermedades inculpables. Indemnización art. 212, párrafo 4º, LCT. Procedencia

"...El 4º párrafo del art. 212 de la LCT prevé la extinción ipso iure del contrato de trabajo cuando se determina una minusvalía absoluta y definitiva, dando lugar al deber del empleador de abonarle una compensación equivalente a la indemnización del art. 245 de dicha ley...".

CNTrab., sala II, 24/6/2011, "Deserio, Miguel O. c. Empresa Sierras de Córdoba SA s/Indemnización art. 212", sent. def. 99.342.

Extinción por inhabilitación sobreviniente. Indiferencia de la causa que la determina

"...Cuando se trata de trabajadores que para desempeñar sus tareas necesitan una licencia especial y la pierden por una inhabilitación sobreviniente, rigen las disposiciones del art. 254 segundo párrafo de la Ley de Contrato de Trabajo, cualquiera sea la causa de la inhabilitación...".

CNTrab., sala I, 21/10/2005, "Savoy, Gustavo O. c. Empresa de Transporte Teniente General Roca SA", DT, 2006-A-858.

Inhabilitación. Culpa grave. Eximición del empleador

"...Debe rechazarse la pretensión del trabajador de ser indemnizado según lo previsto en el art. 247 de la Ley de Contrato de Trabajo (Adla, XXXIV-D, 3207; XXXVI-B, 1175), toda vez que configura la causal que exime del pago al empleador ante la circunstancia de que el trabajador que se desempeñaba como chofer de transporte público, haya sido inhabilitado en sede penal como consecuencia de haber violado el deber objetivo de cuidado a su cargo, pues ello configura culpa grave...".

CNTrab., sala X, 8/4/2003, "González, Juan C. c. Colectiveros Unidos SA", DJ, 2003-3-214.

Inhabilitación en sede penal. Culpa grave

"...Constituye culpa grave la conducta que da lugar a una condena de inhabilitación en sede penal...".

CNTrab., sala III, 30/3/1988, "Quintana, Ricardo I. c. Expreso Quilmes SA", TySS, 1988-539.

CAPÍTULO XII Disposición común

Reingreso del trabajador. Deducción de las indemnizaciones percibidas

Art. 255. — La antigüedad del trabajador se establecerá conforme a lo dispuesto en los artículos 18 y 19 de esta ley, pero si hubiera mediado reingreso a las órdenes del mismo empleador se deducirá de las indemnizaciones de los artículos 245, 246, 247, 250, 251, 253 y 254 lo pagado en forma nominal por la misma causal de cese anterior.

En ningún caso la indemnización resultante podrá ser inferior a la que hubiera correspondido al trabajador si su período de servicios hubiera sido sólo el último y con prescindencia de los períodos anteriores al reingreso.

(Artículo sustituido por art. 1º de la ley 27.325, B.O. 15/12/2016)

Plazo de Pago

Art. 255 bis. — 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 art. 128 computados desde la fecha de extinción de la relación laboral.

(Artículo incorporado por art. 1º de la ley 26.593, B.O. 26/5/2010)

• Comentario:

25. Generalidades

El art. 255, LCT establece la regla de la sumatoria de los tiempos de servicio para un mismo empleador: así, cuando el trabajador reingresa a laborar a las órdenes de un mismo empleador, en caso de despido, tendrá derecho a que su indemnización se calcule tomando en cuenta la antigüedad total —conforme las pautas de los arts. 18 y 19 de dicha ley—, adicionando todos los períodos trabajados. Sin embargo, si en alguna de las extinciones anteriores hubiera percibido una reparación con fundamento en los arts. 245 a 247, 250, 251, 253 y 254 de la LCT —enumeración que no agota, según cierta posición doctrinaria(113), la totalidad de los supuestos previsto por la ley—, se descontará de la que ahora le corresponda el monto nominal —es decir, sin actualización— que ya se le hubiese abonado por la misma causal de cese anterior.

Es decir, el hecho de haber percibido una indemnización por una relación anterior no obsta a considerar la antigüedad adquirida, sino que las sumas oportunamente abonadas se considerarán como pago a cuenta y se deducirán del total a percibir(114), en tanto y en cuanto la nueva causal de cese sea la misma que la anterior —entendiéndose por "causal" el fundamento normativo de la medida rescisoria adoptada—. En el texto derogado se hacía referencia a lo percibido "por igual concepto por despidos anteriores".

Sin embargo, la redacción nueva deja abierto el interrogante de cómo se resolvería en la práctica, por caso, el supuesto de extinción previsto en el art. 253LCT, ya que no es factible pensar que una persona pueda acceder al beneficio jubilatorio por segunda vez en su vida.

Para determinar la indemnización que le corresponde a un trabajador que hubiese reingresado a las órdenes del mismo empleador, se establece como regla general la acumulación de toda la antigüedad adquirida por el trabajador durante su desempeño a favor de un mismo empleador, incluyendo el plazo correspondiente al período del preaviso cuando le haya sido otorgado, siendo esto válido para cualquier tipo de contrato de trabajo(115).

En este sentido, se reconocen al menos tres excepciones(116), que se enumeran a continuación:

— En el caso del reingreso de un trabajador jubilado a favor de un mismo empleador, el cómputo de la antigüedad se rige por lo previsto en el art. 253, LCT, donde la jurisprudencia había debatido si correspondía computarse el tiempo de servicios posterior al último reingreso o si bien habría de considerarse el lapso anterior a la jubilación. Dicha discusión finalmente quedó zanjada a partir de lo resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en el Fallo Plenario nro. 321 dictado en autos "Couto de Capa, Irene Marta c. Areva SA s/Ley 14.546" (del 5/6/2009), en el cual se resolvió que "[e]s aplicable lo dispuesto por el art. 253 último párrafo LCT al caso de un trabajador que sigue prestando servicios sin interrupción a las órdenes del mismo empleador, luego del goce del beneficio de la jubilación"(117). En suma, la antigüedad a computar para el caso de despido del trabajador que continuó desempeñándose luego de obtenido el beneficio jubilatorio a las órdenes del mismo empleador, es únicamente la que se generó con posterioridad a la concesión de la prestación previsional(118).

— En el caso de suspensiones por maternidad, se considera una excepción del régimen la exclusión del período correspondiente al plazo de excedencia.

— Finalmente, un tercer supuesto: el art. 199 de la ley 23.522 de concursos y quiebras, donde se regulan los efectos derivados de la adquisición de la empresa o establecimiento por un tercero en el marco de una quiebra, así, se establece una excepción en el derecho concursal, que veda el reconocimiento de la antigüedad previamente adquirida, dado que establece que los contratos de trabajo preexistentes se extinguen, el adquiriente no es considerado sucesor del fallido sino del concurso y todos los trabajadores pierden los derechos que tenían en función de su antigüedad en el empleo con anterioridad a la quiebra, los cuales sólo podrán ser objeto de pago o verificación en el concurso. Del mismo modo, esta solución se aplica también en el supuesto en que la adquisición del establecimiento la realicen los propios trabajadores de la empresa organizados en una cooperativa de trabajo. En ambos casos resulta irrelevante todo lo que hubiese acontecido con los trabajadores con anterioridad a la quiebra.

- Este artículo establece además un principio protectorio para el trabajador despedido en el último período; ya que en ningún caso podrá percibir una indemnización inferior al mínimo de una vez la mejor remuneración normal y habitual que prevé el art. 245, LCT Esta disposición, de orden público, no puede ser dejada sin efecto por voluntad de las partes sin afectar derechos irrenunciables, salvo mediante resolución de homologación que lo convalide.

- La última parte de esta norma estipula que las sumas a descontar deberán ser actualizadas monetariamente. Sin embargo, en primer lugar la norma refiere a un índice que ha dejado de publicarse, por lo cual se ha sostenido que debería tomarse en consideración el Índice de Precios al Consumidor —mencionado por el art. 276 de la LCT—, que refleja de un modo más directo la pérdida del poder adquisitivo del salario en un contexto inflacionario(119).

- Por último, la actual redacción del 2º párrafo del mentado art. 255LCT eliminó la referencia a la actualización de los montos a deducir, al indicar —en su 1º párrafo— que se descontará el importe "nominal", y ello a tono lo previsto en los arts. 7º y 10 de la ley 23.928 —texto modificado por el art. 4º de la ley 25.561—, que prohibieran a partir del 1/4/1991 la actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor.

26. Plazo de pago

El art. 255 bis fue incorporado a la LCT por la ley 26.593(120).

Dicha norma establece la obligación para el empleador de abonar las remuneraciones e indemnizaciones que se devengaran por el hecho de la finalización del vínculo laboral —sin entrar a considerar la causa por la cual se produjo— dentro de los plazos previstos en el art. 128 de la LCT, tomados en cuenta desde la fecha de la referida extinción.

A dicho fin, es útil recordar que el mentado art. 128 de la ley 20.744 establece que el pago de las remuneraciones se efectuará dentro de los siguientes plazos máximos, que se cuentan en días hábiles; a saber: cuatro (4) para la remuneración mensual o quincenal, y tres (3) para los pagos semanales.

De lo así expuesto se sigue que el pago de las remuneraciones e indemnizaciones originadas en la extinción del contrato de trabajo, según lo previsto por el art. 255 bisLCT, deberá efectivizarse dentro del cuarto día hábil para los trabajadores que perciban sus remuneraciones mensual o quincenalmente, y dentro del tercer día hábil si se trata de empleados remunerados por semana. En todos los casos, reitero, los plazos comenzarán a computarse desde la fecha de extinción de la relación laboral.

Fenecidos los plazos señalados en el párrafo anterior, se produce la mora del empleador en el pago de dichos rubros. Ello así pues, tratándose de una obligación a plazo, dicha mora opera de forma automática, por su sólo vencimiento, conforme lo prevé el art. 509 del Cód. Civil(121). Esto significa que no se precisa la previa interpelación al empleador —ni judicial, ni extrajudicial— a los fines de que la obligación incumplida pueda ser exigible.

Sin perjuicio de que este tema ha sido tratado en profundidad al comentar el art. 137 de la LCT —a cuyos términos me remito—, no es ocioso recordar que uno de los efectos que se producen una vez operada la mora —de forma automática(122)—, es el comienzo del curso de los intereses (cfr. art. 622, Cód. Civil), los que se devengarán desde que cada suma fue debida y hasta su efectivo pago(123).

Los artículos del Código Civil señalados en los párrafos previos, están actualmente contenidos por los arts. 886 a 888 y 767 y 768, respectivamente, del nuevo Código Civil y Comercial unificado por ley 26.994, las que, en lo sustancial, mantienen el sentido de las normas anteriores (ver, al respecto, "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", t. III, Julio C. Rivera y Graciela Medina (dirs.), p. 93 y ss. y 296 y ss., La Ley, Buenos Aires, 2015).

Sección XV - LCT (ley 20.744), arts. 256 al 277. Por Mariano Candal

• Normas aplicables: Ley de Contrato de Trabajo, 20.744: arts. 256 al 277.

TÍTULO XIII De la Prescripción y Caducidad

Plazo común

Art. 256. — Prescriben a los dos (2) años las acciones relativas a créditos provenientes de las relaciones individuales de trabajo y, en general, de disposiciones de convenios colectivos, laudos con eficacia de convenios colectivos y disposiciones legales o reglamentarias del Derecho del Trabajo.

Esta norma tiene carácter de orden público y el plazo no puede ser modificado por convenciones individuales o colectivas.

Interrupción por actuaciones administrativas

Art. 257. — Sin perjuicio de la aplicabilidad de las normas del Código Civil, la reclamación ante la autoridad administrativa del trabajo interrumpirá el curso de la prescripción durante el trámite, pero en ningún caso por un lapso mayor de seis (6) meses.

Accidentes y enfermedades profesionales

Art. 258. — Las acciones provenientes de la responsabilidad por accidente de trabajo y enfermedades profesionales prescribirán a los dos (2) años, a contar desde la determinación de la incapacidad o el fallecimiento de la víctima.

Caducidad

Art. 259. — No hay otros modos de caducidad que los que resultan de esta ley.

Pago insuficiente

Art. 260. — El pago insuficiente de obligaciones originadas en las relaciones laborales efectuado por un empleador será considerado como entrega a cuenta del total adeudado, aunque se reciba sin reservas, y quedará expedita al trabajador la acción para reclamar el pago de la diferencia que correspondiere, por todo el tiempo de la prescripción.

• Comentario:

1. Prescripción liberatoria de los créditos laborales

La prescripción liberatoria es la extinción del derecho a reclamar judicialmente una obligación, por el abandono de su titular, durante el término fijado por la ley(1).

En otras palabras, la ley presume que si un acreedor no realiza actos tendientes a obtener el reconocimiento de su crédito en un tiempo predeterminado, pierde el derecho a peticionar ante la jurisdicción dicho reconocimiento.

De todos modos, en materia laboral la inactividad del trabajador durante el plazo de prescripción no puede ser interpretada como una renuncia al derecho, pues ello está expresamente vedado por los arts. 12 y 58 de la LCT(2).

El art. 256 de la LCT impone un plazo de prescripción de dos años, cuyo punto de partida debe ser computado desde el momento en que el derecho reclamado se hizo exigible.

La prescripción es la única excepción que el Juez no puede declarar de oficio, por lo que sólo será atendida por la jurisdicción si es planteada por el presunto deudor al contestar la demanda o en su primera presentación en el juicio (art. 3962, Cód. Civil). Esta norma fue reemplazada por el art. 2553 del nuevo Código Civil y Comercial Unificado por ley 26.994. En el nuevo régimen se reitera la disposición anterior, aunque se dejó en claro que la prescripción debe ser opuesta al contratar la demanda. La obligación de plantear la excepción "en la primera presentación" queda limitada ahora a "los terceros interesados que comparezcan al juicio vencidos los términos aplicables a las pautas".

2. Prescripción en materia de accidentes y/o enfermedades de trabajo

El art. 258 establece un plazo de prescripción que se compadece con el texto del art. 44 de la ley 24.557.

En materia de accidentes de trabajo resulta problemático fijar el punto de partida del plazo prescriptivo.

Cierta doctrina y jurisprudencia se inclina a sostener que el plazo de prescripción comienza a correr desde la producción del hecho generador de la responsabilidad, esto es, desde el día en que se produjo el evento dañoso. En contra de esa postura, se ha señalado que, con independencia de la fecha del accidente, la prescripción recién debe contarse desde el momento en que la víctima tuvo cabal conocimiento de su incapacidad.

3. Suspensión de la prescripción

La ley 20.744, en su redacción original, contaba con normas que establecían expresamente los mecanismos de suspensión e interrupción de la prescripción en materia de créditos laborales (arts. 278 a 282 de la ley 20.744).

Como consecuencia de la "mutilación" que la ley 21.297 realizó sobre la norma apuntada, aquellas regulaciones desaparecieron(3).

De ahí que los mecanismos de suspensión e interrupción de la prescripción de los créditos laborales deban ser "importados" del derecho común.

En este sentido, el art. 3983 del Cód. Civil dispone que "el efecto de la suspensión es inutilizar para la prescripción el tiempo por el cual ella ha durado; pero aprovecha para la prescripción no sólo el tiempo posterior a la cesación de la suspensión, sino también el tiempo anterior en que ella se produjo". El art. 2539 del Código Civil y Comercial Unificado ley 26.499, mantiene el sentido de esta norma.

Ahora bien, "la prescripción liberatoria se suspende por una sola vez, por la constitución en mora del deudor, efectuada en forma auténtica. Esta suspensión sólo tendrá efecto durante un año o el menor término que pudiese corresponder a la prescripción de la acción" (art. 3986 del Cód. Civil). La norma fue reemplazada en el nuevo Código Civil y Comercial Unificado con ley 26.994 por el art. 2541. En el nuevo régimen se reemplaza la frase "constitución en mora del deudor, efectuado en forma auténtica", por la "interpretación fehaciente hecha por el titular del derecho". Además, la suspensión se reduce de 1 año a seis meses o al plazo menor que corresponda. Lo que queda claro es que en el supuesto de esta norma, la interpretación sólo produce la suspensión de la prescripción y no su interrogación.

De este modo, para suspender el curso de prescripción, el titular de un crédito laboral debe constituir en mora al deudor formalizando una intimación de pago por cualquier medio fehaciente.

El recurso habitual es el telegrama colacionado. Para que la intimación resulte eficaz, el acreedor laboral debe consignar con precisión los conceptos cuya cancelación exige al deudor, pues sólo respecto a los créditos consignados va a operar la constitución en mora "auténtica" y, por ende, la suspensión de la prescripción.

Por otro lado, el reclamo administrativo también suspenderá la prescripción durante su trámite, con un límite de seis meses (art. 257, LCT). En este supuesto, pueden encuadrarse los reclamos individuales o plurindividuales ante una dependencia ministerial y también la radicación de denuncias ante la Superintendencia de Riesgos del Trabajo. Aunque debe tenerse presente que, para que la suspensión resulte operativa, la pretensión esbozada en sede administrativa debe coincidir con la obligación cuyo cumplimiento se persigue ante la jurisdicción laboral(4).

4. Reclamación ante el SECLO. Distintos criterios

El dictado del art. 7º de la ley 24.635 dio lugar a un nutrido debate doctrinario y jurisprudencial, relativo a la extensión del efecto suspensivo que debía atribuirse al reclamo deducido ante el Servicio de Conciliación Obligatoria.

La controversia pareció resuelta mediante el dictado del fallo plenario nro. 312, en el que se determinó que los reclamos administrativos ante el SECLO suspenden la prescripción durante seis meses, aunque la duración del trámite hubiere sido menor(5).

Pero con posterioridad a dicho plenario, y al dictado del presente "Lombardo" por Corte Suprema, la mayoría Salas de la Cámara del Trabajo se inclinaron a sostener que el reclamo ante el SECLO tiene efectos interruptivos de la prescripción, tal como lo prescribe el art. 257 de la LCT(6).

Existen opiniones divergentes respecto a la vigencia del Plenario "Martínez" desde que la Corte se expidió en la causa "Lombardo, Héctor Ramón c. BBVA Banco Francés S.A. s/Dif. Indem. Prev. art. 245LCT", S.D. 96.770 del 10 de junio de 2009 del registro de la sala I. Para alguno, dicho fallo no alteró la doctrina plenaria. Entre ellos, el Dr. Maza sostuvo que la Corte Federal descalificó la sentencia dictada por la sala X de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo sólo por entender que dicho Tribunal no brindó una respuesta proporcionada a la cuestión federal, al no tratar en forma exhaustiva la afirmación hecha por la parte actora en el sentido de que lo normado por los arts. 7º de la ley 24.635 y 257 de la LCT establecen consecuencias dispares para un mismo supuesto. Sostuvo que cada norma contempla una situación diferente (ver: CNTrab., sala II, "Benítez, Eduardo J. c. Toot SA s/despido", S.I. 62206 del 18/4/2012).

5. Interrupción de la prescripción

El art. 3986 del Cód. Civil, en su primer párrafo, dispone que "la prescripción se interrumpe por demanda contra el poseedor o deudor, aunque sea interpuesta ante juez incompetente o fuere defectuosa y aunque el demandante no haya tenido capacidad legal para presentarse en juicio". La norma fue reemplazada en el nuevo Código Civil y Comercial Unificado con ley 26.994 por el art. 2541. En el nuevo régimen se reemplaza la frase "constitución en mora del deudor, efectuado en forma auténtica", por la "interpretación fehaciente hecha por el titular del derecho". (7)

Además, la suspensión se reduce de 1 año a seis meses o al plazo menor que corresponda. Lo que queda claro es que en el supuesto de esta norma, la interpretación sólo produce la suspensión de la prescripción y no su interrogación.

La claridad de la norma transcripta permite afirmar que la interposición de la demanda interrumpe la prescripción en todos los casos, aun cuando el Juez se declare incompetente o resuelva tenerla como no presentada por incumplimiento a una intimación previa. Así lo ha resuelto reiteradamente la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo y la CSJN en numerosos precedentes, en los que se afirma que la perención de instancia a la que se refiere el art. 3987 del Cód. Civil, como excepción al primer párrafo del artículo que le precede, no es instituto compatible con el procedimiento laboral(8). En el nuevo Código Civil y Comercial Unificado ley 26.994, el art. 2546 dispone que toda petición ante la autoridad judicial interrumpe la prescripción, aún cuando sea defectuoso o ante un juez incompetente. Lo relevante es que la petición debe llevar a presumir que el titular del derecho no tiene intereses de abandonarlo. La norma incorpora el "plazo de gracia" estipulada en los distintos ordenamientos procesales.

La prescripción también se interrumpe cuando el deudor reconoce en forma expresa o tácita la existencia de la obligación (art. 3989, Cód. Civil). El art. 2545 del nuevo Código Civil y Comercial Unificado es similar.

6. Imposibilidad de ejercer la acción

El art. 3980 del Cód. Civil contempla el supuesto en el que el acreedor "por razón de dificultades o imposibilidad de hecho" no pudo interponer la acción judicial en tiempo oportuno. En este caso, la norma autoriza a dispensar la prescripción si el acreedor ejerce la acción dentro de los tres meses posteriores a la cesación del impedimento alegado. El nuevo art. 2550 también permite a los Jueces a dispensar la prescripción, aunque amplía de tres a seis meses el plazo concedido para ejercer el derecho a accionar.

En este sentido, debe destacarse un fallo paradigmático emitido por la Sala VI de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en el que se resolvió dispensar la prescripción cumplida en el caso en que un delegado sindical que, durante la última dictadura militar, fue detenido en la sede de la empresa demandada, a plena luz del día, y retirado por un grupo de tareas perteneciente al Ejército Nacional, en un automotor de propiedad de su empleadora. La acción fue deducida luego del restablecimiento del Estado de Derecho, por lo que la Cámara, con fundamento en el art. 3980 referido, dispensó al trabajador de la prescripción cumplida(9).

7. Caducidad

El art. 259 deja en claro que la caducidad de un derecho laboral es la excepción y que los supuestos previstos en la LCT no pueden ampliarse de ningún modo.

A diferencia de la prescripción liberatoria que implica la pérdida de la acción, la caducidad produce la pérdida misma del derecho.

Ahora bien, con excepción de lo normado por los arts. 135 y 269 de la LCT, el legislador no utiliza el vocablo caducidad, no obstante que en algunos institutos se establece que la inacción de un sujeto contractual produce la pérdida de un derecho.

El art. 135 ya analizado se refiere a la caducidad de la acción de responsabilidad contra el trabajador que haya provocado, intencionalmente, daños materiales a su empleador.

El art. 269, que se ubica en la sección de "privilegios", establece un plazo de caducidad para el embargo por parte del trabajador de bienes del empleador, aunque se encontraren en manos de terceros poseedores.

Debe tenerse presente, además, que la inacción del trabajador también deriva en la pérdida de derechos en materia de impugnación de medidas disciplinarias (art. 67, LCT), y frente a falta de otorgamiento de una licencia anual (art. 162, LCT) o de un descanso compensatorio (art. 207, LCT).

8. Pago a cuenta

Como lógica consecuencia del principio de irrenunciabilidad, el art. 260 expresamente dispone que el cobro parcial de los créditos laborales debe ser interpretado como "pago a cuenta" de lo efectivamente adeudado. Ello deriva en sostener que la aceptación de un pago parcial no extingue la obligación sino en la medida de lo cancelado.

El trabajador se puede oponer a recibir un pago parcial (art. 742, Cód. Civil), aunque si lo recibe su aceptación no puede ser considerada como una renuncia al saldo adeudado (arts. 12 y 58, LCT).

En su oportunidad, el pago parcial deberá ser deducido, en un principio, de los intereses devengados desde la fecha de su exigibilidad y si éstos no alcanzaren, el descuento se hará sobre el capital (art. 903 del nuevo Código Comercial Unificado ley 26.994, establece una disposición análoga).

Ahora bien, el pago parcial y cancelatorio de obligaciones laborales litigiosas está representado por la conciliación laboral. De ahí que el art. 15 de la LCT exija la homologación judicial o administrativa, como recaudo insoslayable para considerar extinguidas las obligaciones comprometidas(10).

9. Jurisprudencia

Constitucionalidad del art. 256 de la LCT

"El art. 256, LCT reposa en principios de orden público. A través de la prescripción no se afecta la intangibilidad de los derechos, sino que en aras de un interés superior colectivo, se priva de reclamarlos a quien no los ejercita en el término prefijado. El planteo de inconstitucionalidad del art. citado basándose en la reducción del plazo efectuada por las autoridades de facto, no debe prosperar por cuanto la tendencia más moderna en materia de prescripción es limitar los plazos, pues se trata de un instituto generador de estabilidad en las relaciones jurídicas. Por ello, la mera abreviación no constituiría por sí sola una solución agresiva respecto de aquellos que se vean afectados por el cambio, máxime cuando la determinación de un período bienal no resulta estrecha y tiene antecedentes en la forma que regía con anterioridad a la Ley de Contrato de Trabajo en su versión originaria".

CNTrab., sala I, 5/7/1929 "Coronel, Julio y otros c. Telefónica de Argentina SA s/cobro de salarios".

Acción Civil - Plazo de Prescripción

"El plazo de prescripción de la acción de derecho común por la incapacidad derivada de un accidente de trabajo o de una enfermedad-accidente debe computarse desde el momento en que el trabajador pudo ejercitarla, luego de haber apreciado con objetividad la real magnitud del daño sufrido. Este plazo comienza a correr desde que el daño es cierto y susceptible de apreciación (Conf. Borda, Guillermo 'Tratado de Derecho Civil Argentino Obligaciones V II')".

CNTrab., sala III, 3/8/1929, "Ibáñez, Ramón c. Ford Argentina SA y otro s/accidente".

Acción por enfermedad de lenta evolución

"Cuando se discuten dolencias de pausada y lenta evolución, ante la falta de prueba fehaciente de la fecha de toma de conocimiento por parte del trabajador, debe presumirse que ello ocurre en forma contemporánea al cese. Ergo, para calcular el lapso de prescripción, el cese aparece como el momento más adecuado, ya que con ello indudablemente se ha puesto fin a los factores lesivos que eventualmente pudieran resultar atribuibles como relación causal".

CNTrab., sala VII, 21/9/2004, "Cingolani, Eduardo c. Sevel Argentina SA y otros s/accidente".

Acción Civil. Plazo bienal fijado por el art. 4037 del Código Civil

"El plazo para la prescripción de las acciones provenientes de la responsabilidad civil por enfermedades profesionales debe comenzar a contarse desde que la víctima tomó conocimiento de la certeza del daño en su verdadera dimensión, tomando para ello el plazo bienal que establece el art. 4037 del Cód. Civil".

CNTrab., sala IX, 16/7/1996, "Romero, Lidia c. Valdenfil SA s/accidente".

Prescripción. Suspensión

"El art. 3986 del Código Civil, establece que la prescripción liberatoria se suspende por una sola vez, por la constitución en mora del deudor, efectuada en forma auténtica. Esta suspensión sólo tendrá efecto durante un año o el menor término que pudiese corresponder a la prescripción de la acción. Por otro lado, conforme la doctrina del fallo plenario 312 del 6/6/2006, la remisión del art. 7º de la ley 24.635 al art. 257 de la LCT, lo es en cuanto al plazo y por un lapso nunca menor a los seis meses. Ambos plazos (un año en el primero y seis meses en el segundo) resultan acumulables, por tanto son dos actos de causa distinta y cabe tener presente que en materia laboral los actos suspensivos o interruptivos de la prescripción deben ser interpretados con criterio amplio, decidiéndose en caso de duda a favor de la subsistencia del derecho del trabajador".

CNTrab., sala VII, 15/9/2011, "Sánchez, Valentín c. Pesquera Santa Cruz SA s/Despido".

Prescripción. Interrupción

"Si bien inicialmente la ley 17.711 incorporó al art. 3986. segundo párrafo, del Cód. Civil una nueva causal de interrupción de la prescripción producida por la constitución en mora del deudor, efectuada en forma auténtica, luego la ley 17.940 modificó el texto legal sustituyendo el verbo 'interrumpe' por 'suspende', con lo cual quedó en claro que por aplicación de esa norma al vencer el plazo anual de suspensión de la prescripción, su curso se reanuda desde entonces, computándose el término anteriormente consumido".

CSJN, 19/3/2002, "Covelo de Uhalt, Gladis c. Instituto Italo Argentino de Seguros Generales SA", C1153 XXXV, Fallos: 325:444.

Reclamo por accidente. Prescripción. Punto de partida del cómputo

"En materia de accidentes del trabajo, la CSJN tiene dicho que lo correcto para el cálculo del plazo de prescripción es arrancar desde aquél hecho que precisamente determina la incapacidad en forma fehaciente (Fallos: 306:337), lo que requiere una apreciación objetiva del grado de incapacidad que ponga de manifiesto el cabal conocimiento de su invalidez por parte del accidentado, sin que pueda suplirse esta exigencia sobre bases inciertas que no demuestran de manera concluyente que el recurrente dejó transcurrir los plazos legales consciente de las afecciones que lo aquejaban (Fallos: 308:2077)".

CNTrab., sala X, 31/12/1996, "Valdez, Oscar c. Erida y UTE s/accidente".

Responsabilidad civil extracontractual

"La naturaleza jurídica del objeto de la acción es la que determina la norma a aplicar y el plazo. Si en el caso se pretenden daños y perjuicios por una conducta omisiva, en consecuencia el plazo a computar es el que dispone el art. 4037 del Cód. Civil, común para todas las acciones en las que se reclamen daños y perjuicios (acción de responsabilidad civil extracontractual)".

CNTrab., sala II, 12/9/2000, "Luna, María c. Unión Tranviarios Automotor s/accidente"

Acción por daños. Prescripción

"Para el cómputo de la prescripción debe partirse del momento en que los daños fueron conocidos por el reclamante y asumieron un carácter cierto y susceptible de apreciación".

CSJN, 16/4/2002, "Harguyndeguy, Patricia c. Pcia. de Bs. As.", H 64 XXXV, Fallos: 325:751.

Responsabilidad extracontractual. Cómputo de la prescripción desde el hecho generador

"En los casos de responsabilidad extracontractual el plazo de prescripción se computa, en principio, desde la producción de hecho generador del reclamo. Su vencimiento está subordinado al conocimiento por parte del acreedor de ese hecho y del daño proveniente de él, conocimiento que debe ser real y efectivo".

CSJN, 16/12/1986, "Etcheverry, Luisa c. Pcia. de Bs. As.", E.145.XIX. CNTrab., sala II, 7/2/2001, "Luna, María c. Unión Tranviarios Automotor s/accidente".

Interrupción de la prescripción. Reconocimiento. Demanda judicial

"El reconocimiento tácito interruptivo de la prescripción resulta de todo hecho o acto que impone la admisión de la existencia del derecho invocado y se manifieste con la certidumbre exigida por el art. 917 el Cód. Civil, y ante la duda debe estarse por la existencia de la interrupción, así como por demanda (art. 3986 del Cód. Civil) debe entenderse toda presentación judicial que traduzca la intención de mantener vivo el derecho de que se trate".

CSJN, 27/5/2004, "Los Claveles SRL s/quiebra", L.560.XXXVII, Fallos: 327:6.

Suspensión de la prescripción por intimación telegráfica

"La misiva enviada por el actor produjo, indudablemente, la suspensión del curso del plazo prescriptivo en los términos el 2º párrafo del art. 3986 del Cód. Civil, la cual finalizó al año, en este caso con posterioridad a la fecha en que fuera entablada la demanda. Como la suspensión del plazo prescriptivo inutiliza, únicamente, el tiempo que ella ha durado, pero aprovecha no sólo el posterior a la cesación de la suspensión, sino también el anterior a la misma (art. 3983 del Cód. Civil; Cazeaux y Trigo Represas 'Derecho de las obligaciones', t. II, vol. 2, p. 480) cabe tener por prescriptos los reclamos referidos a rubros devengados con anterioridad a los dos años de iniciada la demanda".

CNTrab., sala X, 18/10/2002, "Franco, Alicia c. Consolidar Art SA s/diferencias de salarios".

Demanda judicial. Caducidad de instancia. Prescripción

"Es descalificable la sentencia que desestimó la excepción de prescripción opuesta por el ejecutado, sin hacerse cargo de lo alegado en torno a que los juicios previos habidos entre las partes habían carecido de efectos para interrumpir la prescripción que se hallaba en curso, pues habían finalizado por desistimiento, caducidad de instancia y rechazo de la demanda (art. 3987 del Cód. Civil)".

CSJN, 11/11/2003, "Sleive, Moisés c. Figueroa, Elías", Fallos: 326:4558.

Prescripción. Suspensión. Concreta intimación de pago

"El art. 256, LCT no es norma absoluta y única y se integra con lo dispuesto por el art. 3986 del Cód. Civil, que confiere efecto suspensivo del curso de la prescripción a la comunicación que pone en mora al presunto deudor, al menos por el plazo de un año. Tal lo que sucede cuando hay un concreto requerimiento del pago de las indemnizaciones derivadas del despido".

CNTrab., sala VII, 6/11/1998, "Fernández Dillon, Daniel c. Universidad Argentina de la Empresa s/despido".

Prescripción. Instancia administrativa. Presupuestos fácticos regulados en el art. 7º de la ley 24.635 y art. 257, LCT. Jerarquía normativa

"Corresponde revocar la sentencia que confirmó la prescripción de los créditos reclamados si las consideraciones relativas a la ausencia de identidad entre los presupuestos fácticos regulados en el art. 7º de la ley 24.635 y el art. 257, LCT —que establecen consecuencias dispares para la actuación administrativa del trabajador—, no reflejan un examen exhaustivo y proporcionado del conflicto que pone en juego la jerarquía normativa requeridas por los arts. 31 y 75, inc. 12, CN, en tanto la primera norma citada fue dictada por el Congreso Nacional como legislatura local y la segunda lo fue con alcance general".

CSJN, 2/12/2008, "Lombardo, Héctor Ramón c. BBVA Banco Francés s/diferencias de salarios", L.1924.XL, Fallos: 331:2715.

Prescripción. Reclamo ante el SECLO. Efectos no simultáneos

"Los efectos que puede producir el instituto de la prescripción son: el suspensivo y el interruptivo, supuestos que son distintos, si bien ambos tienen el fin de alterar el curso de la prescripción. Aunque en el caso de la suspensión ésta mira hacia el futuro, sin tocar el pasado: impide que la prescripción comenzada continúe corriendo mientras persiste la causa que la suspendió; en cambio, la interrupción, por el contrario, tiene su campo de acción sobre el pasado, al que destruye sin extender su acción sobre el porvenir. Por ende, un determinado acto tiene efecto suspensivo o tiene efecto interruptivo: es decir, no corresponde darle ambos efectos simultáneos como pretende la accionante, quien intenta aplicar al inicio de las actuaciones ante el SECLO, el art. 3986 párr. 2, CC y el art. 257, LCT".

CNTrab., sala IV, 9/2/2012 "Zapata, Marcela c. Coto CIC SA s/despido".

Prescripción. Presentación ante el SECLO. Efecto interruptivo

"Por ser el reclamo ante el Servicio de Conciliación Obligatoria una gestión ante la autoridad administrativa; en tanto ha sido impuesto por una ley de forma que no puede sino respetar lo dispuesto por las normas de fondo; y considerando el concepto amplio de demanda receptado por el art. 257, LCT; sumado a ello que la formalización del reclamo ante el organismo administrativo referido constituye una actividad del acreedor que revela su interés en ejercer el derecho que le asiste; y el carácter restrictivo de la prescripción que implica que ante la duda debe optarse por la subsistencia plena del derecho y por el plazo de prescripción más dilatado; corresponde interpretar el segundo párrafo del art. 7º de la ley 24.635 a la luz de lo establecido en el art. 257, LCT. Frente a lo dispuesto por ambos textos, se debe optar por la norma más favorable en tanto ello se adecua al carácter estricto de la prescripción, concluyendo que la presentación del reclamo ante el Servicio de Conciliación, en tanto reclamación ante la autoridad administrativa, produce la interrupción del curso de la prescripción (conf. art. 257, LCT)".

CNTrab., sala VI, 26/8/2009, "Sallent, Adrián c. Banco Itaú Buen Ayre SA s/despido".

Prescripción. Inconstitucionalidad del art. 7º párrafo segundo de la ley 25.635

"El art. 257, LCT, que es una ley de fondo, dispone que la reclamación ante la autoridad administrativa del trabajo interrumpe el curso de la prescripción durante el trámite, pero en ningún caso por un lapso mayor de seis meses. A su vez, el art. 7º segundo párrafo de la ley 24.635 estableció que la presentación ante el Servicio de Conciliación Laboral Obligatoria suspende el plazo de la prescripción. Ante la contradicción suscitada entre la ley de fondo y la ley de forma debe estarse a favor de la primera, tal como surge de la interpretación armónica de los arts. 31 y 75, inc. 12 de la Constitución Nacional. Por ello, y doctrina de la Corte Suprema (Fallos: 276:401, sus citas y otros), la disposición del art. 7º, ley 24.635 resulta manifiestamente inconstitucional".

CNTrab. sala VII, 15/10/2012, "Diosque, María Lucía c. Asociación Israel de Beneficios y Culto Profesor Jaim Wetzmain s/despido".

Prescripción. Denuncia ante la Subsecretaría de Trabajo. Interrupción

"La denuncia efectuada por el trabajador ante la Subsecretaría del Trabajo produjo la interrupción (y no la suspensión) del plazo prescriptivo siendo que tales actuaciones administrativas resultan suficientes como para producir el mencionado efecto y dicha denuncia no resulta asimilable a la presentación ante el SECLO, puesto que ésta sí produce efectos suspensivos conforme los arts. 257, LCT y 7º de la ley 24.635".

CNTrab., sala X, 30/12/2000, "Ojuez, María c. Atlántica Servicios Saa y otro s/accidente".

Prescripción. Oportunidad del planteo

"De conformidad con lo dispuesto por el art. 3962 del Cód. Civil (aplicable al proceso laboral), la defensa de prescripción debe interponerse al contestar la demanda o en la primera presentación en el juicio que haga quien pretende oponerla (pues deja abierta la posibilidad para que si no se contesta la acción, se pueda efectuar en la primera presentación). El planteo formulado tardíamente no constituye un hecho litigioso sometido a consideración del magistrado interviniente en la instancia de grado. En consecuencia, no puede modificarse el thema decidendum de la litis, a todo lo cual cabe agregar que el sentenciante tampoco puede suplir de oficio la prescripción (art. 3964 del Cód. Civil)".

CNTrab., sala II, 11/5/2006, "Díaz, Juan c. Boeing SA s/despido".

Prescripción. Institución de orden público. Ejecución de sentencia. Plazo decenal

"El instituto de la prescripción tiene como objetivo básico actuar como instrumento de seguridad a fin de impedir que los conflictos humanos se mantengan indefinidamente, puesto que dicha institución de orden público ha sido creada para dar firmeza a los negocios, disipar incertidumbres del pasado y poner fin a la indecisión de los derechos (CSJN Fallos: 226:77; 176:76 y 191:490, entre otros). En el caso de una ejecución de sentencia, el plazo que rige es el decenal, previsto en el art. 4023 del Cód. Civil".

CNTrab., sala II, 17/12/2004, "Stivala, Salvador c. La Estrella de Galicia SCA s/despido".

Prescripción. Extensión responsabilidad. Plazo del art. 256, LCT

"En el caso se pretendía la extensión de responsabilidad por la condena dispuesta en la causa, a varias personas jurídicas y físicas, ante la imposibilidad de hacer efectivo el crédito. El fundamento normativo invocado por el actor son los arts. 54 y 279 de la ley de sociedades comerciales. La decisión de la instancia anterior, fue aplicar la prescripción decenal establecida en el art. 4023 del Cód. Civil. Sin embargo no hay ninguna razón para no aplicar el plazo de dos años contemplado en el art. 256, LCT, ya que en definitiva se pretende extender la responsabilidad respecto de un crédito de naturaleza claramente laboral en una relación individual de trabajo".

CNTrab., sala VII, 11/2/2006, "Álvarez, Fernando c. Emprendimientos 2001 SRL y otros s/despido".

Prescripción. Interrupción y suspensión del curso de la prescripción. Art. 257LCT y art. 7ºley 24.635. Demanda interpuesta al solo efecto de interrumpir la prescripción

El art. 257LCT y el art. 7º de la ley 24.635 son preceptos aparentemente en pugna que establecen consecuencias dispares pero no se refieren al mismo supuesto. Uno regula el género y el otro una especie. El primero se refiere a "la reclamación ante la autoridad administrativa"... y confiere a tal acto efecto interruptivo del plazo liberatorio por un máximo de seis meses. En cambio el referido art. 7º ha regulado, como ley local dictada por el Congreso Nacional para regir en el ámbito de competencia de la Justicia Nacional del Trabajo creada y regida por la ley 18.345, el caso del pedido de inicio del trámite de conciliación previo y obligatorio que la ley 24.635 ha puesto como etapa preliminar al reclamo judicial. En nuestro ordenamiento positivo no existe norma concreta que prevea el supuesto de demanda al solo efecto de interrumpir la prescripción de los rubros que han de reclamarse en el futuro, sino que exclusivamente se encuentra contemplado el efecto interruptivo del curso de la prescripción en caso de demanda defectuosa o interpuesta ante juez incompetente. No obsta a esta caracterización, lo dispuesto en el art. 2546 del CCyCN, por cuanto esta norma, aunque modificó la redacción, resulta similar a los artículos del Código de Vélez.

CNTrab., sala II, 29/3/2016 "Jiménez Héctor Rubén c. Triunvirato 4700 SA y otros s/despido", expte. 20.261/2011, sent. def. 106.883.

Prescripción. Certificado de trabajo. Entrega de la documentación. Plazo bianual

"La obligación que el art. 80 de la LCT pone en cabeza del empleador es de carácter contractual y, por lo tanto, resulta de aplicación el plazo bianual dispuesto en el art. 256 de la LCT".

CNTrab., sala II, 9/11/2010, "Ibáñez, Marta Leonor c. Consolidar Comercializadora SA s/Indemnización art. 80, LCT L. 25.345".

Prescripción. Certificado de trabajo. Imprescriptibilidad de la acción tendiente a su entrega

"La acción tendiente a la obtención de la entrega de los certificados de trabajo y aportes previsionales es imprescriptible. Aun cuando el art. 4019 del Código Civil no menciona expresamente entre las acciones imprescriptibles la destinada a la entrega de dichos certificados, el Dr. Santos Cifuentes muestra situaciones en que media imprescriptibilidad de la acción como en los casos de los arts. 2510, 2476, 2575 y 3082 de dicho código, lo que permite ahuyentar la idea de que la norma mencionada tuviera carácter taxativo. Asimismo, y tal como surge del art. 80, LCT, el accionante conserva el derecho a obtener el certificado de trabajo y aportes previsionales sine die, lo que resulta compatible y ha sido robustecido con la inserción de los tratados sobre Derechos Humanos, prevista en el art. 75, inc. 22 del texto constitucional modificado en el año 1994".

CNTrab., sala VII, 23/4/2010, "Campolieti, Federico Ernesto c. Orígenes vivienda y consumo Compañía Financiera SA y otro s/Indemnización art. 80, LCTley 25.345".

Prescripción. Plazo de gracia

"La demanda presentada al día siguiente de vencer el plazo de prescripción, pero dentro del plazo de gracia (art. 124 del CPCCN), cumple el efecto interruptivo sin que pueda alegarse que exista desmedro de las leyes de fondo ya que la norma procesal no amplía ni altera el sistema del Cód. Civil, limitándose a otorgar un plazo de compensación de aquél que, en virtud del horario de funcionamiento de los Tribunales, se ve privado el litigante para hacer efectivo su propósito de interrumpir la prescripción".

CSJN, 1/1/1976, "Sociedad de Seguros Mutuos Fata c. Pcia. de Bs. As.", Fallos: 296:92.

Prescripción. Demanda defectuosa. Art. 67, ley 18.345

"Corresponde dejar sin efecto la sentencia que consideró que, al haberse tenido por no presentada la demanda en virtud del art. 67 de la ley 18.345, debía tenerse por no sucedida la interrupción de la prescripción con arreglo al art. 3987 del Cód. Civil, pues encuadró un supuesto no previsto en la legislación común, bajo la figura de un instituto —caducidad de instancia— incompatible con el sistema procesal laboral, donde rige el principio de impulso de oficio: arts. 155 y 46 de la ley 18.345".

CSJN, 10/3/1992, "García de Morales, Ofelia c. Cavasso, Carlos y otros", Fallos: 315:285.

Prescripción. Demanda defectuosa. Art. 67, ley 18.345

"El art. 67 de la ley 18.345 contempla el ejercicio de una facultad saneatoria para el caso de demandas que tuvieren 'defectos de forma', 'omisiones' o 'imprecisiones' de modo que, de no subsanarse tales anomalías, la situación derivada del grave apercibimiento legal cae inequívocamente bajo las previsiones del art. 3986 del Cód. Civil que, en forma expresa atribuye virtualidad interruptiva de la prescripción a la demanda aun cuando fuera defectuosa (Cfr. fallo CSJN, G-358-XXIII, 10/3/1992 y en idéntico sentido dictamen FGT nro. 18.637 21/11/1995 en autos 'Combis, Hugo c. Carballo, José y otros s/despido' de la Sala III). (Del dictamen nro. 33.550 de la Fiscal adjunta al que adhiere la Sala)".

CNTrab., sala I, 2/4/2012, "Solerez, Héctor c. Demetrio Anastopoulos SA s/accidente".

Dispensa de prescripción. Recaudos

"La dispensa de prescripción solo resulta procedente ante impedimentos imprevisibles o insuperables, cuya apreciación debe ser juzgada con igual criterio al que se utiliza para tener por configurada la fuerza mayor. En tal sentido, la invocación de la actora de desconocer el paradero de los herederos del deudor no puede erigirse en impedimento tal que autorice la dispensa de la prescripción cumplida, si estaba dentro de sus posibilidades realizar las diligencias tendientes a la individualización de los eventuales demandados, interrumpiendo así el curso de la prescripción".

CNCiv., 23/7/1991, "Cons. Prop. Avda. Avellaneda 1955 c. Valle, Amelia Catalina s/Suc. cobro de pesos".

Pagos parciales Irrenunciabilidad relativa. Validez de los pagos gratificatorios para imputar a futuros reclamos

"Resulta válido el pago gratificatorio realizado al trabajador compensable, en forma genérica, con cualquier otro crédito que tuviese con motivo de la disolución del vínculo, o derivado de las disposiciones de la ley 9688. La existencia de tales acuerdos no viola el principio de irrenunciabilidad (art. 12 de la LCT), aún en el supuesto de carecer de homologación judicial".

CSJN, 23/8/1988, "Gatarri, Alfredo c. Cometarsa Construcciones Metálizas Argentinas SAIC", DT, XLIX-A-585.

Pago parcial. Irrenunciabilidad relativa. Falta de homologación de una cuerdo. Validez del pacto

"La falta de homologación del acuerdo por parte de la autoridad competente no es motivo para desconocer sin más sus consecuencias ya que el principio de irrenunciabilidad establecido con carácter general en el art. 12 de la LCT, a cuya protección se dirige el requisito de homologación previsto en su art. 15, no resulta afectado en modo alguno".

CSJN, 3/8/1989, "Bordón, Saturnino c. Dálmine Siderca SAIC", Fallos: 312:1244.

Pago parcial. Irrenunciabilidad relativa. Retiro voluntario. Acuerdo negociado

"Es arbitraria la sentencia que —al hacer lugar a los reclamos por diferencias en la compensación por retiro voluntario— no tuvo en cuenta que las cláusulas de tal acuerdo, negociado entre la empresa y el sindicato con intervención del Ministerio de Trabajo, facultaban a los trabajadores a exigir la satisfacción de su crédito al aceptar la propuesta, que la validez de dicho convenio no fue cuestionada por los actores al deducir su reclamo y que la prestación fue satisfecha íntegramente en el momento en que fue exigida, haciendo extensivos los principios que rigen el despido arbitrario a un distracto por mutuo acuerdo.

CSJN, 2/7/1993, "Marchese, Rafael y otros c. Autolatina Argentina SA", Fallos: 316:1618.

Pago parcial. Irrenunciabilidad relativa. Rebaja salarial. Falta de reclamo por parte del trabajador. Teoría de los actos propios. Improcedencia. Art. 260, LCT

"El planteo referido a que la percepción regular de los salarios rebajados, por parte del actor, y su posterior reclamo por diferencias salariales, enmarcaría la cuestión en la 'teoría de los actos propios' resulta inadmisible, toda vez que el pago reducido de haberes que percibió el dependiente durante un lapso prolongado, en virtud de lo normado por el art. 260, LCT constituye un pago a cuenta del total adeudado, aunque se reciba sin reservas. Para más, el art. 58, LCT excluye la procedencia de la admisión de presunciones, cualquiera fuere su fuente, que conduzca a sostener la renuncia al empleo o cualquier otro derecho, puesto que tanto la renuncia como la novación requieren un acuerdo expreso, no resultando suficiente como expresión del consentimiento, ni el silencio del trabajador ni la recepción prolongada y sin reservas ni cualquier otra actitud pasiva".

CNTrab., sala IX, 20/9/1921, "Cardozo, José c. Oxigenoterapia Norte SA s/despido".

Irrenunciabilidad relativa. Rebaja salarial unilateral. Improcedencia

"Cuando se ha probado que la reducción salarial fue unilateral y no se aportaron elementos de prueba que la justificaran, la cuestión queda regida por el art. 260, LCT que, como es sabido, torna irrelevante el silencio de trabajador en lo referente al pago insuficiente de las obligaciones laborales (esta sala, sent. 1509 del 30/4/1997, entre otras)".

CNTrab., sala X, 9/9/1999, "Fernández, José c. Philco Ushuaia SA s/despido".

Irrenunciabilidad. Pago a cuenta

"Es improcedente la novación objetiva de las cláusulas contractuales con apoyo en el silencio del trabajador durante el lapso anterior a la prescripción, pues ello conduce a aceptar la presunción de la renuncia a derechos derivados del contrato de trabajo, en abierta contradicción con el principio de irrenunciabilidad que emana de los arts. 12, 58 y conc. de la Ley de Contrato de Trabajo (Adla, XXXIV-D, 3218; XXXVI-B, 1175)".

CNTrab., sala I, 30/11/1987, "Román, David V. c. Daly y Cía. SA", DT, 1988-B-1272; DJ, 1989-1-262; LLAR/JUR/710/1987.

TÍTULO XIV De los Privilegios

CAPÍTULO I De la preferencia de los créditos laborales

Alcance

Art. 261. — El trabajador tendrá derecho a ser pagado, con preferencia a otros acreedores del empleador, por los créditos que resulten del contrato de trabajo, conforme a lo que se dispone en el presente título.

Causahabientes

Art. 262. — Los privilegios de los créditos laborales se transmiten a los sucesores del trabajador.

Acuerdos conciliatorios o liberatorios

Art. 263. — Los privilegios no pueden resultar sino de la ley.

En los acuerdos transaccionales, conciliatorios o liberatorios que se celebren, podrá imputarse todo o parte del crédito reconocido a uno o varios rubros incluidos en aquellos acuerdos, si correspondieran más de uno, de modo de garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos en este título, si se diera el caso de concurrencia de acreedores.

Los acuerdos que no contuviesen tal requisito podrán ser declarados nulos a instancia del trabajador, dado el caso de concurrencia de acreedores sobre bienes del empleador, sea con carácter general o particular.

Irrenunciabilidad

Art. 264. — (Artículo derogado por art. 293 de la Ley 24.522 B.O. 9/8/1995)

Exclusión del fuero de atracción

Art. 265. — (Artículo derogado por art. 293 de la Ley 24.522 B.O. 9/8/1995)

Art. 266. — (Artículo derogado por art. 293 de la Ley 24.522 B.O. 9/8/1995)

Continuación de la empresa

Art. 267. — Cuando por las leyes concursales o actos de poder público se autorizase la continuación de la empresa, aún después de la declaración de la quiebra o concurso, las remuneraciones del trabajador y las indemnizaciones que le correspondan en razón de la antigüedad, u omisión de preaviso, debidas en virtud de servicios prestados después de la fecha de aquella resolución judicial o del poder público, se considerarán gastos de justicia. Estos créditos no requieren verificación ni ingresan al concurso, debiendo abonarse en los plazos previstos en los artículos 126 y 128 de esta ley, y con iguales garantías que las conferidas a los créditos por salarios y otras remuneraciones.

CAPÍTULO II De las clases de privilegios

Privilegios especiales

Art. 268. — Los créditos por remuneraciones debidos al trabajador por seis (6) meses y los provenientes de indemnizaciones por accidente de trabajo, antigüedad o despido, falta de preaviso y fondo de desempleo, gozan de privilegio especial sobre las mercaderías, materias primas y maquinarias que integren el establecimiento donde haya prestado sus servicios, o que sirvan para la explotación de que aquél forma parte.

El mismo privilegio recae sobre el precio del fondo de comercio, el dinero, títulos de créditos o depósitos en cuentas bancarias o de otro tipo que sean directo resultado de la explotación, salvo que hubiesen sido recibidos a nombre y por cuenta de terceros.

Las cosas introducidas en el establecimiento o explotación, o existentes en él, no estarán afectadas al privilegio, si por su naturaleza, destino, objeto del establecimiento o explotación, o por cualquier otra circunstancia, se demostrase que fuesen ajenas, salvo que estuviesen permanentemente destinadas al funcionamiento del establecimiento o explotación, exceptuadas las mercaderías dadas en consignación.

Bienes en poder de terceros

Art. 269. — Si los bienes afectados al privilegio hubiesen sido retirados del establecimiento, el trabajador podrá requerir su embargo para hacer efectivo el privilegio, aunque el poseedor de ello sea de buena fe. Este derecho caducará a los seis (6) meses de su retiro y queda limitado a las maquinarias, muebles u otros enseres que hubiesen integrado el establecimiento o explotación.

Preferencia

Art. 270. — Los créditos previstos en el art. 268 gozan de preferencia sobre cualquiera otro respecto de los mismos bienes, con excepción de los acreedores prendarios por saldo de precio, y de lo adeudado al retenedor por razón de las mismas cosas, si fueren retenidas.

Obras y construcciones. Contratista

Art. 271. — Gozarán de privilegio, en la extensión conferida por el art. 268 sobre el edificio, obras o construcciones, los créditos de los trabajadores ocupados en su edificación, reconstrucción o reparación.

Este privilegio operará tanto en el supuesto que el trabajador fuese contratado directamente por el propietario, como cuando el empleador fuese un contratista o subcontratista. Empero, en este último caso, el privilegio sólo será invocable cuando el propietario que ocupe al contratista encargue la ejecución de la obra con fines de lucro, o para utilizarla en una actividad que desarrolle con tal finalidad, y estará además limitado a los créditos por remuneraciones y fondo de desempleo. No se incluyen los que pudieran resultar por reajustes de remuneraciones o sus accesorios.

Subrogación

Art. 272. — El privilegio especial se traslada de pleno derecho sobre los importes que substituyan a los bienes sobre los que recaiga, sea por indemnización, precio o cualquier otro concepto que permita la subrogación real.

En cuanto excedan de dichos importes, los créditos a que se refiere el art. 268, gozarán del privilegio general que resulta del art. 273 de esta ley, dado el caso de concurso.

Privilegios generales

Art. 273. — Los créditos por remuneraciones y subsidios familiares debidos al trabajador por seis (6) meses y los provenientes de indemnizaciones por accidente del trabajo, por antigüedad o despido y por falta de preaviso, vacaciones y sueldo anual complementario, los importes por fondo de desempleo y cualquier otro derivado de la relación laboral, gozarán del privilegio general. Se incluyen las costas judiciales en su caso. Serán preferidos a cualquier otro crédito, salvo los alimentarios.

Disposiciones comunes

Art. 274. — Los privilegios no se extienden a los gastos y costas, salvo lo dispuesto en el art. 273 de esta ley. Se extienden a los intereses, pero sólo por el plazo de dos (2) años a contar de la fecha de la mora.

• Comentario:

10. Privilegios. Principio protectorio

Si bien el patrimonio del deudor es la prenda común de los acreedores, el legislador introdujo una serie de normas que facilitan el cobro de algunos créditos laborales a los trabajadores (y sus sucesores), en caso de concurrencia con otros acreedores del empleador.

Se trata de normas de orden público que son el correlato del principio protectorio que sostiene y fundamenta el derecho del trabajo.

El art. 3875 del Cód. Civil define el privilegio como "el derecho dado por la ley a un acreedor para ser pagado con preferencia a otro". El art. 2573 del nuevo Código Civil y Comercial Unificado, ley 26.994, reemplaza al art. 3875, CC. La redacción es similar, aunque la nueva norma establece que los privilegios no pueden hacerse valer sobre "cosas inembargables declaradas tales por la ley".

Los privilegios se asientan sobre una cosa determinada o un conjunto de cosas que quedan afectadas al cobro preferente del acreedor que lo detenta(11).

Se ha sostenido que el régimen de privilegios fijado por la Ley de Contrato de Trabajo sólo es operativo cuando no existe proceso encuadrado en la Ley de Concursos y Quiebras, pues en este último supuesto la ley especial desplaza al régimen laboral general(12).

El art. 125 de la ley 24.522 expresamente dispone que "Declarada la quiebra, todos los acreedores quedan sometidos a la disposiciones de esta ley y sólo pueden ejercitar sus derechos sobre los bienes desapoderados en la forma prevista en la misma"(13).

De todos modos, se advierte que, salvo una pequeña diferencia relativa a los intereses, ambos regímenes contemplan privilegios semejantes(14).

11. Acuerdos conciliatorios

Con el fin de hacer valer los privilegios en el futuro, en el caso de un acuerdo conciliatorio, el trabajador puede imputar el capital acordado a cualquiera de los créditos litigiosos pendientes de satisfacción. Si en el convenio no se realiza esta imputación, en el caso de concurrencia de acreedores, el Juez —a pedido del trabajador— podrá decretar la nulidad del acuerdo.

12. Continuación de la empresa

Si el magistrado comercial resuelve la continuación de la actividad de una empresa declarada en quiebra (arts. 189 y 196, ley 24.522), los créditos por salarios e indemnizaciones, cuya exigibilidad se produzca con posterioridad a aquella resolución, no deberán ser verificados por el trabajador, pues integrarán los denominados "gastos de conservación, administración y/o conservación" (arts. 198 y 240, ley 24.522). Así lo impone el art. 267 de la LCT, y lo ratifica la ley 24.522.

En cambio, los créditos anteriores al decreto de quiebra deberán ser verificados por el trabajador y contarán con los privilegios especiales y generales fijados por el legislador en ambas normativas.

13. Clases de privilegios

La Ley de Contrato de Trabajo establece dos tipos de privilegios en cabeza del trabajador.

El privilegio especial —referido a determinados bienes del deudor— abarca los salarios adeudados por 6 (seis) meses y los créditos derivados de indemnizaciones por accidente de trabajo, la antigüedad, la sustitutiva del preaviso y el fondo de desempleo. Este privilegio puede hacerse valer no sólo sobre "las mercaderías, materias primas y maquinarias" existentes en el establecimiento, sino además sobre el precio del fondo de comercio, dinero y cuentas bancarias del empresario.

Si los bienes comprendidos con privilegio especial no se hallaren en el establecimiento, el acreedor laboral tiene derecho a solicitar su embargo dentro de 6 (seis) meses de su retiro, aun cuando dichos bienes se encuentren en poder de poseedor de buena fe. Si el trabajador no ejerce esta facultad en el plazo referido, caducará su derecho (art. 269, LCT).

El privilegio especial también alcanza al obrero de la construcción sobre "el edificio, obras y construcciones" en las que haya trabajado. Si el empleador directo del trabajador es un contratista o subcontratista, el privilegio subsistirá si el propietario encargó la obra con fines de lucro, aunque en este caso sólo abarcará los salarios y el fondo de desempleo(15).

Este privilegio sobre el inmueble sólo cede frente a una hipoteca constituida en fecha anterior a la exigibilidad de los créditos laborales (art. 3916, Cód. Civil). El art. 3982, inc. e) del nuevo Código Civil y Comercial Unificado ley 26.994, mantiene el privilegio del acreedor hipotecario.

El privilegio general —referido a la totalidad de los bienes del deudor— también incluye los salarios adeudados por 6 (seis) meses, los créditos derivados de indemnizaciones por accidente de trabajo, la antigüedad, la sustitutiva del preaviso, el fondo de desempleo, y cualquier otra obligación o de naturaleza laboral.

En consonancia con la mecánica prevista por el art. 246, inc. 1º de la ley 24.522, el legislador dispone que estos créditos tienen privilegio sobre los quirografarios, salvo los alimentarios (art. 273, LCT).

Las costas judiciales vinculadas a los créditos con privilegio general poseen idéntico privilegio (art. 274, LCT).

14. Normativa internacional. Jurisprudencia de la CSJN

El Convenio 173 de la OIT —ratificado mediante ley 24.285— expresamente dispone que los privilegios de los créditos laborales deberán comprender:

— los salarios correspondientes a un período determinado, que no deberá ser inferior a ocho semanas, precedente a la insolvencia o a la terminación de la relación de trabajo;

— las sumas adeudadas en concepto de las vacaciones pagadas correspondientes al trabajo efectuado en un período determinado, que no deberá ser inferior a seis meses, precedente a la insolvencia o a la terminación de la relación de trabajo;

— las sumas adeudadas en concepto de otras ausencias retribuidas correspondientes a un período determinado, que no deberá ser inferior a ocho semanas, precedente a la insolvencia o a la terminación de la relación de trabajo;

— las indemnizaciones por fin de servicios, adeudadas a los trabajadores con motivo de la terminación de su relación de trabajo.

A su vez, la Recomendación nro. 180 de la OIT —también ratificada por la ley 24.285— amplió la protección a los créditos derivados de accidentes de trabajo.

En función de la jerarquía supralegal de la normativa transcripta (art. 75, inc. 22, CN), la Corte Suprema ha resuelto que "La sentencia que reconoció a un crédito laboral verificado, derivado de un accidente de trabajo, el privilegio general, y no el especial invocado por el trabajador, debe ser dejada sin efecto, pues el Convenio nro. 173 de la OIT, ratificado por la ley 24.285, establece que esas acreencias deben quedar protegidas por un privilegio, de modo que sean pagados con cargo a los activos del empleador insolvente antes de que a los acreedores no privilegiados, y contar con un rango de privilegio superior al de la mayoría de los demás créditos privilegiados, directivas que no son programáticas sino que pueden ser directamente aplicadas a los casos concretos, sin necesidad de que una medida legislativa, adicional a la ratificación, les confiera operatividad"(16).

Agregó la Corte Suprema que las normas internacionales apuntadas deben prevalecer por sobre las reglas de los arts. 239, párr. 1º, 247 y 249 de la ley 24.522, por lo que, en el futuro, la liquidación y/o distribución a efectuarse en un proceso enmarcado en la ley concursal deberá atender al novedoso criterio sentado por nuestro Alto Tribunal en el precedente transcripto.

15. Jurisprudencia

Privilegios. Jerarquía del Convenio 173 OIT. Desplazamiento de la ley 24.522

"La sentencia que reconoció a un crédito laboral verificado, derivado de un accidente de trabajo, el privilegio general y no el especial invocado por el trabajador debe ser dejada sin efecto, pues el Convenio nro. 173 de la OIT, ratificado por la ley 24.285, establece que esas acreencias deben quedar protegidas por un privilegio de modo que sean pagados con cargo a los activos del empleador insolvente antes de que a los acreedores no privilegiados y contar con un rango de privilegio superior al de la mayoría de los demás créditos privilegiados, directivas que no son programáticas sino que pueden ser directamente aplicadas a los casos concretos sin necesidad de que una medida legislativa, adicional a la ratificación, les confiera operatividad".

CSJN, 26/3/2014, "Pinturas y Revestimientos aplicados SA s/quiebra", LA LEY 15/5/2014, 4; LA LEY, 2014-C, 191; IMP, 2014 (junio), 267; LL AR/JUR/4224/2014.

Privilegios. Crédito excluido del acuerdo preventivo. Vigencia del art. 57, ley 24.522. Derecho a ejecutar acreencia en el fuero laboral

"Si bien el proceso concursal de la empleadora se halla en acuerdo preventivo homologado en etapa de cumplimiento, dado que el crédito de carácter laboral y privilegiado que pretende ejecutar el trabajador no se encontraba comprendido dentro del mencionado acuerdo, corresponde aplicar la regla establecida en el art. 57 de la Ley de Concursos y Quiebras por sobre lo dispuesto por el art. 135 de la ley 18.345, por ser una norma de orden público".

CNTrab., sala III, 31/7/2012, "Zapata, Carlos Agustín c. New North SA s/despido", LLAR/JUR/42171/2012.

Privilegios. Indemnización por despido. Preferencia sobre crédito quirografario de un banco

"El crédito correspondiente a una indemnización por despido goza de preferencia respecto del crédito quirografario de un banco, sobre el producido del remate de un inmueble, ello en virtud del privilegio general de los créditos laborales establecido en el art. 273, LCT, sin que obste a dicha conclusión el hecho de que la aludida entidad financiera hubiera obtenido la traba de un embargo que goza de prelación respecto del trabado por el juez laboral ya que, la prelación de la anotación del embargo no puede prevalecer sobre un privilegio instituido por ley".

CNCiv., sala H, 17/9/2010, "Consorcio de Propietarios Ángel Gallardo 563 c. Elquin Osías y otros", LA LEY del 16/12/2010, 6; LA LEY, 2010-F, 614; DJ del 16/2/2011, 72; LLAR/JUR/70889/2010.

Honorarios regulados en sede laboral. Privilegio general

"Los honorarios regulados a un abogado en sede laboral no queda incluida en la categoría prevista para los acreedores 'privilegiados laborales' sino en la de los 'privilegiados generales', pues no se trata de créditos originados en una relación laboral con el deudor".

CNCom., sala E, 31/8/2010, "Sueño Estelar SA", LLAR/JUR/57223/2010.

Indemnización daño moral derivado de accidente de trabajo. Herederos. Privilegio especial y general

"La indemnización del daño moral reconocida a los herederos de un trabajador fallecido con motivo de un accidente de trabajo, debe ser verificada con privilegio especial y general de acuerdo a los arts. 241, inc. 2º, y 246, inc. 1º, de la ley 24.522, pues el hecho de que se trate de una indemnización civil nada modifica al respecto en tanto el ordenamiento concursal no distingue entre la vía elegida para obtener el resarcimiento del daño provocado por un infortunio de esa índole, siendo que la norma solo alude al hecho generador del perjuicio".

CNCom., sala A, 24/8/2010, "Puentes del Litoral SA", LLAR/JUR/56613/2010.

Incrementos leyes 25.323 y 25.561. Privilegio especial y general

"Dado que los conceptos previstos por los arts. 2º de la ley 25.323 y 16 de la ley 25.561 tienen carácter indemnizatorio, corresponde asignarles los privilegios especial y general contemplados por los arts. 241, inc. 2º y 246, inc. 1º de la LCQ".

CNCom., sala C, "Colegio Saint Jean A.C.", DJ del 5/5/2010, 1201; LLAR/JUR/48384/2009.

Incremento art. 2º, ley 24.323. Privilegio General

"Cabe reconocer privilegio general a la multa prevista en el art. 2º de la ley 25.323 ya que, además de las remuneraciones debidas en los últimos seis meses al trabajador, el art. 246, inc. 1º, LCQ hace una genérica mención a cualquier otra acreencia de origen laboral".

CNCom., sala C, 20/3/2009, "Club Atlético San Lorenzo de Almagro Asociación Civil s/conc. prev. s/incidente de verificación por: Parra, Andrés", LLAR/JUR/11068/2009.

Multa art. 80, LCT. Privilegio especial y general

"La indemnización tarifada del art. 80 de la Ley de Contrato de Trabajo goza de los privilegios especial y general erigidos en los arts. 242, inc. 2º, y 246, inc. 1º, de la ley 24.522, al estar vinculada con el despido en tanto derivación de esa medida".

CNCom., sala C, "Alpi Asociación Civil", LLAR/JUR/46511/2009.

Intereses de los créditos laborales. Jurisprudencia plenaria Cámara Comercial

"El crédito laboral reclamado en el marco de un concurso preventivo, debe devengar intereses hasta su efectivo pago, pues, aun cuando el incidentista no los haya solicitado al efectuar el reclamo, resulta de aplicación el plenario 'Club Atlético Excursionistas' — LA LEY 21/7/2006—, de aplicación obligatoria para las distintas salas del Tribunal en virtud de lo dispuesto por el art. 303 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación".

CNCom., sala B, 16/9/2009, "Alcaraz, Eleodoro c. IN.T.A. Industria Textil Arg. SA", LLAR/JUR/45365/2009.

Intereses de los créditos laborales. Límite de dos años

"Si bien los privilegios establecidos por los arts. 241, inc. 2º, y 246, inc. 1º de la ley 24.522 alcanzan a los intereses devengados por las sumas adeudadas por acreencias laborales expresamente mencionadas por el art. 16 de la ley 24.522 —modificado por la ley 26.086— (Adla, LV-D, 4381; LXVI-B, 1368), dicho privilegio alcanza solamente a los intereses devengados por dos años desde la mora, limitándose de igual modo el pronto pago".

CNCom., sala E, 21/7/2006, "Gas Areco SA s/conc. prev. s/inc. de pronto pago por: Becchi, Ismael", LLAR/JUR/5264/2006.

TÍTULO XV Disposiciones Complementarias

Conducta maliciosa y temeraria

Art. 275. —Cuando se declarara maliciosa o temeraria la conducta asumida por el empleador que perdiere 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 sin razón, 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. 29/8/2011).

• Comentario:

16. Temeridad y malicia

El legislador persigue la sanción del empresario que no cumple con elementales deberes de asistencia en materia de accidentes de trabajo o que, al ejercer su derecho constitucional de defensa en juicio, articule defensas irrazonables y/o contradictorias.

Por otra parte, la norma califica como "temerario" y "malicioso" al empleador que, valiéndose de la "necesidad e inexperiencia" del trabajador, cometa actos fraudulentos. La figura se asemeja a la lesión objetiva-subjetiva delineada por el art. 954 del Cód. Civil. Esta norma fue reemplazada por el art. 332 del nuevo Código Civil y Comercial Unificado ley 26.994. El nuevo dispositivo contiene una reducción similar al anterior. Sólo incorpora la "debilidad psíquica" del afectado por el vicio de que se trata.

Por último, la ley en su actual redacción, reprocha el incumplimiento de las obligaciones asumidas en un acuerdo conciliatorio homologado en los términos del art. 15 de la LCT.

Ello ya surgía del art. 9º de la ley 25.013 —aún vigente—, por lo que la reforma del art. 275 de la LCT refuerza aún más el interés del legislador por castigar este tipo de conductas(17).

La sanción establecida para estos supuestos consiste en el incremento de los intereses hasta alcanzar un máximo de dos veces y medio del valor que aplican los bancos oficiales.

Se trata de una normativa de excepción que debe ser analizada y aplicada con suma prudencia por los magistrados, ya que en muchas ocasiones no es sencillo deslindar el límite entre el amplio ejercicio del derecho de defensa que consagra el art. 18 de la CN y lo que debe considerarse una conducta maliciosa.

Por el contrario, es deseable que los jueces sean más permeables a aplicar la sanción en los demás supuestos planteados por la norma (abandono del trabajador accidentado, fraude laboral e incumplimiento de un acuerdo conciliatorio homologado), pues se trata de conductas disvaliosas que merecen un adecuado y severo reproche de la jurisdicción laboral.

17. Jurisprudencia

Temeridad y malicia. Fraude laboral. Procedencia

"Dado que las demandadas desplegaron una actividad tendiente a conformar un conglomerado de intermediaciones que ha tenido como objeto evadir y/o eludir obligaciones impuestas por normas laborales vigentes y aplicables y frente a las intimaciones del trabajador y citadas a la instancia obligatoria mantuvieron sus posturas, dicha conducta debe calificarse como temeraria y maliciosa en los términos del art. 275 de la LCT".

CNTrab., sala VII, 22/5/2014, "C., J. E. c. Canal del Este SA Y Otros s/despido", LLAR/JUR/27875/2014.

Temeridad y malicia. Improcedencia. Defensa en juicio

"La sanción de temeridad y malicia solicitada por el trabajador no es procedente si el comportamiento adoptado por el demandado no se inscribe en la tipología descripta por el art. 275 de la ley 20.744, pues no asumió conductas manifiestamente contrarias a la lealtad o buena fe procesal, al derecho o a la razón ni realizó maniobras tendientes a burlar la garantía al derecho de defensa de la otra parte o el ejercicio pleno de la jurisdicción".

CNTrab., sala II, 24/9/2013, "C., L. M. c. S., M. M. s/despido", DT 2014 (abril), 884, LL AR/JUR/78706/2013.

Temeridad y malicia. Procedencia. Acumulación con incremento art. 2º, ley 25.323

"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 solo en caso de existencia de un proceso judicial, pues, se trata de una calificación de conducta procesal".

CNTrab., sala VIII, 19/9/2012, "Gehy, Silvana Ruth c. Action Line de Argentina y otro s/despido", LLAR/JUR/53639/2012.

Temeridad y malicia. Improcedencia. Defensa en juicio

"Es improcedente aplicar una sanción por temeridad y malicia al empleador demandado, pues, éste más allá de resistir el reclamo del trabajador invocando una postura adversa a sus derechos, no interpuso excepciones, defensas o recursos sin fundamentos serios con la única finalidad de entorpecer el proceso, por lo que no se ha evidenciado una conducta obstruccionista o dilatoria que configure una inconducta procesal que haga aplicable la sanción, en tanto quien contesta defendiéndose, aunque sea conocedor de su responsabilidad, no puede ser calificado de temerario".

CNTrab., sala I, 5/7/2011, "Benítez, María Celina c. Organización Tauro SRL y otros s/despido", LLAR/JUR/41031/2011.

Temeridad y malicia. Improcedencia. Defensa en juicio

"Debe rechazarse el pedido de aplicación de las sanciones previstas por el art. 275 de la Ley de Contrato de Trabajo cuando no se advierte que la conducta de la demandada exceda el normal ejercicio del derecho de defensa, siendo que aquellas sólo proceden 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 del juez el convencimiento absoluto de que se actuó con dolo o culpa grave en grado sumo".

CNTrab., sala X, 18/5/2010, "Silva Cándido, David c. Miremar SA y otro", DJ del 24/11/2010, 88; LLAR/JUR/26733/2010.

Temeridad y malicia. Procedencia. Falta de pago de indemnizaciones por despido incausado sin justificación

"Es procedente condenar a la empleadora a pagar una indemnización por temeridad y malicia —art. 275, Ley de Contrato de Trabajo— derivada de la falta de pago en término de la indemnización por despido incausado si no ha logrado acreditar de ningún modo la causa que justifique la demora".

CNTrab., sala VII, 31/7/2009, "Morales, Manuel Alberto c. Compañía Láctea del Sur SA", ED, 236-58, La Ley online AR/JUR/27798/2009.

Temeridad y malicia. Procedencia. Falta de pago de indemnizaciones por despido incausado

"El despido del trabajador por decisión unilateral del empleador sin expresión de causa y la falta de pago de las indemnizaciones derivadas del despido directo, revelan que actuó con plena conciencia de su sinrazón y torna procedente la imposición de una multa por temeridad y malicia.

CNTrab., sala VI, 30/3/2009, "Barrios, Claudio Alejandro c. Bayres Security SA", LLAR/JUR/6164/2009.

Actualización por depreciación monetaria

Art. 276. — Los créditos provenientes de las relaciones individuales de trabajo, serán actualizados, cuando resulten afectados por la depreciación monetaria, teniendo en cuenta la variación que experimente el índice de los precios al consumidor en la Capital Federal, desde la fecha en que debieron haberse abonado hasta el momento del efectivo pago.

Dicha actualización será aplicada por los jueces o por la autoridad administrativa de aplicación de oficio o a petición de parte incluso en los casos de concurso del deudor, así como también, después de la declaración de quiebra.

(Artículo sustituido por art. 1º de la Ley 26.616 B.O. 10/11/1988)

Pago en juicio

Art. 277. — Todo pago que deba realizarse en los juicios laborales se efectivizará mediante depósito bancario en autos a la orden del Tribunal interviniente y giro judicial personal al titular del crédito o sus derecho-habientes, aún en el supuesto de haber otorgado poder. Queda prohibido el pacto de cuota litis que exceda del veinte por ciento (20%) el que, en cada caso, requerirá ratificación personal y homologación judicial.

El desistimiento por el trabajador de acciones y derechos se ratificará personalmente en el juicio y requerirá homologación.

Todo pago realizado sin observar lo prescripto y el pacto de cuota litis o desistimiento no homologados, serán nulos de pleno derecho.

La responsabilidad por el pago de las costas procesales, incluidos los honorarios profesionales de todo tipo allí devengados y correspondientes a la primera o única instancia, no excederán del veinticinco por ciento (25 %) del monto de la sentencia, laudo, transacción o instrumento que ponga fin al diferendo. Si las regulaciones de honorarios practicadas conforme a las leyes arancelarias o usos locales, correspondientes a todas las profesiones y especialidades, superaran dicho porcentaje, el juez procederá a prorratear los montos entre los beneficiarios. Para el cómputo del porcentaje indicado no se tendrá en cuenta el monto de los honorarios profesionales que hubieren representado, patrocinado o asistido a la parte condenada en costas. (Párrafo incorporado por art. 8º de la Ley 24.432 B.O. 10/1/1995).

• Comentario:

18. Colisión de normas. Imperatividad de la ley 23.928

El mandato que realiza el art. 276 de la LCT se encuentra vedado en la actualidad por la ley 23.928, modificada por el art. 4º de la ley 25.561, que expresamente dispone: "El deudor de una obligación de dar una suma determinada de pesos cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada. En ningún caso se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con las salvedades previstas en la presente ley. Quedan derogadas las disposiciones legales y reglamentarias y serán inaplicables las disposiciones contractuales o convencionales que contravinieren lo aquí dispuesto...".

Ello conduce a sostener que la normativa transcripta derogó todas las normas que establecían o autorizaban la indexación, actualización o cualquier otra forma de repotenciación de deudas; entre ellas, el art. 276 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Como consecuencia de esta prohibición, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo resolvió que, sin perjuicio de la tasa aplicable hasta el 31 de diciembre de 2001, a partir de enero de 2002 se aplicará la tasa de interés que resulte del promedio mensual de la tasa activa fijada por el Banco de la Nación Argentina para el otorgamiento de préstamos(18).

Ahora bien, la devaluación producida en enero de 2014 llevó a que dicha Cámara deje sin efecto el criterio anterior y resuelva la aplicación de un interés equivalente a la tasa nominal anual para préstamos personales, libre destino del Banco Nación de la Nación Argentina, para un plazo de 49 a 60 meses. Esta tasa de interés indicada debe ser aplicada desde la fecha de exigibilidad de cada crédito laboral y hasta el efectivo pago(19).

19. Jurisprudencia de la CSJN en materia de actualización de créditos

En la década del 70, la CSJN había convalidado la actualización de los créditos laborales hasta la fecha de su percepción, al sostener que "el aumento del monto nominal en función de los índices oficiales de precios al consumidor no hace la deuda más onerosa en su origen; sólo mantiene el valor económico real frente al paulatino envilecimiento de la moneda, circunstancia ésta que no escapó al codificador, según se desprende de la sabia nota al art. 619 del Cód. Civil, que reconoce facultades específicas al Poder Legislativo. No existe modificación de la obligación sino determinación del quantum en que ella se traduce, cuando ha existido variación en el valor de la moneda; en consecuencia, el desmedro patrimonial que para el deudor moroso deriva de aquella alteración no reviste entidad tal que permita entender configurada lesión esencial a su derecho de propiedad, y sólo le priva de un beneficio producto de su incumplimiento. En todo caso, el derecho de propiedad afectado sería el del acreedor, a quien se le pagaría —si no se aplicara la actualización— con una moneda desvalorizada, cuyo poder adquisitivo sería inferior al que tenía cuando nació el crédito"(20).

Empero, el Alto Tribunal avala —en la actualidad— la constitucionalidad de la ley 23.928, que veda la actualización monetaria al sostener que "aun cuando el derecho de propiedad pudo tener en la actualización por depreciación monetaria una defensa eficaz de los derechos patrimoniales en determinados períodos, su perduración sine die no sólo postergaría disposiciones constitucionales expresas, como las del art. 67, inc. 10, CN (hoy art. 75, inc. 11), sino que causaría un daño profundo en la esfera de los derechos patrimoniales todos, al alimentar la grave patología de la inflación, siendo inadmisible que lo que fue solución de especie frente a un problema acotado temporalmente, y en su configuración, se trueque en vínculo estable, alterando así su naturaleza esencial"(21).

20. Pago en juicio

Como derivado del principio de irrenunciabilidad, y con el fin de tutelar la efectiva percepción de los créditos laborales, el legislador impone que la cancelación de los importes reconocidos en sede judicial se realice —bajo pena de nulidad— mediante depósito judicial en el banco oficial que la ley nacional o provincial determine. La liberación de los fondos debe ser realizada mediante giro intransferible —no endosable—, que sólo puede ser cobrado personalmente por el trabajador beneficiario o sus causahabientes.

En la ciudad de Buenos Aires, la ley 26.764 dispuso que los depósitos judiciales correspondientes a la Justicia Nacional del Trabajo sean administrados por el Banco de la Nación Argentina.

La mecánica referida tiende a asegurar que el dinero sea percibido en forma directa por el trabajador y no por el abogado u otro tercero, aun cuando cuenten con un poder para percibir en su nombre

Sólo en supuestos de imposibilidad física o material, debidamente demostrada, se ha admitido que el giro judicial sea retirado y/o cobrado por un familiar del trabajador, en consonancia con la excepción que dispone el art. 129 de la LCT.

21. Pacto de cuota litis

El pacto de honorarios entre el trabajador y su abogado no puede superar el 20% del crédito reconocido en sede judicial, y requiere homologación del Juzgado o Tribunal interviniente. Se trata de un contrato bilateral mediante el cual ambos contratantes fijan de antemano las obligaciones que deberán asumir en el supuesto de que la acción judicial prosperara parcial o íntegramente. Por ende, las obligaciones generadas por el convenio se encuentran bajo una condición suspensiva (art. 545, Cód. Civil).

Por otro lado, debe tenerse presente que la celebración de un pacto de cuota litis representa una excepción al principio de irrenunciabilidad de los créditos laborales, de ahí la limitación prevista en el art. 277 de la LCT, e implica, en todos los casos, la fijación de las ulteriores responsabilidades pecuniarias del trabajador respecto al profesional contratado para llevar adelante su reclamo judicial.

Al suscribir el pacto, el trabajador se obliga a abonar a su letrado un porcentaje del dinero que perciba como resultado de la acción entablada en el caso en que la misma prospere y, por otro lado, el profesional se obliga a abstenerse de reclamar el pago de honorarios a su cliente, para el caso en que la acción fuere rechazada. Ello así, pues se trata de un negocio bilateral. De otro modo, el pacto de cuota litis deberá entenderse como un contrato con un sólo obligado —el trabajador— que asumiría todo el alea que siempre implica la probabilidad de cumplimiento de una condición suspensiva.

En definitiva, la celebración de un pacto de cuota litis produce la determinación anticipada de la responsabilidad de los contratantes, por lo que —en principio— si existe un pacto homologado por el magistrado laboral, las regulaciones de honorarios que se efectuaren en la causa respectiva son imponibles al trabajador firmante del pacto y únicamente pueden hacerse valer frente a terceros .

La homologación del pacto de cuota litis permite que el Juzgado o Tribunal retenga el porcentaje respectivo del crédito del trabajador y se lo entregue al profesional interviniente.

Ahora bien, el abogado puede renunciar a cobrar el pacto. Esta renuncia debe presumirse invariablemente cuando el profesional solicita la liberación de fondos a favor de su cliente por el total del crédito, sin pedir al Juzgado que retenga del importe correspondiente al pacto homologado.

22. Pacto de cuota litis en reclamos por accidente de trabajo

El art. 11.1 de la ley 24.557 expresamente dispone que le prestaciones enmarcadas en esa norma son irrenunciables y no pueden ser cedidas ni enajenadas, lo que impide la celebración de un pacto de cuota litis entre la víctima de un accidente de trabajo y su letrado (art. 11.1). Esta norma guarda coherencia de la prohibición que ya existía en los arts. 24, ley 9688, y 13, inc. 5) de la ley 24.028.

Sin embargo, existen precedentes jurisprudenciales que admitieron la homologación de un pacto de cuota litis en reclamos sustentados en la ley 24.557(22).

Ahora bien, el art. 17.3 de la ley 26.773 amplió esta prohibición a las acciones civiles por enfermedad y/o accidente, iniciadas por los trabajadores que ejerzan la opción que esa ley prescribe.

Es necesario puntualizar que esta prohibición resulta incoherente con el propio sistema instituido por la norma, pues dispone que en los reclamos civiles "se aplicará la legislación de fondo, de forma y los principios correspondientes al derecho civil" (art. 4), pero más adelante establece que "resultará de aplicación lo dispuesto por el art. 277 de la ley 20.744 (...), no siendo admisible el pacto de cuota litis".

En otras palabras, en las acciones civiles la ley excluye la aplicación de la legislación laboral, tanto de fondo como de forma, pero mantiene las disposiciones que, en materia de cobro bancario y de control de los desistimientos, impone el art. 277 de la LCT.

Estos vaivenes normativos desembocaron en la decisión que adoptó la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en pleno al resolver que el pacto de cuota litis no es procedente en los reclamos fundados en las leyes 24.557 y 26.773(23).

23. Control del desistimiento. Homologación

El desistimiento de la acción y del derecho implica una renuncia que colisiona con la condición esencial que sustenta al Derecho del Trabajo. La imposibilidad de renunciar a los derechos reconocidos por las normas laborales carecería de eficacia y de sentido si el trabajador pudiera, por su propia voluntad y sin control judicial, desistir de la acción y del derecho.

Por este motivo, el legislador consigna una norma eminentemente procesal en la legislación de fondo y declara nulo todo desistimiento de acciones que no sea homologado por el Juez del Trabajo.

En este marco, la homologación judicial debe ser admitida cuando el Juez comparte los motivos que conducen a la decisión del trabajador. Para ello, el Juez debe conocer tales motivaciones, las que —en todos los casos— deberán ser expuestas por el trabajador en forma personal.

24. Límite en la responsabilidad por honorarios. Prorrateo

La ley 24.032 incorporó al art. 277 de la LCT una limitación a la responsabilidad en el pago de las costas procesales.

La norma no aclara si el límite puede ser invocado por el trabajador en el caso que sea condenado en costas. Parecería que no, pues la ley pone como parámetro la "sentencia, laudo, transacción o instrumento que ponga fin al diferendo". Ahora bien, en el caso en que se imponen costas compartidas (ejemplo: 50% empresario y 50% trabajador), no parece equitativo que el límite pueda ser invocado sólo por el empresario.

Por ésta y otras objeciones, la norma fue pasible de numerosos planteos de inconstitucionalidad que tuvieron favorable acogida en numerosos Juzgados y Cámaras. Empero, la Corte Suprema de Justicia declaró la constitucionalidad de este dispositivo en el precedente "Abdurraman, Martín c. Transportes Línea 104 SA s/Accidente ley 9688 "(CSJN, 5 de mayo de 2009, en A.151, XXXVII).

25. Jurisprudencia

Desvalorización monetaria. Pedido de ajuste en la etapa de ejecución de sentencia. Improcedencia. Cosa juzgada. Vigencia de las normas que prohíben el mecanismo de reajuste

"Sin desconocer la doctrina del Alto Tribunal que se vincula con la inoponibilidad del instituto de la cosa juzgada respecto del planteo relativo a la actualización del monto de la condena, es necesario señalar que tal criterio corresponde a épocas anteriores a la ley 23.928 y que fue dictado en el marco de un ordenamiento normativo que no tenía previsiones específicas que vedaran la actualización o indexación de deudas, por el contrario, se encontraban en plena vigencia normas que posibilitaban dicho mecanismo (ej., el art. 276 de la LCT). A diferencia de la actualidad en la cual, frente a la ausencia de un acuerdo transaccional homologado que contemple un mecanismo de reajuste, y pasada en autoridad de cosa juzgada la sentencia definitiva, no puede soslayarse la prohibición que en tal sentido dispuso la ley 23.928 y que fue mantenida luego por la ley 25.561".

CNTrab., sala II, 7/12/2007, "Fondo Compensador para Jubilados y Pensionados Telefónicos de la Rep. Argentina c. Telefónica de Argentina SA s/diferencias de aportes".

Pacto de cuota litis. Caracteres. Límite

"El pacto de cuota litis constituye un acuerdo en virtud del cual el abogado se hace partícipe en el resultado del pleito y percibe un porcentaje si tiene éxito su gestión. Usualmente se establece que nada puede cobrar al cliente si el juicio se pierde y a veces también toma a su cargo los gastos del proceso. Está regulado especialmente en el art. 4º, párr. 3º, de la Ley de Arancel 21.839, el cual establece que si el pacto excede un porcentual del 20%, los gastos que correspondieren a la defensa del cliente y la responsabilidad de éste por las costas, estarán a cargo del profesional "excepto convención en contrario".

CSJN, 6/2/2001, "Ledesma, Máximo y otro c. responsables del accidente del 6/9/1995 en Av. Garay y Pichincha".

Pacto de cuota litis. Menores. Improcedencia

"No corresponde hacer lugar al pedido de homologación del pacto de cuota litis si dicho convenio hubiera requerido para su validez la intervención del ministerio pupilar en virtud de lo dispuesto por el art. 59, Cód. Civil y la celebración del contrato de que se trata importa un acto de disposición que no le está permitido a quien administra los bienes de sus hijos".

CSJN, 28/9/2004, "Cáceres, Francisco y otros c. Pataro, Luis M. y otros s/daños y perjuicios - incidente de beneficio de litigar sin gastos", C.477.XXXVII, Fallos: 327:3973.

Pacto de cuota litis. Alea

"El pacto de cuota litis es un contrato en virtud del cual el profesional se hace partícipe en el resultado de un proceso para percibir un porcentaje del crédito de su cliente. (cfr. LA LEY, 1985-C, 599). Tal apreciación presupone un elemento aleatorio en la gestión que, si falta, descarta la existencia del aludido pacto, aunque la retribución del profesional se hubiera convenido en un porcentual (conf. CNCiv., sala C, 17/4/1985, LA LEY, 1985-C, 599). Es decir, que el único requisito necesario es que exista un álea en lo que se refiere al resultado de la acción o reclamo del que participa el profesional asumiendo el riesgo de perder su retribución en el caso de no prosperar la acción de la que resulta socio (ver CNTrab., sala X, expte. 15.847/01, sent. 12.867 del 14/7/2004, en autos 'Recchimuzzi, Alejandra c. Viaggini, Ángel y otros s/Despido')".

CNTrab., sala II, 14/4/2011, "Falcitelli, Paola Mariana c. Longueira y Longueira SA s/despido".

Pacto de cuota litis. Falta de homologación judicial

"Corresponde se desestime el pedido de homologación de un pacto de cuota litis denunciado en la demanda si el mismo no ha sido ratificado personalmente por el trabajador y el trámite judicial se halla en la etapa de ejecución de la sentencia. Rige en la especie el art. 277 de la LCT que requiere la ratificación personal y la homologación judicial para que un pacto de cuota litis tenga validez".

CNTrab., sala VI, 7/4/1998, "Puebla, Dante c. Futbolistas Argentinos Agremiados s/despido".

Pacto de cuota litis. Procedencia en acciones ley 24.557

"Al no existir una disposición expresa en la actual Ley de Riesgos del Trabajo que prohíba la celebración del pacto de cuotas litis, corresponde admitirlo".

CNTrab., sala VI, 30/7/2013, "P., F. A. c. Liberty ART SA s/accidente - ley especial", LA LEY, 11/11/2013, 8; LA LEY, 2013-F, 189; LL AR/JUR/52564/2013.

Pacto de cuota litis. Letrado que renuncia al patrocinio

"Si bien el letrado patrocinante del actor en un juicio laboral renunció al mandato invocando razones de "diversidad de criterio", es innegable que hasta ese estadio procesal aportó su labor en cumplimiento de lo convenido en el pacto de cuota litis y, por ende, tiene derecho a obtener los beneficios proporcionales del acuerdo en relación directa con los actos procesales en los cuales intervino, ya que sus gestiones profesionales han constituido la ejecución parcial del pacto oportunamente celebrado y, por otra parte, resultaron útiles a los fines tenidos en mira por las partes de dicho contrato".

CNTrab., sala II, 14/3/2008, "Jerez, Justino c. Torreón III SRL y otros", DT, 2008 (setiembre), 781; DJ, 22/10/2008, 1776; DJ, 2008-II-1776; LL AR/JUR/1561/2008.

Pacto de cuota litis. Improcedencia del cobro del IVA por parte del letrado sobre el monto percibido en concepto de cuota litis

El pronunciamiento mediante el cual el juez no hace lugar a la pretensión del letrado de la parte actora que pretende el cobro del I.V.A. sobre el monto percibido en concepto de pacto de cuota litis en la etapa de ejecución resulta inapelable, puesto que no se trata de una regulación de honorarios. El art. 277LCT establece un tope máximo (20%) a la afectación de los créditos por la operatividad del pacto de cuota litis y la posición del apelante implicaría transgredirlo, en tanto se pretende que lo abone el dependiente.

Fiscalía General, Dictamen 68.060 del 4/7/2016, sala I, "Flaiban Diego Carlos y otros c. Terminales Río de la Plata SA y otro s/despido", expte. 47.806/2013/CA1.

Pacto de cuota litis posterior a la sentencia. Improcedencia

"Es improcedente la homologación de un pacto de cuota litis que fue presentado en autos cuando ya se había dictado la sentencia de alzada, pues había desaparecido el riesgo asumido por el profesional de perder su retribución por las tareas efectuadas".

CNTrab., sala X, 29/4/2002, "Dell 'Aquila, Luis A. c. Transportes Andreani SA", LA LEY, 2002-E, 168; LLAR/JUR/3920/2002.

Desistimiento. Irrenunciabilidad

"El derecho de la trabajadora de reclamar el certificado de trabajo se halla fuera del ámbito del art. 15, LCT, por lo que no cabe presumir que en el acuerdo conciliatorio homologado por las partes incluyera dicho crédito, ya que el juego armónico de los arts. 12, 15 y 277 de la LCT quitan toda viabilidad a la renuncia, desistimiento o abandono de derechos no dudosos o litigiosos (cfr. Maza, Miguel y Plaisant, Elio en 'Ley de Organización y Procedimiento de la Justicia Nacional del Trabajo', 2a ed., t. II, p. 86)".

Honorarios. Constitucionalidad ley 24.432. Doctrina Corte Suprema

"Dado que el texto agregado por la ley 24.432 (Adla, LV-A, 291) al art. 277 de la LCT (t.o. 1976) (Adla, XXXVI-B, 1175) limita la responsabilidad del condenado en costas en los juicios laborales y no el quantum de los honorarios profesionales, tal limitación de responsabilidad, como las expresiones legislativas de topes indemnizatorios por razones de interés público, constituye un régimen especial en principio válido, siempre que el criterio de distinción adoptado no sea arbitrario, es decir, si obedece a fines propios de la competencia del Congreso y la potestad legislativa ha sido ejercida de modo conducente al objeto perseguido y de manera que no adolezca de inequidad manifiesta".

CSJN, 5/5/2009, "Abdurraman, Martín c. Transportes Línea 104 SA", LLAR/JUR/9693/2009.

Honorarios. Constitucionalidad prorrateo art. 8º, ley 24.432. Ejecución al cliente

"El Máximo Tribunal se ha pronunciado acerca de la validez constitucional del art. 8º de la ley 24.432 en el precedente que se registra en Fallos: 332:921 tesis que reitera en la sentencia dictada el 27/5/2009 en autos 'Villalba, Matías Valentín c. Pimentel, José y otros s/accidente-ley 9688'. Si bien la CSJN sólo decide en los procesos concretos que le son sometidos y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllos (cfr. doct. Fallos: 25:364). Los razonamientos en torno a que el art. 8º de la ley 24.432 afecta los principios consagrados en los arts. 14 bis y 17 de la norma fundamental, han sido desestimados por el Alto Tribunal en el precedente 'Villalba' al afirmar que '...la eventual posibilidad de que los profesionales intervinientes ejecuten a su cliente no condenado en costas por el saldo impago de honorarios que pudiese resultar del prorrateo legal, no resulta violatoria, en el caso, del principio protectorio del trabajador ni del derecho de propiedad reconocidos en la Constitución Nacional (...). En efecto, la naturaleza alimentaria del crédito reconocido al trabajador que no empece a que éste deba contribuir, en alguna proporción, con el costo del litigio que decidió promover para el reconocimiento de su derecho' (ver consid. 7º)".

Dictamen Fiscal General del Trabajo nro. 54.032, 29/12/2011, sala I, "López, Marta Beatriz c. R.A. Intertrading SA y otro s/accidente-acción civil".

Honorarios. Constitucionalidad del art. 8º de la ley 24.432

"La ley 24.432 de honorarios profesionales no conculca el derecho a la igualdad, ya que no evidencia un fin persecutorio o discriminatorio sino que, por el contrario, otorga el mismo tratamiento a todos los profesionales que asisten a la parte no condenada en costas, sea ésta actora o demandada, trabajador o empresario, con el objetivo de disminuir los gastos procesales. La eventual posibilidad de que los profesionales intervinientes ejecuten a su cliente no condenado en costas por el saldo impago de honorarios que pudiese resultar del prorrateo legal que surge de la ley 24.432, no resulta violatoria del principio protectorio del trabajador ni el derecho de propiedad reconocidos en la CN (arts. 14 y 17) ya que la naturaleza alimentaria del crédito reconocido al trabajador no empece a que éste deba contribuir, en alguna proporción, con el costo del litigio que decidió promover para el reconocimiento de su derecho. Por todo ello, cabe sostener la validez constitucional del art. 8º de la ley 24.432".

CNTrab., sala IV, 28/2/2013, "Podluzny, Wladimiro c. Cividino Hnos. SA y otro s/accidente-acción civil".

Proc. 25 Costas. Art. 8º, ley 24.432

"El límite y el prorrateo establecidos en el art. 8º de la ley 24.432 no resultan aplicables al acto regulatorio de honorarios, sino al oportuno reclamo de las costas a quienes resultaren responsables de ellas, quien o quienes podrán solicitar la aplicación de aquella limitación o prorrateo. Las cuestiones vinculadas con esa limitación deben ser debatidas en la etapa del art. 132, LO".

CNTrab., sala IV, 6/11/2007, "Cuello, Miguel Ángel c. Industrias Metalúrgicas Halperin SA y otros s/accidente-acción civil".

Parte III - Estatutos especiales. Marcelo C. Fernández, María Verónica Moreno Calabrese y Federico Pavlov. Coordinadores/as de Área

Sección I - Actividad actoral Ley 27.203. Por Federico Pavlov

Capítulo I

Ámbito de aplicación y definiciones

Art. 1º — A los fines de la presente ley, se considerará actor-intérprete a toda persona que desarrolle las tareas de interpretación de personajes, situaciones ficticias o basadas en hechos reales, o que sustituya, reemplace o imite personajes, así como aquella que efectúe interpretaciones de sí mismo, a través de un libreto, libro, guión o ideas, en actuaciones públicas o dirigidas al público, con independencia del formato y medio utilizado para difundirlas, cualquiera sea el lugar y la forma en que lo realice.

Serán, asimismo, sujetos de la presente ley aquellas personas encargadas de la dirección, los apuntadores, así como los asistentes de cualquiera de ellos, coristas y cuerpos de baile.

Art. 2º — A los fines de la presente ley se entenderá por:

a) Personas encargadas de la dirección: aquellas personas que tengan como función la puesta en escena de los espectáculos, incluyendo la dirección de los sujetos comprendidos en el artículo 1º de esta ley;

b) Apuntadores: aquellas personas encargadas de recordar directa o indirectamente a los actores sus respectivos textos del libreto;

c) Coristas: aquellas personas que canten, bailen y actúen conformando un coro;

d) Cuerpos de baile: aquellas personas que bailen interpretando una coreografía de manera grupal o solista.

Art. 3º — Se considerará contratante a toda persona física o jurídica que utilice, con o sin fines de lucro, los servicios de las personas individualizadas en el artículo 1º de la presente ley.

Art. 4º — Las personas menores de dieciséis (16) años sólo podrán realizar representaciones artísticas en el marco del Convenio 138 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre edad mínima de admisión al empleo, del año 1973, aprobado por la ley 24.650, las que estarán sujetas a la autorización previa de la autoridad administrativa laboral, quien determinará la forma, plazos y demás requisitos para su concesión, no siéndoles aplicables las disposiciones de la presente ley.

• Comentario:

1. El estatuto y su alcance

La ley 27.203 (B.O. 26/11/2015) regula el marco laboral de los actores-intérpretes en sus diversos ámbitos con independencia del formato o medio en que esa actuación se difunda. Esa norma es complementada por su decreto reglamentario (decreto 616/2016 —B.O. 26/04/2016—) y los diversos convenios colectivos de la actividad actoral (CCT 307/73 —teatro—, CCT 322/75 —televisión—, 357/75 —cine— y CCT 102/90 —publicidad—).

Este estatuto es muy poco lo que agrega en términos normativos, pues a poco que se analice su contenido se verificará que en todos los aspectos relevantes de la norma se hace remisión a los convenios de la actividad. Por el contrario, refleja un claro interés de elevar al rango de ley la actividad actoral, hoy regulada por vía de convenios colectivos. De tal suerte que puede afirmarse que es una ley, en cierto sentido, vacía. O como dice Jorge J. Sappia "...ese objetivo se cumple a medias, pues de los veintiún artículos que luce la norma, sólo nueve están dirigidos a normar la actividad laboral..."(1).

Opinamos que el legislador ha perdido una buena oportunidad para incorporar al texto de la ley institutos relevantes como la jornada de trabajo, el trabajo de menores, el régimen de licencias y su compatibilización con la Ley de Contrato de Trabajo (especialmente enfermedad, maternidad, matrimonio), o el régimen de extinción y sus particularidades, sólo por citar algunas cuestiones que quedaron sin tratar.

Tenemos en claro que algunos de esos institutos (p.e. la jornada de trabajo, enfermedad inculpable, fuerza mayor) aparecen tratados con mayor o menor desarrollo, o con mayor o menor metodología en algunos convenios colectivos (p.e. arts. 8º y 22 del CCT 102/90, arts. 10 y 29 del CCT 322/75 y arts. 7º, 33 y 38 del CCT 307/73). Sin embargo, consideramos que esos institutos —entre otros— tendrían que haber sido incorporados al estatuto, no sólo para homogeneizar las soluciones dentro de una misma actividad, sino porque la Ley de Contrato de Trabajo no siempre sirve para dar respuesta definitiva a las contingencias que se derivan de la labor del actor.

Recordemos que el trabajo actoral es un paradigmático caso de actividad infungible, de modo que ciertas contingencias de la vida pueden alterar sustancialmente la normal prestación del trabajo.

En resumen, pareciera que sólo se buscó por vía legal validar las previsiones que en la actualidad existen dentro de los convenios colectivos, pero sin advertir que ellos son esencialmente dinámicos (aunque algunas partes colectivas sólo se limiten a negociar salarios), de modo que, en alguna forma, la ley quedará siempre supeditada a lo que fijen las partes colectivamente, mientras que ello debería ser exactamente al revés.

2. Concepto de actor-intérprete (actor)

El estatuto en su art. 1º define al actor-intérprete (a quien en adelante denominaremos también "actor") como toda persona que desarrolle las tareas de interpretación de personajes, situaciones ficticias o basadas en hechos reales, o que sustituya, reemplace o imite personajes, así como aquella que efectúe interpretaciones de sí mismo, a través de un libreto, libro, guión o ideas, en actuaciones públicas o dirigidas al público, con independencia del formato y medio utilizado para difundirlas, cualquiera sea el lugar y la forma en que lo realice.

Dispone también que estarán sujetos a los términos de este estatuto aquellas personas encargadas de la dirección, los apuntadores —así como los asistentes de cualquiera de ellos—, coristas y cuerpos de baile. A estos trabajadores la ley los define en su art. 2º.

De lo expuesto se extrae que la ley regula dos grupos de trabajadores de la actividad actoral: a) los actores propiamente dichos; y b) algunos trabajadores que complementan la actividad del actor, y que denominaremos, a los fines prácticos, "personal asimilado".

A ese catálogo de trabajadores hay que agregarles los que encuadran en la definición de actores de acuerdo a lo que cada uno de los convenios colectivos de la actividad define como tales, con más los actores (denominados "trabajadores de teatro") que surgen de la ley 24.800 (Ley Nacional del Teatro). Es decir, que la definición de actor del art. 1º de la ley 27.203 es más larga y para nada taxativa, si se advierte además, que tales incorporaciones diagonales incluyen actividades no previstas en el estatuto (p.e. quien realiza la actividad actoral como doble de riesgo —art. 3º, inc. "d", CCT 322/75—).

Por lo tanto, y ante la amplitud del concepto "actor" consideramos que será la jurisprudencia —o los nuevos convenios colectivos— quien se encargue de acomodar la lista. Porque al menos, para nosotros, resulta evidente que, p.e., un apuntador podrá ser considerado actor (art. 1º, ley 27.203) pero no es un actor-artista, pues no ejecuta ninguna de las actividades descriptas en esa norma. Por ende, consideramos que no es técnicamente un actor-intérprete.

A ello hay que sumar que tanto en el estatuto (art. 4º) como en algunos convenios colectivos (p.e. CCT 322/75, arts. 21 y 23) cuando se hace referencia a "actor" parece que se lo hace al actor propiamente dicho (actor-intérprete, o actor-artista) y no al actor asimilado. Basta con revisar los contratos de trabajo actualmente vigentes ratificados por la Asociación Argentina de Actores para confirmar esta afirmación.

Por lo tanto opinamos que hubiera sido técnicamente más acertado diferenciar dentro del estatuto a ambos grupos en forma expresa y darles tratamiento diferenciado según cada instituto, en vez de asimilarlos, y dejar a la suerte de la interpretación si ciertas normas se aplican al actor-intérprete, o bien al actor asimilado, o bien a ambos.

Por último, el decreto reglamentario, en el art. 1º, ratifica que el dictado del estatuto no afecta el encuadramiento sindical o convencional existente hasta su dictado, de modo que cualquier controversia al respecto deberá resolverse por los carriles legales vigentes.

3. La actividad definitoria del actor

Según los términos del art. 1º de estatuto —y dejando atrás la observación terminológica ya apuntada con relación al concepto de actor— hay que decir que para ser considerado actor no bastará con desarrollar alguna de las actividades allí descriptas, sino que las mismas deberán serlo: a) como consecuencia de un libreto, libro, guión o idea; y b) representadas en actuaciones públicas o dirigidas al público.

Entonces el artista que siendo actor de profesión haga una presentación sin seguir un libreto (o libro, guión o idea) ni explotando artísticamente su talento o nombre, no será considerado trabajo actoral. Consideramos que no será trabajo actoral, por ejemplo, la actividad docente del actor profesional en un taller de su especialidad —aun si lo brindara en relación de dependencia—, o un reportaje, o una invitación a un programa por su figura reconocida (documental, testimonial), entre otros ejemplos.

Por libro consideramos que debe entenderse cualquier obra literaria, de cualquier clase, destinada o no para ser interpretada actoralmente, que se interprete en forma total o parcial, adaptada o no. En el concepto de libro, consideramos que también debe incluirse cualquier obra existente en formato electrónico físico o virtual.

En cuanto a los conceptos libreto y guión consideramos que su distinción carece de trascendencia práctica. Ello así ya que en ambos casos, tales textos, con mayor o menor detalle o circunstanciación, tienen la finalidad de pautar la expresión artística que deberán cumplir los actores.

Por idea puede considerarse cualquier indicación temática o circunstancial, sea oral o escrita, que se le dé al artista para que éste la ejecute. Esa idea podrá ser más o menos completa según el caso, pero a diferencia del libreto y del guión, no estará pautada con detalle la tarea a desarrollar por el actor, o el complemento de su actuación (música, decorados, colaboradores, personajes).

La otra condición para que exista trabajo actoral es que la representación artística se lleve a cabo en actuaciones públicas o bien dirigidas al público.

Entendemos que por actuaciones públicas debe entenderse cualquier representación con público presencial siempre que tal exhibición cumpla con alguna de las actividades específicas que prevé el art. 1º de la ley 27.203 y sobre la base de un libro, libreto, guión o idea.

Hemos remarcado el término con público presencial pues allí radicaría, a nuestro entender, la diferencia con el concepto dirigidas al público.

Este segundo concepto —dirigidas al público—, consideramos que es toda actividad actoral que se hace en forma cerrada al público pero cuyo resultado (la obra) está dirigido al público. En otras palabras, el trabajo actoral dentro de un set de filmación, o en un ambiente exterior mientras se realiza la filmación de la obra, es trabajo actoral cerrado al público. Pero no cabe duda que ese trabajo está dirigido al público (en forma gratuita o paga, libre o condicionada). Y ése es precisamente el objeto del contrato del trabajo actoral: la prestación de un servicio infungible que terminará (en vivo o grabado en algún soporte físico o virtual) mostrándose al público.

Es por ello que no compartimos con Jorge J. Sappia la interpretación que parece realizar de los conceptos actuaciones públicas o dirigidas al público en cuanto las identifica con el carácter "abierto" o "cerrado" de la representación (p.e. como sería una obra teatral realizada dentro de un casamiento).

Tanto es así que el propio Sappia se cuestiona esa definición diciendo que "De ahí es lógica consecuencia decir que las representaciones realizadas en un ámbito cerrado al público, aun con actores profesionales, queda fuera del ámbito de validez personal del Estatuto en examen. Esto genera dudas, pues si como se dijo, se trata de actores profesionales, su función en ese ámbito cerrado, debería merecer el mismo trato que en uno de índole pública"(2).

4. Exclusiones

El estatuto al respecto guarda silencio salvo en materia de menores (art. 4º); no obstante, consideramos que existen ciertos trabajos actorales que quedan fuera de sus previsiones.

Así por ejemplo, nos parece que hubiera sido atinado mencionar el trabajo actoral benévolo teniendo en cuenta la tendencia de ciertos artistas (p.e. magos, músicos, artistas circenses, etc.) a llevar su arte a hospitales, geriátricos, centros educativos zonales, entre los cuales no es infrecuente ver a los actores.

También quedan excluidos aquellos actores que aunque actúen frente a un público no estarán comprendidos dentro de esta ley. Son aquellos que representan obras conduciéndose como empresa (compañía actoral) —art. 3º del decreto 616/2016—.

También deben considerarse excluidas las tareas actorales llevadas adelante por quienes comúnmente se denominan extras por así resultar del uso y costumbre de la cinematografía argentina (conf. art. 5º del CCT 357/75). Esa justificación, además de surgir del propio texto del convenio colectivo mencionado, entendemos que se encuentra respaldada por el art. 1º inc. "e" de la LCT resultando un inmejorable ejemplo de su aplicación material. De cualquier manera, existen precedentes judiciales que han fallado en favor de la existencia de un vínculo dependiente, de modo que ese encuadre no está libre de cuestionamientos y deberá ser revisado a la luz de cada caso y sus circunstancias.

Por supuesto que, dentro de este tema, resulta de total aplicación la presunción legal prevista en el art. 23 de la LCT en cuanto a la utilización de las figuras contractuales fraudulentas tendientes a encubrir verdaderas formas de trabajo dependiente.

5. El ámbito de la actividad actoral y su difusión

En cuanto al formato y medio utilizado para difundir la representación artística, es claro que la ley ha sido amplia, de modo que cualquier formato o medio por el que se difunda la actividad del artista, no le hará perder su carácter de actor. Porque en definitiva, el medio o formato de difusión son sólo canales de distribución y expresión de la obra, pero el trabajo actoral se ha brindado gracias a la actividad personal del actor.

Por formato consideramos que ha de entenderse la forma en la que se expresa la obra, es decir, si es una obra única, o en capítulos, o para ser rodada como un largometraje o cortometraje, monólogo u obra colectiva, etc.

Por medio consideramos que debe entenderse el soporte sobre el cual se materializará esa expresión. Así, por medio puede entenderse: el medio vivo, medio electrónico físico (CD, DVD, etc.), medio electrónico virtual (p.e. Internet), por ondas (radio), o televisión (por aire o por cable), etc.

6. Las partes del vínculo laboral actoral

Las partes integrantes del contrato de trabajo actoral, como en cualquier vínculo laboral, son dos: el trabajador y el empleador.

Sin embargo, la ley en su art. 3º, denomina contratante a quien es claramente un empleador. Tal denominación nos resulta cuanto menos impropia dentro de una norma que tiene por finalidad regular un vínculo dependiente. Más aun cuando la norma que se aplica en forma subsidiaria es la Ley de Contrato de Trabajo, la que en su art. 26 define al empleador como parte esencial del vínculo subordinado (conf. arg. arts. 21, 25 y 26 de la LCT).

Pero la desprolijidad normativa no termina allí. El decreto 616/2016 al reglamentar el art. 3º del estatuto, quizás para encauzar la cuestión, expresamente dispone que "...será considerado empleador al contratante que utilice los servicios de las personas individualizados en el artículo 1º de la ley...". Es decir, la reglamentación denomina empleador lisa y llanamente al contratante.

Por lo tanto, y si bien se supone que el legislador no utiliza términos sin razón, quien esto escribe considera que este caso constituye una verdadera excepción ya que no es posible encontrar, al menos a simple vista, cuál habría sido el sentido de otorgarle al empleador una denominación distinta de la pacíficamente aceptada.

Si hubo alguna razón, permítasenos decir que hasta el momento no la hemos encontrado. Por ende, insistimos en línea con la reglamentación, que el contratante debió denominarse empleador.

7. El menor actor. Exclusión. Trabajos peligrosos

Tal como lo dispone el art. 4º del estatuto, los menores de 16 años podrán realizar trabajos actorales de acuerdo con las previsiones del Convenio 138 de la OIT (art. 8º) siempre que previamente hayan obtenido la correspondiente autorización individual por parte de la autoridad administrativa del trabajo de la jurisdicción en donde habrá de realizarse cada trabajo (p.e. resolución 4221/SSTR/10 GCBA para la C.A.B.A.). Sin embargo, ese trabajo actoral, tal como concluye la norma, es excluido de las previsiones del régimen del estatuto.

Es evidente que ese cierre es cuanto menos confuso y no queda claro tampoco por qué razón se hizo esa exclusión en vez de aprovecharse la ocasión para sistematizar a nivel nacional el trabajo actoral del menor actor, regulación cuya necesidad es innegable(3).

En ese sentido coincidimos con Jorge J. Sappia en cuanto expresa que "Esta equívoca expresión de la ley, pareciera indicar que si se incorporan menores de 16 años dentro del ámbito contractual de los actores, aún dentro del esquema que autoriza la convención internacional citada, esos adolescentes se regirán en sus relaciones, por la Ley de Contrato de Trabajo"(4). Y nosotros agregamos, por los distintos convenios colectivos de las distintas ramas.

Respecto a esto último, conviene decir que el art. 35 del CCT 102/90 —publicidad— admite el trabajo del menor de 14 años (hoy 16 años por aplicación del Convenio138 citado y por el art. 2º de la ley 26.390) con la sola autorización de ambos padres o tutores. Consideramos que esa disposición convencional deviene inaplicable actualmente por haber sido desplazada por la obligatoria autorización administrativa individual derivada del convenio internacional citado.

Al contrario de lo que ocurre con el convenio colectivo de la actividad publicitaria, el CCT 357/75 —cine— prevé en su art. 39 que los menores de 14 años (hoy 16) podrán trabajar siempre que se cumpla con la legislación vigente en materia de trabajo de menores.

Por último cabe decir que al cierre de esta obra se dictó el decreto 1117/2016 sobre determinación de aquellas actividades que constituyen trabajo peligroso para los menores.

Si bien algunas de las actividades detalladas a lo largo de los 23 incs. del art. 1º podrían resultar aplicables al caso de los actores en forma indirecta, consideramos que tres de ellos son los que a nuestro juicio tienen incidencia directa en esta actividad y merecen ser señalados.

Nos referimos entonces al:

inc. 7º: que califica de peligroso a los trabajos "organizados en jornadas y horarios que sobrepasen los legalmente establecidos, y los trabajos nocturnos. Teniendo presente para ello, que ninguna extensión horaria, deberá interferir en el desarrollo integral del niño/a o adolescente."

inc. 22: que considera peligroso al trabajo de "modelaje con erotización de la imagen que acarree peligros de hostigamiento psicológico, estimulación sexual temprana y riesgo de abuso sexual". Sobre el particular entendemos que la íntima relación que existe entre el modelaje y el trabajo actoral hace que, a nuestro criterio, este inciso deba ser incluido dentro de esta enumeración.

inc. 23: en cuanto considera trabajo peligroso a aquellos "que no cuenten con la autorización expedida por la Autoridad Administrativa Laboral de la jurisdicción correspondiente y/o no cuenten con la debida registración laboral de acuerdo a la normativa vigente".

Como se dijo más arriba, alguna o algunas de las restantes actividades previstas en el resto de los incisos podrán también confluir con alguno de los trabajos aquí listados, pues ellas no resultan ser excluyentes entre sí.

8. Jurisprudencia

Relación laboral. Trabajo artístico. Actor

"El 'artista' se obliga a poner su capacidad de trabajo a disposición de la Productora, con sujeción a las directivas impartidas por ésta, en cumplimiento de una 'jornada artística' modificable a voluntad por la dadora de trabajo, a cambio de una remuneración en dinero, todo lo cual denota la existencia de dependencia económica, técnica y jurídica".

CNTrab., sala IV, 11/11/2011, "Gómez Antelo, Luis Adrián c. Endemol Argentina S.A. y otro s/accidente - ley especial", (Boletín Temático de Jurisprudencia de la Oficina de Jurisprudencia de la CNTrab.: "Relaciones Laborales de Configuración Dudosa" act. 2015).

Relación laboral. Trabajo artístico. Actor

"Si en la causa se acreditó que el accionante realizaba las tareas descriptas en el art. 3.a) del CCT 322/75 para la categoría de 'actor' en programas de televisión (trabajó en el programa 100% lucha "desempeñándose como actor en el personaje de enfermero), corresponde confirmar la sentencia de grado anterior en cuanto tuvo por acreditado que las partes estuvieron unidas por un contrato de trabajo (arts. 21, 23, 25 y 26LCT)".

CNTrab., sala II, 7/3/2012, "Fernández, Pablo César c. Endemol Argentina SA s/despido", (Boletín Temático de Jurisprudencia de la Oficina de Jurisprudencia de la CNTrab.: "Relaciones Laborales de Configuración Dudosa", act. 2015).

Relación laboral. Trabajo benévolo. Concepto

"En el trabajo benévolo, amistoso o de vecindad lo característico es que el 'prestador' (para distinguirlo del término 'trabajador') no tiene como fin el hecho de percibir un salario como contraprestación, sino meramente tiene la intención de realizar un aporte a favor de un vecino, amigo, persona necesitada o una institución, y que esa prestación sea circunstancial o limitada en el tiempo".

CNTrab., sala IX, 23/2/2012, "Vela, María Luisa c. Asociación Civil EMAUS s/despido", (Boletín Temático de Jurisprudencia de la Oficina de Jurisprudencia de la CNTrab.: "Relaciones Laborales de Configuración Dudosa", act. 2015)-

Relación laboral. Trabajo benévolo. Trabajo en una iglesia

"No se presume que constituya una contraprestación derivada de un contrato de trabajo la actividad de la persona que arreglaba, envasaba y acomodaba ropa producto de donaciones para entregar a la gente necesitada que concurría a una iglesia, donde también vendía zapatos y carteras. Teniendo en cuenta el ámbito de la prestación debe concluirse que se trataba de una colaboración por profesar determinada fe. Bien pudo haber sido encomendada determinada labor como contraprestación a razones de benevolencia originaria, conducta sugerente de sentimientos de buena voluntad respecto de personas de origen humilde, que son moneda corriente en el ámbito de Caritas".

CNTrab., sala VIII, 14/8/2012, "Alemán, Claudia Andrea c. Caritas Argentina s/despido", (Boletín Temático de Jurisprudencia de la Oficina de Jurisprudencia de la CNTrab.: "Relaciones Laborales de Configuración Dudosa", act. 2015)

Relación laboral. Extras de televisión. Existencia de relación de dependencia

"Si bien de la normativa citada por ambas codemandadas (decretos 2104/1993 y 433/1994) surge que debe considerarse —en los términos de la ley 24.241— "autónomo" a todo aquel que interpreta un papel protagónico, coprotagónico, de reparto o extra en obras cinematográficas, teatrales, televisivas y radiofónicas, del mismo texto legal se extrae que ello tendrá lugar cuando '...asuman el riesgo económico propio del ejercicio de sus respectivas profesiones...', extremo que no se verificó en autos. En efecto, no ha sido invocado —ni mucho menos demostrado— que el aquí actor asumiera el riesgo económico de su actuación. Por el contrario, en las contestaciones de demanda se admite haber abonado al actor una suma diaria de $ 25 por cada día de grabación en que era requerida su participación actoral".

CNTrab., sala IX, 24/4/2009, "Cellone, Adrián Fabio c. Pol Ka Producciones S.A y otros s/accidente - acción civil", (Boletín Temático de Jurisprudencia de la Oficina de Jurisprudencia de la CNTrab.: "Relaciones Laborales de Configuración Dudosa" act. 2015).

Relación laboral. Presunción art. 23LCT. Figuras no laborales. Actor

"La presunción del art. 23 de la LCT opera igualmente aun cuando se utilicen, como en el caso, figuras no laborales, para caracterizar el contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio toda vez que, más allá de la apariencia que le haya dado la empleadora a la relación que uniera a las partes, en materia de derecho del trabajo lo que cuenta es la verdadera situación creada, sin que importe el nombre que las partes le hayan dado. Corresponde al juzgador determinar, en base a los hechos que considera probados, la naturaleza jurídica del vínculo, sin que la apariencia real disimule la realidad."

CNTrab., sala IV, 11/11/2011, "Gómez, Antelo Luis Adrián c. Endemol Argentina S.A. y otro s/accidente — ley especial", (Boletín Temático de Jurisprudencia de la Oficina de Jurisprudencia de la CNTrab.: "Relaciones Laborales de Configuración Dudosa", act. 2015).

Trabajo artístico de menores. Igual remuneración por igual tarea

"El trabajador menor tiene derecho a la igualdad de remuneración, cuando cumple jornadas de trabajo o realiza tareas propias de trabajadores mayores".

CNTrab., sala II, 18/12/1989, "Alvarenga, Oscar Hugo c. Verde Hugo Horacio s/despido", (Boletín Temático de Jurisprudencia de la Oficina de Jurisprudencia de la CNTrab.: "Relaciones Laborales de Configuración Dudosa", act. 2015).

Capítulo II

Contrato de trabajo actoral

Art. 5º — La definición del contrato de trabajo actoral de los sujetos comprendidos en el art. 1º de la presente ley y de su contenido mínimo se regirá por los convenios colectivos de trabajo aplicables y por el Régimen de Contrato de Trabajo aprobado por la ley 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias y complementarias, resultando de aplicación al presente régimen las modalidades de contratación reguladas en dicho cuerpo legal, según los modelos que se encuentran consignados en los respectivos convenios colectivos de trabajo.

Art. 6º — El contrato de trabajo de los sujetos comprendidos en el art. 1º de la presente ley se instrumentará por escrito conforme a las normas y disposiciones establecidas y homologadas en el Convenio Colectivo de Trabajo aplicable a cada caso y por cada labor artística que implique un rol u obra nueva.

Art. 7º — El contrato de trabajo deberá ser presentado por el contratante en la asociación sindical con personería gremial que represente a los sujetos comprendidos en el art. 1º de la presente ley, para su correspondiente visado, conocimiento e intervención, conforme a lo dispuesto en los convenios colectivos de trabajo aplicables. El incumplimiento de la obligación de presentar el instrumento contractual hará pasible al contratante del pago de una multa que será determinada y recaudada por la autoridad de aplicación de la presente ley, y que en ningún supuesto podrá superar el monto total del contrato.

Art. 8º — En ningún caso podrán entenderse incluidos en la remuneración convenida los derechos de propiedad intelectual de los sujetos comprendidos en el art. 1º de la presente ley.

Art. 9º — El contrato de trabajo de los sujetos comprendidos en el art. 1º de la presente ley no tendrá implícita la obligación de realizar trabajos publicitarios, exceptuando aquellos casos en que el objeto del contrato consista específicamente en un contrato de publicidad o se trate de intervenciones publicitarias dirigidas a difundir su actividad profesional específica.

• Comentario:

9. El contrato de trabajo actoral

El contrato de trabajo que une al actor con su empleador (contratante) es denominado, en este estatuto "contrato de trabajo actoral" (art. 5º). Opinamos que esa denominación carece de trascendencia práctica, salvo para remarcar el carácter artístico del contrato.

Ese mismo artículo expresamente redirecciona el contenido mínimo de ese contrato a lo que dispongan los convenios colectivos de cada actividad artística actoral y a la Ley de Contrato de Trabajo. Por lo tanto, a ese respecto, habrá que remitirse a lo que en cada caso se disponga.

Sin embargo, esa remisión no queda libre de observaciones. Así, lo primero que se puede decir es que, tratándose de una remisión de la norma a un texto esencialmente mutable (por vía de la negociación colectiva) reabre la siempre compleja discusión acerca de si las remisiones normativas incorporan al texto legal el texto al cual se remiten, de modo que no lo afectarán los sucesivos cambios (incorporación pétrea), o simplemente la remisión es dinámica y convivirá con los avatares legales de la norma remitida.

Entendemos que una buena técnica legislativa hubiera sido incorporar como anexo al estatuto los contratos que se querían reconocer legalmente de modo que se independicen de lo que las partes colectivamente puedan disponer en el futuro.

Además, a poco de ver los contratos aprobados por la Asociación Argentina de Actores se advertirá que están esencialmente concebidos para el actor propiamente dicho, pero no necesariamente servirían para el personal asimilado.

Por lo tanto consideramos que la norma debió ser más precisa en cuanto a que el contrato de trabajo actoral es el que ejecuta el actor-intérprete, mientras que para el resto de los trabajadores protegidos, se rige por la libertad de contratación en cuanto a su forma y contenido.

La otra observación se vincula con la interacción entre el estatuto y la Ley de Contrato de Trabajo. Así, la norma en comentario dispone que el contrato actoral en cuanto a su definición y contenido mínimo se regirá por los convenios colectivos de trabajo aplicables y por el Régimen de Contrato de Trabajo aprobado por la ley 20.744. Sin embargo la reglamentación le confiere al Régimen de Contrato de Trabajo un carácter supletorio.

Opinamos que esa distinción es un exceso reglamentario por cuanto la ley 27.203 no distingue jerárquicamente en cuanto a la articulación de ambas fuentes, siendo manifiesto que la conjunción "y" usada en el art. 5º del estatuto les confiere igualdad (paridad) para completar las lagunas que pudieran presentarse en cada caso. Además, el Régimen de Contrato de Trabajo, por ser una fuente legal, de por sí debería desplazar a las previsiones convencionales, salvo, claro está, que ellas sean más beneficiosas que las que emergen de la ley general.

Aclarado ello, devienen de aplicación al trabajo actoral las distintas modalidades de contratación previstas en la Ley de Contrato de Trabajo, a saber: la contratación por tiempo indeterminado, a plazo fijo, por temporada y a plazo eventual (arts. 90, 93, 96 y 99 de la LCT respectivamente).

10. Formalidades del contrato de trabajo actoral

Los arts. 6º y 7º del estatuto exigen ciertas formalidades con relación a este contrato de trabajo.

Así disponen que el contrato de trabajo actoral deberá instrumentarse por escrito de acuerdo a lo que en cada caso dispongan los convenios colectivos vigentes para cada actividad y por cada labor artística que implique un rol u obra nueva. A la vez dispone que el contrato de trabajo actoral deberá ser presentado por el empleador ante la asociación sindical con personería gremial que represente a los actores para su visado, conocimiento e intervención. En la actualidad esa asociación sindical es la Asociación Argentina de Actores.

El art. 7º prevé que el incumplimiento de la obligación de presentar el instrumento contractual hará pasible al contratante del pago de una multa que será determinada y recaudada por la autoridad de aplicación de la presente ley, y que en ningún supuesto podrá superar el monto total del contrato.

Este incumplimiento, de acuerdo al art. 7º del decreto 616/2016 constituye una falta leve (art. 2º, inc. "d" del Anexo II de la ley 25.212).

Cabe decir también, que previo a la imposición de la multa deberá seguirse el procedimiento administrativo sancionatorio previsto en la ley del lugar en donde la falta se comprobó.

11. Derechos de propiedad intelectual del actor

El art. 8º es contundente: la remuneración pactada por la realización de trabajo actoral tiene como objeto esa única prestación sin que pueda pretenderse que dentro de esa retribución se encuentre incluida la cesión de algún derecho de propiedad intelectual del actor.

Esto exigirá que cualquier transacción que se pretenda realizar conectada con derechos de propiedad intelectual del actor, deberá pactarse en forma expresa dentro del contrato o por contrato separado y a cambio de una retribución compensatoria.

También están excluidos de la remuneración los derechos de imagen del actor (art. 8º del decreto 616/2016).

12. Alcance del contrato de trabajo actoral

El art. 9º dispone que el contrato de trabajo del actor no tendrá implícita la obligación de realizar trabajos publicitarios, salvo que sea propio de la actividad publicitaria (CCT 102/90) o se trate de intervenciones publicitarias dirigidas a difundir su actividad profesional específica. Esta disposición, por su claridad nos exime de mayores comentarios.

Sin embargo hay que decir que el CCT 322/75 —televisión— cuenta con una norma específica que regula los trabajos de promoción de la obra en la que han participado los actores (art. 21). Por lo tanto, en ese caso, la norma estatutaria debe complementarse con lo previsto en el convenio colectivo.

13. Jurisprudencia

Trabajo artístico. Visado del contrato de trabajo

"Si la contratación de los actores con los productores de una obra teatral estaba sujeta a un plazo y el contrato se extinguió antes de su vencimiento, aquellos tienen derecho a los salarios restantes. La omisión de los demandados de no instrumentar y registrar los contratos ante la asociación sindical, de conformidad con lo preceptuado en el convenio colectivo no puede colocarlos en una situación mejor que aquella en que se encontraría un empresario observador de las normas convencionales (arts. 22, 25 y concs. de la CCT 307/73). (Del voto de la Dra. Porta)".

CNTrab., sala III, 20/7/2001, "Callau, Manuel y otros c. Carlassare, Viviana y otros s/Incumpl. de contrato", (Oficina de Jurisprudencia de la CNTrab., DT-27-G).

Capítulo III

Régimen de seguridad social

Art. 10.— Los actores-intérpretes y demás sujetos definidos en el art. 1º de la presente ley se encontrarán comprendidos en el Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA), de acuerdo con lo normado por el inc. a) del art. 2º de la ley 24.241, sus modificatorias y complementarias.

Asimismo, se encontrarán comprendidos en los regímenes previstos en las leyes 19.032, 23.660, 23.661, 24.013, 24.557 y 24.714, y sus respectivas modificaciones, o en los que en un futuro los sustituyan.

En todos los casos, será con el alcance definido en la presente ley.

Art. 11.— Los aportes y contribuciones obligatorios al Sistema Integrado Previsional Argentino y a los restantes subsistemas de seguridad social previstos en el artículo anterior se calcularán tomando como base las remuneraciones imponibles devengadas en cada mes calendario, de acuerdo con lo previsto por el art. 9º de la ley 24.241, sus modificatorias y complementarias. Los porcentajes de cotización serán los establecidos en las leyes respectivas.

Dichas cotizaciones deberán ser declaradas e ingresadas por los contratantes indicados en el art. 3º ante la Administración Federal de Ingresos Públicos, entidad autárquica en el ámbito del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, de acuerdo con los procedimientos generales vigentes.

Facúltase a la Secretaría de Seguridad Social y a la Administración Federal de Ingresos Públicos a disponer de instrumentos alternativos de recaudación, pudiendo otorgar a la asociación sindical con personería gremial el rol de agente de recaudación o responsable sustituto de dichas obligaciones.

Art. 12.— A los efectos de la seguridad social, los servicios de los trabajadores definidos en el art. 1º de la presente ley se califican como de carácter discontinuo y se regirán por lo dispuesto en el art. 13.

Se entenderán por servicios discontinuos aquellos que, por las particularidades propias de la tarea, se prestan en forma alternada o intermitente durante todo el año calendario, con uno o varios empleadores.

Art. 13.— A los efectos de la acreditación de los años de servicios con aportes exigidos por la ley 24.241, sus modificatorias y complementarias, para acceder a la Prestación Básica Universal, la Prestación Compensatoria, la Prestación Adicional por Permanencia y la Prestación por Edad Avanzada, los servicios definidos en el art. 12 se computarán como un (1) año de servicios con aportes siempre que se cuente con cuatro (4) meses de trabajo efectivo o su equivalente a ciento veinte (120) jornadas efectivas de trabajo, continuos o discontinuos, durante los que se hubieren devengado remuneraciones y se hubieren integrado las cotizaciones respectivas, dentro del año calendario.

Cuando los servicios acreditados fueran por un período menor que el señalado en el párrafo anterior, los mismos se bonificarán en función del monto de los aportes efectuados. A tales efectos, se tomará el monto total del aporte personal realizado y se lo dividirá por el importe del aporte personal mensual correspondiente al salario mínimo, vital y móvil vigente al momento de la prestación de servicios. El valor obtenido transformado a meses y días, indicará el período a computar para el cálculo del tiempo de cotización previsional a considerar.

En los casos en los que se aplique la bonificación prevista en el segundo párrafo del presente artículo, se considerará como remuneración para tales períodos el promedio de las remuneraciones sujetas al aporte de ley vigente al momento de prestación de la tarea actoral, la que no podrá ser inferior al salario mínimo, vital y móvil para todos los meses considerados.

En lo referente a la determinación del derecho al retiro por invalidez y a la pensión por fallecimiento, cuando se aplique esta bonificación regirán las disposiciones vigentes referidas a los trabajadores que realizan tareas discontinuas, sin perjuicio de la bonificación prevista en el segundo párrafo del presente artículo.

Facúltase al Poder Ejecutivo nacional a disponer el modo de financiar la cobertura de salud por los períodos por los que no se ingresen aportes y contribuciones debido al carácter discontinuo del contrato de trabajo actoral.

Art. 14.— Facúltase a la Administración Nacional de la Seguridad Social a dictar las normas relativas a la acreditación y cómputo de servicios.

Art. 15.— El Poder Ejecutivo nacional determinará las particularidades bajo las cuales se aplicará el régimen previsto por la Ley sobre Riesgos del Trabajo 24.557, sus modificatorias y complementarias, a los sujetos comprendidos en la presente ley, en atención a las características particulares de los contratos que se regulan por esta norma.

La Superintendencia de Riesgos del Trabajo, entidad autárquica en jurisdicción del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, junto a la Superintendencia de Seguros de la Nación, entidad autárquica en jurisdicción del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, deberán establecer los parámetros de cobertura y cotización de alícuotas diferenciales que atiendan a las características de la actividad.

Art. 16.— Los sujetos comprendidos en la presente ley tendrán derecho a las asignaciones familiares establecidas en el art. 6º de la ley 24.714, sus modificatorias y complementarias, en las condiciones previstas para trabajadores discontinuos.

Art. 17.— Facúltase a la Secretaría de Seguridad Social del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social a dictar las normas complementarias a fin de establecer los procedimientos y requisitos para el acceso a las prestaciones establecidas en el Sistema de Asignaciones Familiares.

Art. 18.— Los servicios de los sujetos comprendidos en el art. 1º de la presente ley, prestados con anterioridad a la fecha de su entrada en vigencia, serán incorporados bajo las modalidades probatorias que establezca la reglamentación que se dicte a tal efecto.

La deuda por aportes y contribuciones imputables a dichos períodos deberá ser determinada por la autoridad competente, quien establecerá la forma y plazos para su cancelación. La deuda por aportes podrá estar sujeta al momento de otorgar el beneficio a un cargo, el que será descontado de la prestación obtenida en cuotas mensuales, hasta el límite establecido por el art. 14, inc. d), de la ley 24.241.

A los fines indicados se condonan los intereses resarcitorios y/o punitorios devengados y las multas aplicadas o que hubieran correspondido aplicar por dichos períodos.

Art. 19.— El Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social será la autoridad de aplicación de la presente ley.

Art. 20.— La presente ley entrará en vigencia el primer día del segundo mes posterior al de su publicación en el Boletín Oficial.

Art. 21.— Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.

• Comentario:

14. Régimen de seguridad social del actor

Comienza el art. 10 por ratificar que todos los trabajadores definidos en el art. 1º de la ley están comprendidos dentro del Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA), de acuerdo con lo normado por el inc. a) del art. 2º de la ley 24.241, es decir, por la prestación de servicios en relación de dependencia. Obviamente, se trata de una regla general, ya que como se vio al comentar el art. 3º (ver § 6 supra) existen excepciones al trabajo subordinado tanto legales como otras propias de la realidad de cada caso.

Hecha la salvedad, al actor dependiente le serán de aplicación los regímenes previstos en las leyes 19.032 (Instituto de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados), 23.660 (Obras Sociales), 23.661 (Seguro de Salud), 24.013 (Ley Nacional de Empleo), 24.557 (Riesgos de Trabajo) y 24.714 (Asignaciones Familiares).

En cuanto al régimen de aportes y contribuciones con destino al SIPA y al resto de los sistemas de seguridad social, el estatuto (art. 11) define que se calcularán tomando como base las remuneraciones imponibles devengadas en cada mes calendario, de acuerdo con lo previsto por el art. 9º de la ley 24.241. Esto incluye considerar los límites mínimos y máximos de MOPRE y su interacción en caso de pluriempleo. Los porcentajes de cotización serán los establecidos en las leyes respectivas.

A los efectos de la seguridad social el estatuto ha tenido en cuenta la naturaleza esencialmente discontinua del contrato de trabajo actoral (art. 12). Cabe aclarar aquí que la definición que el estatuto hace del concepto de discontinuo en la norma comentada sólo tiene efectos para la seguridad social, pero no para otros ámbitos (p.e., laboral, impositivo).

El art. 13 de la ley dispone que a los efectos de la acreditar años de servicios para acceder a alguna de las prestaciones previsionales (Prestación Básica Universal, la Prestación Compensatoria, la Prestación Adicional por Permanencia y la Prestación por Edad Avanzada), los servicios definidos en el art. 12 se computarán como un año de servicios con aportes siempre que se cuente con cuatro meses de trabajo efectivo o su equivalente a ciento veinte jornadas efectivas de trabajo, continuos o discontinuos, durante los que se hubieren devengado remuneraciones y se hubieren integrado las cotizaciones respectivas, dentro del año calendario.

Si el trabajador no contara con tales tiempos mínimos, el artículo delinea un sistema para compensar la falta de tiempo en función de los aportes que se hubieran realizado en base a los salarios percibidos y su comparación con el salario mínimo, vital y móvil vigente en cada momento. Nos remitimos al texto de la norma en cuanto a su funcionamiento por encontrarse allí perfectamente explicado.

Para terminar este apartado, cabe señalar que este capítulo es complementado por el art. 11 del decreto 616/2016 y por la resolución conjunta general 3917/2016 (arts. 1º al 11).

15. Riesgos del trabajo

El art. 15 del estatuto dispone que el PEN dispondrá cómo habrá de articularse el régimen de cobertura de accidentes y enfermedades profesionales con la actividad actoral.

Esto es ciertamente una materia que deberá delinearse con cuidado ya que por el carácter discontinuo de la actividad actoral, sumado a la frecuente multiplicidad de empleadores (simultánea o intermitente) puede resultar necesario organizar con alguna particularidad algunas obligaciones que dentro de un contrato común por tiempo indeterminado, de prestación continua y anudado con un único empleador, no revista mayor análisis. Un ejemplo de ello puede ser el caso de superposición de exámenes médicos, como sería, el examen preocupacional con cada nuevo empleador, multiplicando así esa revisación innecesariamente, a veces con muy pocos meses de diferencia.

Otro aspecto que seguramente habrá que discutirse en esta materia será el alcance de la responsabilidad del empleador por daños laborales del empleado, pues en virtud de los diferentes escenarios en donde la actividad actoral puede desarrollarse, múltiples pueden ser los factores que pueden dar lugar a un siniestro, como también múltiples pueden resultar los eventuales responsables (incluyendo el Estado —de cualquier jurisdicción— especialmente cuando otorguen autorizaciones o habilitaciones para realizar la obra en ciertos ámbitos).

En este tema también la resolución conjunta general 3917/2016 complementa estas previsiones (arts. 12 y 13).

16. Asignaciones familiares

El art. 16 del estatuto ratifica la inclusión del actor (en sentido lato) en el régimen de asignaciones familiares, en las condiciones previstas para trabajadores discontinuos y con derecho a las siguientes prestaciones: a) asignación por hijo; b) asignación por hijo con discapacidad; c) asignación prenatal; d) asignación por ayuda escolar anual para la educación inicial, general básica y polimodal; e) asignación por maternidad; f) asignación por nacimiento; g) asignación por adopción; h) asignación por matrimonio; i) asignación Universal por Hijo para Protección Social; y j) asignación por Embarazo para Protección Social.

La Secretaría de Seguridad Social del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social deberá dictar las normas para establecer los procedimientos y requisitos para acceder a los beneficios de la ley 24.714 (art. 17 del estatuto).

17. Servicios anteriores

Dispone el art. 18 de la ley que los servicios prestados con anterioridad al estatuto, serán incorporados bajo las modalidades probatorias que establezca la reglamentación.

Aquí también la resolución conjunta general 3917/2016 completa parte de la reglamentación pendiente (art. 14), pero resta aún el dictado de la reglamentación sustancial en materia de acreditación de períodos anteriores.

Reglamentación

Decreto 616/2016

Art. 1º — Apruébase la reglamentación de la ley Nº 27.203 de Actividad Actoral, la que como Anexo forma parte integrante del presente decreto.

Art. 2º — Establécese un plazo de noventa (90) días, contados a partir de la entrada en vigencia del presente decreto, a fin que la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), entidad autárquica en el ámbito del Ministerio de Hacienda y Finanzas Públicas, la Secretaría de Seguridad Social y la Administración Nacional de la Seguridad Social, dependencia y entidad descentralizada, respectivamente, del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social procedan a dictar la normativa prevista en los arts. 11, 14, 17 y 18 de la ley Nº 27.203, en orden a sus competencias.

Art. 3º — Encomiéndase a la Superintendencia de Servicios de Salud, entidad descentralizada del Ministerio de Salud, a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, entidad autárquica del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, y a la Superintendencia de Seguros de la Nación, entidad autárquica del Ministerio de Hacienda y Finanzas Públicas, a establecer, en un plazo de noventa (90) días, contados a partir de la entrada en vigencia del presente decreto, los lineamientos de cobertura previstos en los arts. 13 y 15 de la Ley Nº 27.203, en el ámbito de sus competencias.

Art. 4º — La presente medida entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial.

Art. 5º — Comuníquese, publíquese, dése a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese. — Macri. — Marcos Peña. — Alberto J. Triaca.

ANEXO Reglamentación de la ley Nº 27.203 de Actividad Actoral Capítulo I Ámbito de aplicación y definiciones

Art. 1º — El ámbito subjetivo de aplicación determinado por la ley no implica la modificación de los encuadramientos sindicales y convencionales preexistentes a su entrada en vigencia. Las controversias que se susciten por tales motivos, deberán ser sustanciadas y resueltas de conformidad con lo establecido en el ordenamiento legal y a través de la vía procedimental y/o procesal correspondiente.

Art. 2º — Los alcances de las categorías laborales definidas en la ley serán fijados, en todos los casos, por los respectivos Convenios Colectivos de Trabajo.

Art. 3º— En la aplicación inmediata de la norma, será considerado empleador al contratante que utilice los servicios de las personas individualizadas en el art. 1º de la ley que por el presente se reglamenta, excepto que los actores-intérpretes hubieren asumido la organización, el riesgo y los beneficios de su actividad, mediante la concertación de alguna de las modalidades contractuales asociativas, cooperativas y/o autónomas previstas en el Código Civil y Comercial de la Nación y sus normas complementarias.

Art. 4º — Sin reglamentar.

Capítulo II Contrato de trabajo actoral

Art. 5º — El contrato de trabajo actoral será regulado según las modalidades contenidas en los Convenios Colectivos de Trabajo establecidos para cada rama de la actividad, siendo el Régimen de Contrato de Trabajo aprobado por la ley Nº 20.744 (t.o. 1976 y sus modificatorias) de aplicación supletoria en todos los casos.

Art. 6º — Sin reglamentar.

Art. 7º — El incumplimiento a la obligación contenida en el art. 7º de la ley, configurará una falta en los términos del art. 2º, inc. d), del Régimen General de Sanciones por Infracciones Laborales establecido en la ley Nº 25.212 y sus modificatorias. Para solicitar la eximición de la sanción, el contratante deberá justificar de manera fehaciente que el incumplimiento al deber de visado obedeció a causas ajenas a su conducta. Al momento de establecer el monto de la multa, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social deberá considerar el tope previsto en el art. 7º de la ley que aquí se reglamenta.

Art. 8º — Los derechos de Propiedad Intelectual de los actores-intérpretes, se regirán por las disposiciones contenidas en la ley Nº 11.723, los decretos Nros. 746/73 y 1914/06, sus normas modificatorias y complementarias.

Los derechos de imagen no se considerarán parte de la remuneración convenida por la prestación laboral efectivamente realizada.

Art. 9º— Sin reglamentar.

Capítulo III Régimen de seguridad social

Art. 10.— Sin reglamentar.

Art. 11.— La base imponible para el cálculo de los aportes y contribuciones previstos en el artículo que se reglamenta, estará constituida por las remuneraciones establecidas en las escalas salariales del Convenio Colectivo de Trabajo correspondiente a cada rama de la actividad actoral, según la modalidad de contratación aplicable, con exclusión de aquellos conceptos que no retribuyan la prestación laboral efectivamente realizada y que deriven de la cesión y/o explotación de los derechos de imagen, de emisión y de intérprete, en los términos de la ley Nº 11.723, sus normas modificatorias y complementarias.

Art. 12.— Sin reglamentar.

Art. 13.— Sin reglamentar.

Art. 14.— Sin reglamentar.

Art. 15.— Sin reglamentar.

Art. 16.— Sin reglamentar.

Art. 17.— Sin reglamentar.

Art. 18.— Sin reglamentar.

Art. 19.— Sin reglamentar.

• Comentario:

18. Reglamentación

Como ya se ha analizado en los distintos artículos del estatuto, el decreto reglamenta algunas de sus previsiones. Sin embargo, aún quedan aspectos por completar.

Hasta tanto ello ocurra, opinamos que los eventuales vacíos legales deberían completarse, en caso de ser posible (compatibilidad), con la legislación laboral y de seguridad social generales vigentes y con las previsiones emergentes de los distintos convenios colectivos de la actividad.

Sección II - Actividad agraria (ley 26.727). Por Marcelo Claudio Fernández

• Normas aplicables: Ley 26.727: arts. 1º al 110. Dec. regl. 301/2013: art. 1º al 28.

TÍTULO I Disposiciones generales

Art. 1º — Ley aplicable. La presente ley regirá el contrato de trabajo agrario y los derechos y obligaciones de las partes, aun cuando se hubiere celebrado fuera del país, siempre que se ejecutare en el territorio nacional.

Art. 2º — Fuentes de regulación. El contrato de trabajo agrario y la relación emergente del mismo se regirán:

a) Por la presente ley y las normas que en consecuencia se dictaren;

b) Por la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 (t.o. 1976), sus modificatorias y/o complementarias, la que será de aplicación en todo lo que resulte compatible y no se oponga al régimen jurídico específico establecido en la presente ley;

c) Por los convenios y acuerdos colectivos, celebrados de conformidad con lo previsto por las leyes 14.250 (t.o. 2004) y 23.546 (t.o. 2004), y por los laudos con fuerza de tales;

d) Por las resoluciones de la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA) y de la Comisión Nacional de Trabajo Rural aún vigentes;

e) Por la voluntad de las partes; y

f) Por los usos y costumbres.

Art. 3º — Exclusiones. Este régimen legal no se aplicará:

a) Al personal afectado exclusiva o principalmente a actividades industriales, comerciales, turísticas, de transporte o servicios, aunque se desarrollaren en empresas o establecimientos mixtos, agrario-industriales o agrario-comerciales o de cualquier otra índole;

b) A los trabajadores que fueren contratados para realizar tareas ajenas a la actividad agraria;

c) Al trabajador del servicio doméstico regulado por el decreto 326/56, o el que en un futuro lo reemplace, en cuanto no se ocupare para atender al personal que realizare tareas agrarias;

d) Al personal administrativo de los establecimientos;

e) Al personal dependiente del Estado nacional, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, provincial o municipal;

f) Al trabajador ocupado en tareas de cosecha y/o empaque de frutas, el que se regirá por la ley 20.744 (t.o. 1976), sus modificatorias y/o complementarias, salvo el caso contemplado en el art. 7º, inc. c) de esta ley; y

g) A los trabajadores comprendidos en convenciones colectivas de trabajo con relación a las actividades agrarias incluidas en el régimen de negociación colectiva previsto por la ley 14.250 (t.o. 2004) con anterioridad a la entrada en vigencia del Régimen Nacional de Trabajo Agrario, aprobado por la ley de facto 22.248.

Art. 4º — Condiciones pactadas en los convenios y acuerdos colectivos de trabajo. Los convenios y acuerdos colectivos que se celebren en el marco de las leyes 14.250 (t.o. 2004) y 23.546 (t.o. 2004), establecerán su ámbito de aplicación tanto personal como territorial y su modo de articulación, teniendo en consideración las características propias de los distintos sectores, ramas y áreas geográficas que comprende la actividad agraria.

Art. 5º — Actividad agraria. Concepto. A los fines de la presente ley se entenderá por actividad agraria a toda aquella dirigida a la obtención de frutos o productos primarios a través de la realización de tareas pecuarias, agrícolas, forestales, hortícolas, avícolas, apícolas u otras semejantes, siempre que éstos no hayan sido sometidos a ningún tipo de proceso industrial, en tanto se desarrollen en ámbitos rurales.

Art. 6º — Ámbito rural. Definición. A los fines de la presente ley, se entenderá por ámbito rural aquel que no contare con asentamiento edilicio intensivo, ni estuviere efectivamente dividido en manzanas, solares o lotes destinados preferentemente a residencia y en el que no se desarrollaren en forma predominante actividades vinculadas a la industria, el comercio, los servicios y la administración pública. Sólo a los efectos de esta ley, se prescindirá de la calificación que efectuara la respectiva autoridad comunal.

Art. 7º — Actividades incluidas. Estarán incluidas en el presente régimen siempre que no se realicen en establecimientos industriales y aun cuando se desarrollen en centros urbanos, las siguientes tareas:

a) La manipulación y el almacenamiento de cereales, oleaginosos, legumbres, hortalizas, semillas u otros frutos o productos agrarios;

b) Las que se prestaren en ferias y remates de hacienda; y

c) El empaque de frutos y productos agrarios propios.

Decreto reglamentario 301/2013

Art. 1º — (Reglamentación del art. 2º, incs. c) y d)) La celebración de acuerdos y convenios colectivos, como los laudos con fuerza de tales en el marco de la Ley Nº 26.727, no alterarán el encuadramiento en ese Régimen Estatutario de los empleadores y trabajadores comprendidos en los mismos y deberán considerar la normativa vigente emergente de resoluciones de la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (C.N.T.A.) y de la Comisión Nacional de Trabajo Rural (C.N.T.R.), aún vigentes.

Con el mismo sentido las resoluciones que dicte la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (C.N.T.A.) deberán contemplar la normativa originada en convenios y acuerdos colectivos o la resultante de laudos con fuerza de tales.

• Comentario:

1. Introducción

Como se señalara en una obra anterior(1), no todas las relaciones laborales tienen su marco regulatorio en la Ley de Contrato de Trabajo, pues, si bien ésta vendría a actuar dentro del derecho positivo como la "ley común", en el universo del derecho laboral existen muchas relaciones dependientes a las que ésta no les resulta aplicable, en la medida en que se encuentran reguladas —aunque no siempre de modo integral— por otras leyes, que constituyen un conjunto normativo especial, conocidos doctrinariamente como "estatutos especiales", los cuales son objeto de estudio en esta obra.

No obstante, tanto la Ley de Contrato de Trabajo como las leyes estatutarias tienen como común denominador la búsqueda de la protección al "trabajo en sus diversas formas" que garantiza el art. 14 bis de la Constitución Nacional. Por tal razón, es que dicha protección no deba buscarse ineludiblemente en la LCT pues, ante la existencia de numerosas modalidades de trabajo, no es posible reglamentar adecuadamente dicha garantía a través de un único cuerpo normativo, por más amplio y genérico que resulte.

En el ámbito agrario, la actividad productiva se diferencia notoriamente de la del ámbito industrial, ya que sus tiempos, etapas y diversas necesidades se encuentran íntimamente ligadas a las de los ciclos de la naturaleza, pues es ésta quien —en gran medida— impone los momentos y períodos para efectuar las tareas, lo que objetivamente torna necesario una regulación específica.

Durante la vigencia de la ley 22.248, a los trabajadores de la actividad agraria —al igual que los dependientes de la administración pública— no les era aplicable la Ley de Contrato de Trabajo, porque el inc. c) del art. 2º los excluía expresamente, lo cual descartaba la posibilidad de efectuar el "juicio de compatibilidad" que exige la primera parte de dicha norma.

Con la entrada en vigor de la ley 26.727, que instituyó el "Nuevo Régimen de Trabajo Agrario", se ha revertido dicha exclusión, ya que, como más adelante se verá, la LCT ha sido expresamente incorporada como fuente de regulación.

2. Antecedentes normativos

Como señalara Roberto Izquierdo(2), la necesidad de regular el trabajo rural precede a la revolución industrial y, por ende, a la aparición del "derecho del trabajo" como rama autónoma del derecho. En efecto, si bien existe cierta similitud entre los institutos receptados primitivamente con los contemplados actualmente (vgr. jornada y remuneración), la radical diferencia estriba en el régimen tutelar de los derechos del trabajador en que se funda el derecho laboral. No obstante, creemos conveniente hacer una breve reseña de las principales regulaciones que han servido de antecedente del régimen actual.

En primer lugar, cabe citar la institución de la "encomienda" creada por la Corona Española durante la colonización de América con el propósito de percibir tributos por parte de los pueblos originarios (considerados súbditos), a cambio de lo cual el "encomendero" debía cuidar del bienestar asegurando su mantenimiento y su protección, así como su adoctrinamiento cristiano. Sin embargo, el régimen derivó en un sistema de trabajo forzado, que fue definitivamente eliminado por la Asamblea de 1813, en los albores de nuestra Patria. En esta primera etapa, es significativa la "papeleta de conchabo", mediante la cual se acreditaba la existencia de un "primitivo" contrato de trabajo; documento que era de gran valor, ya que su carencia implicaba ser considerado "vago" y, como consecuencia de ello, la condena al servicio de armas. Posteriormente, aparecen sucesivas normas relativas a la inmigración europea para cubrir la gran faltante de mano de obra, la cual, no sólo afectaba a la industria sino también al trabajo rural —en mayor medida en las zonas de más difícil acceso—, situación que se acrecentó luego de la "Conquista del Desierto" ante la necesidad de poblar la Patagonia.

Pero el inicio del derecho agrario tiene relación cronológica con la aparición de los códigos rurales; y es significativo el de la Provincia de Buenos Aires, creado por la ley 469 de 1865 porque, luego, sus lineamientos fueron seguidos por otras provincias. En él se definían los sujetos de empleador y trabajador, se regulaba la forma en que debía celebrarse el contrato de trabajo, y se establecían derechos y obligaciones de los contratantes; e incluso aparecía la distinción entre trabajadores permanentes y transitorios que —aunque con notorias diferencias— se efectúa en el ordenamiento actual.

Como es sabido, la ley 9688 de accidentes de trabajo ha sido pionera en materia de derecho laboral, aunque cabe aclarar que estuvo destinada en su origen al trabajo industrial, quizás por ser en este ámbito en el que se producía la mayor cantidad de siniestros. El trabajo agrario, recién a partir de la ratificación del Convenio 12 de la OIT mediante la sanción de la ley 12.631 en julio de 1940, quedó comprendido en el ámbito de aplicación de la hoy derogada Ley de Accidentes.

Dos años más tarde, fue sancionada la ley 12.789, conocida como la "Ley de conchabadores", que creó el "Régimen de trabajo de braceros para las labores agrícola, ganadera, minera y forestal", a fin de erradicar —o cuanto menos mitigar— los abusos producidos en dicho sector. Poco después, se dictó el decreto 28.169/1944 (ratificado por ley 12.921) que instituyó el "Estatuto del Peón Rural", considerado el primer cuerpo orgánico en la materia. Si bien sólo comprendía en su ámbito de aplicación al personal estable de los establecimientos rurales, fue luego complementado con la ley 13.020, creadora de la Comisión Nacional de Trabajo Rural, que sirvió para regular la actividad de los cosecheros, quienes —bajo el régimen actual— conforman el grupo de trabajadores "temporarios" o "no permanentes" del régimen anterior.

Ambas regulaciones fueron derogadas por la ley 22.248 que instituyó el Régimen Nacional de Trabajo Agrario (RNTA), el cual constituyó el primer conjunto normativo que reguló el trabajo agrario de modo integral, para lo cual no es ocioso remarcar que ello en gran medida podría obedecer a la exclusión de estos trabajadores del ámbito de aplicación personal del Régimen de Contrato de Trabajo instituido por la ley 20.744, por lo que puede considerarse que éste ha sido el estatuto que mayor cantidad de institutos del derecho del trabajo ha receptado.

Mediante la ley 26.727 (sancionada el 21 de diciembre de 2011, promulgada el 27 de diciembre, y publicada en el Boletín Oficial el 28 de diciembre de 2011) se instituyó un "nuevo" Régimen de Trabajo Agrario, el cual entró en vigencia por imperio del art. 2º del Cód. Civil, el día 6 de enero de 2012. Es aquí preciso señalar que el art. 109 de este cuerpo normativo dispuso que "el El Poder Ejecutivo reglamentará la presente ley en el plazo de sesenta (60) días desde su promulgación", lo cual ha generado cierta polémica respecto de la fecha de efectiva aplicabilidad del nuevo RTA. Mas lo cierto es que éste ya se encuentra reglamentado por decreto PEN 301/2013, publicado en el Boletín Oficial el día 22 de marzo de 2013, por lo que ya no existen dudas acerca de su vigencia en la actualidad.

Por último, es preciso señalar que, como destaca Roberto J. Domínguez(3), esta nueva normativa de manera implícita, pues no lo establece expresamente, deroga la ley anterior 22.248 y su dec. regl. 563/1981.

3. Ámbito personal de aplicación

El ámbito personal de aplicación del RTA tiene como presupuesto necesario la existencia de un "contrato de trabajo agrario" que se ejecute en el territorio nacional, incluso cuando éste se hubiere celebrado fuera del país (art. 1º).

Consecuentemente, para determinar los supuestos en los cuales una relación laboral debe enmarcarse en el presente estatuto se torna necesario señalar que el art. 11 dispone que "Habrá contrato de trabajo agrario, cualquiera sea su forma o denominación, siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios en el ámbito rural, mediante el pago de una remuneración en favor de otra y bajo su dependencia, persiguiera ésta o no fines de lucro, para la realización de tareas propias de la actividad agraria en cualquiera de sus especializaciones, tales como la agrícola, pecuaria, forestal, avícola, apícola, hortícola u otras semejantes".

Sobre dicha base, corresponde ahora precisar algunos conceptos de dicha tipificación para comprender cuáles son los contratos de trabajo amparados por el nuevo RTA:

Actividad agraria: El art. 5º circunscribe ésta a la actividad inherente a la "obtención de frutos o productos primarios a través de la realización de tareas pecuarias, agrícolas, forestales, hortícolas, avícolas, apícolas u otras semejantes", con la condición de que "éstos no hayan sido sometidos a ningún tipo de proceso industrial". La norma no especifica qué debe entenderse por "proceso industrial", pero como la actividad se centra en la obtención de frutos naturales, puede resultar confuso o sobreabundante vislumbrar cuáles serían los supuestos que deberían excluirse sobre dicha base, si se repara en que, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, el término "industria" debe entenderse como el "Conjunto de operaciones materiales ejecutadas para la obtención, transformación o transporte de uno o varios productos naturales"(4). Sin embargo, el significado para tal condición consiste en que estos procesos "se desarrollen en ámbitos rurales", tal como aclara el final de la norma.

Ámbito rural: En ilación al punto anterior, corresponde ahora definir cuál es el ámbito rural a los fines del RTA, el cual —vale aclarar— no coincide necesariamente con la acepción que pudiese corresponder desde una óptica administrativa o de otras ramas del derecho (vgr. "delitos rurales" según el Código Penal). A estos efectos corresponde acudir a la definición del art. 6º, la cual determina que por "ámbito rural" debe entenderse a "aquel que no contare con asentamiento edilicio intensivo, ni estuviere efectivamente dividido en manzanas, solares o lotes destinados preferentemente a residencia y en el que no se desarrollaren en forma predominante actividades vinculadas a la industria, el comercio, los servicios y la administración pública. Sólo a los efectos de esta ley, se prescindirá de la calificación que efectuara la respectiva autoridad comunal". En definitiva, debe tratarse de un espacio territorial que no se encuentre destinado a la residencia de personas y en el cual no se desarrollen actividades distintas de las agrarias.

Tareas comprendidas. Exclusiones: Como principio general, la índole de las tareas incluidas en el RTA son aquéllas "propias de la actividad agraria en cualquiera de sus especializaciones". Por ello, el art. 3º excluye en forma expresa las desempeñadas por: a) personal afectado exclusiva o principalmente a actividades industriales, comerciales, turísticas, de transporte o servicios, aunque se desarrollaren en empresas o establecimientos mixtos, agrario-industriales o agrario-comerciales o de cualquier otra índole; b) trabajadores que fueren contratados para realizar tareas ajenas a la actividad agraria; c) trabajador del servicio doméstico regulado por el dec. 326/1956, o el que en un futuro lo reemplace, en cuanto no se ocupare para atender al personal que realizare tareas agrarias (actualmente, ley 26.844 que instituye el Régimen Especial de Contrato de Trabajo para el Personal de Casas Particulares); d) personal administrativo de los establecimientos; e) personal dependiente del Estado nacional, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, provincial o municipal; f) trabajador ocupado en tareas de cosecha y/o empaque de frutas, el que se regirá por la ley 20.744 (t.o. 1976), sus modificatorias y/o complementarias, salvo el caso contemplado en el art. 7º, inc. c) de esta ley; y g) A los trabajadores comprendidos en convenciones colectivas de trabajo con relación a las actividades agrarias incluidas en el régimen de negociación colectiva previsto por la ley 14.250 (t.o. 2004) con anterioridad a la entrada en vigencia del Régimen Nacional de Trabajo Agrario, aprobado por la ley de facto 22.248.

Las exclusiones previstas en los incs. a), b), c) y d) podrían llegar a considerarse sobreabundantes, ya que es evidente que se trata de tareas ajenas a la actividad agraria, en tanto lo que importa no está dado por la actividad económica o el giro empresarial del empleador, sino por la índole de los servicios prestados.

La exclusión del inc. e) responde a la entidad del sujeto empleador independientemente de la clase de tareas o actividad de la que se trate, por lo que, al igual que lo dispuesto en el art. 2º, inc. a) de la LCT, el empleo público queda fuera del ámbito personal de aplicación del RTA.

En cambio, realmente, es difícil comprender la razón por la cual se decidió excluir al trabajador ocupado en tareas "de cosecha" de la protección estatutaria porque, indudablemente, se trata de una de las labores típicas del ámbito rural. Dicha separación había sido introducida al régimen anterior mediante la ley 23.808 y, al respecto, Izquierdo ha señalado que "[...] poco agregan los antecedentes parlamentarios de esta ley en torno a su justificación; en todo caso la iniciativa provino del Sindicato de la Fruta de Concordia, zona para la época (1990) de fuerte implantación citrícola, actividad que al auspicio de la exportación [...] ha experimentado una fuerte expansión [...]"(5).

La exclusión del inc. g) respecto de "los trabajadores comprendidos en convenciones colectivas de trabajo con relación a las actividades agrarias incluidas en el régimen de negociación colectiva previsto por la ley 14.250 (t.o. 2004) con anterioridad a la entrada en vigencia del Régimen Nacional de Trabajo Agrario, aprobado por la ley de facto 22.248" es difícil de justificar, excepto que ésta tenga como propósito mantener el status jurídico alcanzado por este sector de trabajadores, por encontrarse amparados por el RCT con anterioridad al RNTA.

En contrapartida a lo anterior, el art. 7º del RTA incluye tareas que prima facie deberían estar fuera de su ámbito de aplicación. Estas son: a) la manipulación y el almacenamiento de cereales, oleaginosos, legumbres, hortalizas, semillas u otros frutos o productos agrarios; b) las que se prestaren en ferias y remates de hacienda; y c) el empaque de frutos y productos agrarios propios. Como puede observarse, se trata de tareas que, aunque anexas a la actividad agraria, deberían hallarse excluidas de ésta en la medida que no están directamente destinadas a la "obtención de frutos o productos primarios a través de la realización de tareas pecuarias, agrícolas, forestales, hortícolas, avícolas, apícolas u otras semejantes". Sin embargo, el legislador ha entendido conveniente su incorporación incluso cuando la prestación se desarrolle fuera del ámbito rural, con la única condición de que no se realice en establecimientos industriales.

Por último, creemos conveniente dejar aclarado que la figura usualmente conocida bajo la denominación de "tambero mediero", o de "Contrato Asociativo de Explotación Tambera", —según la ley 25.169 que regula dicha actividad— no se encuentra comprendida en el ámbito de aplicación de las normas que rigen el trabajo agrario, pues su naturaleza jurídica no es de índole laboral. En efecto, el art. 2º de dicho cuerpo normativo, expresamente dispone que: "El contrato asociativo de explotación tambera es de naturaleza agraria, que configura una particular relación participativa. A todo lo no previsto en esta ley le son de aplicación las normas del Código Civil. Las dudas que se planteen entre las partes se dirimirán ante el fuero civil". A su vez, el art. 13 de la ley 25.169 expresa que "A todos los efectos previsionales, fiscales y laborales, se considerará los sujetos del contrato como titulares de explotaciones independientes. Tanto el empresario-titular como el tambero-asociado serán considerados exclusivamente como autónomos frente a legislación previsional, laboral y fiscal a todos sus efectos".

En síntesis, si bien las tareas desarrolladas por el tambero asociado pueden resultar sustancialmente similares a las que se prestan en el marco de un contrato de trabajo agrario, lo jurídicamente relevante es que la relación que establece con el propietario del tambo no es de carácter dependiente, sino autónomo, por lo que escapa al ámbito de aplicación material del RNTA, excepto —claro está— los casos en que, mediante alguna maniobra de fraude, se hubiera utilizado la figura del "tambero asociado" para encubrir un vínculo laboral, en cuyo caso, por aplicación del principio de primacía de la realidad, debe desplazarse el marco formal impuesto artificiosamente para dar lugar al que corresponde aplicar de acuerdo a la naturaleza dependiente de la relación.

4. Fuentes de derecho

Al igual que en el caso del art. 1º de la Ley de Contrato de Trabajo, la descripción del art. 2º de la ley 26.727 no es taxativa sino meramente enunciativa. En efecto, aunque no se haga una referencia explícita, cabe agregar otros cuerpos normativos de especial trascendencia como la Constitución Nacional; en particular el art. 14 bis por ser fundamental en el Derecho Laboral. Tampoco pueden soslayarse las normas internacionales que poseen carácter supralegal a partir de la reforma constitucional de 1994. Así, y en lo que atañe específicamente a la actividad que aquí se trata, cabe hacer especial mención a los Convenios de la OIT nro. 11 (Derecho de asociación en la agricultura), nro. 12 (Indemnización de accidentes del trabajo en la agricultura), nro. 129 (Inspección del trabajo en la agricultura) y nro. 184 (Seguridad y salud en la agricultura); todos ratificados por la República Argentina.

Del texto de la referida norma sustantiva surge evidente un orden de prelación de normas, no obstante lo cual, debe memorarse que, en la medida en que no se afecte el orden público laboral ni el orden público general, es aplicable el principio de la norma más favorable.

Las fuentes de derecho expresamente incluidas son:

a) Por la presente ley y las normas que en consecuencia se dictaren. El Régimen de Trabajo Agrario, lógicamente, tiene como norma fundamental la ley 26.727, lo cual —como destacara precedentemente— no significa que sea la ley suprema, sino la ley especial regulatoria del contrato de trabajo agrario. Las normas que deben entenderse como dictadas en consecuencia de ésta son el decreto reglamentario 301/2013, como así también la ley 25.191, que si bien es anterior, ha sido sustancialmente reformada por la ley 26.727, aunque, como se verá más adelante, esta modificación ha sido declarada inconstitucional. Este cuerpo normativo ha declarado obligatorio el uso de la Libreta del Trabajador Rural; creado el Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores (RENATRE), (cuya sustitución por el Registro Nacional de Trabajadores y Empleadores Agrarios (RENATEA) a partir de la reforma introducida por la ley 26.727, como se apuntara, fue decretada inconstitucional), e instituido el Sistema Integral de Prestaciones por Desempleo y Servicio de Sepelio. Como lógica consecuencia, aquí también deben incluirse las resoluciones dictadas por dichos organismos.

b) Por la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 (t.o. 1976), sus modificatorias y/o complementarias, la que será de aplicación en todo lo que resulte compatible y no se oponga al régimen jurídico específico establecido en la presente ley: La inclusión de la Ley de Contrato de Trabajo como fuente normativa, constituye, sin hesitación, una de las modificaciones de mayor trascendencia del nuevo RTA, pues cabe memorar que dichos regímenes se excluían mutuamente. La reforma se halla en sintonía con la dispuesta por la ley 26.844 que crea el Régimen Especial de Contrato de Trabajo para el Personal de Casas Particulares, obligando sendas modificaciones del art. 2º de la LCT En efecto, el art. 104, ley 26.727 modificó el inc. c) en los siguientes términos: "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".

En tal ilación, se torna necesario conjugar lo expuesto con el art. 100, que reza lo siguiente: "Ley de Contrato de Trabajo. Su aplicación. Las disposiciones de esta ley son de orden público y excluyen las contenidas en la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias en cuanto se refieran a aspectos de la relación laboral contempladas en la presente ley, conforme lo establecido en el art. 2º".

De lo expuesto surge evidente que la aplicación de la LCT está condicionada al juicio de compatibilidad que debe efectuarse respecto de todo estatuto especial, de conformidad a lo dispuesto por el mentado art. 2º, LCT, el cual recae en dos aspectos: 1) Compatibilidad con la naturaleza y modalidades de la actividad; 2) Compatibilidad con el régimen jurídico. Consecuentemente, la LCT podría ser aplicable respecto de institutos no regulados por el RTA, como así también complementando o cubriendo lagunas o aspectos no abordados por éste, en la medida en que las disposiciones de la LCT no resulten incompatibles.

Como lógica consecuencia de esta modificación sustancial del RTA, el art. 108 incorpora, también con carácter supletorio, las disposiciones establecidas en las leyes 24.013, 25.013, 25.323 y 25.345. Por ende, se aprecia particularmente relevante la aplicación del Capítulo I del Título 2 de la LNE (arts. 7º a 17) referido al empleo no registrado, por lo que es exigible la obligación de inscribir el contrato de trabajo en los términos del art. 7º, y viables las indemnizaciones previstas por los arts. 8º, 9º, 10 y 15, en caso que se cumplimenten lo recaudos exigidos por el art. 11. Por el contrario, no son asimilables los contratos de trabajo por temporada y eventual incorporados por la LNE, como así tampoco lo regulado acerca de las empresas de servicios eventuales, toda vez que no son compatibles con el Régimen de Trabajo Agrario.

En igual sentido se destaca la viabilidad de las multas previstas por los arts. 1º y 2º de la ley 25.323 y 43 y 45 de la ley 25.345, aunque respecto de esta última lucen también compatibles todas las reformas introducidas por el Capítulo VIII. En cuanto a la ley 25.013, se observa —en principio— compatible el contrato de trabajo de aprendizaje instituido en el art. 1º, como así también la presunción iuris tantum que dimana del art. 9º. En cambio, considero que no es asimilable por el RTA el período de prueba que se incorpora al art. 92 bisLCT, pues, como más adelante se verá, el art. 16 expresamente veda dicha práctica.

c) Por los convenios y acuerdos colectivos, celebrados de conformidad con lo previsto por las leyes 14.250 (t.o. 2004) y 23.546 (t.o. 2004), y por los laudos con fuerza de tales. Este inciso también implica una innovación respecto de la ley 22.248, en tanto en el régimen anterior las regulaciones generalmente adoptadas en este tipo de cuerpos normativos eran decididas por la CNTR. La posibilidad de concertar convenios colectivos de trabajo había generado cierta polémica en el régimen anterior. Ello así por cuanto dentro de las "Disposiciones complementarias y transitorias" del RNTA (Título IV), se preveía expresamente que: "El régimen de las convenciones colectivas de trabajo continuará aplicándose únicamente con relación a las actividades agrarias que se hubieren incluido en aquél con anterioridad a la vigencia de la presente ley".

Asimismo, cabe memorar que el art. 4º del mismo cuerpo normativo disponía: "Las remuneraciones y condiciones laborales de todos los trabajadores agrarios se regirán exclusivamente por la presente ley y las resoluciones que en su consecuencia dicte la Comisión Nacional de Trabajo Agrario" (lo destacado en cursiva me pertenece). A su vez, el art. 86 del RNTA, en el que se enumeraban las atribuciones y deberes de la Comisión Nacional de Trabajo Agrario, en el inc. ll) preveía que esta última no podría fijar las condiciones de trabajo y remuneraciones respecto de aquellas actividades que se rigieren por convenciones colectivas de trabajo legalmente celebradas, salvedad hecha de la facultad prevista por el inc. g) (referente a la determinación de las deducciones sobre las remuneraciones por el otorgamiento de las prestaciones de alimentación y vivienda, cuando ellas fueren proporcionadas por el empleador). Consecuentemente, en el régimen anterior debía extraerse como conclusión que en el ámbito del RNTA las remuneraciones y demás condiciones laborales únicamente podían ser fijadas por la CNTA, excepto en aquellas actividades agrarias incluidas a dicho régimen, en las que eran aplicables convenios colectivos de trabajo celebrados con anterioridad.

Sin embargo, a entender de Izquierdo(6), a partir de la reforma de la ley 25.877 y la derogación del texto original del art. 19 de la ley 14.250 (que rezaba: "La reglamentación determinará en qué medida la presente ley se aplicará a actividades que, dadas sus características particulares, tengan en vigencia ordenamientos legales o reglamentarios vinculados con la misma materia"), no existe inconveniente alguno para la celebración de convenios colectivos de trabajo en el ámbito del RNTA, aunque éstos deben sujetarse al "bloque de legalidad" derivado de la ley estatutaria junto con las resoluciones dictadas por la CNTA.

De este modo, la inclusión expresa de los convenios colectivos de trabajo viene a zanjar la cuestión, quedando éstos incorporados al RTA incluso por encima de las resoluciones del inciso siguiente. Cabe aquí remarcar que es el art. 1º del decreto reglamentario quien se encarga de reafirmar la preservación del estatus de los trabajadores amparados tanto por los Convenios Colectivos de Trabajo como por las resoluciones de la CNTA y de la CNTR.

En sintonía con la inclusión de los CCT entre las fuentes de derecho del RTA, el art. 4º establece ciertas directrices que parecen dirigidas a las partes colectivas y a la autoridad de aplicación en relación al contenido que éstos deben regular. Así determina que deben establecer: 1) Ámbito de aplicación personal y territorial; 2) Su modo de articulación, a cuyo efecto indica que deberán considerarse "las características propias de los distintos sectores, ramas y áreas geográficas que comprende la actividad agraria".

Al respecto, se observa que los recaudos del punto "1" ya están expresamente previstos en el art. 3º de la ley 14.250, por lo que podrían resultar sobreabundantes. En cambio, el punto "2" puede generar discusión, toda vez que la articulación de los convenios colectivos está expresamente regulada en el capítulo IV de la mencionada ley —incorporado por ley 25.250— por lo que lo dispuesto por la norma bajo examen podría dar a entender que, en base a las características de la actividad agraria, las partes colectivas pueden disponer la articulación del CCT al margen de lo dispuesto por el referido capítulo. En mi opinión, si bien ha de tenerse presente que por relevancia del enunciado de la norma podría darse tal sentido a dicha previsión, de todos modos considero que el art. 4º expresamente hace referencia a los convenios colectivos "que se celebren en el marco de las leyes 14.250 y 23.546", por lo que ante la ausencia de una excepción expresa respecto de lo dispuesto por los arts. 23 a 27 de la ley 14.250 (t.o. ley 25.250) en relación a la articulación de convenios colectivos, no podría ésta presumirse por aplicación del principio ubi lex non distinguit non distinguere debemus.

d) Por las resoluciones de la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA) y de la Comisión Nacional de Trabajo Rural aún vigentes. Si bien la ley 26.727 deroga íntegramente el RNTA instituido por la ley 22.248, lo cierto es que muchos aspectos técnicos inherentes al Régimen de Trabajo Agrario, no cuentan todavía con una regulación propia del nuevo régimen, razón por la cual es necesario que éstas se mantengan con la lógica condición de que resulten compatibles a este último, tal como expresamente prevé el mentado art. 1º del decreto reglamentario.

e) Por la voluntad de las partes y

f) Por los usos y costumbres. Cabe hacer una breve referencia a la "voluntad de las partes" y a los "usos y costumbres" como fuentes de derecho. La primera queda plasmada en los términos del contrato individual de trabajo, ya que, una vez superados los mínimos inderogables, las partes recobran en plenitud su libre autonomía para establecer los términos de la relación laboral. En el caso de los segundos, éstos también se incorporan al contrato de trabajo, pero de modo tácito; situación que es habitual en el ámbito agrario debido a que, por sus características, las condiciones de la prestación de tareas deben adecuarse asiduamente a la metodología empleada en cada región y actividad en particular. Todo ello, claro está, siempre y cuando no se vulnere el orden público laboral, es decir, siempre que el derecho consuetudinario no resulte peyorativo para el trabajador frente a las restantes normas de aplicación obligatoria al contrato de trabajo agrario.

5. Jurisprudencia

Ámbito personal de aplicación

El accionante acreditó que se desempeñó como "encargado de laboratorio" y no como peón general tal como lo sostuvo la accionada en su responde. Así cabe destacar que la relación de trabajo es un contrato "realidad", así llamado para indicar que lo determinante son los hechos tal como se dan y no lo que las partes quieren decir de la relación o sus denominaciones o formas que adopten para poner un velo sobre lo realmente ocurrido. En consecuencia, conforme las actividades que desarrolla la empresa demandada y las tareas cumplidas por el trabajador, la relación habida entre las partes no se encontraba ceñida a la previsión contenida en el art. 2º inc. c) de la ley de contrato de trabajo, por el contrario de conformidad a lo normado en el art. 6º inc. a) de la ley 22.248, tal régimen resultan inaplicable.

CNTrab., sala I, 17/8/2016, "Lubschinski, Jorge Alessio Javier c. Pacuca S.A. s/despido", sent. def. 91.352.

Ámbito personal de aplicación

"El apelante sostiene que correspondía encuadrar el vínculo en la ley 22.248 que regula el trabajo agrario en atención a la naturaleza de la actividad de la empresa demandada pero soslaya que el actor denunció en el inicio que, si bien sus tareas eran efectuadas en el ámbito rural y en contacto con animales, también efectuaba tareas administrativas, por lo que debía encuadrarse dentro del CCT 130/1975 en atención a la naturaleza también comercial de la actividad de la empleadora, tal como surge del folleto acompañado en sobre de fs. 2 de donde surge que también se dedica a la comercialización al por mayor de productos veterinarios y cría de ganado para desarrollar programas genéticos. En este sentido, el señor Juez 'a quo' tuvo por cierta la realización de dichas tareas, a lo que se suma que sus fundamentos no pudieron ser desvirtuados por prueba en contrario dada la contumacia procesal de la demandada, por lo que las manifestaciones vertidas en esta instancia sobre el particular, devienen extemporáneas".

CNTrab., sala I, 30/11/2011, "Zeballos, Leonardo Luis c. La Botica Genética Porcina SA s/despido", sent. def. 87.281.

Prueba del contrato de trabajo agrario. Presunción. Principio de primacía de la realidad

1. El concepto de absurdo hace referencia a la existencia en la sentencia atacada, de un desvío notorio, patente o palmario de las leyes de la lógica o a una grosera desinterpretación material de la prueba producida, pero no cualquier error, ni la apreciación opinable, discutible u objetable, ni la posibilidad de otras interpretaciones, alcanzan para configurarlo, sino que es necesario que se demuestre un importante desarreglo en la base del pensamiento, una anomalía extrema, que debe ser eficazmente denunciado y demostrado por quien lo invoca, en la invariable inteligencia de que debe acudirse a la revisión de los hechos con carácter estrictamente excepcional, sólo en situaciones que bien puede calificarse de límites.

2. La correcta aplicación del principio de primacía de la realidad conlleva la prevalencia de las circunstancias fácticas verificadas en el caso sobre las formalidades o apariencias, más allá de lo que las partes hayan pactado o entendido convenir acerca de las notas tipificantes de la relación, en tanto tales datos sean atendibles a los fines de desentrañar la existencia o inexistencia de un vínculo laboral entre las partes o la verdadera naturaleza de la relación habida, como derivación necesaria e ineludible del principio protectorio consagrado constitucionalmente en el art. 14 bis de la Carta Magna nacional.

3. Si bien no es aplicable la presunción establecida en el art. 23 de la LCT a los supuestos de trabajo agrario, el principio de primacía de la realidad que se desprende de dicha norma no resulta privativo de ella, ya que constituye uno de los pilares del derecho del trabajo, por ello atendiendo a dicho principio debe entenderse que existió una relación laboral prestada por los actores para el demandado (del voto del Dr. Llugdar).

ST Santiago del Estero, sala Criminal, Laboral y Minas, 14/3/2016, "Giménez, Marcos A. y Otros c. Allalla, Alberto s/Sueldo mes de agosto/01, etc.", LLNOA, 2016 (octubre), AR/JUR/12676/2016.

Ámbito personal de aplicación

"La ley 22.248 excluye de su ámbito de aplicación a aquellas tareas que, aunque vinculadas con dicha actividad, giren en torno a la industrialización y/ o comercialización de frutos y productos. Lo cierto es que las tareas prestadas por la actora —consistentes en corte de papa para su envasado y congelado— más allá de haber sido efectuadas en un ámbito rural, no pueden ser calificadas propiamente de agrarias, ya que giran precisamente en torno a la industrialización del producto".

CNTrab., sala IV, 14/5/2010, "Rodríguez, Mónica Vanesa c. Polychaco SA s/despido", sent. def. 94.679.

Tambero mediero. Relación asociativa no incluida en el estatuto. Rescisión del contrato

"Resulta injustificada la resolución del contrato asociativo de explotación tambera por parte del empresario con fundamento en la falta de conformidad del asociado respecto de la elección de la empresa a la que se debía entregar el producido de la explotación, pues, más allá de que ello no ha sido probado, de conformidad con lo previsto en el art. 6º de la ley 25.169 (Adla, LIX-E, 5263), el tambero debe prestar conformidad en la elección de la empresa donde se efectúe la venta de lo producido".

CCiv. y Com. de Junín, 18/3/2008, "Silva, Ángel Alcides c. Nesprias de Dafond, Susana", LLBA, 2008 (mayo), 413, LL AR/JUR/505/2008.

Ámbito personal de aplicación. Granja avícola

"La relación laboral entre las partes fue regida por la normativa de trabajo agrario, en tanto se desarrolló en el espacio de una granja avícola dedicada a la obtención de huevos para consumo y si bien dicha tarea es contemplada en el CCT 28/1989 y en establecimientos rurales la res. 170/1989 CNTA, resulta de aplicación el criterio geográfico para delimitar la aplicación del mencionado régimen (del voto del Dr. Velázquez)".

CApel. Trelew, sala A, 11/3/2013, "López, Miguel Esteban c. Iturralde, Juan Ignacio y/o q rte. titular de Avícola Granja Sur", LLPatagonia, 2013 (junio), 1016, LL AR/JUR/5828/2013.

Ámbito personal de aplicación. Establecimiento lechero

"El Convenio Colectivo de Trabajo 2/1988 es inaplicable a la relación laboral habida entre un establecimiento lechero y un trabajador que cumplía funciones cuidando, ordenando, alimentando animales y conduciendo un tractor, ya que se trata de labores de naturaleza rural y el establecimiento sólo se dedicada a la extracción de materia prima, motivo por el cual el caso queda incluido en el Régimen del Trabajador Agrario".

SC Mendoza, sala II, 6/11/2012, "González, Francisco c. Cabaña Huilquihue SA y/o Cooperativa de Trabajo Agrícola Colonia Barraquero Ltda. p/ord. s/inc. cas.", LLGran Cuyo, 2013 (abril), 275, DJ, 8/5/2013, 43, LL AR/JUR/64331/2012.

Obrero común de viñas. Inaplicabilidad del Régimen de Trabajo Agrario

"La actividad laboral realizada por quien se desempeñaba como obrero común de viñas en la finca del demandado, se rige por el CCT 154/1991 y supletoriamente por la Ley de Contrato de Trabajo y no por el Régimen Nacional de Trabajo Agrario —ley 22.248—, pues, dicho régimen en su art. 144 establece que el régimen de las convenciones colectivas de trabajo se continuara aplicando exclusivamente a las actividades agrarias que se hubieren incluido en el último régimen citado, con anterioridad a la vigencia de la ley 22.248 (DT, 1980-1031)".

SC Mendoza, sala II, 28/9/2005, "Fernández, Hugo M. c. Panastini, Antonio L.", LLAR/JUR/8987/2005.

Incapacidad total de obrero de viña. Aplicación del régimen del art. 212, LCT

"En caso de incapacidad resultante al obrero de viña por causa de enfermedades o accidentes inculpables, debe aplicarse el régimen del art. 212 de la Ley de Contrato de Trabajo (Adla, XXXIV-D, 3207; XXXVI-B, 1175)".

SC Mendoza, sala II, 9/6/1999, "Sosa, Agustín c. Guerrero, Lorenzo, LLGran Cuyo, 1999, 847, con nota de Eduardo Estrada, LL AR/JUR/2229/1999.

Obreros de viña. Exclusión de la ley 22.248

"Los obreros de viña quedan excluidos del ámbito legal de la ley 22.248 (Adla, XL-C, 2427) porque el art. 144, excluye de su ámbito a las relaciones regidas por convenios anteriores a su vigencia".

Ídem anterior.

Trabajo rural. Ley 22.248. Inaplicabilidad

"A pesar de que el actor, ingeniero agrónomo, desempeñaba tareas inherentes a su profesión fuera del ámbito urbano, no correspondería encuadrarlo dentro del régimen de la ley 22.248, toda vez que la actividad fundamental del establecimiento demandado era la comercialización de tecnología para la instalación de criaderos de ranas. En consecuencia, el marco normativo de la relación entre las partes sería la LCT".

CNTrab., sala II, 30/9/1996, "Barcia, Roberto c. Manes, Marcelo y otros s/despido", La Ley online.

Trabajo rural. Aplicación del Régimen de Trabajo Agrario

"La aplicación del Régimen Nacional de Trabajo Agrario no depende del predominio del factor agrario, industrial o comercial de la totalidad de las actividades ejercidas por la empresa o establecimiento, sino de tal predominio en el exclusivo marco de la labor desarrollada por el dependiente en virtud de su contrato individual de trabajo".

CNTrab., sala II, 18/3/1987, "Gómez, Héctor c. Embalse SA s/despido", La Ley online.

Trabajo agrario. Características indispensables para la aplicación del régimen legal específico

"Es requisito para la aplicación del Régimen Nacional de Trabajo Agrario que los empleadores desarrollen alguna de las actividades agrarias mencionadas, y, recién cumplido ello, que los trabajadores realicen tareas vinculadas principal o accesoriamente a ellas".

CNTrab., sala II, 10/6/2009, en autos "Benavídez, Néstor c. Banfi, Marcelo s/despido", sent. def. 96.671, La Ley online.

Casero. Exclusión del régimen del trabajo agrario

"El hecho de que en la quinta estuvieran los cinco, seis o siete caballos de polo ... no implica que los demandados se dedicaran a alguna de las actividades descriptas ni excluye a las tareas vinculadas al cuidado de los mismos de las correspondientes al denominado "casero", cuyas labores se encuentran excluidas expresamente del Régimen de Trabajo Agrario, conforme lo dispone el art. 6º, inc. c) del mencionado estatuto".

CNTrab., sala II, 10/6/2009, en autos "Benavídez, Néstor c. Banfi, Marcelo s/despido", sent. def. 96.671, La Ley online.

Trabajos prestados para una consignataria de hacienda. Aplicabilidad de la ley 22.248

"Dado que los servicios prestados por el actor estuvieron relacionados con la actividad pecuaria y fueron llevados a cabo en el mercado de hacienda de Liniers, cabe considerar dicho lugar ajeno al ámbito urbano según el alcance que a dicha expresión acuerda el art. 1º del dec. regl. 563/1981 de la ley 22.248. Así, se considerará que se realizan fuera del ámbito urbano aquellas tareas que se ejecutaren en un medio que no contare con asentamiento edilicio intensivo, ni estuviere efectivamente dividido en manzanas, solares o lotes o destinado preferentemente a residencia y en el que no se desarrollaren en forma predominante actividades vinculadas a la industria, el comercio, los servicios y la administración pública. A esos efectos se prescindirá de la calificación que efectuare la respectiva autoridad comunal. La conclusión expuesta aún corresponde cuando se estimare que el mercado de hacienda de Liniers constituye un ámbito urbano, ello en virtud de lo que surge del art. 3º de la ley 22.248, "están incluidos en el presente régimen, aún cuando se desarrollan en zonas urbanas... las tareas que prestaren en ferias y remates de hacienda...".

CNTrab., sala III, 31/8/2005, "Lozano, Oscar c. Lalor SA s/despido", La Ley online.

Convenios de corresponsabilidad gremial. Trabajo de carga y cosecha

"Si la actividad principal de la empresa es agrícola, los convenios de corresponsabilidad gremial son los correspondientes a dicha explotación y abarca sólo a los trabajadores transitorios o temporarios que se emplean en la cosecha y carga. De ahí que resulte excluido de dicho convenio el personal permanente del establecimiento (por ejemplo, mecánicos de maquinaria agrícola, ingeniero agrónomo y agentes administrativos y de maestranza)".

CNTrab., sala V, 13/5/1985, "Caponi y Cía. SA", La Ley online.

Trabajo agrario. Inaplicabilidad del régimen. Tareas de comercialización de productos

"Si bien la empleadora reconoció ser titular de un establecimiento rural —en el caso, dedicado a la producción de papas— resulta improcedente aplicar el Régimen de Trabajo Agrario a la relación habida entre las partes, pues, los actores se encuentran encuadrados dentro de las excepciones previstas en el art. 6º del mencionado estatuto, ya que sus tareas estaban destinadas a la comercialización del producto".

CNTrab., sala VI, 11/11/2010, "Rodríguez, Graciela Raquel y otros c. Polychaco SA", IMP, 2011-3-274, LLAR/JUR/80124/2010.

Trabajo agrario. Tareas de empaquetamiento. Aplicación de la ley 22.248

"Toda vez que el trabajador realizaba el empaquetamiento del producto producido por la empleadora, resulta apropiado encuadrar su actividad dentro de las excluidas del régimen de la ley 22.248 por el art. 6º, inc. 1º, ya que si bien la empleadora se trata de una empresa de carácter mixto por su actividad agraria-comercial, la prestación del actor estaba destinada específicamente a la comercialización".

CNTrab., sala VI, 13/10/2010, "López, Eros Ezequiel c. Polychaco SA", LLAR/JUR/66094/2010.

Contrato de trabajo. Ley aplicable. Tareas del trabajador. Alimentación. Industria avícola

"Corresponde revocar la sentencia que consideró aplicable a la relación laboral la ley 22.248 de Trabajadores Rurales, pues, teniendo en cuenta que la demandada explota un establecimiento en el que se producen huevos, estando el actor directamente involucrado en tareas propias de esa actividad, resulta aplicable el CCT 403/2005".

CNTrab., sala VI, 20/5/2010, "Lauga, Bruno Damián c. Granja Tres Arroyos SA", LLAR/JUR/21237/2010.

Trabajo agrario. Interpretación

"El art. 2º de la ley 22.248 (DT, 1980-1031) consagra una pauta interpretativa mixta en relación a su ámbito de aplicación pues tiene en cuenta la naturaleza de la actividad, cualquiera sea el medio en que ésta se realice, denominado criterio "profesional" y, por otro lado, considera el lugar donde se encuentra ubicado el establecimiento, es decir, en el medio rural, llamado 'geográfico' o 'ecológico'".

CNTrab., sala VIII, 28/8/1996, "Gamarra, Ricardo A. c. Agrícola Pareja SA", DT, 1996-B-3022, LLAR/JUR/4477/1996.

Trabajo agrario. Exclusión de actividades de industrialización y/o comercialización

"El sistema normativo que regula la actividad agraria excluye de su ámbito de aplicación a aquellas tareas que, aunque vinculadas con dicha actividad, giren en torno a la industrialización y/o comercialización de frutos y productos (arts. 2º, 3º y 6º y concs., ley 22.248 —DT, 1980-1031—)".

CNTrab., sala VIII, 28/8/1996, "Gamarra, Ricardo A. c. Agrícola Pareja SA", DT, 1996-B-3022, LLAR/JUR/4477/1996.

Tareas de casero como función principal. Inaplicabilidad de la ley de contrato de trabajo

"Surge con meridiana claridad de las constancias de la causa que el débito principal se encontraba circunscripto a la función de casero para la cual ellos fueron contratados. Por ello, la mera circunstancia de que ambos accionantes haya realizado, ocasionalmente, —en el marco de una explotación rural— tareas que excederían a sus incumbencias primarias, no es suficiente para aceptar la hipótesis revisora que proponen, relacionada con el encuadre normativo de la vinculación (LCT); del mismo modo que en otras tantas actividades, la eventual y esporádica ejecución de trabajos accesorios al específico —que conformó el objeto de la contratación— tampoco infiere en el encuadre legal de la relación, cuya desenvolvimiento presupone cierto grado de dinamismo".

CNTrab., sala IX, 11/12/2009, "Rivarola, Luisa c. Cabaña Adrianita SA y otros s/despido", sent. def. 16.018.

Tareas de comercialización e industrialización. Exclusión Régimen de Trabajo Agrario

"Es improcedente considerar incluidas en la ley 22.248 (Adla, XL-C, 2427), las tareas realizadas por un trabajador en el campo de la accionada, si estaban vinculadas con la industrialización del producto que aquella fabrica —en el caso, fósforos—, pues la ley citada excluye de su ámbito de aplicación a aquellas tareas que giren en torno a la industrialización y/o comercialización de frutos y productos".

CNTrab., sala X, 23/2/2006, "Duarte, José c. Compañía General de Fósforos Sudamericana SA", LLAR/JUR/481/2006.

Actividad industrial y rural ocasional. Inaplicabilidad del Régimen de Trabajo Agrario

"El trabajador no queda incluido dentro del Régimen Nacional del Trabajador Agrario, cuando su desempeño habitual se realizó en la actividad industrial y la tarea rural fue ocasional. (Del voto del Dr. García Allocco)".

CCiv., Com., de Familia y del Trabajo de Marcos Juárez, 12/11/1998, "Ledesma, Héctor J. c. Biroccesi y Cía. SRL", LLC, 2000, 349, LL AR/JUR/556/1998.

Inaplicabilidad del art. 2º, CCT 130/1975. Aplicación régimen trabajo agrario si las tareas son agrarias

"Resulta de aplicación el Régimen Nacional de Trabajo Agrario y no el art. 2º del CCT 130/1975, si se encuentra acreditado que todas las tareas que realizaba el actor son típicamente agrarias, dado que se trataba de trabajos donde no ingresa prácticamente la intervención de tecnología sino que se requiere el uso de la fuerza, destreza y resistencia física —en el caso, manipuleo de productos agrarios—, y no ha realizado ninguna actividad comercial, ya que no era personal dirigido a promover o vender productos, sino únicamente a organizarlos, predisponerlos, ordenarlos y tenerlos preparados para su utilización".

CTrab. de San Francisco, 3/7/2007, "Aragonez, Ramón D. c. Cooperativa agrícola Ganadera y de Consumo Porteña Limitada", LLC, 2007 (setiembre), 867, LL AR/JUR/3766/2007.

Tareas de alambrado. Aplicación ley 22.248

"La realización de alambrados en campos forma parte accesoria de las actividades agrarias, por lo cual el trabajador que realizó dichas tareas para su empleador, se encuentra amparado por la ley 22.248 que regula el trabajo agrario".

CTrab. San Francisco, 31/7/2008, "Vergara, Aureliano Agustín c. Quiquinto, Roberto José", LLC, 2008 (diciembre), 1288, LL AR/JUR/8966/2008.

Cocinero de estancia. Inaplicabilidad del Régimen de Trabajo Agrario

"Las labores desarrolladas por quien vivía en una estancia cocinando para los dueños y/o encargados, deben encuadrarse en las disposiciones del Estatuto del Servicio Doméstico y no en aquellas que regulan el trabajo agrario, en tanto no está en discusión que residía de modo permanente en el lugar —en el caso, era esposa del capataz—, por lo cual a los fines de la acreditación del horario y tiempo de servicio ha de suponerse una dedicación continua en el desarrollo de las tareas propias del servicio doméstico, que beneficiario al propietario o a quienes actuaban en su nombre".

ST Corrientes, 28/8/2009, "Gauna, Elcira c. Dos Hermanas SA y/o Prop. y/o Resp.", LLLitoral, 2010 (febrero), 60, LL AR/JUR/33783/2009.

Primacía de la realidad. Trabajo agrario

"En el caso del trabajador rural vinculado con su empleador de manera no permanente —labores cíclicas, trabajo ocasional o supletorio—, debe reivindicarse el principio de primacía de la realidad, como directa derivación del tuitivo o protector, a fin de que este sector no vea disminuida la protección que otorga el Régimen Nacional del Trabajo Agrario, como consecuencia de un exagerado formalismo que no se condice con la naturaleza de las relaciones a desarrollarse en un ámbito marcadamente informal".

CTrab. Resistencia, sala II, 25/3/2002, "Barrios Mártires, R. c. Pereyra, Oscar y/u otro", IMP, 2003-A-1214, LLLitoral, 2003 (febrero), 56, LLAR/JUR/3636/2002.

Limpieza de galpones de pollo. Aplicación art. 2º, ley 22.248

"Por la naturaleza del trabajo que el actor realizaba —en el caso, limpieza de galpones de pollo—, resulta de aplicación el art. 2º de la ley 22.248 —Régimen del Trabajo Agrario—".

CApel. Concepción del Uruguay, sala del trabajo, 16/12/2009, "Hanz, José Alberto c. Valle, Alberto Jorge", LLAR/JUR/74540/2009.

Operador de viña. Inaplicabilidad del Régimen de Trabajo Agrario

"Resulta improcedente el reclamo formulado por un operario de viña en base a lo previsto en el art. 212 de la Ley de Contrato de Trabajo (Adla, XXXVI-B, 1175), toda vez que no está contemplado en dicha cuerpo legal ya que las tareas que cumple son netamente agrarias por lo que corresponde aplicarle el convenio colectivo de trabajo 154/1991 y supletoriamente el Régimen Nacional del Trabajador Agrario".

C2a Trab. de Mendoza, 13/4/2005, "Aguilar, Félix c. Pieruz de Hernández, Estela", LLGran Cuyo, 2006 (marzo), 277, LL AR/JUR/5882/2005.

Peón de campo. Relación de dependencia

"Debe considerarse de naturaleza laboral, regida por las previsiones de la ley 22.248 (Adla, LX-C, 21.427), la relación habida entre la empresa demandada y quien se desempeñaba como peón general de granja avícola, si la primera ha reconocido expresamente la misma en la contestación de la demanda y ha sido acreditada mediante los recibos de haberes cursados entre las partes".

C3a Trab. de Mendoza, 7/2/2008, "Salvador, Serafín Pedro c. Brugnoli SA", LLGran Cuyo, 2008 (junio), 501, LL AR/JUR/706/2008.

Tareas de secado de yerba mate. Encuadramiento ley 22.248

"La relación habida entre el empleador y el dependiente que desarrollaba tareas en el proceso de secado de yerba mate debe encuadrarse en el régimen del trabajo agrario instituido por la ley 22.248, pues la secanza tanto del té como de la yerba mate se hallan comprendidas en el Régimen del trabajador agrario, porque tal actividad comprende a la manipulación y almacenamiento de dichos productos, conforme lo estipulado en el art. 3º de la ley citada".

CCiv., Com. y Lab. del Dorado, 23/5/2008, "Benítez, Pedro y otros c. Contreras, Carlos y otro", LLLitoral, 2008 (setiembre), 900, LLLitoral, 2009 (mayo), 386, con nota de Mariano Peretti; LL AR/JUR/4305/2008.

Ley 22.248. Ámbito de aplicación

"La ley 22.248 (Adla, XL-C, 2427), adopta un criterio mixto para determinar el ámbito de aplicación de las normas relativas al trabajo agrario: 1), como regla general (criterio geográfico o ecológico), se aplica a la actividad laboral que se desarrolla fuera del ámbito urbano, 2), como excepción (criterio profesional), se extiende en determinadas condiciones a las que se realicen en zonas urbanas, teniendo en cuenta la naturaleza de la tarea, cualquiera sea el medio en que ésta se realice. (Del voto del Dr. Marín)".

CLab. Santa Fe, 28/9/1987, "Gómez, Ismael E. c. Iturraspe, Francisco", LLAR/JUR/675/1987.

Características de las tareas. Inaplicabilidad del Régimen de Trabajo Agrario

"Teniendo en cuenta las tareas de jardinería y cuidado de la finca propiedad del accionado realizadas por el trabajador y atento a que se desarrollaban en un predio de reducidas dimensiones destinado al descanso y esparcimiento donde nunca se desarrolló actividad agraria de ninguna índole, tales labores sólo pueden corresponderse con las de servicios domésticos reguladas en el dec. 326/1956 y reglamentada por el dec. 7979/1956 y no bajo el Régimen de Trabajo Agrario previsto en la ley 22.248".

CTrab. y Minas de 1a Nominación de Santiago del Estero, 17/2/2009, "Lastra, Ramón Rosa c. Sialle, W. y/u otros", LLNOA, 2009 (julio), 586, LL AR/JUR/3770/2009.

Tareas de desmonte. Aplicación ley 22.248

"La realización de tareas de desmonte y apertura de caminos en el ámbito rural queda comprendida dentro de las previsiones de la ley 22.248 que regula el trabajo agrario, tanto por la naturaleza de las tareas realizadas cuanto el lugar donde se desarrollan, por lo cual la relación habida con el empleador está excluida del ámbito de aplicación de la ley laboral común —art. 2º, ley 20.744 de Contrato de Trabajo—".

CTrab. y Minas de 4ª Nominación de Santiago del Estero, 3/9/2008, "Loto, Juan Gregorio y otros c. Allalla, Alberto y otro", LLNOA, 2009 (marzo), 191, LL AR/JUR/19730/2008.

Inaplicabilidad ley de contrato de trabajo al régimen agrario

"Encontrándose expresamente excluida la aplicación de la ley laboral común respecto de las cuestiones suscitadas como consecuencia de un contrato de trabajo agrario —art. 2º, ley 20.744 de Contrato de Trabajo— resultan inaplicables los arts. 23 y 57 de la ley general por lo que no puede partirse de la base presuncional dispuesta por los mismos y consecuentemente debe mensurarse la prueba producida sin dichos elementos favorables al trabajador".

CTrab. y Minas de 4ª Nominación de Santiago del Estero, 3/9/2008, "Loto, Juan Gregorio y otros c. Allalla, Alberto y otro", LLNOA, 2009 (marzo), 191, LL AR/JUR/19730/2008.

Tareas de explotación de cañas de azúcar. Aplicación de la ley de contrato de trabajo

"Si las tareas del actor se hallaban vinculadas con la explotación de caña de azúcar, corresponde aplicar al caso normas de la Ley de Contrato de Trabajo y no la normativa prevista por la ley 22.248 referente al régimen nacional del trabajo agrario (Adla, XL-C, 2757)".

CApel. de Tucumán, sala III, 12/3/1996, "Gómez, Jacinto O. c. Cooperativa de Trabajadores Agropecuaria Mayo Ltda.", LA LEY, 1996-E, 667, LLNOA, 1998, 131, DJ, 1997-1, 341.

Art. 8º — Orden público. Alcance. Nulidad. Todas las disposiciones que se establecen en la presente ley, en los convenios y acuerdos colectivos que se celebren en el marco de las leyes 14.250 (t.o. 2004) y 23.546 (t.o. 2004), y en las resoluciones de la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA) y de la Comisión Nacional de Trabajo Rural vigentes, integran el orden público laboral y constituyen mínimos indisponibles por las partes.

En ningún caso podrán pactarse condiciones o modalidades de trabajo menos favorables para el trabajador que las contenidas en la presente ley, en los convenios y acuerdos colectivos que se celebren en el marco de las leyes 14.250 (t.o. 2004) y 23.546 (t.o. 2004), y en las resoluciones de la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA) y de la Comisión Nacional de Trabajo Rural vigentes. Esas estipulaciones serán nulas y quedarán sustituidas de pleno derecho por las disposiciones de esta ley y las demás normas que correspondieren conforme lo establecido en el presente artículo.

El presente régimen prevalece de pleno derecho sobre todas las normas nacionales o provinciales cuyo contenido se opusiere a sus disposiciones.

Art. 9º — Condiciones más favorables. Los convenios y acuerdos colectivos que se celebren en el marco de las leyes 14.250 (t.o. 2004) y 23.546 (t.o. 2004) y las resoluciones de la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA), que contengan normas más favorables para los trabajadores serán válidos y de aplicación.

La normativa referida en el párrafo anterior, que reúna los requisitos formales exigidos por la ley y que hubiera sido debidamente individualizada, no estará sujeta a prueba en juicio.

Art. 10.— Aplicación analógica de las convenciones y acuerdos colectivos de trabajo y resoluciones de la Comisión Nacional de Trabajo Agrario. Su exclusión. Las convenciones colectivas de trabajo y las resoluciones de la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA) no son susceptibles de aplicación extensiva o analógica, pero podrán ser tenidas en consideración para la resolución de casos concretos según la actividad o tarea del trabajador.

• Comentario:

6. Orden público laboral

El concepto jurídico de orden público ha generado polémica doctrinaria en cuanto a sus alcances, no obstante lo cual cabe poner el acento en que éste se halla íntimamente ligado a las normas imperativas, por resultar éstas la expresión más clara y concreta en que se cristaliza.

Desde esta óptica, cabe memorar que, según la clásica división de las normas estatales que integran el ordenamiento positivo, éstas pueden clasificarse en "imperativas" o "dispositivas". La diferencia entre ambas no estriba en una cuestión de orden jerárquico, sino en el modo en que éstas se interrelacionan con la autonomía de la voluntad de los sujetos de derecho, la cual sólo puede primar respecto de las normas dispositivas y no sobre las imperativas, a las que deben conformarse en forma total o parcial.

Fernández Madrid explica que el orden público se presenta como un concepto cambiante que se vincula siempre a un punto de vista del legislador respecto de intereses que estima prevalecientes en la comunidad en un momento dado y que, como tales, deben ser objeto de tutela adecuada. De tal modo, la noción de orden público se resuelve en un problema de valoración jurídica y más exactamente todavía de valoración jurídica vigente respecto de la tutela que debe darse a un derecho y del grado de dicha tutela. Su espectro puede cambiar según cuáles sean las circunstancias socioeconómicas y el modelo de relaciones laborales que se adopte. Se calificará como orden público absoluto cuando prevalezca la ley sobre la autonomía colectiva y sobre la autonomía individual y como orden público relativo cuando la ley o el convenio colectivo cedan ante los mejores derechos para el trabajador consagrados en normas de rango inferior(7).

El orden público laboral está integrado mayormente por normas de orden público relativo, destinadas a la formación de derechos mínimos inderogables, que hacen a la esencia de un régimen protectorio, a partir del cual las partes recobran su libertad de negociación. No obstante, también existen normas de orden público absoluto, siendo una clara muestra de éstas la prohibición de contratos de objeto ilícito.

El art. 8º del RTA define que el orden público laboral está integrado por la totalidad de las disposiciones establecidas por este mismo, como así también por los convenios y acuerdos colectivos enmarcados en las leyes 14.250 y 23.546 y en las resoluciones de la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA) y de la Comisión Nacional de Trabajo Rural vigentes. Del mismo texto normativo surge el carácter relativo del orden público laboral, en tanto expresamente se dispone que las normas que conforman éste "constituyen mínimos inderogables por las partes", lo que se traduce en la imposibilidad de pactar condiciones menos favorables que las previstas por el orden público laboral, so pena de nulidad, con la consecuente sustitución de las estipulaciones in pejus del trabajador por las normas imperativas que correspondan para el instituto de que se trate.

7. Aplicación de los Convenios Colectivos de Trabajo

En sintonía con lo dispuesto por los arts. 8º y 9º, ley 14.250 (t.o. 2004) y 8º, LCT, el art. 9º, RTA establece la validez de los Convenios Colectivos de Trabajo que contengan normas más favorables para el trabajador. En tal caso, no es necesaria su demostración en juicio, con la única condición de que éste sea debidamente individualizado.

Asimismo, en concordancia con el art. 16, LCT, se determina la imposibilidad de aplicar en forma extensiva o analógica las convenciones colectivas de trabajo y las resoluciones de la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA) a casos no comprendidos en el ámbito de aplicación respectivo. No obstante, en forma confusa y ciertamente contradictoria, se deja salvaguardada la posibilidad de ser consideradas estas normas "para la resolución de casos concretos según la actividad o tarea del trabajador". A modo de hipótesis, considero que esta posibilidad podría tener lugar en el caso de que ante alguna situación o concepto oscuro o dudoso en su interpretación, la normativa convencional de actividades afines a la que se trate, pueda arrojar luz sobre la cuestión. Pero lo que claramente no resulta viable es constituir un derecho en base a la aplicación analógica o extensiva de un convenio en el cual no se enmarca jurídicamente la relación laboral.

TÍTULO II Del contrato de trabajo agrario en general

Art. 11.— Contrato de trabajo agrario. Definición. Habrá contrato de trabajo agrario, cualquiera sea su forma o denominación, siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios en el ámbito rural, mediante el pago de una remuneración en favor de otra y bajo su dependencia, persiguiera ésta o no fines de lucro, para la realización de tareas propias de la actividad agraria en cualquiera de sus especializaciones, tales como la agrícola, pecuaria, forestal, avícola, apícola, hortícola u otras semejantes.

Art. 12.— Contratación, subcontratación y cesión. Solidaridad. Quienes contraten o subcontraten con terceros la realización de trabajos o servicios propios de actividades agrarias, o cedan, total o parcialmente, a terceros el establecimiento o explotación que se encontrare a su nombre, para la realización de dichas actividades, que hagan a su actividad principal o accesoria, deberán exigir de aquéllos el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y de las obligaciones derivadas de los sistemas de la seguridad social, siendo en todos los casos solidariamente responsables de las obligaciones emergentes de la relación laboral y de su extinción, cualquiera sea el acto o estipulación que al efecto hayan concertado.

Cuando se contraten o subcontraten, cualquiera sea el acto que le dé origen, obras, trabajo o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, y dentro de su ámbito, se considerará en todos los casos que la relación de trabajo del personal afectado a tal contratación o subcontratación está constituida con el principal.

La solidaridad establecida en el primer párrafo tendrá efecto aun cuando el trabajador demande directamente al principal sin accionar contra el contratista, subcontratista o cesionario.

No resultará de aplicación el presente artículo a aquellos propietarios que den en arrendamiento tierras de su titularidad que no constituyan establecimientos o explotaciones productivas, en los términos del art. 5º de la presente ley.

Art. 13.— Empresas subordinadas o relacionadas. Solidaridad. Siempre que una o más empresas, aunque tuviesen cada una de ellas personalidad jurídica propia, estuviesen bajo la dirección, control o administración de otras, o de tal modo relacionadas que constituyan un grupo económico de cualquier índole, de carácter permanente o transitorio, o para la realización de cualquiera de las actividades previstas en los artículos 5º y 7º de la presente ley, serán, a los fines de las obligaciones contraídas por cada una de ellas con sus trabajadores y con los organismos de seguridad social, solidariamente responsables.

Art. 14.— Cooperativas de trabajo. Sin perjuicio de las facultades propias de la autoridad de fiscalización pública en materia cooperativa, el servicio nacional de inspección de trabajo estará habilitado para ejercer el contralor de las cooperativas de trabajo a los efectos de verificar el cumplimiento de las normas laborales y de la seguridad social en relación con los trabajadores dependientes a su servicio, así como a los socios de ella que se desempeñaren en fraude a la ley laboral.

Estos últimos serán considerados trabajadores dependientes de quienes contraten, subcontraten o cedieren total o parcialmente trabajos o servicios que integren el proceso productivo normal y propio del establecimiento a los efectos de la aplicación de la legislación laboral y de la seguridad social y serán responsables con sus contratistas, subcontratistas o cesionarios del cumplimiento de las normas relativas al trabajo y a la seguridad social.

Si en el ejercicio de sus funciones los servicios de inspección de trabajo comprobaren que se ha incurrido en una desnaturalización de la figura cooperativa con el propósito de sustraerse, total o parcialmente, a la aplicación de la legislación del trabajo, sin perjuicio del ejercicio de su facultad de constatar las infracciones a las normas laborales y proceder a su juzgamiento y sanción, deberán denunciar esa circunstancia a la autoridad específica de fiscalización pública a los efectos del art. 101 y concordantes de la Ley de Cooperativas 20.337, y sus modificatorias.

Las cooperativas de trabajo no podrán actuar en el ámbito de la presente ley como empresas de provisión de trabajadores para servicios temporarios, ni de cualquier otro modo brindar servicios propios de las agencias de colocación.

Art. 15.— Empresas de servicios para la provisión de trabajadores temporarios. Prohibición. Se prohíbe la actuación de empresas de servicios temporarios, agencias de colocación o cualquier otra empresa que provea trabajadores para la realización de las tareas y actividades incluidas en la presente ley y de aquellas que de cualquier otro modo brinden servicios propios de las agencias de colocación.

Decreto reglamentario 301/2013

Art. 2º — (Reglamentación del art. 12 primer párrafo) Los contratistas, subcontratistas o cesionarios estarán obligados a exhibir al principal el número del Código Único de Identificación Laboral (CUIL), la constancia de pago de las remuneraciones, copia firmada de los comprobantes de pago mensuales al Sistema Único de la Seguridad Social (SUSS) y constancia de la cobertura por riesgos del trabajo de cada uno de los trabajadores que ocuparen:

a) cuando el principal lo requiriera;

b) en oportunidad de la finalización del contrato y previamente a la percepción de la suma total convenida.

El principal deberá retener del importe adeudado a los contratistas, subcontratistas o cesionarios, lo adeudado por créditos laborales a los trabajadores y por cotizaciones a la seguridad social, cuando no se diere cumplimiento a lo establecido en cualquiera de los supuestos del párrafo precedente.

Producida la retención, dentro de los diez (10) días, el principal deberá depositar el importe correspondiente a créditos adeudados a los trabajadores en la oficina más cercana de la autoridad de aplicación, y los correspondientes a créditos emergentes de la seguridad social, a la orden del organismo acreedor o recaudador, en la forma que establecen las disposiciones legales y reglamentarias vigentes.

Art. 3º — (Reglamentación del artículo 12). El Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social es la autoridad competente para fiscalizar el cumplimiento por parte de los empleadores involucrados de las obligaciones previstas en el art. 12 de la Ley Nº 26.727.

Art. 4º — (Reglamentación del artículo 14) En el caso de socios aparentes de cooperativas que se desempeñaren en fraude a la ley laboral, éstas serán responsables junto con sus contratistas, subcontratistas o cesionarios del cumplimiento de las normas relativas al trabajo y a la seguridad social.

La Autoridad Administrativa del Trabajo deberá comunicar a la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) y a la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) las irregularidades detectadas a los fines de la regularización de los trabajadores frente a la seguridad social.

• Comentario:

8. Contrato de trabajo agrario

La definición de contrato de trabajo que informa el art. 8º, RTA es en su esencia idéntica a la del art. 21, LCT, radicando la diferencia en el agregado del carácter "agrario" a fin de posibilitar el encuadramiento en la ley estatutaria.

El contrato de trabajo agrario no exige —en principio— ningún requisito específico para su celebración, y las partes gozan de libertad para su formalización, sin perjuicio de la obligatoriedad de la "libreta de trabajo", que seguidamente detallaré. Lógicamente, que ello no implica el libre albedrío en cuanto a sus términos, pues éstos deben sujetarse al orden público laboral y al cumplimiento y preservación de los derechos mínimos e inderogables, como analizara al comentar los arts. 8º y ss. del RTA. Igualmente, rige el principio de primacía de la realidad, por lo que resulta indiferente la denominación jurídica otorgada a la relación, ya que lo determinante de la naturaleza laboral del contrato estriba en los aspectos fácticos en que éste se desarrolla, para lo cual basta con que se verifique el hecho de que "una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios en el ámbito rural, mediante el pago de una remuneración en favor de otra y bajo su dependencia, persiguiera ésta o no fines de lucro".

En cuanto al concepto de dependencia, cabe remitir aquí al análisis efectuado en esta misma obra respecto de los arts. 21 y ss. de la LCT, a cuyo efecto es relevante remarcar que, por vía de lo dispuesto por el art. 2º, inc. b), sus disposiciones relativas a la existencia y prueba del contrato de trabajo son aquí aplicables.

En tal contexto normativo, sólo habré de remarcar que lo esencial consiste en la ajenidad de la persona que presta el servicio o labor respecto de la empresa, definida ésta según el art. 5º, LCT, como la "organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos".

De acuerdo a lo expuesto, cabe memorar la relevancia que cobra la presunción iuris tantum que prevé el art. 23, LCT en los siguientes términos: "El hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario. Esa presunción operará igualmente aun cuando se utilicen figuras no laborales, para caracterizar al contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio".

Del juego de las consideraciones anteriores, se extrae que cuando se encuentra demostrada o reconocida una prestación de servicios, corresponde presumir el carácter laboral de la relación, salvo que el prestador de éstos resulte empresario o profesional independiente, lo cual remite al antes mencionado principio de ajenidad.

Despejada la existencia de un contrato de trabajo de acuerdo a las pautas generales reseñadas, restaría determinar si éste se encuadra en el ámbito de aplicación personal del Régimen de Trabajo Agrario, para lo cual corresponde aquí remitirse al análisis efectuado precedentemente sobre este punto.

9. Libreta de Trabajo

La ley 25.191 —reglamentada por dec. 301/2013— declara obligatorio el uso de la libreta del trabajador rural. Esta libreta tiene carácter de documento personal, intransferible y probatorio de la relación laboral. Si el trabajador no cuenta con ella, el empleador debe gestionarla ante el Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores (RENATRE) (Ver infra declaración de inconstitucionalidad de la sustitución por de este último por el Registro Nacional de Trabajadores y Empleadores Agrarios (RENATEA).

10. Régimen de solidaridad

Los presupuestos fácticos de responsabilidad solidaria previstos por el RTA son sustancialmente similares a los contemplados por la LCT, lo que no quita la existencia de notorias diferencias en la extensión y alcance en que éstos son tratados. Cabe asimismo destacar la semejanza existente entre el art. 12, RTA y el art. 32 de la ley 20.744 en su redacción original(8). Lógicamente, por encontrarse el régimen de solidaridad expresamente regulado por la ley estatutaria, no es aplicable —en principio— el contemplado por la LCT (arts. 2º, RTA y LCT).

Para un adecuado ordenamiento expositivo de los diferentes presupuestos de responsabilidad solidaria, abordaré cada uno de ellos en el siguiente orden.

10.1. Contratación o subcontratación de trabajos o servicios propios de actividades agrarias que hagan a su actividad principal o accesoria

El primero de los supuestos previstos por el art. 12, RTA exige que los trabajos o servicios prestados resulten "propios" de la actividad agraria, debiendo entenderse por esta última a la definida por el art. 5º del mismo cuerpo normativo, es decir, como "toda aquélla dirigida a la obtención de frutos o productos primarios a través de la realización de tareas pecuarias, agrícolas, forestales, hortícolas, avícolas, apícolas u otras semejantes, siempre que éstos no hayan sido sometidos a ningún tipo de proceso industrial, en tanto se desarrollen en ámbitos rurales".

Dicha actividad agraria debe, a su vez, hacer a la "actividad principal o accesoria" del principal. Ello implica la necesidad de un nexo entre los servicios o tareas contratadas, ya sea por resultar inescindible o inherente de la acción principal, o por resultar accesoria o coadyuvante a ésta. Lo expuesto conlleva la posibilidad de que el contratante principal resulte un empresario ajeno a la actividad agraria y/o al ámbito rural, de conformidad a los arts. 5º y 6º, RTA, lo cual, claro está, no constituye un impedimento para la responsabilidad solidaria que aquí se trata.

En este supuesto, salvo que se den los recaudos necesarios para la figura prevista en el segundo párrafo, no se ve afectado el carácter de empleador del contratista, sino que lo que emerge es la responsabilidad solidaria de quien haya contratado tales trabajos o servicios. Ello implica la obligación de exigir de aquéllos el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y de las obligaciones derivadas de los sistemas de la seguridad social, para lo cual no es necesario requerimiento alguno por parte del trabajador como determina el art. 136, LCT, pues el art. 2º del decreto reglamentario faculta al principal a constatar tales pagos y lo obliga a retener y depositar por su propia iniciativa las deudas que los contratistas tuviesen con los trabajadores y con los organismos de la seguridad social.

Finalmente, cabe remarcar que la responsabilidad solidaria que aquí se trata, tiene efecto incluso cuando el trabajador demande directamente al principal sin accionar contra el contratista, subcontratista o cesionario, lo cual constituye una novedad en relación al RNTA que imponía tal condición. De este modo, el trabajador tiene la potestad que otorga el art. 705 del Código Civil de "exigir el pago de la deuda por entero contra todos los deudores solidarios juntamente, o contra cualquiera de ellos"; interpretación que —no es ocioso señalar— ha sido receptada respecto del art. 30, LCT el Fallo Plenario nro. 309 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo in re "Ramírez, María Isidora c. Russo Comunicaciones e Insumos y otro" del 3/2/2006. Esta previsión normativa no debería verse afectada por la entrada en vigor del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por ley 26.994, toda vez que el art. 833 de este cuerpo normativo —en sintonía con lo expuesto— dispone que "El acreedor tiene derecho a requerir el pago a uno, a varios o a todos los codeudores, simultánea o sucesivamente".

10.2. Contratación o subcontratación de obras, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, y dentro de su ámbito

En primer lugar cabe destacar que la consecuencia de este presupuesto es el desplazamiento o atribución del carácter de empleador al empresario principal, la que resulta en cierto modo similar a lo que prevé el primer párrafo del art. 29, LCT, lo que constituye una diferencia significativa del supuesto anterior de solidaridad propiamente dicha.

Para la viabilidad de esta figura es necesaria la concurrencia de dos presupuestos: a) que las obras, trabajos o servicios contratados correspondan a la actividad normal y específica del establecimiento del principal: Este requisito fáctico se asemeja al que prevé el art. 30, LCT, por lo que se regenera aquí el extenso debate doctrinario y jurisprudencial acerca de su alcance. No obstante, considero que lo esencial reside en que las tareas contratadas se encuentren integradas —o no— al proceso productivo de que se trate, condición que se ve patentizada en la posibilidad de que éstas resulten escindibles de la actividad normal y habitual de la empresa principal. Para ello, es menester tener presente que, conforme al art. 5º, LCT, la empresa es la "organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos", por lo que en la medida que tales tareas o servicios se hallen incorporados, aunque sea de un modo indirecto, a la estructura empresarial, éstos deben considerarse inescindibles.

b) que las obras, trabajos o servicios contratadas sean efectuadas dentro del "ámbito" del principal. La norma no precisa qué es lo que debe entenderse por este último, mas una interpretación armónica de este presupuesto lleva a concluir que está referido al establecimiento o explotación del principal. Considero que este último requerimiento es sumamente útil para esclarecer o de algún modo delimitar el alcance del presupuesto anterior inherente a la "actividad normal y específica", pues, como precedentemente señalara, ésta debe hallarse incorporada al establecimiento, el cual, de acuerdo al art. 6º, LCT debe entenderse como "la unidad técnica o de ejecución destinada al logro de los fines de la empresa, a través de una o más explotaciones". Todo ello, permite concluir de un modo armónico que las tareas que son objeto de la contratación o subcontratación deben hallarse integradas a la empresa, es decir —valga la reiteración— a la unidad técnica o de ejecución destinada a los fines de la empresa.

10.3. Cesión del establecimiento o explotación

En este presupuesto de responsabilidad solidaria es prioritario precisar qué es lo que debe entenderse por "establecimiento o explotación". El último párrafo del art. 12, RTA brinda una pauta de apreciación al definir que la valoración debe efectuarse a la luz de lo dispuesto por el art. 5º de la ley estatutaria. Consecuentemente, debe tratarse de un establecimiento destinado a "la obtención de frutos o productos primarios a través de la realización de tareas pecuarias, agrícolas, forestales, hortícolas, avícolas, apícolas u otras semejantes, siempre que éstos no hayan sido sometidos a ningún tipo de proceso industrial, en tanto se desarrollen en ámbitos rurales". Contrario sensu, este dispositivo no es aplicable cuando la cesión no involucre a un establecimiento o explotación, que reúna tales recaudos, tal como deja aclarado dicho último párrafo.

La cesión, sea parcial o total, impone al cedente la obligación de exigir el "adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y de las obligaciones derivadas de los sistemas de la seguridad social", la cual no se trata de una mera obligación de medios, sino de resultado, a poco que se repare en que seguidamente la norma establece que será "en todos los casos solidariamente responsables de las obligaciones emergentes de la relación laboral y de su extinción, cualquiera sea el acto o estipulación que al efecto hayan concertado".

10.4. Empresas subordinadas o relacionadas

La previsión de responsabilidad solidaria del art. 13, RTA es notoriamente similar en su aspecto sustancial a la del art. 31, LCT, aunque con una sensible mayor amplitud. Ello así por cuanto la única condición exigida es la existencia de un "grupo económico", resultando irrelevante el modo o índole en que éste se encuentre conformado, como así tampoco que resulte permanente o transitorio, en la medida que se dedique a la actividad agraria, la cual —vale memorar— está definida en los arts. 5º y 7º.

La norma describe a la constitución de un "grupo económico" como el hecho de que "una o más empresas, aunque tuviesen cada una de ellas personalidad jurídica propia, estuviesen bajo la dirección, control o administración de otras". Cabe destacar que esta última se trata de una mera enunciación y no de una condición, en tanto la propia norma objetiva el presupuesto legal en el hecho de que éstas se hallen de cualquier otro modo relacionadas en la medida que "constituyan un grupo económico de cualquier índole".

No obstante la mayor laxitud en la conceptualización del grupo económico en comparación con el mentado art. 31, LCT, quizás la mayor diferencia resida en que para el RTA no es necesaria la configuración de fraude.

11. Cooperativas de trabajo

Es una realidad que las cooperativas de trabajo han tenido y tienen un especial desarrollo en el ámbito de la actividad agraria y quizás sea ésta la razón por la que, a diferencia del régimen de la ley 22.248, hayan merecido un especial tratamiento en el nuevo RTA. Sin embargo, las disposiciones del art. 14 de este cuerpo normativo no constituyen, en rigor, un tratamiento diferencial al impuesto por la Ley de Cooperativas 20.337 y lo normado por el Título III, Capítulo III, de la ley 25.877 (art. 40(9)), por lo que dicha norma se reduce a reafirmar tales previsiones, consistentes —básicamente— en el contralor de las cooperativas de trabajo, tanto por parte de la autoridad de fiscalización pública en materia cooperativa como del servicio nacional de inspección de trabajo, como así también de las consecuencias del fraude a la ley laboral en el supuesto de que se verifique la existencia de un contrato de trabajo o relación laboral bajo la apariencia de esta figura asociativa; solución que se halla genéricamente comprendida por el principio de primacía de la realidad, en particular, y por el orden público laboral, en general.

Del mismo modo, expresamente se replica la imposibilidad de las cooperativas de trabajo de actuar "como empresas de provisión de trabajadores para servicios temporarios, ni de cualquier otro modo brindar servicios propios de las agencias de colocación".

12. Empresas de servicios para la provisión de trabajadores temporarios

El art. 15 prohíbe expresamente la actuación de este tipo de empresas de servicios temporarios o de agencias de colocación en el ámbito del RTA, por lo que son incompatibles las previsiones contenidas respecto de éstas en los arts. 29, 29 bis, 99 y concs. LCT, y 77 a 80 de la ley 24.013.

13. Jurisprudencia

Contrato de trabajo. Prueba. Esposa del trabajador rural

"La demanda laboral interpuesta por la esposa del trabajador rural debe ser rechazada, dado que si bien acreditó haber realizado tareas en el predio de la demandada, lo hizo sin conocimiento de la empleadora de su marido y en tareas de ayuda, de colaboración con el dependiente, no percibió nunca dinero de la empresa que retribuyera sus servicios, o directivas del principal, todo lo cual era fundamental para demostrar que efectivamente esa prestación de tareas se efectuó en manera subordinada, supliendo así la falta de previsión del Estatuto del Peón Rural de una norma similar a la indicada en el art. 23 de la Ley de Contrato de Trabajo".

CTrab. San Francisco, sala unipersonal, 14/3/2013, "Chamorro, Zulma Marta c. Los Lirios SRL s/ordinario — otros", LLC, 2013 (junio), 571, LL AR/JUR/7366/2013.

Contrato de trabajo. Prueba

"Si el empleador no probó que los trabajos realizados por el actor en su establecimiento hayan sido en su propio interés, debe tenerse por probada la relación laboral, pues quien permite, tolera o consiente que un tercero desarrolle alguna actividad en su establecimiento que implique la prestación de tareas, deberá luego aportar las pruebas con las que cuente para demostrar la verdadera naturaleza jurídica del vínculo".

CLab. Santa Fe, sala II, 10/2/2012, "Flores, Omar Darío c. Abraham, Pablo Elías y Otros s/C.P.L.", LLLitoral, 2012 (abril), 345, LL AR/JUR/338/2012.

Responsabilidad solidaria. Concepto de "actividad normal y habitual"

"Debe considerarse que la doctrina que la Corte Suprema sentara en la década de los años 90 a partir de autos "Rodríguez, Juan R. c. Cía. Embotelladora Argentina SA y otro" del 15/4/1993 (Fallos: 316:713) y que invoca la recurrente en abono de su tesitura, ha sido abandonada por el Alto Tribunal de modo claro y terminante en la sentencia dictada el 22/12/2009 en autos "Benítez, Horacio Osvaldo c. Plataforma Cero SA y otros" (Fallo B. 75. XLII).

"De acuerdo al criterio que inveteradamente he sostenido (véase Intermediación Laboral, que publicara en colaboración con Elio Gustavo Plaisant, Bs. As., l993, David Grimberg Libros Jurídicos), el concepto de "actividad normal y específica", que prevé la citada norma sustantiva, juzga el proceso productivo o prestador de servicios en forma integral. Así, se entiende que el objeto empresarial se logra merced a actos específicos y otros de apoyo, sin los cuales los primeros no serían fructíferos ni útiles. Afirmamos, quienes así pensamos, que el objetivo empresarial se nutre de actos propios y específicos (esenciales), pero también de otros secundarios que les dan soporte y sin los cuales aquel no puede brindarse, dándose en llamar a esta vinculación tan estrecha 'inescindibilidad' de las actividades (con igual criterio, esta sala 7/11/2007, in re 'Márquez Damonte, Román Alberto c. Sarasota Corp. SRL y otro s/despido', sent. 95.370 y 9/11/2007, in re 'Barrios Villalba, Carmen Ramona c. Sodexho Argentina SA y otro s/despido', sent. 95.381 entre otras)".

CNTrab., sala II, 23/2/2011, "Novillo, Andrés Eusebio c. Servicios Compass de Argentina SA y otro s/diferencias de salarios", sent. def. 98.945.

Contrato de medianería tambera. Caracterización

"El contrato de medianería tambera es un contrato de agrario de organización, que no reúne los caracteres de la relación de trabajo subordinado pues en la explotación agropecuaria que realiza no cumple instrucción o directiva alguna por parte del propietario del tambo y asume los riegos e infortunios económicos y financieros de la misma".

CCiv. y Com. de 5ª Nominación de Córdoba, 3/7/2000, "Molina, Amanda c. Frosasco, Juan", LLC, 2001, 695, LLAR/JUR/791/2000.

Relación de trabajo entre peón y dueño del campo. Naturaleza laboral

"Debe entenderse que entre el peón y el dueño del campo existió un contrato de trabajo agrario si ha sido acreditado que desarrollaba tareas en el cuidado de los animales y maquinarias del campo, sin que obste a ello la circunstancia de que exista un contrato de comodato entre las partes, firmado con posterioridad al inicio de las actividades y en el que se niega la relación laboral, ya que el art. 7º de la citada ley fulmina con nulidad las cláusulas contractuales que modifican la situación del trabajador en su perjuicio, al desplazarlo de la protección que le brinda el orden público laboral".

CTrab. Córdoba, sala 3, 13/12/2007, "Gómez, Armando Antonio c. Ruartes de Romo, Gabriela Isabel y otro", LLAR/JUR/11172/2007.

Falta de exhibición de la libreta del trabajador rural. Clandestinidad laboral

"La falta de exhibición de la Libreta del Trabajador Rural, declarada de uso obligatorio por el art. 1º de la ley 25.191 tanto para trabajadores permanentes como transitorios, a los fines de evitar la clandestinidad laboral en el sector rural, tornan vacuas las afirmaciones de los demandados cuando sostienen que el actor efectuaba tareas de carácter cíclico o temporario —en el caso, se hizo lugar a la demanda laboral en el entendimiento de que el actor era un trabajador agrario permanente en la explotación rural de los demandados—, pues de haber sido así hubiese acompañado esta documental y también los recibos de haberes que acreditan tal circunstancia".

CTrab. Córdoba, sala 7 unipersonal, 26/3/2010, "Roldán, Ventura c. Bianco, Omar y otros", LLC, 2010 (septiembre), 929, LL AR/JUR/21248/2010.

Improcedencia de doble encuadre jurídico de trabajador de temporada en cosecha y trabajador no permanente rural

"Es improcedente otorgar al mismo empleado que presta variadas tareas en una misma chacra, un doble encuadre jurídico de trabajador de temporada en cosecha y trabajador no permanente rural, si de las constancias de autos surge que laboraba en tareas de poda, cosecha, raleo, con continuidad durante todo el año y durante varias temporadas, prácticamente sin interrupciones, por cuanto pretender la firma de un contrato de "temporada" —innecesario en época de cosecha— implica una práctica contraria a la buena fe e injuriosas a los intereses del trabajador".

CCiv., Com., Lab. y Minería de Neuquén, sala II, 11/6/2009, "Romero, Antonio Crescencio y Otro c. Casa Ferracioli SA", LLAR/JUR/38628/2009.

TÍTULO III Modalidades contractuales del trabajo agrario

Art. 16.— Contrato de trabajo agrario permanente de prestación continua. El contrato de trabajo agrario se entenderá celebrado con carácter permanente y como de prestación continua, salvo los casos previstos expresamente por esta ley. No podrá ser celebrado a prueba por período alguno y su extinción se regirá por lo dispuesto en el Título XII de la ley 20.744 (t.o 1976) y sus modificatorias.

Art. 17.— Contrato de trabajo temporario. Habrá contrato de trabajo temporario cuando la relación laboral se origine 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, así como también, las que se realizaren en ferias y remates de hacienda.

Se encuentran también comprendidos en esta categoría los trabajadores contratados para la realización de tareas ocasionales, accidentales o supletorias.

Art. 18.— Trabajador permanente discontinuo. Cuando un trabajador temporario es contratado por un mismo empleador en más de una ocasión de manera consecutiva, para la realización de tareas de carácter cíclico o estacional o demás supuestos previstos en el primer párrafo del art. 17, será considerado a todos sus efectos como un trabajador permanente discontinuo. Este tendrá iguales derechos que los trabajadores permanentes ajustados a las características discontinuas de sus prestaciones, salvo aquellos expresamente excluidos en la presente ley.

El trabajador adquirirá los derechos que otorgue la antigüedad en esta ley a los trabajadores permanentes de prestación continua, a partir de su primera contratación, si ello respondiera a necesidades también permanentes de la empresa o explotación.

Art. 19.— Trabajo por equipo o cuadrilla familiar. El empleador o su representante y sus respectivas familias podrán tomar parte en las tareas que se desarrollaren en las explotaciones e integrar total o parcialmente los equipos o cuadrillas.

Igual derecho asistirá al personal permanente sin perjuicio de las restricciones legales relativas al trabajo de menores, encontrándose en tal supuesto sus familiares comprendidos en las disposiciones de la presente ley.

Cuando las tareas fueren realizadas exclusivamente por las personas indicadas en el primer párrafo del presente artículo, no regirán las disposiciones relativas a formación de equipos mínimos o composición de cuadrillas.

En ningún caso podrán formar parte de los equipos, o las cuadrillas que se conformen, personas menores de dieciséis (16) años.

Art. 20.— Trabajador temporario. Indemnización sustitutiva de vacaciones. El trabajador temporario deberá percibir al concluir la relación laboral, además del proporcional del sueldo anual complementario, una indemnización sustitutiva de sus vacaciones equivalente al diez por ciento (10%) del total de las remuneraciones devengadas.

Art. 21.— Trabajador permanente discontinuo. Indemnización. Daños y perjuicios. El despido sin justa causa del trabajador permanente discontinuo, pendientes los plazos previstos o previsibles del ciclo o temporada en los que estuviere prestando servicios, dará derecho al trabajador, además de las indemnizaciones previstas en el Título XII de la ley 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias o las que en el futuro las reemplacen, a la 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. La antigüedad se computará en función de los períodos efectivamente trabajados.

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.

Art. 22.— Trabajador permanente. Indemnización mínima por antigüedad o despido. El trabajador permanente en ningún caso podrá percibir como indemnización por antigüedad o despido un importe inferior a dos (2) meses de sueldo, 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.

Art. 23.— Modalidades especiales. La Comisión Nacional de Trabajo Agrario fijará las condiciones generales de las modalidades contractuales previstas en la presente ley, en los convenios colectivos de trabajo o en las resoluciones dictadas por aquélla.

Decreto reglamentario 301/2013

Art. 5º — (Reglamentación de los artículos 16, 17 y 18) Las asignaciones familiares correspondientes a los trabajadores encuadrados en los artículos 16, 17 y 18 de la Ley Nº 26.727 se regirán, en cuanto a prestaciones, requisitos, montos y topes por lo establecido en el inc. a) del art. 1º de la Ley Nº 24.714 y sus normas modificatorias y complementarias. Durante el período de receso que resulte de la discontinuidad del contrato de trabajo, con los deberes de prestación suspendidos y sin percibir prestación del Sistema Integral de Prestaciones por Desempleo y Servicio de Sepelio, los trabajadores encuadrados en el art. 18 de la Ley Nº 26.727, se regirán en cuanto a prestaciones, requisitos, montos y topes por lo establecido en el inc. c) del art. 1º de la Ley Nº 24.714.

Art. 6º — (Reglamentación del artículo 18). En cada ciclo o temporada, la convocatoria del empleador así como la aceptación del trabajador para reanudar la relación laboral deberán hacerse con anticipación suficiente, en tiempo oportuno y útil.

La convocatoria podrá materializarse por medios idóneos de comunicación.

El Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social fijará los medios, la forma y los contenidos básicos de la convocatoria, el modo de manifestar la aceptación y las implicancias de tales actos, teniendo en cuenta las características de las distintas actividades.

Art. 7º — (Reglamentación del artículo 18) Serán facultades del empleador disponer el reinicio y la suspensión de los deberes de prestación de los contratos de trabajo en cada ciclo o temporada en un orden determinado, en primer lugar por la especialidad y las tareas asignadas a los trabajadores, y en segundo término, por la antigüedad en el empleo, en función de la demanda de trabajo necesaria para cada período.

Art. 8º — (Reglamentación del artículo 18) Se considerará como domicilio del trabajador aquel que figure en la Libreta del Trabajador Agrario al finalizar el ciclo o la temporada, salvo que el trabajador hubiera comunicado fehacientemente al empleador su ulterior modificación.

• Comentario:

14. Modalidades contractuales

El Régimen del Trabajo Agrario instituido por la ley 26.727 si bien mantiene en lo sustancial, aunque con distinta denominación, la división del RNTA entre trabajadores "permanentes" y "no permanentes", introduce nuevas modalidades contractuales, aproximándose a las previsiones del Régimen de Contrato de Trabajo, las cuales se detallan a continuación.

15. Contrato de trabajo agrario permanente de prestación continua

Constituye el equivalente al contrato de trabajo por tiempo indeterminado del régimen general, toda vez que resulta la modalidad "común" u "ordinaria", puesto que tal como prevé el art. 16, RTA, el contrato de trabajo debe entenderse celebrado "con carácter permanente y como de prestación continua, salvo los casos previstos expresamente por esta ley". Es, por tanto, una clara manifestación del principio de continuidad o subsistencia del contrato de trabajo, que recepta el art. 10, LCT.

A diferencia del régimen anterior, el RTA elimina el período de prueba, y remite para su extinción a lo dispuesto en el Título XII de la Ley de Contrato de Trabajo. Por ello, cabe estar al análisis efectuado al respecto en esta misma obra, con la salvedad de que, como lógica consecuencia de la eliminación del período de prueba en este régimen, aquí no se presenta debate acerca de la viabilidad del tope mínimo previsto por el art. 245, LCT en los casos en que la antigüedad en el empleo resulte menor a tres meses.

En mi opinión, el hecho de que el art. 108, RTA declare que la ley 25.013 resulta de aplicación supletoria en nada modifica lo anterior, pues si bien el art. 3º de esta última modifica el art. 92 bisLCT y reduce el período de prueba al término de 30 días, dicha disposición resulta incompatible con esta ley estatutaria (arts. 2º, RTA y 2º, LCT), a poco que se considere que, valga la reiteración, el art. 16 expresamente dispone la imposibilidad de celebrar el contrato de trabajo a prueba por "período alguno".

16. Contrato de trabajo temporario

El presupuesto de esta modalidad que define el art. 17, RTA es esencialmente el mismo que el del "trabajador no permanente" en el régimen anterior (art. 77, RNTA). La norma prevé tres diferentes supuestos, de acuerdo a la causa que justifique la contratación:

a) 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 del RTA.

b) Realización de tareas en ferias y remates de hacienda.

c) Realización de tareas ocasionales, accidentales o supletorias.

Por tratarse de una excepción al régimen general, la prueba acerca de los presupuestos reseñados que justifican esta modalidad contractual recae en el empleador.

La extinción del contrato de trabajo opera con la finalización de la necesidad o causa que justificó éste, sin consecuencias indemnizatorias, excepto la que prevé el art. 20, RTA en concepto de "vacaciones", equivalente al diez por ciento (10%) del total de las remuneraciones devengadas, además, lógicamente, del proporcional del sueldo anual complementario.

17. Trabajador permanente discontinuo

Se trata de una nueva modalidad incorporada por la ley 26.727 que presenta notables similitudes con el contrato de trabajo de temporada previsto por el art. 96, LCT, por cuanto equipara en sus derechos a los trabajadores permanentes, aunque "ajustados a las características discontinuas de sus prestaciones, salvo aquéllos expresamente excluidos en la presente ley".

El presupuesto fáctico necesario para la configuración de esta modalidad está dado, por un lado, por el hecho de que la contratación tenga por objeto la realización de tareas de carácter cíclico o estacional o de alguno de los supuestos previstos en el primer párrafo del art. 17, reseñados precedentemente en los puntos a) y b). Es necesario que obedezca a necesidades de carácter cíclico, es decir, que puedan preverse y tengan vocación de repetirse con una cierta periodicidad. Por el otro, es necesario que el trabajador sea contratado por un mismo empleador en más de una ocasión de manera consecutiva.

Lo expuesto implica que se trata de un contrato de trabajo que comienza bajo la modalidad de trabajo temporario y luego, con la segunda contratación consecutiva, adquiere el carácter de permanente. No obstante, es importante remarcar que la antigüedad se computa desde el inicio de la primera contratación y en función de los períodos efectivamente trabajados en el transcurso de la relación laboral.

De conformidad a lo establecido en los arts. 6º a 8º del decreto reglamentario, es facultad del empleador determinar el reinicio y suspensión de cada ciclo o temporada. A fin de determinar los trabajadores que han de ser convocados, se debe privilegiar a aquéllos que se especialicen en la actividad que motiva el requerimiento y, en segundo término, considerarse la antigüedad en el empleo. La citación debe ser efectuada al último domicilio comunicado por el trabajador o, en su defecto, al que éste registrase en la Libreta del Trabajador Agrario al finalizar el ciclo o la temporada.

La convocatoria debe ser efectuada por el empleador por "medios idóneos de comunicación", lo que significa que, atendiendo a las características de cada caso en particular, deberá escogerse el que posea mayor aptitud y eficacia para que la comunicación resulte satisfactoria. La norma tampoco establece en forma expresa cuál debe ser la antelación con que la comunicación debe efectuarse, aunque pone como requisito que ésta resulte suficiente, al igual que la aceptación por parte del trabajador.

Finalmente, delega en el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social la determinación de los medios, forma y los contenidos básicos de la convocatoria, el modo de manifestar "la aceptación y las implicancias de tales actos, teniendo en cuenta las características de las distintas actividades" (art. 6º, dec. 301/2013).

La indemnización por despido del trabajador permanente discontinuo presenta la particularidad de que además de corresponder las previstas en el Título XII LCT, en el supuesto de que se encontraren pendientes los plazos previstos o previsibles del ciclo o temporada en los que estuviere prestando servicios el trabajador al momento del despido, debe adicionarse otra reparación adicional en concepto de daños y perjuicios con fundamento en el derecho común, que debe fijarse judicialmente "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". Esta reparación debe incluir el plazo correspondiente por la omisión del preaviso cuando el tiempo restante del período sea igual o superior al que corresponda por éste.

18. Trabajo por equipo o cuadrilla familiar

El art. 19, RTA replica prácticamente los términos del art. 81 del régimen anterior, en tanto sólo incorpora la restricción de emplear a menores de 16, lo que si bien puede resultar una obviedad, de todos modos no está demás reforzar en esta regulación dicha prohibición, máxime cuando se trata de una innegable realidad el empleo de menores en general, pero en este tipo de tareas en particular.

El trabajo por equipo o cuadrilla familiar no constituye una obligación ni un deber, sino una facultad, ya sea del empleador o su representante como así también del personal permanente y sus respectivos familiares directos, de prestar tareas en las explotaciones e integrar total o parcialmente los equipos o cuadrillas. Sin embargo, la norma determina que las disposiciones relativas a formación de equipos mínimos o composición de cuadrillas rigen únicamente cuando se trate de familiares del empleador o su representante.

19. Jurisprudencia

Personal no permanente. Indemnización

1. El recurso de inaplicabilidad de ley deducido contra la decisión que rechazó la demanda laboral promovida por un trabajador rural es improcedente si quedó acreditado en la causa que desarrollaba en verano tareas de cosecha de fruta, actividad que hacía encuadrado en la Ley de Contrato de Trabajo —de acuerdo con la ley 23.808—, y posteriormente, ya entrado el otoño, continuaba desarrollando una tarea complementaria del establecimiento rural, como es la poda de los frutales, actividad que hacía encuadrado como personal "no permanente" de la ley 22.248, la cual no previó una indemnización al finalizar el contrato.

2. La decisión de política legislativa de encuadrar la actividad cíclica —con excepción de las tareas de cosecha y/o empaque de frutas— dentro del contrato de trabajo del personal "no permanente", puede resultar criticable —y de hecho ha sido dejada de lado en el diseño de la actual ley 26.727—, pero no por ello debe ser considerada inconstitucional.

ST Río Negro, sala Laboral y Contencioso-Administrativo Laboral, 6/8/2014, "Parra, Claudio Fabián c. Expofrut S.A. s/reclamo", LLPatagonia, 2014 (diciembre), 16/12/2014, 673 — DJ, 4/3/2015, 70, AR/JUR/42402/2014.

TÍTULO IV De la vivienda, alimentación y traslado

Art. 24.— Vivienda. Requisitos mínimos. La vivienda que se provea al trabajador deberá ser sólida, construida con materiales adecuados que garanticen un adecuado estándar de confort y habitabilidad, debiendo reunir los siguientes requisitos mínimos:

a) Condiciones de seguridad, higiene, abrigo y luz natural, debiendo garantizarse medidas de prevención y saneamiento relativas a los riesgos sanitarios, epidémicos o endémicos según la zona de que se trate;

b) Ambientes con características específicas que consideren el tipo y el número de integrantes del núcleo familiar, con separación para los hijos de distinto sexo mayores de ocho (8) años;

c) Cocina-comedor;

d) Dormitorios, en función de la cantidad de personas que la habiten;

e) Baño para cada grupo familiar, dotado de todos los elementos para atender las necesidades de higiene básica de la familia y que deberá como mínimo contener: inodoro, bidet, ducha y lavabo; y

f) Separación completa de los lugares de crianza, guarda o acceso de animales, y de aquellos en que se almacenaren productos de cualquier especie.

Art. 25.— Infraestructura. La Comisión Nacional de Trabajo Agrario determinará las condiciones de infraestructura que deberán respetar las viviendas que se provean a los trabajadores, observando los requisitos previstos en el artículo anterior.

Art. 26.— Empleador. Deberes específicos. El empleador deberá instrumentar las acciones necesarias a fin de que la vivienda del trabajador se mantenga libre de malezas a su alrededor y se encuentren controladas las fuentes de riesgos eléctricos y de incendios, así como la posibilidad de derrumbes.

Art. 27.— Alimentación. La alimentación de los trabajadores rurales deberá ser sana, suficiente, adecuada y variada, según el área geográfica y la actividad que desarrollen.

Cuando a los trabajadores no les sea posible adquirir sus alimentos por la distancia o las dificultades del transporte, el empleador deberá proporcionárselos en las condiciones establecidas en el art. 39 de la presente ley.

Art. 28.— Agua potable. El empleador deberá suministrar agua apta para consumo y uso humano, en cantidad y calidad suficiente, alcanzando esta obligación a su provisión en las viviendas de los trabajadores y lugares previstos para el desarrollo de las tareas.

Todo establecimiento dispondrá de servicios sanitarios adecuados e independientes para cada sexo, en cantidad suficiente y proporcional al número de personas que allí trabajen.

Art. 29.— Penalidades. El incumplimiento por el empleador de los deberes previstos en los artículos 24, 26, 27 y 28 de la presente, lo hará pasible de las penalidades previstas en las normas vigentes que sancionan las infracciones a la legislación laboral. Las obligaciones a cargo del empleador establecidas en las disposiciones referidas precedentemente no serán compensables en dinero ni constituirán, en ningún caso, remuneración.

Art. 30.— Traslados. Gastos. Si el trabajador fuere contratado para residir en el establecimiento, el empleador tendrá a su cargo el traslado de aquél, el de su grupo familiar y las pertenencias de todos ellos, desde el lugar de contratación al de ejecución del contrato cuando se iniciare la relación y de regreso al extinguirse el vínculo.

Art. 31.— Obligación de proporcionar traslado. Supuesto. Cuando entre el lugar de prestación de las tareas y el de alojamiento del trabajador mediare una distancia igual o superior a tres (3) kilómetros y no existieren medios de transporte público, el empleador deberá proporcionar los medios de movilización necesarios, los cuales deberán reunir los requisitos de seguridad que determinen las normas vigentes.

Los trabajadores rurales no podrán ser trasladados en camiones. Los vehículos a utilizarse deberán haber sido construidos con destino al transporte de personas.

En caso de ser trasladados en vehículos de carga o en utilitarios, solamente podrán viajar en los lugares diseñados para el traslado de personas.

La cantidad máxima de trabajadores que podrán viajar en cada vehículo estará determinada por la cantidad de asientos fijos provistos, sea cual fuere la distancia a recorrer.

Decreto reglamentario 301/2013

Art. 9º — (Reglamentación del artículo 24) En los casos de extinción de la relación de trabajo, por cualquier causa, de un trabajador permanente de prestación continua, el trabajador que ocupare una vivienda proporcionada por el empleador como consecuencia del contrato dispondrá de un plazo de hasta TREINTA (30) días para desalojarla; situación que el empleador deberá comunicar formulando el respectivo requerimiento en forma fehaciente al trabajador.

Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo precedente, el empleador podrá disponer de la vivienda luego de transcurridos QUINCE (15) días de efectuada la pertinente comunicación, en cuyo caso deberá suministrar otra similar por el tiempo restante y hacerse cargo de los gastos de traslado y mudanza.

Art. 10.— (Reglamentación del artículo 24). El empleador, previo a la comunicación referida en el artículo anterior requiriendo el desalojo de la vivienda, deberá poner a disposición y satisfacer antes de operarse su desocupación los importes adeudados al trabajador por la relación laboral, como también los correspondientes a las obligaciones relativas a la seguridad social. El trabajador podrá incluir en las acciones que correspondan para la satisfacción de dichos importes, el reclamo de los daños y perjuicios que sufriera con motivo o en ocasión del desalojo si es que el mismo llegara a concretarse sin observar el empleador las obligaciones a su cargo.

• Comentario:

20. Vivienda, alimentación y traslado

En el contrato de trabajo agrario resulta frecuente la entrega de vivienda y alimentos al trabajador; y de allí que la ley 22.248 ya dedicara un capítulo a estas prestaciones en especie (II del Título III de; "Vivienda y alimentación). El Título IV del RTA mantiene dicha regulación y agrega al traslado del personal. Cabe destacar que tales prestaciones no son obligatorias para el empleador, excepto cuando así se lo determine, pero en el supuesto de que éstas sean otorgadas, deben cumplimentar ciertos requisitos mínimos.

20.1. Vivienda

Las condiciones mínimas que debe reunir la vivienda son: a) condiciones de seguridad, higiene, abrigo y luz natural; b) ambientes de tamaño adecuado y de acuerdo a la composición del núcleo familiar, con separación de ellos para los hijos de distintos sexos mayores de doce años; c) cocina-comedor; d) baños para cada grupo familiar dotados de los elementos para atender las necesidades del personal y su familia; e) separación completa de los lugares de crianza, guarda o acceso de animales y de aquéllos en que se almacenaren productos de cualquier especie; f) hallarse libre de malezas a su alrededor. Asimismo, se encomienda a la CNTA la determinación de las condiciones de infraestructura de las viviendas (ver asimismo en este sentido art. 89, inc. c), RTA).

El caso de extinción del contrato de trabajo agrario, cualquiera fuera la causa, el dependiente se encuentra obligado al desalojo de la vivienda provista por el empleador dentro de un plazo máximo de treinta días a partir de la comunicación fehaciente que a tal efecto debe cursarse. No obstante, ésta pueda ser exigida luego de transcurrido el plazo de quince días, en cuyo caso debe suministrar otro alojamiento similar —ya sea dentro o fuera del establecimiento— hasta el vencimiento del referido plazo, supuesto en el cual el empleador debe soportar los gastos generados por el traslado (arts. 75, RNTA y 30, dec. regl.).

Corresponde remarcar que el empleador se encuentra habilitado a requerir el desalojo luego de cumplir con la obligación de poner a disposición y satisfacer antes de operarse su desocupación los importes adeudados al trabajador por la relación laboral, como también los correspondientes a las obligaciones relativas a la seguridad social (art. 10, dec. regl.).

20.2. Alimentación

La provisión de alimentos no es en principio obligatoria, pero, al igual que respecto de la vivienda, en el caso que sea otorgada debe ser "ser sana, suficiente, adecuada y variada, según el área geográfica y la actividad que desarrollen". Sin embargo, el empleador sí se halla obligado a esta prestación en el caso de que a los trabajadores "no les sea posible adquirir sus alimentos por la distancia o las dificultades del transporte". Si bien se trata de una condición sujeta a valoración, considero que debe de tratarse de un supuesto en el cual los trabajadores se encuentran en una zona (rural o urbana) en la que no se hallan comercios que ofrezcan alimentos, o que los existentes no alcancen a proveer la cantidad y calidad necesaria, de acuerdo a la pauta del primer párrafo del art. 27, y que resulte imposible o excesivamente gravoso llegar al lugar más cercano para acceder a éstos, teniendo en cuenta los medios con los que cuentan los trabajadores.

En tal supuesto, el empleador está obligado a la provisión de alimentos, a cuyo efecto debe resguardar los requisitos que impone el art. 39, RTA, los cuales pueden aquí resumirse en la razonabilidad en el precio y la necesidad de que éstos hayan sido solicitados por el trabajador.

El suministro de agua potable en cantidad y calidad suficiente y la disposición de servicios sanitarios adecuados son en todos los casos obligatorios y no facultativos.

20.3. Transporte

En la misma lógica de las prestaciones anteriores, el traslado de los trabajadores no resulta, en principio, obligatorio, pero cuando éste es asumido por el empleador, debe ser efectuado en vehículos y lugares diseñados para el traslado de personas. Se trata de una típica disposición que refuerza el cumplimiento de otras normas generales frente a una práctica contraria a estas últimas, pues es evidente que constituye —cuanto menos— una infracción el hecho de transportar personas en vehículos, lugares o condiciones no habilitadas por las normas de tránsito.

Igualmente, el empleador está obligado a brindar el traslado de los trabajadores cuando entre el lugar de prestación de las tareas y el de alojamiento de éstos mediare una distancia igual o superior a tres kilómetros y no existieren medios de transporte público. Asimismo, cuando el trabajador sea contratado para residir en el establecimiento, debe brindar este servicio al trabajador y su grupo familiar desde el lugar de contratación al de ejecución del contrato, cuando se iniciare la relación, y de regreso, al extinguirse el vínculo.

TÍTULO V De la retribución del trabajador agrario

CAPÍTULO I De la remuneración y su pago

Art. 32.— Remuneraciones mínimas. Las remuneraciones mínimas serán fijadas por la Comisión Nacional de Trabajo Agrario, las que no podrán ser inferiores al salario mínimo vital y móvil vigente. Su monto se determinará por mes, por día y por hora.

De la misma manera se determinarán las bonificaciones por capacitación.

Art. 33.— Formas de su determinación. El salario será fijado por tiempo o por rendimiento del trabajo, y en este último caso por unidad de obra, comisión individual o colectiva, habilitación, gratificación o participación en las utilidades e integrarse con premios en cualquiera de sus formas o modalidades, correspondiendo en todos los casos abonar al trabajador el sueldo anual complementario.

El empleador podrá convenir con el trabajador otra forma de remuneración, respetando la mínima fijada.

Cuando el salario se determine por rendimiento del trabajo, el empleador estará obligado a garantizar la dación de trabajo en cantidad adecuada, de modo de permitir la percepción de salarios en tales condiciones, respondiendo por la supresión o reducción injustificada de trabajo.

Art. 34.— Remuneración mínima por rendimiento del trabajo. Salario mínimo garantizado. La remuneración por rendimiento del trabajo se determinará en la medida del trabajo que se haya efectuado, pero en ningún caso podrá ser inferior, para una jornada de labor y a ritmo normal de trabajo, a la remuneración mínima que la Comisión Nacional de Trabajo Agrario fije para la actividad y para esa unidad de tiempo.

En los casos de actividades cuyas remuneraciones no hayan sido fijadas o actualizadas conforme lo previsto en la presente ley, se aplicarán las dispuestas con carácter general.

La remuneración mínima sustituirá a la que por aplicación del sistema de rendimiento del trabajo pudiere corresponder cuando el trabajador, estando a disposición del empleador y por razones no imputables al primero, no alcanzare a obtener ese mínimo y aun cuando ello ocurriere a causa de fenómenos meteorológicos que impidieren la realización de las tareas en la forma prevista o habitual.

Art. 35.— Períodos de pago. El pago de las remuneraciones deberá realizarse en uno de los siguientes períodos:

a) Al trabajador mensualizado, al vencimiento de cada mes calendario;

b) Al trabajador remunerado a jornal o por hora, por semana o quincena;

c) Al trabajador remunerado por rendimiento del trabajo, cada semana o quincena, respecto de los trabajos concluidos en los referidos períodos, y una suma proporcional al valor del resto del trabajo realizado, pudiéndose retener como garantía una cantidad que no podrá ser mayor a la tercera parte de aquella.

Art. 36.— Lugar de pago. Los empleadores comprendidos en el presente régimen deberán abonar las remuneraciones mediante depósitos en cuentas abiertas a nombre de cada trabajador en entidades bancarias habilitadas por el Banco Central de la República Argentina en un radio de influencia no superior a dos (2) kilómetros en zonas urbanas y a diez (10) kilómetros en zonas rurales, debiendo asegurar el beneficio de la gratuidad del servicio para el trabajador y la no imposición de límites en los montos de las extracciones. El trabajador podrá exigir que su remuneración le sea abonada en dinero efectivo en lugar de hacerlo conforme al sistema previsto en el primer párrafo.

La Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA) podrá, mediante resolución fundada, establecer excepciones al sistema de pago de haberes previsto cuando, por las características del lugar de trabajo y las condiciones particulares de contratación, el mismo resulte gravoso para el trabajador o de imposible cumplimiento para el empleador.

Art. 37.— Prohibición. Prohíbese el pago de remuneraciones mediante bonos, vales, fichas o cualquier tipo de papel o moneda distinta a la de curso legal y corriente en el país.

Art. 38.— Bonificación por antigüedad. Además de la remuneración fijada para la categoría, los trabajadores permanentes percibirán una bonificación por antigüedad equivalente al:

a) Uno por ciento (1%) de la remuneración básica de su categoría, por cada año de servicio, cuando el trabajador tenga una antigüedad de hasta diez (10) años; y

b) Del uno y medio por ciento (1,5%) de la remuneración básica de su categoría por cada año de servicio, cuando el trabajador tenga una antigüedad mayor a los diez (10) años de servicios.

El trabajador que acredite haber completado los cursos de capacitación con relación a las tareas en las que se desempeña, deberá ser retribuido con una bonificación especial acorde con el nivel obtenido, que será determinada por la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA).

CAPÍTULO II Prohibición de retenciones por mercaderías

Art. 39.— Retenciones, deducciones y compensaciones. Prohibición. El empleador podrá expender a su personal mercaderías, no pudiendo en ningún supuesto retener, compensar, descontar o deducir del salario en forma directa el valor de las mismas. Para el expendio autorizado deberá observar las siguientes condiciones:

a) Que la adquisición fuere voluntariamente solicitada por el trabajador;

b) Que el precio de las mercaderías producidas en el establecimiento fuere igual o inferior al corriente en la zona y que sobre el mismo se acordare una bonificación especial al trabajador; y

c) Que el precio del resto de las mercaderías guarde razonable relación, a criterio de la autoridad de aplicación de la presente ley, con los precios de mercado de la localidad más próxima.

Decreto reglamentario 301/2013

Art. 11.— (Reglamentación del artículo 34). La Comisión Nacional de Trabajo Agrario (C.N.T.A.) al fijar las remuneraciones mínimas de las distintas actividades productivas contempladas en la Ley Nº 26.727, para los casos en que se determinen por el sistema de retribución por rendimiento del trabajo, deberá establecer un salario mínimo garantizado diario o mensual para cada una de dichas remuneraciones.

Art. 12.— (Reglamentación de los artículos 32 y 38 último párrafo). Las bonificaciones por capacitación corresponderán a los trabajadores que hayan completado cursos dictados en instituciones educativas oficiales o privadas que contaren con el reconocimiento del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, y que fueran acreditados ante el empleador mediante la presentación del certificado final extendido por las autoridades respectivas.

• Comentario:

21. Remuneración

El Título V de la ley 26.727 regula los aspectos concernientes a la remuneración del trabajador agrario. Sus principios y disposiciones son, en general, muy similares a los de la Ley de Contrato de Trabajo, por lo que sólo cabe remarcar aquéllos que aparecen como propios, o vinculados a las particularidades de la actividad rural.

21.1. Remuneración mínima

Al comienzo del capítulo aparece la primera distinción, vinculada a la remuneración mínima que debe percibir todo trabajador agrario. El deber de fijar dicho piso salarial se encuentra a cargo de la Comisión Nacional de Trabajo Agrario, el cual no puede ser inferior al salario mínimo vital y móvil. Dicho monto es determinado por mes, por día y por hora y comprende el valor de las prestaciones en especie que tome a su cargo el empleador. Además, a la remuneración fijada para cada categoría, debe incorporarse una bonificación por antigüedad equivalente al uno por ciento de la remuneración básica correspondiente por cada año de servicio cuando aquélla no supere los diez años, y del uno y medio por ciento cuando sea mayor. Asimismo, el último párrafo del art. 38 prevé el pago de una bonificación por capacitación en el caso de que el trabajador acredite haber completado cursos con relación a la índole de las tareas desempeñadas, cuyo monto debe ser determinado por la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA).

Esta remuneración mínima también es aplicable en el caso del trabajador remunerado por el sistema de rendimiento del trabajo, cuando por razones no imputables a su parte se viese impedido de prestar tareas en condiciones normales, es decir en la forma prevista o habitual.

21.2. Determinación

La determinación del salario puede efectuarse por: a) tiempo, que puede ser por jornal, por hora o mensual; o b) rendimiento del trabajo, en cuyo caso éste puede medirse por unidad de obra, por comisión individual o colectiva, por habilitación, gratificación o participación en las utilidades e integrarse con premios en cualquiera de sus formas o modalidades. Debe tenerse presente que estos últimos conceptos (habilitación, gratificación, participación en las utilidades) deben, en realidad, ser considerados como remuneraciones adicionales o accesorias y no, como remuneración principal, por lo que entiendo que por ello pueden agregarse tanto a los salarios fijados en función del tiempo como cuando se determine por rendimiento del trabajo. Cabe agregar que en este último supuesto, el empleador se encuentra obligado a garantizar la dación de trabajo suficiente para no obstaculizar la prestación de tareas del trabajador, debiendo responder en caso contrario.

Además, en el caso de trabajo a destajo, el art. 34 instituye el "Salario mínimo garantizado", el cual consiste en la fijación de un piso para la unidad de obra o de la comisión, que debe establecerse en la proporcionalidad existente entre el rendimiento de una jornada de labor a ritmo normal de trabajo, y la remuneración mínima que la Comisión Nacional de Trabajo Agrario fije para la actividad y para esa unidad de tiempo.

No obstante la reseña efectuada, el art. 33 otorga libertad en la forma de establecer la remuneración, pudiendo convenirse otro mecanismo distinto a los enumerados, con la lógica condición de que se respete la remuneración mínima que corresponda según la categoría del trabajador.

21.3. Sueldo anual complementario

El RTA incorpora a la remuneración del trabajador el sueldo anual complementario, el cual si bien no ha sido expresamente regulado por este orden normativo, corresponde estar, a tal efecto, a las disposiciones de la ley 23.041 y de su dec. regl. 1078/1984, como así también a la LCT. Sobre dicha base, cabe memorar que el sueldo anual complementario consiste en la doceava parte del total de las remuneraciones sujetas a aportes previsionales devengadas por el trabajador en el respectivo año calendario. Su pago debe efectuarse en dos cuotas correspondientes a los semestres que finalizan el 30 de junio y 31 de diciembre de cada año. Sin embargo, en caso de extinción del contrato de trabajo —cualquiera fuera la causa— el trabajador tiene derecho a percibir el sueldo anual complementario proporcionalmente devengado hasta el momento de la ruptura (arts. 1º a 3º, dec. 1078/1984).

22. Tutela del salario

La tutela salarial está constituida por un conjunto de normas tendientes a asegurar el efectivo ingreso de la remuneración en el patrimonio del trabajador. Doctrinariamente, éstas pueden dividirse según los sujetos respecto de quienes se pretende resguardar el interés del trabajador, siendo éstos el empleador; los acreedores (tanto del empleador como del trabajador) e incluso el propio dependiente.

Las medidas protectorias que en esta materia recepta el nuevo Régimen de Trabajo Agrario son las siguientes:

- Períodos de pago: El art. 35, RTA obliga al empleador a liquidar y pagar remuneraciones: a) al trabajador mensualizado, al vencimiento de cada mes calendario; b) al trabajador remunerado a jornal o por hora, por semana o quincena; c) al trabajador remunerado por rendimiento del trabajo, cada semana o quincena, respecto de los trabajos concluidos en los referidos períodos, y una suma proporcional al valor del resto del trabajo realizado, pudiéndose retener como garantía una cantidad que no podrá ser mayor a la tercera parte de aquélla.

Es importante remarcar que el pago debe efectuarse al momento del vencimiento del período respectivo, en tanto no prevé un plazo posterior como en la LCT y el RNTA (derogado), de entre dos, tres o cuatro días hábiles siguientes.

— Lugar y medio de pago: La remuneración debe ser abonada mediante depósito en cuenta abierta a nombre del trabajador en las condiciones que dispone el art. 36, RTA. Al igual que en la LCT, igualmente el trabajador tiene la opción de exigir que el pago sea efectuado en dinero efectivo. Asimismo, la CNTA se halla facultada a disponer por resolución fundada excepciones al sistema de pago de haberes.

— Obligación de abonar la remuneración en moneda de curso legal y corriente y consecuente prohibición de hacerlo mediante bonos, vales, fichas o cualquier tipo de papel o moneda distinta a la corriente. (art. 37, RTA).

— Prohibición de efectuar retenciones, deducciones y compensaciones. En el caso de que expenda mercaderías, ésta debe sujetarse a las previsiones del art. 39, RTA (adquisición voluntaria; precio razonable y bonificado).

Estas medidas, que se dirigen sustancialmente a la protección respecto del empleador, deben complementarse con las previstas con la Ley de Contrato de Trabajo en la medida en que resulten compatibles. Así, puede citarse, dentro de esta misma clasificación:

— Constancias bancarias como prueba del pago de la remuneración (art. 124, LCT)

— Obligación de abonar remuneraciones accesorias junto con la principal (art. 127, LCT)

— Reafirmación del principio de intangibilidad salarial y excepciones que emergen de los arts. 131, 132, 133 y 134, LCT.

— Mora automática de los plazos de pago de la remuneración (art. 137, LCT).

— Recibos y comprobantes de pago (arts. 138 a 146, LCT).

En lo que atañe a las medidas protectorias en relación a los acreedores del trabajador, debe citarse el límite de embargabilidad que dispone el dec. 484/1987 y la prohibición de cesión ni afectación a terceros de créditos emergentes del contrato de trabajo que dispone el art. 148, LCT.

En relación a los acreedores del empleador, resultan aplicables los privilegios generales y especiales que se prevén en el Título XIV de la LCT (arts. 261 a 274).

Finalmente, en lo que respecta a las medidas tendientes a la protección de la remuneración respecto del propio dependiente, debe señalarse la limitación para el adelanto de salarios que dispone el art. 130, LCT.

23. Jurisprudencia

Remuneración. Inconstitucionalidad suma no remunerativa

"Son inconstitucionales el dec. 1273/2002 del Poder Ejecutivo Nacional y la resolución 10/02 de la Comisión Nacional de Trabajo Agrario pues, al declarar no remunerativa la suma de dinero que allí conceden, se apartan de la noción amplia de remuneración establecida en el art. 1º del Convenio 95 de la OIT, a la vez que vulneran la garantía constitucional referida a la retribución justa contenida en el art. 14 bis de la CN pues, más allá de la denominación dada al importe en cuestión —y de su impacto económico en la emergencia declarada— se trata de una contraprestación por el trabajo recibido".

SC Buenos Aires, 27/6/2012, "Juárez, Miguel Ángel c. Establecimientos Ganaderos Fernando Fourcade e Hijos S.A.A. e I. s/indemnización por despido", LLBA, 2012 (septiembre), 863, DJ del 5/12/2012, 51, LL AR/JUR/32509/2012.

TÍTULO VI De la jornada de trabajo y el descanso semanal

CAPÍTULO I De la jornada

Art. 40.— Determinación. Límites. La jornada de trabajo para todo el personal comprendido en el presente régimen no podrá exceder de ocho (8) horas diarias y de cuarenta y cuatro (44) semanales desde el día lunes hasta el sábado a las trece (13) horas.

La distribución de las horas de trabajo diarias y su diagramación serán facultad privativa del empleador, debiendo respetar las correspondientes pausas para la alimentación y descanso de los trabajadores, según la naturaleza de la explotación, los usos y costumbres locales; sin perjuicio de lo que pueda establecer al respecto la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA).

La distribución semanal desigual de las horas de trabajo no podrá importar el establecimiento de una jornada ordinaria diurna superior a nueve (9) horas.

Art. 41.— Jornada nocturna. Jornada mixta. La jornada ordinaria de trabajo integralmente nocturna no podrá exceder de siete (7) horas diarias ni de cuarenta y dos (42) horas semanales, entendiéndose por tal la que se cumple entre las veinte (20) horas de un día y las cinco (5) horas del día siguiente.

Cuando se alternen horas diurnas con nocturnas se reducirá proporcionalmente la jornada en ocho (8) minutos por cada hora nocturna trabajada o se pagarán los ocho (8) minutos en exceso como tiempo extraordinario.

Art. 42.— Horas extraordinarias. Límite. El número máximo de horas extraordinarias queda establecido en treinta (30) horas mensuales y doscientas (200) horas anuales, sin necesidad de autorización administrativa previa y sin perjuicio del debido respeto de las previsiones normativas relativas a jornada, pausas y descansos.

CAPÍTULO II Del descanso semanal

Art. 43.— Prohibición de trabajar. Queda prohibida la ocupación del trabajador desde las trece (13) horas del día sábado hasta las veinticuatro (24) del día siguiente, salvo cuando necesidades objetivas impostergables de la producción o de mantenimiento lo exigieren. En tales supuestos, el trabajador gozará de un descanso compensatorio dentro de los siete (7) días siguientes.

Estarán, asimismo, exceptuadas de la prohibición establecida en el primer párrafo del presente artículo, aquellas tareas que habitualmente deban realizarse también en días domingo por la naturaleza de la actividad o por tratarse de guardias rotativas entre el personal del establecimiento. En estos casos, el empleador deberá otorgar al trabajador un descanso compensatorio de un (1) día en el curso de la semana siguiente.

Art. 44.— Mejores condiciones establecidas. Lo dispuesto en la presente ley en materia de jornada laboral no afectará las mejores condiciones horarias pactadas por las partes o establecidas en resoluciones de la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA) o de la Comisión Nacional de Trabajo Rural que se mantuvieren vigentes.

Decreto reglamentario 301/2013

Art. 13.— (Reglamentación del artículo 42) El número máximo de horas extraordinarias anuales previsto en el art. 42 de la Ley Nº 26.727, se computará por año calendario.

El Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social podrá establecer excepciones al límite máximo, en función de las características de la producción, de situaciones derivadas de cuestiones estacionales o por circunstancias puntuales que lo justifiquen.

• Comentario:

24. Régimen de jornada

El título VI del nuevo Régimen de Trabajo Agrario regula en forma autónoma el régimen de jornada, estableciendo un límite de jornada más beneficioso que el general instituido por la ley 11.544, lo cual constituye en sensible progreso, máxime si se tiene en cuenta que si bien la ley 22.248 también establecía un régimen de jornada específico (Título I), éste se resumía a determinar únicamente los períodos mínimos de descanso, y a prohibir el desempeño de tareas en días domingo, mas no determinaba concretamente la extensión máxima de la jornada, en tanto el art. 14 se limitaba a establecer que la extensión de la jornada de trabajo "se ajustará a los usos y costumbres propios de cada región y a la naturaleza de las explotaciones"; y que era facultad del empleador determinar la hora de iniciación y terminación de las tareas de acuerdo con las necesidades o modalidades de la explotación. No obstante, la Comisión Nacional de Trabajo Agrario, al dictar la resol. 71/2008, entendió que la ausencia de limitaciones generales en materia de jornada de labor en dicho ámbito importaba una discriminación inadmisible en perjuicio de aquellos trabajadores rurales que, por razón de la actividad o del territorio, no eran alcanzados por las normas que limitan la extensión diaria y semanal de la jornada. En función de ello, estableció que la jornada ordinaria de trabajo diurna para todo el personal comprendido en el Régimen Nacional de Trabajo Agrario aprobado por la ley 22.248, en todo el territorio del país y para todas las actividades, no podría exceder de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho horas semanales desde el día lunes hasta las trece horas del sábado, y que es facultad privativa del empleador la distribución de las horas de trabajo diarias y su diagramación en horarios según la naturaleza de la explotación, los usos y costumbres locales y de conformidad con las pautas normativas que rigen el regular ejercicio del poder de dirección y organización del empleador. Asimismo dispuso que la jornada ordinaria de trabajo integralmente nocturna no podría exceder de siete horas diarias ni de cuarenta y dos horas semanales, entendiéndose por tal la que se cumple entre las veinte horas de un día y la hora cinco del siguiente, y que cuando se alternen horas diurnas con nocturnas debe reducirse proporcionalmente la jornada en ocho minutos por cada hora nocturna trabajada o pagar los ocho minutos en exceso como tiempo extraordinario conforme las pautas fijadas en dicha resolución.

El nuevo RTA recepta tales límites de la jornada de trabajo para todo el personal comprendido en el régimen en ocho horas diarias pero reduce el tope semanal a cuarenta y cuatro horas, fijando el descanso semanal o hebdomadario desde el sábado a las trece horas hasta el domingo, inclusive.

Asimismo, persiste la facultad del empleador de disponer la distribución y diagramación de las horas de trabajo, debiendo respetar las correspondientes pausas para la alimentación y descanso de los trabajadores, según la naturaleza de la explotación, los usos y costumbres locales; sin perjuicio de lo que pueda establecer al respecto la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (art. 40, RTA).

En caso de que exista una distribución desigual de la jornada entre los días laborables, el límite diario se extiende una hora más, es decir, a 9 horas; disposición que se amalgama a lo dispuesto por el art. 1º, inc. b) del dec. 16.115/1933, el art. 40, último párrafo.

25. Descanso semanal. Prohibición

El art. 43 establece la prohibición de trabajar durante el descanso semanal, excepto cuando a) existieren necesidades objetivas impostergables de la producción o de mantenimiento; b) cuando se trate de tareas que habitualmente deban realizarse también en días domingo por la naturaleza de la actividad o por tratarse de guardias rotativas entre el personal del establecimiento.

En ambos supuestos el trabajador tiene derecho a gozar de un día de descanso compensatorio en el curso de la semana siguiente. Sobre el punto, se aprecia aplicable el mecanismo que prevé el art. 207 de la LCT para el caso de que al trabajador, medie o no autorización o justificación para desempeñarse durante el descanso semanal, le fuere omitido el otorgamiento de descanso compensatorio en tiempo y forma. Por ende, en tal supuesto el trabajador "[...] podrá hacer uso de ese derecho a partir del primer día hábil de la semana subsiguiente, previa comunicación formal de ello efectuada con una anticipación no menor de veinticuatro (24) horas. El empleador, en tal caso, estará obligado a abonar el salario habitual con el ciento por ciento (100 %) de recargo".

26. Trabajo nocturno

Explica De Ferrari(10) que la ley laboral procura que la prestación del servicio se lleve a cabo durante las horas del día por considerar que es la forma de trabajo más conveniente desde el punto de vista económico, la que daña menos el organismo del trabajador y la que permite, además, desarrollar normalmente su vida familiar y de relación. En similares términos, Sureda Graells(11) señala que entre los tratadistas de la materia existe pleno acuerdo en que el trabajo en horas nocturnas, que, como su propio enunciado lo está indicando, es el que se realiza durante las horas de la noche, merece un tratamiento especial en cuanto a su extensión, habida cuenta las razones de orden biológico, social y económico que la fundamentan y que, si bien son las que constituyen el común denominador de todo el régimen de jornada limitada de trabajo, adquieren, en cambio mayor significación y relevancia en punto a tarea en horas nocturnas, al exigir un mayor esfuerzo humano y producir, consecuentemente, mayor fatiga que la proveniente del trabajo realizado en horas diurnas.

Es sintonía con lo expuesto, es conveniente remarcar que, además de la evidente inconveniencia y antinaturalidad del trabajo en horas nocturnas, no es casual que su tratamiento normativo en la Ley de Contrato de Trabajo haya sido efectuado conjuntamente con el prestado en condiciones insalubres, lo que indica —en mi opinión— su carácter potencialmente pernicioso para la salud. Así ha sido valorado que la privación de sueño y el cambio en la cronobiología por alteración del ritmo circadiano normal puede actuar como agente causante de una patología psíquica(12).

Ahora bien, la noción jurídica del "trabajo nocturno" no coincide necesariamente con su acepción literal, es decir, con aquél prestado en horas de la noche, sino que se ciñe exclusivamente a la fracción del día determinada por el ordenamiento positivo vigente. La ley 26.727 no precisa cuál es dicha franja horaria, por lo que corresponde estar a lo dispuesto por el art. 2º de la ley 11.544, el cual establece que el trabajo nocturno es el realizado entre la hora veintiuna de un día y la hora seis del siguiente. Si bien el art. 9º del dec. reg. 16.115/1933 determina que debe entenderse "[...] como tal la jornada que se realice habitual e íntegramente entre las 21 y las 6 horas", dicha condición no es exigible, pues, amén de exceder lo dispuesto por la norma sustantiva reglamentada, lo determinante es que ésta no ha sido receptada por la norma en comentario. Sin perjuicio de ello, de todos modos cabe señalar que el mentado requisito de habitualidad carece de sentido en la propia estructura de la norma adjetiva, a poco que se considere que en el párrafo siguiente de ésta se determina la equivalencia que corresponde aplicar en el supuesto de que se alternen horas nocturnas con diurnas, sin formular reparo alguno a tales efectos.

En síntesis, el art. 41, RTA determina que la jornada de trabajo prestada íntegramente en horario nocturno no podrá exceder de siete horas diarias -lo que presupone una reducción de una hora con respecto a la diurna- ni de 42 horas semanales; tope este último que se corresponde con el régimen general de jornada.

27. Jornada mixta. Cómputo. Horas suplementarias

Se entiende por "jornada mixta" a aquélla que comprende horas diurnas y nocturnas, encontrándose regulada en el segundo párrafo del art. 41.

Al respecto, cabe remarcar que el parámetro "normal" en materia de jornada está conformado por el tiempo de prestación de servicios en horario diurno y en condiciones no declaradas insalubres, es decir, el tope de 8 horas diarias o 44 semanales. Por ello es que, en rigor, la norma no hace más que establecer a cuánto equivale el tiempo trabajado en horario nocturno en relación al diurno, con el único propósito de determinar el tiempo de labor que corresponde computar. La ecuación que impone la norma consiste en hacer valer una hora de trabajo nocturno como una hora y ocho minutos de trabajo diurno o bien, equipar una hora de trabajo diurno con cincuenta y dos minutos de nocturno. Si bien aritméticamente el cálculo no es exacto (si se considera que 7hs. de trabajo nocturno debe ser igual a 8 hs. de diurno), evidentemente el legislador por razones de practicidad ha dispuesto redondear las equivalencias que corresponden a cada uno de dichos supuestos.

Ahora bien, el segmento de la norma en cuestión dispone que cuando se alternen horas diurnas con nocturnas se reducirá proporcionalmente la jornada en ocho minutos por cada hora nocturna trabajada o se pagarán los ocho minutos de exceso como tiempo suplementario, lo cual parece sugerir dos hipótesis posibles: 1) reducir la jornada de trabajo a razón de ocho minutos por cada hora prestada en horario nocturno; 2) no efectuar reducción alguna y, por cada hora trabajada en horario nocturno, pagar ocho minutos como tiempo suplementario con el recargo correspondiente.

El primer supuesto no genera inconvenientes, pues se resuelve equiparando cincuenta y dos minutos de trabajo nocturno a una hora de trabajo diurno. A modo de ejemplo, una jornada (de ocho horas diurnas) que comienza a las 18 debe finalizar a la 1.20 del día siguiente y no a las 2, pues por las cinco horas de trabajo nocturno deben restarse cuarenta minutos.

En cambio, en la segunda hipótesis cabe plantearse en primer lugar si corresponde el pago horas suplementarias incluso cuando, a pesar de prestarse tareas por encima del equivalente a ocho horas diarias, no se supera el tope de jornada semanal, situación que se presenta en el supuesto de distribución desigual de las cuarenta y cuatro horas de trabajo entre los días laborables, cuando la duración del trabajo de uno o varios días sea inferior a ocho horas.

Al respecto, considero que conforme a todo lo expuesto, el "trabajo nocturno" no se trata —en rigor— de un régimen específico de jornada, sino que se ciñe únicamente al modo en que deben computarse las horas trabajadas durante el margen horario establecido con tal carácter, con el objeto de equipararlas a las diurnas, por haber sido éstas las receptadas como patrón para fijar los límites de jornada. Por ello es que no corresponde hacer distinción en tales puntos y, consecuentemente, no corresponde aplicar recargo alguno si no se supera el límite equivalente a cuarenta y cuatro horas de trabajo diurno o de nueve horas diarias en el caso de jornadas desiguales. No puede soslayarse que, no obstante dicha posición, una interpretación literal de la norma podría generar alguna duda en cuanto a su interpretación, por lo que, si se parte de dicha premisa, ésta debería ser resuelta a favor del trabajador, de conformidad a la regla prevista por el segundo párrafo del art. 9ºLCT.

28. Limitación de las horas suplementarias

El art. 42 establece un límite para la realización de horas extraordinarias de treinta horas mensuales y doscientas anuales, "sin necesidad de autorización administrativa previa y sin perjuicio del debido respeto de las previsiones normativas relativas a jornada, pausas y descansos". El decreto reglamentario (art. 13) determina que el cómputo de tales horas debe efectuarse por año calendario, hallándose facultado el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social a "fijar excepciones al límite máximo, en función de las características de la producción, de situaciones derivadas de cuestiones estacionales o por circunstancias puntuales que lo justifiquen".

Esta limitación, y la consecuente discriminación entre horas extraordinarias lícitas e ilícitas según se haya superado, o no, el respectivo tope legal, regenera una antigua controversia que se suscitara acerca de las consecuencias derivadas de las horas suplementarias laboradas en forma ilícita, que giró en torno a si correspondía —o no— el pago de éstas y, en su caso, si cabía aplicar los recargos pertinentes. Ello motivó —en el ámbito nacional— la convocatoria a plenario para unificar jurisprudencia en autos "Aceto, Antonio c. Polci, Alberico y otros" (fallo plenario nro. 26 del 7/5/1955) en el que se decidió que "Las horas extras trabajadas sin la autorización pertinente, deben ser abonadas pero en forma normal, vale decir sin el recargo previsto en el art. 5º de la ley 11.544". A tal efecto, la posición de la mayoría consideró, como resumiera el Procurador General Víctor Sureda Graells, que "la extensión de la jornada normal de trabajo importa una transgresión a la ley que debe aparejar una sanción, [...] en relación al empleador, en la materialización de una multa (art. 8º de la ley 11.544), [...] y en cuanto al obrero, en la pérdida del recargo que establece el (art. 5)". Se trataba de defender la salud de los trabajadores a fin de que no resignaran horas de descanso.

Sin embargo, cabe remarcar que la doctrina de este fallo plenario ha perdido vigencia, pues la cuestión ha quedado zanjada —en sentido contrario— con la sanción de la Ley de Contrato de Trabajo, en tanto el art. 201 expresamente remarca la obligación del empleador de pagar el recargo salarial allí dispuesto "medie o no autorización del organismo administrativo competente", sobre la base del consenso doctrinario y jurisprudencial en el sentido de que las prohibiciones legales están dirigidas al empleador y no pueden provocar perjuicios ni agravar la situación del trabajador.

En tal sentido, es visible que la falta de obtención de la autorización administrativa para la realización de horas extraordinarias en el establecimiento empresarial —deber que sin dudas pesa sobre el empleador— no puede reducir los derechos del trabajador(13). Cabe aclarar que la norma es compatible con el régimen de jornada del RTA, por lo que corresponde su aplicación (art. 2º).

29. Trabajo insalubre

El RTA no incorpora en forma expresa a su ordenamiento en materia de jornada al trabajo insalubre, aunque sí se hace referencia a éste, como por ejemplo en los arts. 48, 60 y 62, resultando plenamente aplicables las disposiciones previstas al respecto en la ley 11.544, como así también en el art. 200, LCT con respecto a la reducción de la jornada efectuada en tareas o en condiciones declaradas insalubres.

El art. 2º de la ley 11.544 define al trabajo insalubre como el que "deba realizarse en lugares insalubres en los cuales la viciación del aire o su compresión, emanaciones o polvos tóxicos permanentes, pongan en peligro la salud de los obreros ocupados". A su vez, el art. 8º del dec. regl. 16.115/1933 establece que puede responder a "las condiciones del local de trabajo o por las modalidades o naturaleza del trabajo que se ejecuta".

Explica Despontín que "la ley considera insalubre el trabajo realizado en lugares en los cuales la viciación del aire, su compresión, emanaciones de polvos tóxicos con carácter permanente, cambios bruscos de temperatura, etc., pueden poner en peligro la salud, la seguridad o la integridad del obrero. La insalubridad pues resulta sea de la mayor intensidad del esfuerzo (trabajo pesado), de las condiciones de ambientes (insalubre), de riesgos (peligroso). Por eso dentro de este concepto son sinónimos: trabajos insalubres, pesados o peligrosos"; agregando el citado autor que "la condición permanente de estas condiciones crea esta calificación legal de insalubre, de forma que si es accidental o momentánea, por motivos de falta de higiene, por ejemplo, no es insalubre porque por una simple medida de aseo desaparece esta modalidad"(14).

Fernández Madrid para conceptualizar la jornada insalubre hace referencia a la clásica diferenciación de Cabanellas entre las industrias insalubres de las peligrosas y de las incómodas, acotando que estas tres categorías pueden ser denominadas genéricamente como nocivas pero que comúnmente son designadas insalubres. "Son insalubres aquellas industrias que pueden producir a quienes en ellas trabajan, trastornos generales de mayor o menor daño orgánico, con una sintomatología tecnopática mejor o peor definida; tales trastornos son producidos tanto por elementos de trabajo (plomo, mercurio, benzol), como por el ambiente en donde actúa el trabajador (frigoríficos, mataderos, subterráneos). Son peligrosas aquéllas que por su naturaleza implican un riesgo para la salud o integridad del trabajador, ya sea con respecto a traumatismos, ya sea con respecto a enfermedades graves, como los altos hornos, el montaje, asistencia a enfermos contagiosos. Son incómodas aquéllas que lesionan al trabajador por las condiciones de ambiente (ruidos, olores), por las posiciones en la ejecución del trabajo (posición erecta, de rodillas) o por exigir atención prolongada"(15).

Cabe finalmente remarcar que el texto legal prevé que "la insalubridad no existirá sin declaración previa de la autoridad de aplicación, con fundamento en dictámenes médicos de rigor científico y sólo podrá ser dejado sin efecto por la misma autoridad si desaparecieran las circunstancias determinantes de la insalubridad". La rigurosidad en cuanto a la necesidad de que sea la autoridad administrativa la que califique previamente la condición de "insalubridad" de las tareas o de las condiciones en que éstas son realizadas quedó plasmada en el Fallo Plenario nro. 318 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo in re "Escalera, Orlando y otros c. Aceros Zapla SA s/diferencias de salarios", al determinarse que la declaración de la Dirección Provincial de Trabajo de la Provincia de Jujuy efectuada mediante resol. 161/2001 acerca del carácter penoso, riesgoso y/o determinante de vejez o agotamiento prematuro de una tarea, sólo queda limitada al ámbito previsional en que fue dictada, sin que sus efectos puedan expandirse al marco de las relaciones individuales de trabajo, en la medida que no se llevó a cabo el procedimiento administrativo previsto por el art. 200, LCT(16). Al respecto, cabe puntualizar que, como se señalara en el comentario efectuado a dicho fallo en "Colección Plenarios Derecho del Trabajo" "[...] la declaración que una autoridad o norma provincial de una tarea como penosa, riesgosa o determinante de vejez o agotamiento prematuro proyecta sus efectos exclusivamente al plano previsional pero no sustituye la declaración de insalubridad que el art. 200, LCT atribuye exclusivamente al Ministerio del Trabajo nacional", señalándose así también que "Es observable que la CNTrab. resolvió con este Plenario exclusivamente el caso de la Resolución 161/01 dictada por la Dirección Provincial de Trabajo de Jujuy, lo que permitiría que las salas que la componen vuelvan a reiterar sus posturas divergentes cuando se discutan los efectos de otras normas provinciales. Sin embargo, en principio la doctrina de "Escalera" tiene una generalidad tan evidente que puede suponerse que los vocales de la Cámara dan por entendido que tal decisión plenaria es aplicable por analogía a todo otro supuesto de resoluciones o normas provinciales de naturaleza previsional.

"El art. 2º de la ley 11.544 dispone que la declaración de insalubridad corresponde al Poder Ejecutivo, ya sea directamente o a solicitud de parte interesada y previo informe de las reparticiones técnicas que correspondan. A su vez, en el tercer párrafo del art. 8º del dec. regl. 16.115/1933 se prevé que "Los reglamentos especiales a que se refiere el art. 5º de este Decreto(17), determinarán los lugares y clase de trabajo comprendidos en la denominación de insalubres, así como las condiciones necesarias para que determinados locales o trabajos puedan ser declarados salubres por perfeccionamiento técnico o de método".

En este sentido remarca Pirolo(18) que si bien la autoridad de aplicación natural de la Ley de Contrato de Trabajo es el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, el mencionado ente gubernamental delegó la facultad inherente a la declaración de la insalubridad en las autoridades locales al establecer la competencia exclusiva de la administración laboral provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según corresponda en función del domicilio en el que se encuentre el establecimiento laboral (Cfr. art. 1º, resol. MTESS 434/2002, modificada por resol. MTESS 860/2002). El procedimiento administrativo para calificar los lugares, tareas o ambientes de trabajo como normales o insalubres se encuentra regido por la resol. MTESS 212/2003.

TÍTULO VII De la seguridad y los riesgos en el trabajo

Art. 45.— Higiene y seguridad. El trabajo agrario deberá realizarse en adecuadas condiciones de higiene y seguridad a fin de evitar enfermedades profesionales o accidentes de trabajo.

El empleador deberá hacer observar las pausas y limitaciones a la duración del trabajo establecidas en esta ley y demás normas reglamentarias o complementarias, y adoptar las medidas que según el tipo de trabajo, la experiencia y la técnica sean necesarias para tutelar la integridad psicofísica y la dignidad de los trabajadores, debiendo evitar los efectos perniciosos de las tareas penosas, riesgosas o determinantes de vejez o agotamiento prematuro, así como también, los derivados de ambientes insalubres o ruidosos.

Asimismo, estará obligado a observar las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes sobre higiene y seguridad en el trabajo.

El trabajador podrá rehusarse a la prestación de trabajo, sin que ello le ocasione pérdida o disminución de la remuneración, si el mismo le fuera exigido en transgresión a tales condiciones, siempre que exista peligro inminente de daño o se hubiera configurado el incumplimiento de la obligación mediante constitución en mora o si, habiendo el organismo competente declarado la insalubridad del lugar, el empleador no realizara los trabajos o no proporcionara los elementos que dicha autoridad establezca.

Art. 46.— Elementos de seguridad. Suministro por el empleador. Será obligación del empleador la provisión de elementos de seguridad y protectores personales cuando por razones derivadas de las formas operativas propias del trabajo, fuere necesario su uso.

Igual obligación le corresponde respecto de los elementos de protección individual cuando, el trabajador realizare tareas a la intemperie, en caso de lluvia, terrenos anegados u otras situaciones similares, de acuerdo a lo que dispusiere la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA).

Cuando el trabajador debiere realizar tareas peligrosas para su salud, el empleador deberá instruirlo sobre las adecuadas formas de trabajo y suministrar los elementos de protección personal que fueren necesarios.

Art. 47.— Limpieza de ropa de trabajo. Obligación del empleador. En aquellas tareas que impliquen la realización de procesos o manipulación de sustancias tóxicas, irritantes o agresivas en cualquiera de sus formas, la limpieza de la ropa contaminada estará a cargo del empleador.

Art. 48.— Envases de sustancias tóxicas. Almacenamiento. Los envases que contengan o hubieran contenido sustancias químicas o biológicas deberán ser almacenados en lugares especialmente señalizados. El tratamiento de residuos peligrosos deberá efectuarse de conformidad con la normativa vigente y las resoluciones que a tal efecto dicte la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA) en consulta con los organismos competentes.

Art. 49.— Condiciones. La Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA) establecerá las condiciones de higiene y seguridad que deberán reunir los lugares de trabajo, las maquinarias, las herramientas y demás elementos de trabajo, sin perjuicio de lo previsto en la ley 24.557 y sus normas modificatorias y complementarias, o las que en el futuro la reemplacen, y de la consulta que en esta materia deba realizar a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, en el marco de sus atribuciones.

• Comentario:

30. Deber de higiene y seguridad

El Título VII del RTA aborda los aspectos relativos a la higiene y seguridad en el trabajo, imponiendo en primer término al empleador la obligación genérica de brindar adecuadas condiciones para la realización de las tareas "a fin de evitar enfermedades profesionales o accidentes de trabajo" y adoptar las medidas que según el tipo de trabajo, la experiencia y la técnica sean necesarias para tutelar la integridad psicofísica y la dignidad de los trabajadores.

Se trata en principio de una obligación de medios, que debe ser cumplimentada atendiendo al principal deber y obligación de las partes en todo contrato que es el obrar de buena fe en los términos de los arts. 62 y 63, LCT —aplicables en tanto resultan compatibles con el RTA— por los cuales "las partes están obligadas, activa y pasivamente, no sólo a lo que resulta expresamente de los términos del contrato, sino a todos aquellos comportamientos que sean consecuencia del mismo, resulten de esta ley, de los estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo, apreciados con criterio de colaboración y solidaridad" y "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".

La referencia al cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias en la materia podría considerarse una obviedad. No obstante, es pertinente señalar que entre éstas se destaca el Convenio OIT 184 sobre la Seguridad y la Salud en la Agricultura (ratificado por ley 25.739); la ley 19.587 de Higiene y Seguridad en el Trabajo; el Reglamento de Higiene y Seguridad para la Actividad Agraria dispuesto mediante dec. 617/1998 (que declaró inaplicable a partir de su entrada en vigor el dec. regl. 351/1979 para la actividad agraria) y la Ley de Riesgos del Trabajo 24.557.

El RTA delega en la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA) la potestad de determinar las condiciones de higiene y seguridad que deben reunir los lugares de trabajo, las maquinarias, las herramientas y demás elementos de trabajo.

No obstante tales obligaciones genéricas, se hace referencia específica a la obligatoriedad de entregar elementos de seguridad y protección cuanto éstos sean necesarios; brindar adecuada instrucción cuando deba desempeñar tareas peligrosas; limpieza de ropa de trabajo cuando el trabajador esté afectado a la realización de "procesos o manipulación de sustancias tóxicas, irritantes o agresivas en cualquiera de sus formas"; señalización de los lugares en que se hallen almacenados envases que contengan o hayan contenido sustancias químicas o biológicas; y tratamiento de residuos peligrosos "de conformidad con la normativa vigente y las resoluciones que a tal efecto dicte la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA) en consulta con los organismos competentes".

Finalmente, debe destacarse que, en contrapartida a la imposición al empleador de sus deberes u obligaciones en materia de seguridad e higiene en el trabajo, se otorga al trabajador el derecho a suspender el débito laboral en el caso de que aquéllos no se encuentren debidamente cumplimentados, con la condición de que ello traiga aparejado peligro inminente de daño o se hubiera configurado el incumplimiento de la obligación "mediante constitución en mora o si, habiendo el organismo competente declarado la insalubridad del lugar, el empleador no realizara los trabajos o no proporcionara los elementos que dicha autoridad establezca".

31. Jurisprudencia

Ley de seguridad e higiene. Inclusión del trabajador rural

"El amplio ámbito de la ley de seguridad e higiene (arts. 1º y 2º, ley 19.587 —Adla, XXXII-B, 1954—), ampara a los trabajadores rurales en tanto y en cuanto sus disposiciones no colisionen con las normas especificas del Régimen Nacional del Trabajo Agrario, o las que deriven de su reglamentación".

SC Buenos Aires, 2/5/1989, "Uboldi, Ángela I. c. Las Cañas, SA", LLAR/JUR/286/1989.

Empleador rural. Obligación de practicar examen preocupacional a sus dependientes

"Por mandato legal los empleadores rurales deben someter a sus dependientes a los exámenes preocupacionales y periódicos (arts. 5º, inc. a) y 9º, inc. a), ley 19.587 —Adla, XXXII-B, 1954—), y adoptar las medidas necesarias para que el trabajo se realice en adecuadas condiciones de higiene y seguridad a fin de evitar enfermedades profesionales o accidentes de trabajo (art. 97, ley 22.248, conc. con el art. 75 de la Ley de Contrato de Trabajo —Adla, XL-C, 2427; XXXIV-D, 3207; XXXVI-B, 1175—), regulador del deber de seguridad impuesto al empleador".

SC Buenos Aires, 2/5/1989, "Uboldi, Ángela I. c. Las Cañas, SA", LLAR/JUR/286/1989.

Peón de campo. Accidente. Daños y perjuicios. Responsabilidad objetiva. Responsabilidad refleja del dueño del caballo

"El dueño de un caballo debe responder porque entra dentro de las previsiones lógicas que un jinete pueda caer y sufrir un accidente como el que sufrió la víctima, a pesar de ser avezado, pues sí no lo fuera abría incluso culpa "in eligiendo". (Se condenó a indemnizar por el accidente fatal que sufrió un peón de campo al caerse de un caballo)".

CNTrab., sala IV, 30/9/1981, "Villarreal, Dora S. c. Guaycuro, Agrícola Ganadera, SRL y otro", LLAR/JUR/1590/1981.

Aplicabilidad de los plazos previstos por los arts. 208 a 211LCT en caso de accidente de trabajo.

1. El régimen de la LCT —en su caso del trabajador agrario— no resulta excluido por el hecho de que el accidente o enfermedad sean regidos por la ley 24.557, ya que el ámbito de aplicación de esta última comprende la prevención de riesgos y la reparación de los daños, pero no incursiona en los derechos y obligaciones de las partes, que se rigen por la mencionada LCT.

2. El curso del plazo de un año del art. 211 de la LCT —52 del Régimen Nacional del Trabajo Agrario— comenzará en la fecha en que se extinga —o deba extinguirse si resulta aplicable la regla del apart. 3º del art. 13 de la ley 24.544— el plazo remunerado en la extensión que le corresponda de acuerdo a las reglas de la LCT o del mencionado régimen agrario.

CJ San Juan, sala II, 21/4/2014, O., "P. E. L. c. Finca La Normita y otros s/apelación de sentencia", AR/JUR/16839/2014.

TÍTULO VIII De las licencias

CAPÍTULO I De las licencias en general

Art. 50.— Aplicación de las licencias de la ley 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias. Resultan de aplicación a los trabajadores comprendidos en la presente ley las licencias previstas por la ley 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias, sin perjuicio de las establecidas en el presente título y lo prescripto para los trabajadores temporarios con relación a las vacaciones.

CAPÍTULO II Licencias especiales

Art. 51.— Licencia por maternidad. Personal temporario. El personal femenino temporario también tendrá derecho a la licencia por maternidad, cuando esa licencia debiere comenzar durante el tiempo de efectiva prestación de servicios y hubiere, en forma fehaciente, hecho la correspondiente denuncia al empleador.

La trabajadora tendrá estabilidad en su empleo durante la gestación y hasta el vencimiento de la licencia por maternidad, y gozará de las asignaciones que le confieren los sistemas de seguridad social, que garantizarán a la misma la percepción de una suma igual a la retribución que corresponda al período de licencia legal y del que exceda el tiempo de trabajo efectivo correspondiente a las labores para las que fuera contratada, conforme lo determine la reglamentación que en consecuencia se dicte.

La violación de estos derechos obligará al empleador al pago de una indemnización, cuyo importe será equivalente al que hubiere percibido la trabajadora hasta la finalización de dicha licencia.

Art. 52.— Licencia parental. Establécese para el personal permanente de prestación continua una licencia con goce de haberes de treinta (30) días corridos por paternidad, la que podrá ser utilizada por el trabajador de manera ininterrumpida entre los cuarenta y cinco (45) días anteriores a la fecha presunta de parto y los doce (12) meses posteriores al nacimiento.

CAPÍTULO III De los accidentes y de las enfermedades inculpables

Art. 53.— Enfermedad y/o accidente. Aviso. En los casos de accidente o enfermedad inculpable, salvo casos de fuerza mayor, el trabajador deberá dar aviso al empleador de la enfermedad o accidente y del lugar en que se encontrare, en el transcurso de la primeras dos (2) jornadas de trabajo respecto de la cual estuviere imposibilitado de concurrir por alguna de esas causas. Mientras no lo hiciere, perderá el derecho a percibir la remuneración correspondiente, salvo que la enfermedad o accidente y la imposibilidad de avisar resultaren inequívocamente acreditadas. Si el trabajador accidentado o enfermo permaneciere en el establecimiento, se presumirá la existencia del aviso.

Decreto reglamentario 301/2013

Art. 14.— (Reglamentación del artículo 51) El personal temporario femenino definido en el art. 17 de la Ley que se reglamenta, tendrá derecho a percibir la asignación por maternidad durante los períodos establecidos en el primer párrafo del art. 177 de la Ley Nº 20.744 o en el art. 1º de la Ley 24.716, según corresponda, aún cuando los mismos excedan del tiempo de trabajo efectivo correspondiente a las labores para la que fue contratado.

A tales efectos, el empleador deberá continuar declarando a la trabajadora con licencia por maternidad durante todo el período establecido en el párrafo precedente, sin perjuicio que la tarea para la que fue convocada hubiera concluido.

• Comentario:

32. Régimen de licencias

La ley 26.727 declara aplicables para el RTA las licencias previstas en la LCT, por lo que cabe estar a lo dispuesto por esta última en el Título V "De las vacaciones y otras licencias" y al comentario efectuado al respecto en esta misma obra. Sin perjuicio de ello, es menester mencionar que no aplica lo dispuesto acerca de vacaciones o licencia anual ordinaria respecto de los trabajadores temporarios, ya que el art. 20, RTA prevé el pago de una indemnización sustitutiva de vacaciones.

No obstante, el RTA prevé licencias especiales y específicas para la actividad agraria. Éstas son:

33. Licencia por maternidad para el personal temporario

Se trata de la misma licencia prevista por el art. 177, LCT, mas la norma pone como condición que —además de la notificación fehaciente al empleador del embarazo y de la fecha presumible del parto— el comienzo de la licencia tenga lugar durante la vigencia del tiempo de efectiva prestación de servicios. Por ende, si se tiene presente que dicha licencia debe iniciarse 45 días anteriores a la fecha presunta del alumbramiento, es a dicha época a la que debe hallarse vigente el período de prestación de tareas. Cumplidos tales requerimientos, la trabajadora tiene derecho a la estabilidad en el empleo hasta el vencimiento de la licencia por maternidad, incluso cuando el contrato de trabajo hubiese debido expirar con anterioridad, como así también —lógicamente— a percibir las asignaciones que le confieren los sistemas de seguridad social, "que garantizarán a la misma la percepción de una suma igual a la retribución que corresponda al período de licencia legal y del que exceda el tiempo de trabajo efectivo correspondiente a las labores para las que fuera contratada", debiendo proceder el empleador de la forma prevista por el art. 14 del decreto reglamentario.

En el caso de que el empleador no cumplimente tales obligaciones, se genera una indemnización especial a favor de la trabajadora por el importe equivalente al que ésta hubiere debido percibir hasta la finalización de dicha licencia.

34. Licencia parental

La licencia especial por paternidad prevista por el art. 52, RTA constituye —sin hesitación— uno de los aspectos más novedoso y progresista por superar holgadamente la previsión del régimen general, ya que se otorga un plazo de treinta días corridos con goce de haberes. Ésta debe gozarse de manera ininterrumpida entre los cuarenta y cinco días anteriores a la fecha presunta de parto y los doce meses posteriores al nacimiento.

Aunque el dec. 301/2013 no reglamenta esta norma, es evidente que para su goce el trabajador debe acreditar los extremos pertinentes, esto es, el hecho de la paternidad y la fecha presunta del parto o nacimiento.

35. Licencia por accidente o enfermedades inculpables. Aviso

Sobre este punto, en primer lugar es preciso remarcar que en el RTA la licencia por enfermedad inculpable se rige por las disposiciones del Título X Capítulo I de la LCT "De los accidentes y enfermedades inculpables" (arts. 208 a 213), reduciéndose lo dispuesto por el art. 53, RTA al aviso que debe dar el trabajador de su imposibilidad de prestar tareas por tal causa.

Dicha comunicación debe efectuarse en el transcurso de las primeras dos jornadas de trabajo en las cuales el dependiente se ha visto imposibilitado de concurrir, informando el lugar en que se encontrare a fin de posibilitar la facultad de control que prevé el art. 210, LCT. La norma prevé que el trabajador, mientras no cumpla con dicha carga, pierde el derecho a percibir la remuneración que le correspondiere, excepto cuando acredite la imposibilidad de haber cumplido con aquélla en tiempo y forma. Por último, cabe señalar que dicha comunicación debe presumirse en el caso de que el trabajador permaneciere en el establecimiento.

TÍTULO IX Prohibición del trabajo infantil y protección del trabajo adolescente

CAPÍTULO I Edad mínima de admisión al empleo o trabajo

Art. 54.— Prohibición del trabajo infantil. Queda prohibido el trabajo de las personas menores de dieciséis (16) años en todas sus formas, exista o no relación de empleo, y sea aquél remunerado o no. La inspección del trabajo deberá ejercer las funciones conducentes al cumplimiento de dicha prohibición.

CAPÍTULO II Regulación del trabajo adolescente

Art. 55.— Trabajo adolescente. Las personas desde los dieciséis (16) años y hasta los dieciocho (18) años pueden celebrar contrato de trabajo con autorización de sus padres, responsables o tutores, conforme lo determine la reglamentación que en consecuencia se dicte.

Si el adolescente vive independientemente de sus padres se presumirá la autorización.

Art. 56.— Certificado de aptitud física. El empleador, al contratar trabajadores adolescentes, deberá exigir de los mismos o de sus representantes legales, un certificado médico extendido por un servicio de salud pública que acredite su aptitud para el trabajo, y someterlos a los reconocimientos médicos periódicos que prevean las reglamentaciones respectivas.

Art. 57.— Certificado de escolaridad. El empleador, al contratar al trabajador adolescente, deberá solicitarle a él o a sus representantes legales el certificado de escolaridad previsto en el art. 29 de la ley 26.206.

Art. 58.— Trabajo en empresa de familia. Las personas mayores de catorce (14) años y menores de dieciséis (16) años de edad podrán ser ocupados en explotaciones cuyo titular sea su padre, madre o tutor, en jornadas que no podrán superar las tres (3) horas diarias, y las quince (15) horas semanales, siempre que no se trate de tareas penosas, peligrosas y/o insalubres, y que cumplan con la asistencia escolar. La explotación cuyo titular sea el padre, la madre o el tutor del trabajador menor que pretenda acogerse a esta excepción a la edad mínima de admisión al empleo, deberá obtener autorización de la autoridad administrativa laboral de cada jurisdicción. Cuando, por cualquier vínculo o acto, o mediante cualquiera de las formas de descentralización productiva, la explotación cuya titularidad sea del padre, la madre o del tutor se encuentre subordinada económicamente o fuere contratista o proveedora de otra empresa, no podrá obtener la autorización establecida en esta norma.

Art. 59.— Jornada. Trabajo nocturno. La jornada de trabajo prevista para el trabajo adolescente deberá realizarse exclusivamente en horario matutino o vespertino y no podrá ser superior a seis (6) horas diarias y a treinta y dos (32) horas semanales. La distribución desigual de las horas laborales no podrá superar las siete (7) horas diarias. La autoridad administrativa laboral de cada jurisdicción podrá extender la duración de la jornada de tareas hasta ocho (8) horas diarias y hasta cuarenta y cuatro (44) horas semanales cuando razones excepcionales lo justifiquen, debiendo considerar en cada caso que la eventual extensión horaria no afecte el derecho a la educación del trabajador adolescente.

No se podrá ocupar a personas menores de dieciocho (18) años en trabajos nocturnos entendiéndose como tal el comprendido entre las veinte (20) horas y las cinco (5) horas del día siguiente.

Art. 60.— Prohibición de abonar salarios inferiores. Por ninguna causa podrán abonarse al trabajador adolescente salarios inferiores a los que se fijen para el resto de los trabajadores agrarios, con excepción de las reducciones que correspondan en razón de la duración de la jornada.

Art. 61.— Licencias. Los trabajadores menores de dieciocho (18) años tendrán derecho al goce de todas las licencias previstas en el Título VIII de la presente ley, en las condiciones allí establecidas.

Art. 62.— Prohibición de trabajos peligrosos, penosos e insalubres. Queda prohibido ocupar menores de dieciocho (18) años en los trabajos que revistieren carácter penoso, peligroso o insalubre, conforme lo determinado por la reglamentación y las normas específicas en materia de trabajo infantil y adolescente peligroso.

Art. 63.— Accidente o enfermedad profesional. En caso de accidente de trabajo o de enfermedad profesional de un trabajador adolescente, si se comprueba que su causa fuera alguna de las tareas prohibidas a su respecto o efectuada en condiciones que signifiquen infracción a sus requisitos, se considerará por ese solo hecho al accidente o a la enfermedad como resultante de la acción u omisión del empleador, en los términos del art. 1072 y concordantes del Código Civil, sin admitirse prueba en contrario.

Si el accidente o enfermedad profesional obedecieren al hecho de encontrarse circunstancialmente el trabajador en un sitio de trabajo en el cual fuere ilícita o prohibida su presencia, sin conocimiento del empleador, éste podrá probar su falta de responsabilidad.

CAPÍTULO III Prevención del trabajo infantil. Espacios de contención para niños y niñas

Art. 64.— Espacios de cuidado y contención. En las explotaciones agrarias, cualquiera sea la modalidad de contratación, el empleador deberá habilitar espacios de cuidado y contención adecuados a fin de atender a los niños y niñas a cargo del trabajador, durante todo el tiempo que dure la jornada laboral y poner al frente de los mismos a personal calificado y/o con experiencia en el cuidado de la infancia.

Este servicio deberá atender a los niños y niñas que aún no han cumplido la edad escolar y también, en contra turno, a los que asisten a la escuela hasta cubrir la jornada laboral de los adultos a cuyo cargo se encuentren.

La reglamentación establecerá los requisitos mínimos que deberán cumplir los espacios de contención para niños y niñas, así como la cantidad de trabajadores a partir de la cual se exigirá a los empleadores la obligación establecida en el párrafo primero, teniendo en cuenta las particularidades locales y regionales y las peculiaridades de la actividad agraria respectiva.

Decreto reglamentario 301/2013

Art. 15.— (Reglamentación del artículo 64) El MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL podrá suscribir convenios con gobiernos provinciales, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, municipales, con asociaciones sindicales de trabajadores de cada sector o rama de actividad y/o instituciones públicas o privadas sin fines de lucro, a efectos de cofinanciar la construcción, mejora, ampliación y/o funcionamiento de los espacios de cuidado y contención que resulten necesarios para garantizar la efectiva prohibición del trabajo infantil, en tanto estos centros resulten públicos, gratuitos y abiertos a la comunidad, y para asistir financieramente a pequeños productores que desarrollen tareas contempladas por la Ley Nº 26.727, para la contratación del transporte de los niños y las niñas desde y hacia los Espacios de Cuidado y Contención, como así también los demás gastos de cuidado, de materiales didácticos y de alimentación.

• Comentario:

36. Prohibición del trabajo infantil y protección del trabajo adolescente

Como se señalara en una obra anterior(19), en 1989, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el texto de la Convención sobre los Derechos del Niño y ello constituye un hito histórico fundamental en la defensa de los derechos de los niños y las niñas. La Convención Internacional de los Derechos del Niño, cancela definitivamente la imagen de "menor" como objeto de compasión-represión, convirtiendo al niño y la niña en sujetos de derechos (Guía para la Implementación de un Sistema de Inspección y Monitoreo del Trabajo Infantil en el Mercosur, OIT nro. 169).

Las condiciones infrahumanas y el poco nivel formativo de las actividades desarrolladas por los niños y las niñas de edades inferiores al mínimo de 16 años que trabajan, la falta de espacios lúdicos y los altos índices de exclusión de la escolaridad, revelan la negación misma de su condición de infancia.

Sólo en las últimas décadas parece haberse tomado conciencia de que el trabajo infantil rompe con el concepto de infancia entendida como período que permite un desarrollo personal, una formación educativa y una integración positiva a la sociedad.

El genéricamente denominado "trabajo de menores" si bien puede interpretarse como una rama o materia específica del derecho del trabajo, en rigor, se halla directamente relacionado con la problemática y el ordenamiento jurídico inherente a la capacidad para celebrar contratos de trabajo de las personas que no han alcanzado la mayoría de edad para todos los actos de la vida civil, como así también con la relativa a las precauciones y recaudos específicos que corresponde adoptar en tales casos.

Desde el punto de vista jurídico, es preciso remarcar inicialmente que, de acuerdo con el ordenamiento positivo vigente, con la reforma efectuada por la ley 26.579 al Código Civil, la mayoría de edad se alcanza a los 18 años (arts. 126 y 128).

Es pertinente acotar que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación mantiene esta previsión (conf. art. 25).

Es importante destacar que, a partir de la Convención de los Derechos del Niño y del Convenio 182 de la OIT sobre la Prohibición y Eliminación de las Peores Formas de Trabajo Infantil, se utiliza el concepto de niño o niña para todos los menores de 18 años.

Cabe enfatizar que, tanto en el marco de la prohibición del trabajo infantil como en el de la regulación del trabajo de adolescentes, las normas toman en cuenta la edad en la cual se lleva a cabo; las actividades que se realizan; y las condiciones en que se presta el débito laboral.

37. Edad mínima para trabajar

El Convenio 138 OIT (ratificado por ley 24.560) dispone que la edad mínima para trabajar no puede ser inferior a aquella en que cesa la obligación escolar; o en todo caso, a los 15 años. Las únicas excepciones están dadas por los "trabajos ligeros" de 13 a 15 años; y por los trabajos artísticos, para los cuales se requiere autorización individual. Asimismo se asumió allí el compromiso de elevar progresivamente la edad mínima para asegurar el más completo desarrollo del niño. En sentido similar, en la "Declaración Sociolaboral del Mercosur" se establece que la edad mínima para trabajar no puede ser inferior a aquélla en la que cesa la escolaridad obligatoria (art. 6.1), comprometiéndose los Estados parte a aumentar de manera progresiva la edad mínima para ingresar al mercado de trabajo (art. 6.2).

El anteriormente denominado "trabajo de menores" se encuentra actualmente regulado en el Título IX del RTA que recepta tanto el título como el contenido de la ley 26.390, que, vale memorar, modificó el régimen del trabajo de menores tanto en la LCT como en el derogado RNTA instituido por la ley 22.248; y adecuó la edad mínima para celebrar contratos de trabajo a las normas supralegales reseñadas en el párrafo anterior a la de 16 años.

Por lo tanto, desde los 16 años las personas se hallan facultadas para celebrar contratos de trabajo y, por consiguiente, a todos los actos derivados de la relación laboral. A tal efecto, es requisito la autorización de sus padres cuando el trabajador aún no alcanzó la edad de 18 años, aunque ésta se presume cuando el adolescente vive independientemente de ellos (art. 55, RTA). No obstante, cabe tener aquí presente que el art. 35 de la LCT dispone que los menores emancipados por matrimonio gozan de plena capacidad laboral.

Al respecto, es importante remarcar que los adolescentes a partir de los 16 años no sólo poseen capacidad para celebrar contratos de trabajo, sino que además adquieren el derecho a trabajar, como ha sido declarado en el art. 25 de la ley 26.061 "Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes", en cuanto dispone que "Los Organismos del Estado deben garantizar el derecho de las personas adolescentes a la educación y reconocer su derecho a trabajar con las restricciones que imponen la legislación vigente y los convenios internacionales sobre erradicación del trabajo infantil, debiendo ejercer la inspección del trabajo contra la explotación laboral de las niñas, niños y adolescentes".

"Este derecho podrá limitarse solamente cuando la actividad laboral importe riesgo, peligro para el desarrollo, la salud física, mental o emocional de los adolescentes".

"Los Organismos del Estado, la sociedad y en particular las organizaciones sindicales coordinarán sus esfuerzos para erradicar el trabajo infantil y limitar toda forma de trabajo legalmente autorizada cuando impidan o afecten su proceso evolutivo".

La minoría de edad del trabajador no puede ir en desmedro de su remuneración. De allí la directiva impuesta por el art. 60 RTA, aunque es pertinente aquí destacar que dicha igualdad debe ser apreciada en identidad de condiciones, es decir, por el mismo trabajo e idéntica jornada. A tal efecto, el art. 187 de la LCT establece que "Las reglamentaciones, convenciones colectivas de trabajo o tablas de salarios que se elaboren, garantizarán a estos trabajadores igualdad de retribución cuando cumplan jornadas de trabajo o realicen tareas propias de trabajadores mayores".

Del mismo modo, los trabajadores menores tienen igual de derecho al goce de todas las licencias previstas en el Título VIII del RTA.

De acuerdo al art. 16 de la Ley de Educación Nacional 26.206 "La obligatoriedad escolar en todo el país se extiende desde la edad de cinco (5) años hasta la finalización del nivel de la Educación Secundaria", razón por la cual aguardar a la culminación de la enseñanza obligatoria prácticamente implicaría la eliminación del trabajo adolescente. Pero, como explica con acierto Liliana Hebe Litterio(20), esto no significa que, necesariamente, los menores entre dieciséis y dieciocho años que trabajan se hallen imposibilitados de acceder a su derecho y obligación a la educación, sino que —por el contrario— el sistema educativo debe acompañarlos de acuerdo a las posibilidades existentes en cada zona geográfica.

Como lógica contrapartida a la edad mínima para adquirir capacidad para celebrar un contrato de trabajo, el art. 54, RTA prohíbe la contratación de trabajadores menores de 16 años para desempeñarse en tareas más allá de que tengan —o no— fines de lucro. Como se ha visto, esta regla es concordante con lo dispuesto por el Convenio 138 de la OIT (arts. 2.3 y 2.4). La prohibición obedece a razones biológicas (en atención a las condiciones psicofísicas del menor y a los posibles efectos negativos del trabajo sobre su organismo), culturales (fundadas en el interés de que se cumpla la escolaridad obligatoria), y de índole moral e interés social (pues el trabajo no se condice con la actividad lúdica, recreativa y de aprendizaje que corresponde como derecho a los niños).

Corresponde precisar que —en rigor— el trabajo realizado por un menor de edad inferior a 16 años en violación al art. 54, RTA y al Convenio OIT 138 (si aún no concluyó su formación escolar), impide la existencia de un "contrato", por lo que no puede hablarse de objeto "prohibido". Configura directamente un acto "ilícito" que obliga a la reparación del daño material y moral que la prestación laboral le hubiera ocasionado, por lo que se podría reclamar al empleador de sus servicios, a través de sus representantes legales, una indemnización por daños y perjuicios derivada de la utilización prohibida de su trabajo (arts. 1041, 1056 y 1078, Cód. Civil), ya que la ley laboral no prevé indemnización tarifada alguna para dicho caso.

Esta conclusión no deberá verse afectada con la puesta en vigor del Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por ley 26.994, pues si bien las normas citadas del derecho común no tienen una correspondencia textual con las del nuevo ordenamiento, lo concreto es que de conformidad a las previsiones contenidas en este cuerpo normativo, correspondería atribuir al empleador un factor subjetivo de responsabilidad, respecto de los daños eventualmente padecidos por el trabajador, debiendo determinarse el resarcimiento en base a lo dispuesto por la sección 4º, del capítulo I, Título V, Libro Tercero, del Código Civil y Comercial (arts. 1737 a 1748).

Como excepción a la prohibición de contratar menores de edad inferior a dieciséis años, el art. 58, RTA establece que los adolescentes de entre catorce y dieciséis años de edad pueden ser ocupados en empresas cuyo titular sea su padre, madre o tutor, en jornadas que no superen tres horas diarias, ni quince semanales, siempre que no se trate de tareas penosas, peligrosas y/o insalubres, y siempre que cumplan con la asistencia escolar. A tal efecto, la empresa familiar se encuentra obligada a obtener previamente autorización de la autoridad administrativa laboral. A esta altura del análisis cabe puntualizar que la última parte del mentado art. 58 expresamente impide que se otorgue dicha autorización cuando la empresa del padre, madre o tutor, se encuentre subordinada económicamente o fuere contratista o proveedora de otra empresa, cualquiera sea el tipo de vínculo o acto por el que éste se haya instrumentado.

38. Protección de la integridad psicofísica de los menores

Es importante la caracterización de los trabajos "peligrosos" (que, conforme dispone el citado Convenio OIT 182, debe confeccionar cada país), por cuanto la norma internacional prohíbe la realización de ese tipo de tareas por trabajadores con menos de 18 años de edad.

En esta línea, resulta útil el informe del Taller Técnico realizado por la OIT en agosto de 2002 en Ecuador sobre "Criterios para la definición del trabajo infantil peligroso".

En dicho documento se presentan criterios generales para orientar cuáles son los tipos de trabajo que por su condición o por su naturaleza pueden perjudicar a los niños y a las niñas, entre los que cabe señalar aquéllos que:

1. Alteren el desarrollo del sistema óseo muscular y el desarrollo armónico de la relación peso-talla, en correspondencia con la edad.

2. Alteren la maduración y desarrollo neurológico, inmunológico y metabólico.

3. Alteren el desarrollo sexual y la capacidad reproductiva.

4. Generen problemas en la estructuración y el desarrollo de la esfera psíquica y en la adaptación social.

5. Provoquen traumatismos, lesiones y/o deformidades crónicas irreversibles en el aparato locomotor.

6. Provoquen alteraciones irreversibles en otros órganos, aparatos y sistemas del niño.

7. Ocasionen cáncer o trastornos mutagénicos y teratogénicos.

8. Provoquen intoxicaciones agudas de cualquier naturaleza.

9. Pongan al niño en riesgo inminente de muerte.

10. Tengan condiciones o situaciones de trabajo que sometan a los niños a:

a. Abuso sexual, con la posibilidad de contagio de VIH-SIDA y de sufrir otras consecuencias de orden moral, emocional y social.

b. Violencia y maltrato.

c. Exposición a situaciones ilegales, inmorales o socialmente sancionadas (prostíbulos, mendicidad, consumo de drogas, recolección y reciclamiento de basura).

Tales principios han sido receptados en el ordenamiento positivo interno por la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, en particular, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 9º, titulado Derecho a la Dignidad y a la Integridad Personal, en el que se dispone, en su parte pertinente, que "Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la dignidad como sujetos de derechos y de personas en desarrollo; a no ser sometidos a trato violento, discriminatorio, vejatorio, humillante, intimidatorio; a no ser sometidos a ninguna forma de explotación económica, torturas, abusos o negligencias, explotación sexual, secuestros o tráfico para cualquier fin o en cualquier forma o condición cruel o degradante. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a su integridad física, sexual, psíquica y moral".

Los Convenios 77 y 78 (1946) y 124 (1965) de la OIT contienen normas relativas a los exámenes médicos de los adolescentes. Similar exigencia prevé nuestro ordenamiento en el art. 57, RTA. Así, se impone al empleador que contrate trabajadores menores de 18 años la obligación de requerir un certificado médico que acredite su aptitud psicofísica para el trabajo, con el propósito de asegurar que reúna las condiciones que demande la tarea y que ésta no le acarreará un daño a la salud.

La mencionada norma exige, además, que los trabajadores adolescentes sean sometidos a los "reconocimientos médicos periódicos que prevean las reglamentaciones respectivas", lo que debe vincularse con la ley de seguridad e higiene 19.587, reglamentada por dec. 351/1979, y con el art. 75, LCT. Así, el art. 5º, inc. o), de la ley citada, contempla, como uno de sus principios de ejecución, la realización de exámenes médicos preocupacionales y periódicos.

La jornada del trabajador agrario adolescente no puede exceder de seis horas diarias o treinta y dos semanales. La distribución desigual de las horas laborales alude a que la jornada no puede extenderse más allá de las siete horas diarias y hasta las trece del sábado (art. 1º, inc. b), dec. 16.115/1933). Sin embargo, previa autorización de la autoridad administrativa laboral de cada jurisdicción, la jornada puede extenderse a ocho horas diarias o cuarenta y cuatro semanales. El trabajo nocturno, que para el trabajo de menores debe entenderse como el realizado entre las veinte y las cinco horas, se encuentra prohibido.

Cabe enfatizar que dichos límites son absolutos y que, por lo tanto, no puede exigirse a un adolescente que trabaje horas "extra" ni puede considerarse que su situación se encuentre de algún modo comprendida en la autorización genérica del dec. 484/2000 que redujo los topes de la cantidad de horas suplementarias que pueden ser trabajadas a 30 horas mensuales y 200 horas anuales, sin necesidad de autorización administrativa previa.

Sin perjuicio de ello, la realización de tareas por parte de los trabajadores adolescentes menores de dieciocho años y mayores de dieciséis, en quebrantamiento de los límites horarios impuestos por el art. 59, RTA (reseñados en el párrafo anterior), debe ser remunerada, más allá de las sanciones que pueda establecer la autoridad administrativa y de policía del trabajo.

El art. 62 prohíbe la ocupación de menores de dieciocho años en los trabajos que revistieren carácter penoso, peligroso o insalubre, conforme lo determinado por la reglamentación y las normas específicas en materia de trabajo infantil y adolescente peligroso y que antes se reseñara al tratar el régimen de jornada insalubre.

En el caso de que un trabajador adolescente sufra un accidente o enfermedad, la ley presume que ello ha ocurrido por culpa del empleador en los términos del art. 1072 del Cód. Civil por el solo hecho de que el daño derive de alguno de estos tres supuestos fácticos: 1) que se haya ocupado al menor en tareas prohibidas; 2) que las tareas se hayan efectuado en condiciones que signifiquen infracción a sus requisitos (se entiende los derivados de la ley de higiene y seguridad), y 3) que el menor se encuentre circunstancialmente en un sitio de trabajo en el cual fuese ilícita o prohibida su presencia.

Ahora bien, respecto de las dos primeras hipótesis, la ley no admite prueba en contrario de la presunción legal; en cambio, en relación a la tercera, el empleador puede probar su falta de culpa —lo cual implica demostrar que no tenía conocimiento de la presencia del menor en el lugar prohibido—, o la intencionalidad o culpa grave del trabajador, o una situación de fuerza mayor extraña al trabajo.

En relación a la operatividad de esta presunción a partir de la entrada en vigor del Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por ley 26.994, cabe señalar que si bien el art. 63 de la ley estatutaria hace expresa referencia a los términos "del art. 1072 y concordantes del Código Civil", considero que, tal como expresamente determina la norma, corresponde estar a los artículos concordantes del nuevo ordenamiento puesto que, no es ocioso aclarar, se trata en definitiva del código al que remite el mentado artículo 63. En esta ilación, aunque el nuevo ordenamiento no prevé una norma con un texto idéntico al del art. 1072, Cód. Civil, en el que se define al delito como "el acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar a la persona o los derechos de otro", la presunción de la responsabilidad bajo examen permitiría ser encuadrada en los términos del artículo 1724 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, el cual dispone que "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 en manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos". En definitiva, debería presumirse la existencia de un factor de atribución de responsabilidad del empleador, con los alcances y en los términos mencionados precedentemente.

39. Protección contra las peores formas de trabajo infantil

El Convenio 182 de la OIT sobre las peores formas del trabajo infantil complementa el Convenio 138 y la Recomendación 146 sobre edad mínima de admisión al empleo. Establece la necesidad de prohibir y eliminar las peores formas de trabajo infantil mediante la promulgación de leyes, reglamentos y normas (art. 1º) y designa bajo el término niño a toda persona menor de 18 años (art. 2º).

Señala en el art. 3º, que las peores formas de trabajo infantil abarcan las siguientes categorías:

— Todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños y niñas, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños y niñas para utilizarlos en conflictos armados;

— La utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas;

— La utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internaciones pertinentes; y

— El trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños (art. 3º).

Esta última categoría de peores formas de trabajo infantil debe ser determinada por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores y tomando en consideración las normas internaciones en la materia (art. 4º).

En definitiva, y tal como surge del Informe Global "Un Futuro sin Trabajo Infantil" (OIT 2002) el trabajo infantil que se debe abolir es el que corresponde a alguna de las tres categorías siguientes:

1) Un trabajo realizado por un niño que no alcance la edad mínima especificada para el tipo de trabajo de que se trate (según determine la legislación nacional, de acuerdo con normas internacionalmente aceptadas), y que, por consiguiente, impida probablemente la educación y el pleno desarrollo del niño.

2) Un trabajo que ponga en peligro el bienestar físico, mental o moral del niño, ya sea por su propia naturaleza o por las condiciones en que se realiza, y que se denomina trabajo peligroso.

3) Las formas incuestionablemente peores de trabajo infantil, que internacionalmente se definen como esclavitud, trata de personas, servidumbre por deudas y otras formas de trabajo forzoso, reclutamiento forzoso de niños para utilizarlos en conflictos armados, prostitución y pornografía, y actividades ilícitas.

Dentro de las denominadas "peores formas de trabajo infantil" pueden distinguirse dos categorías:

— Las que en el Informe Global "Un Futuro sin Trabajo Infantil" (OIT 2002) se denominan formas "incuestionablemente" peores de trabajo infantil, a las que se hace referencia en el art. 3º, a)-c), del Convenio 182 antes mencionado, pues son fundamentalmente opuestas a los derechos humanos básicos del niño que quedan absolutamente prohibidas para todas las personas de menos de 18 años de edad.

— Los trabajos peligrosos, tal como los defina la legislación nacional, que pueden ser realizados en sectores legítimos de la actividad económica pero que, a pesar de ello, resulten dañinos para el niño trabajador.

40. Espacios de contención para niños y niñas

El art. 64, RTA perfecciona la protección de los menores al imponer al empleador la obligación de habilitar espacios destinados a los niños y niñas que se hallen a cargo del trabajador durante el tiempo que dure la jornada laboral, debiendo contar éstos con personal calificado para el cuidado de la infancia.

A fin de coadyuvar al cumplimiento de esta exigencia, el art. 15 del decreto reglamentario faculta al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social a suscribir convenios a efectos de cofinanciar la construcción, mejora, ampliación y/o funcionamiento de los espacios de cuidado y contención que resulten necesarios para garantizar la efectiva prohibición del trabajo infantil, con la condición de que éstos resulten públicos, gratuitos y abiertos a la comunidad. De igual modo, tales convenios pueden tener por objeto la asistencia financiera a los pequeños productores agrarios, para la contratación del transporte de los niños y las niñas desde y hacia los Espacios de Cuidado y Contención, como así también los demás gastos de cuidado, de materiales didácticos y de alimentación.

TÍTULO X De la promoción del empleo de los trabajadores temporarios

CAPÍTULO I Del servicio público de empleo para trabajadores temporarios de la actividad agraria

Art. 65.— Creación del servicio de empleo para trabajadores temporarios de la actividad agraria. Créase el Servicio Público de Empleo para Trabajadores Temporarios de la Actividad Agraria, que comprenderá a todos los trabajadores temporarios que desarrollen tareas en actividades de carácter cíclico o estacional o aquéllas que por procesos temporales propios lo demanden.

Art. 66.— Uso obligatorio del Servicio de Empleo para Trabajadores Temporarios de la Actividad Agraria. El Servicio Público de Empleo para Trabajadores Temporarios de la Actividad Agraria será de utilización obligatoria para los empleadores y funcionará en las gerencias de empleo y capacitación laboral de la Dirección Nacional del Servicio Federal de Empleo de la Secretaría de Empleo del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. La reglamentación podrá establecer excepciones a la utilización obligatoria de este servicio, sustituirlo o disponer mecanismos de promoción a favor de aquellos que lo utilicen.

Art. 67.— Celebración de convenios. Autorízase a la Secretaría de Empleo del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social a celebrar convenios con los municipios a fin de implementar el Servicio Público de Empleo para Trabajadores Temporarios de la Actividad Agraria en las respectivas jurisdicciones.

Art. 68.— Facultades del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. Facúltase al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social para dictar las normas complementarias y aclaratorias que resulten pertinentes.

CAPÍTULO II De las bolsas de trabajo a cargo de las asociaciones sindicales

Art. 69.— Bolsas de trabajo. Las bolsas de trabajo a cargo de las asociaciones sindicales de trabajadores con personería gremial proveerán a los empleadores del personal necesario para la realización de las tareas temporarias en las actividades contempladas en la presente ley, conforme las resoluciones que a tal efecto dicte la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA).

Ello, sin perjuicio de la vigencia de las normas que actualmente prevén la obligatoriedad del uso de las bolsas de trabajo para el ámbito rural en determinadas actividades y jurisdicciones.

Art. 70.— Funcionamiento de las bolsas de trabajo. El funcionamiento de las bolsas de trabajo referidas en el artículo anterior se ajustará a lo dispuesto por el presente régimen, sus normas reglamentarias y las resoluciones dictadas por la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA).

Art. 71.— Designación de veedores. Las entidades que agrupan a empleadores del sector rural, con representación en la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA), quedan facultadas a designar veedores ante las bolsas de trabajo a cargo de las asociaciones sindicales de trabajadores con personería gremial.

La Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA) establecerá la forma de designación y las funciones de los mencionados veedores.

Decreto reglamentario 301/2013

Art. 16.— (Reglamentación del artículo 65) El Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social fijará las condiciones de habilitación, las funciones y las acciones a cargo de las oficinas integrantes del Servicio Público de Empleo para Trabajadores Temporarios de la Actividad Agraria y de las bolsas de trabajo agrario, en orden a establecer criterios unificados de calidad en los servicios de intermediación y derivación a acciones de empleo y formación profesional. Fijará también, las condiciones para que las Oficinas y Unidades de Empleo que integran la Red de Servicios de Empleo se constituyan como oficinas del mencionado Servicio Público.

Art. 17.— (Reglamentación de los artículos 66 y 81) Los empleadores sólo podrán hacer uso del beneficio a que se refiere el art. 81 de la Ley Nº 26.727 para cada nuevo contrato de trabajo agrario, cuando acrediten la utilización del Servicio Público de Empleo para Trabajadores Temporarios de la Actividad Agraria establecido por el art. 65 de la citada Ley.

• Comentario:

41. Promoción del empleo de los trabajadores temporarios. Servicio Público de Empleo para Trabajadores Temporarios de la Actividad Agraria

Como contrapartida de la prohibición que prevé el art. 15 respecto de la actuación de empresas que provean trabajadores para la realización de las tareas y actividades incluidas en el RTA, se dispone la creación del Servicio Público de Empleo para Trabajadores Temporarios de la Actividad Agraria, que debe comprender a todos los trabajadores temporarios que desarrollen tareas en actividades de carácter cíclico o estacional o aquéllas que, por procesos temporales propios, lo demanden.

A través del art. 66 se impone la obligatoriedad del uso de este Servicio para los empleadores comprendidos por el Régimen de Trabajo Agrario y se establece el funcionamiento de éste en las gerencias de empleo y capacitación laboral de la Dirección Nacional del Servicio Federal de Empleo de la Secretaría de Empleo del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. Sobre esta base, por Resol. 836/2013 de dicho Ministerio, se estableció que el Servicio Público de Empleo para Trabajadores Temporarios de la Actividad Agraria, funcionará como parte integrante de la Red de Servicios de Empleo, organizada y coordinada por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social en el marco de la ley 24.013.

Para un mejor ordenamiento expositivo, cabe aquí anticipar que por el art. 81 de la ley 26.727, se dispuso que aquellos empleadores que contraten trabajadores temporarios y permanentes discontinuos en el marco del Régimen de Trabajo Agrario, obtendrán por el término de veinticuatro meses una reducción del 50% de sus contribuciones vigentes con destino al Sistema de Seguridad Social, para lo cual es necesario que se haya utilizado el Servicio Público de Empleo para Trabajadores Temporarios de Actividad Agraria, de conformidad a lo establecido por el art. 17 del dec. regl. 301/2013. Cabe señalar que el art. 3º de la resol. 836/2013 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, estableció la inaccesibilidad a la reducción de contribuciones con destino a la Seguridad Social prevista en el art. 81 de la ley 26.727, de los empleadores que tengan deudas de cualquier naturaleza con el Registro Nacional de Trabajadores y Empleadores Agrarios o deudas por aportes o contribuciones asociados a los sistemas de la Seguridad Social.

El art. 4º de la citada Resol. 836/2013 estableció que "a fin de dar cumplimiento al uso obligatorio del Servicio Público de Empleo para Trabajadores Temporarios de la Actividad Agraria y hacer efectiva la reducción de contribuciones con destino a la Seguridad Social prevista por el art. 81 de la ley 26.727, los empleadores deberán: 1) registrarse como usuarios del Servicio Público de Empleo para Trabajadores Temporarios de la Actividad Agraria ante la Oficina o Unidad de Empleo de la Red de Servicios de Empleo, u otra oficina habilitada, correspondiente a su domicilio; 2) registrar sus búsquedas de trabajadores temporarios de la actividad agraria a la Oficina o Unidad de Empleo de la Red de Servicios de Empleo, u otra oficina habilitada, correspondiente a su domicilio; 3) registrar la información de los trabajadores seleccionados para su contratación, o contratados, como trabajadores temporarios o permanentes discontinuos ante la Oficina o Unidad de Empleo de la Red de Servicios de Empleo, u otra oficina habilitada, correspondiente a su domicilio".

Finalmente, por resol. 2229/2013 de la Secretaría de Empleo (modificada por resol. 2422/2013), se aprobó el Circuito Operativo del Uso Obligatorio del Servicio Público de Empleo para Trabajadores Temporarios de la Actividad Agraria y los instrumentos operativos necesarios para su aplicación.

42. Bolsas de trabajo

Las bolsas de trabajo a cargo de las asociaciones sindicales de trabajadores con personería gremial constituyen otro de los mecanismos habilitados por el RTA para la provisión del personal necesario para la realización de tareas temporarias.

Su funcionamiento se halla esencialmente sujeto a las resoluciones que a tal efecto dicte la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA), las cuales —vale aclarar— mantienen su vigor con el nuevo régimen. Ello, sin perjuicio de la vigencia de las normas que actualmente prevén la obligatoriedad del uso de las bolsas de trabajo para el ámbito rural en determinadas actividades y jurisdicciones.

Cabe destacar que la imposición de estas bolsas de trabajo a cargo de las asociaciones sindicales de trabajadores con personería gremial, ha generado ciertos cuestionamientos, pues, como expone Maiztegui Martínez(21), su funcionamiento no puede violentar el derecho de trabajar y el de libertad de asociación sindical, consagrado por nuestra Constitución Nacional y rescatado por la Corte en diversos precedentes, entre ellos "Outon, Carlos José", de 1967, donde justamente se establecieron estos principios.

TÍTULO XI De la capacitación y formación profesional

CAPÍTULO I Responsabilidad de los empleadores

Art. 72.— Derecho a la capacitación. Los trabajadores tendrán derecho a capacitarse con los programas que se implementen, para un mayor desarrollo de sus aptitudes y conocimientos que atiendan a una progresiva mejora de las condiciones y del medio ambiente de trabajo de la actividad productiva en la que laboran.

Art. 73.— Actividades específicas. Programas de capacitación. A los fines de promover la capacitación y el desarrollo del personal se deberán desarrollar programas de tipo general destinados a cada actividad específica, los cuales serán implementados en instituciones y/o por modalidades de formación definidas al efecto, con el acuerdo de la asociación sindical con personería gremial de la actividad.

Art. 74.— Formación. Acceso equitativo. Deberá garantizarse a todos los trabajadores el acceso equitativo a la formación y/o certificación de competencias laborales, con independencia de su género, categoría profesional, ubicación geográfica o cualquier otro parámetro. Las acciones formativas y/o de evaluación de competencias se llevarán a cabo dentro o fuera del horario de trabajo, según las características e implementación de aquéllas. En el caso de serlo dentro del horario de trabajo, el tiempo durante el cual los trabajadores asistan a actividades formativas determinadas por la empresa, será considerado como tiempo de trabajo a todos los efectos.

Art. 75.— Calificación profesional. Certificación. En el certificado de trabajo previsto por el art. 80 de la ley 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias, que el empleador está obligado a entregar al momento de extinguirse la relación laboral deberá constar la calificación profesional obtenida en el o los puestos de trabajo desempeñados, hubiere o no realizado el trabajador actividades regulares de capacitación.

CAPÍTULO II Responsabilidad del estado

Art. 76.— Formación profesional. Capacitación. El Poder Ejecutivo Nacional, por intermedio del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, arbitrará las medidas y recursos necesarios para concretar una política nacional de capacitación técnica intensiva de los trabajadores agrarios, contemplando la naturaleza de las actividades, las zonas en que éstas se realizaren, los intereses de la producción y el desarrollo del país. A este efecto, el mencionado ministerio deberá impulsar la programación de cursos de capacitación y de perfeccionamiento técnico.

Art. 77.— Convenios. Facúltase al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social para concertar con el Ministerio de Educación, el Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca y organismos educacionales técnicos, estatales o privados, convenios que aseguren el eficaz cumplimiento de los objetivos enunciados en este capítulo.

• Comentario:

43. Capacitación y formación profesional del trabajador agrario

En el presente título, el Régimen de Trabajo Agrario declara el derecho del trabajador a la formación y capacitación profesional, de modo similar al que se hallara previsto en el capítulo IX de la derogada ley 22.248, como así también del capítulo VIII del título II de la LCT titulado "De la formación profesional", que fuese incorporado por la ley 24.576 (B.O. del 13/11/1995).

Si bien para el cumplimiento de este derecho el conjunto de normas que integran este título se divide en dos capítulos destinados a la responsabilidad del empleador y del Estado, no se determina en forma clara y precisa cuáles son concretamente las obligaciones impuestas a cada uno de ellos, ni las circunstancias en que se torna exigible el deber de capacitar, por lo que la cuestión parece diluirse en un conjunto de buenas intenciones frente a la inobjetable necesidad de capacitar al trabajador agrario, no sólo para la formación de éste, sino también como medio para una armónica mejora en la productividad y en la preservación del medio ambiente. A nadie escapa que la actividad agraria se encuentra cada vez más tecnificada por el uso de herramientas de mayor complejidad, agroquímicos, etc., que exigen un mayor conocimiento y formación de los trabajadores. Mas las normas comentadas no pasan —en principio— de una declaración de derechos que mayormente carecen de operatividad, máxime si se repara en que éstas no han sido reglamentadas por el dec. 301/2013.

No obstante, la capacitación debe cumplimentar ciertos recaudos: a) debe tratarse de programas de tipo general destinados a cada actividad específica; b) la actividad debe ser acordada con la asociación sindical con personería gremial de la actividad; c) debe asegurarse el acceso equitativo a todos los trabajadores que integran la categoría profesional a la cual es destinada la actividad; d) las actividades formativas pueden llevarse dentro o fuera de la jornada de trabajo teniendo en cuenta sus características y las necesidades para su implementación. En el supuesto de que éstas tengan lugar dentro del horario habitual de tareas, éste debe ser considerado como "tiempo de trabajo a todos los efectos". En este punto, puede señalarse que, aunque la ley nada diga al respecto, en el supuesto de que el empleador disponga la capacitación por fuera de la jornada laboral, y sin reconocer el tiempo que ésta demande como tiempo de prestación de servicios, dicha actividad carecería —en principio— de obligatoriedad para el trabajador.

A diferencia de lo anterior, el art. 75, RTA dispone una obligación de carácter operativo, consistente en la inclusión en el certificado de trabajo que prevé el art. 80, LCT de la calificación profesional obtenida por el trabajador en el o los puestos desempeñados, independientemente de que haya —o no— realizado actividades de capacitación.

Finalmente, el capítulo II encomienda al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, la implementación de una política nacional de capacitación técnica intensiva de los trabajadores agrarios, para la cual debe considerarse "la naturaleza de las actividades, las zonas en que éstas se realizaren, los intereses de la producción y el desarrollo del país", a cuyo efecto éste se halla facultado a concertar los convenios que sean necesarios para el cumplimientos de los objetivos fijados en la materia.

TÍTULO XII Del régimen de seguridad social

Art. 78.— Beneficio jubilatorio. Los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación de la presente ley tendrán derecho a la jubilación ordinaria con cincuenta y siete (57) años de edad, sin distinción de sexo, en tanto acrediten veinticinco (25) años de servicios, con aportes.

Art. 79.— Cómputo de los años de servicios. Cuando se hubieren desempeñado tareas en el ámbito rural y alternadamente otras de cualquier naturaleza, a los fines de determinar los requisitos para el otorgamiento de la jubilación ordinaria, se efectuará un prorrateo en función de los límites de edad y de servicios requeridos para cada clase de tareas o actividades.

Art. 80.— Contribución patronal. La contribución patronal respecto de las tareas a que se refiere la presente ley será la que rija en el régimen común —Sistema Integrado Previsional Argentino—, incrementada en dos puntos porcentuales (2%), a partir de la vigencia de la misma.

Art. 81.— Reducción de aportes patronales. El empleador que contrate trabajadores temporarios y permanentes discontinuos, gozará por el término de veinticuatro (24) meses, de una reducción del cincuenta por ciento (50%) de sus contribuciones vigentes con destino al sistema de seguridad social.

Las condiciones que deberán cumplirse para el goce de este beneficio, así como los subsistemas objeto de la reducción, serán fijadas por la reglamentación.

La reducción citada no podrá afectar el financiamiento de la seguridad social, ni los derechos conferidos a los trabajadores por los regímenes de la seguridad social.

El Poder Ejecutivo Nacional, en base a las previsiones que efectuará el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, adoptará los recaudos presupuestarios necesarios para compensar o equilibrar la reducción de que se trata, quedando facultado para prorrogar por única vez su vigencia por un lapso igual.

Art. 82.— Aplicación ley 24.241. Para los supuestos no contemplados en el presente Título, supletoriamente rige la ley 24.241, sus complementarias y modificatorias.

Art. 83.— Acreditación de servicios rurales. Por vía reglamentaria se podrán reconocer los servicios rurales contemplados en la presente ley, prestados con anterioridad a su vigencia, a través del establecimiento de nuevos medios probatorios y sujeto a un cargo por los aportes omitidos, el que será descontado en cuotas mensuales del haber obtenido al amparo de este régimen previsional.

Decreto reglamentario 301/2013

Art. 18.— (Reglamentación del artículo 78) La jubilación ordinaria comprende las prestaciones reguladas por los artículos 19, 23 y 30 de la Ley Nº 24.241, respectivamente, sustituyéndose los requisitos de edad y servicios establecidos en el art. 19 de la Ley Nº 24.241 por lo dispuesto en el art. 78 de la Ley Nº 26.727.

Art. 19.— (Reglamentación del artículo 81) La reducción de contribuciones con destino a la Seguridad Social a que refiere el art. 81 de la Ley que se reglamenta, será por el término de veinticuatro (24) meses a partir de la fecha de entrada en vigencia de esta reglamentación, cumplido aquel plazo quedará extinguida para todos los contratos alcanzados por la misma.

Dicha reducción no se sumará a ninguna otra reducción de contribuciones que se encuentre vigente.

Los subsistemas de la seguridad social que podrán ser objeto de esa reducción son los que se detallan a continuación:

a) Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, Ley Nº 24.241 y sus modificaciones, incluyendo la contribución patronal incrementada en dos puntos porcentuales (2%) que establece el Artículo 80 de la Ley Nº 26.727;

b) Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, Ley Nº 19.032 y su modificaciones;

c) Régimen Nacional de Asignaciones Familiares, Ley Nº 24.714 y sus modificaciones.

Art. 20. — (Reglamentación del art. 82 de la Ley) La Jubilación por Edad Avanzada para los trabajadores rurales se regirá por las disposiciones del Decreto Nº 1021 del 30 de marzo de 1974 y sus normas reglamentarias y complementarias, de conformidad con las previsiones del art. 157 de la Ley Nº 24.241.

• Comentario:

44. Régimen de Seguridad Social. Incorporación al Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA)

Liminarmente corresponde precisar que en el presente título no se regula un régimen autónomo de seguridad social para el trabajador agrario, sino que se trata de un régimen especial consistente en una adaptación o modificación del Sistema Integrado Previsional Argentino instituido a partir de la ley 24.241 (según reunificación dispuesta por ley 26.425) con el objetivo de reducir la edad de acceso al beneficio previsional. El propósito resulta loable, atendiendo a que la mayor parte de las labores comprendidas en la actividad agraria exigen una intensa demanda física. De este modo, el art. 82 expresamente señala la aplicabilidad del régimen general impuesto por la mentada ley 24.241, excepto para los supuestos no contemplados en el presente Título.

Tal interpretación puede verse incluso patentizada en el art. 18 del decreto reglamentario, en el cual queda en claro que las prestaciones que otorga el régimen y que conforman el haber jubilatorio son las mismas que prevé la ley 24.241 (a saber: Prestación Básica Universal; Prestación compensatoria y Prestación Adicional por Permanencia; arts. 19, 23 y 30 de la ley 24.241), "sustituyéndose los requisitos de edad y servicios establecidos en el art. 19 de la ley 24.241 por lo dispuesto en el art. 78 de la ley 26.727".

Estas modificaciones lucen compatibles con lo dispuesto respecto de los Regímenes especiales por el art. 157, ley 24.241, en el cual se prevé la posibilidad de otorgar un tratamiento diferenciado a las "actividades que, por implicar riesgos para el trabajador o agotamiento prematuro de su capacidad laboral, o por configurar situaciones especiales, merezcan ser objeto de tratamientos legislativos particulares", estableciéndose además que "Los trabajadores comprendidos en dichos regímenes especiales tendrán derecho a percibir el beneficio ordinario cualquiera sea el régimen por el cual hayan optado, acreditando una edad y un número de años de aportes inferiores en ambos regímenes en no más de 10 años a los requeridos para acceder a la jubilación ordinaria por el régimen general", como así también que "Los empleadores estarán obligados a efectuar un depósito adicional en la cuenta de capitalización individual del afiliado de hasta un cinco por ciento (5%) del salario, a fin de permitir una mayor acumulación de fondos en menor tiempo".

45. Requisitos para acceder al beneficio jubilatorio

El mentado art. 19 de la ley 24.241 exige dos requisitos para acceder a la Prestación Básica Universal (PBU), que —vale aclarar— luego de derogado el régimen de capitalización previsto por la primigenia ley 24.241, se extiende a todas las restantes prestaciones que integran la jubilación ordinaria. Estos son: 1) Edad: 65 años para los hombres y 60 para las mujeres; 2) treinta años de servicios con aportes computables en uno o más regímenes comprendidos en el sistema de reciprocidad. El RTA reduce éstos por 57 años de edad, sin distinción de sexo, y 25 años de servicios, con aportes.

El derecho que prevé el último párrafo del art. 19, ley 24.241 a compensar 2 años de edad excedentes por 1 de servicios faltantes, debe considerarse aplicable también para el trabajador agrario.

En el caso de que alternadamente se hayan desempeñado tareas distintas a las del presente estatuto, el art. 79 prevé que a los fines de determinar los requisitos para el otorgamiento de la jubilación ordinaria, debe efectuarse un prorrateo en función de los límites de edad y de servicios requeridos para cada clase de tareas o actividades. Es decir que, en comparación con el régimen general, para determinar el requisito inherente a la cantidad de años de servicio, 1 año de trabajo agrario equivaldrá a 1,2 años de aquél.

46. Jubilación por edad avanzada

Por vía del art. 20 del decreto reglamentario que remite a las disposiciones del dec. 1021 del 30 de marzo de 1974 y sus normas reglamentarias y complementarias, la reducción de los requisitos para acceder al beneficio previsional también se extiende a la jubilación por edad avanzada, para la cual es necesario que el trabajador agrario alcance la edad de 65 años, en lugar de los 70 exigidos para el régimen general. Además, el art. 1º del mentado decreto exige: "a) Que durante diez (10) años como mínimo, el trabajo rural prestado en relación de dependencia en el país ha constituido su medio principal de ingresos. Este requisito podrá probarse mediante prueba testimonial, corroborada por principio de prueba por escrito de la que resulte la actividad rural del peticionante; b) En forma fehaciente, haber realizado tareas de las comprendidas en un régimen de aportes no individualizados, instituido por convenio de corresponsabilidad gremial, a partir de la vigencia de alguno de esos convenios, durante tres (3) meses continuos o discontinuos".

47. Contribución patronal

A fin de compensar el financiamiento provocado por la reducción antes señalada respecto de los requisitos que el trabajador agrario debe cumplimentar para acceder al beneficio previsional, el art. 80, RTA impone un incremento en la contribución patronal de dos puntos porcentuales (2%) de la que corresponda según el régimen común (SIPA).

Como se viera en el comentario del Título X, al que aquí cabe remitirse, el empleador puede beneficiarse con una reducción del cincuenta por ciento (50%) de sus contribuciones vigentes con destino al sistema de seguridad social durante el término de 24 meses cuando contrate trabajadores temporarios y permanentes discontinuos, siempre y cuando acredite la utilización del Servicio Público de Empleo para Trabajadores Temporarios de la Actividad Agraria.

TÍTULO XIII De los órganos tripartitos del Régimen de Trabajo Agrario

CAPÍTULO I De la Comisión Nacional de Trabajo Agrario

Art. 84.— Comisión Nacional de Trabajo Agrario. Integración. La Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA) será el órgano normativo propio de este régimen legal, la cual estará integrada por dos (2) representantes titulares y dos (2) suplentes del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social; uno (1) representante titular y uno (1) suplente del Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca; uno (1) representante titular y uno (1) suplente del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas; dos (2) representantes de los empleadores y dos (2) representantes de los trabajadores, cada uno de ellos con sus respectivos suplentes.

La Presidencia de la Comisión se encontrará a cargo de uno (1) de los representantes del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. En caso de empate en las respectivas votaciones, el presidente tendrá doble voto.

Art. 85.— Sede. Asistencia. El organismo actuará y funcionará en sede del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, pudiendo constituirse en cualquier lugar del país cuando las circunstancias que sus funciones específicas así lo requieran.

Art. 86.— Designaciones. Los integrantes de la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA) serán designados por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

Los representantes de los empleadores y trabajadores serán designados a propuesta de las entidades más representativas de cada uno de ellos.

Los representantes de los organismos estatales serán designados a propuesta de la máxima autoridad de cada ministerio.

Art. 87.— Duración en las funciones. Los integrantes de la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA) durarán dos (2) años en sus funciones, pudiendo ser renovados sus mandatos a propuesta de cada sector.

Art. 88.— Asistencia legal y técnico administrativa. El Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad social tendrá a su cargo la asistencia legal y técnico administrativa necesaria para el funcionamiento de la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA) para lo cual lo dotará de un presupuesto anual propio e incluirá dentro de la estructura orgánica estable del ministerio las funciones de coordinación y asistencia que le corresponden.

Art. 89.— Atribuciones y deberes. Serán atribuciones y deberes de la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA):

a) Dictar su reglamento interno y organizar su funcionamiento;

b) Dictar el reglamento y organizar el funcionamiento de las comisiones asesoras regionales, determinando sus respectivas jurisdicciones conforme a las características ecológicas, productivas y económicas de cada zona;

c) Establecer las categorías de los trabajadores permanentes que se desempeñen en cada tipo de tarea, determinando sus características, modalidades especiales, condiciones generales de trabajo y fijando sus remuneraciones mínimas;

d) Establecer, observando las pautas de la presente ley, las modalidades especiales y las condiciones de trabajo generales de las distintas actividades cíclicas, estacionales u ocasionales y sus respectivas remuneraciones, con antelación suficiente al comienzo de las tareas, teniendo especialmente en cuenta las propuestas remitidas por las comisiones asesoras regionales. Cuando correspondiere, determinará la inclusión en las remuneraciones del sueldo anual complementario y vacaciones;

e) Tratar las remuneraciones mínimas de aquellas actividades regionales, cuando, vencido el plazo establecido en el calendario de actividades cíclicas, las comisiones asesoras regionales no las hayan acordado;

f) Determinar la forma de integración de los equipos mínimos o composición de cuadrillas para las tareas que fueren reglamentadas, cuando resultare necesario;

g) Dictar normas sobre las condiciones mínimas a las que deberán ajustarse las prestaciones de alimentación y vivienda a cargo del empleador teniendo en consideración las pautas de la presente ley y las características de cada región;

h) Promover el cumplimiento de las normas de higiene y seguridad en el trabajo rural;

i) Aclarar las resoluciones que se dicten en cumplimiento de esta ley;

j) Asesorar a los organismos nacionales, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, provinciales, municipales o autárquicos que lo solicitaren;

k) Solicitar de las reparticiones nacionales, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, provinciales, municipales o entes autárquicos, los estudios técnicos, económicos y sociales vinculados al objeto de la presente ley y sus reglamentaciones;

l) Intervenir en los conflictos colectivos de trabajo que se susciten entre las partes y actuar como árbitro cuando de común acuerdo lo soliciten las mismas;

m) Celebrar acuerdos de cooperación con entidades públicas y privadas, tanto nacionales como internacionales; y

n) Encarar acciones de capacitación de los actores sociales que negocian en las comisiones asesoras regionales dependientes de la misma y de difusión de la normativa aplicable a los trabajadores comprendidos en el ámbito de aplicación de la presente ley.

Art. 90.— Composición de conflictos. Sin perjuicio de la competencia del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA) promoverá la aplicación de mecanismos de composición de conflictos colectivos, instando a negociar conforme el principio de buena fe.

Este principio importa para las partes los siguientes derechos y obligaciones:

a) La concurrencia a las negociaciones y a las audiencias citadas en debida forma;

b) La realización de las reuniones que sean necesarias, en los lugares y con la frecuencia y periodicidad que sean adecuadas;

c) La designación de negociadores con idoneidad y representatividad suficientes para la discusión del tema que se trata;

d) El intercambio de la información necesaria a los fines del examen de las cuestiones en debate;

e) La realización de los esfuerzos conducentes a lograr acuerdos que tengan en cuenta las diversas circunstancias del caso;

f) La obligación de abstenerse de realizar durante el transcurso del proceso de negociación del conflicto, cualquier acción por medio de la cual se pretenda desconocer u obstruir los consensos alcanzados hasta ese momento; y

g) La obligación de abstenerse de introducir nuevos temas de debate que no hubieran sido planteados al iniciarse la instancia de negociación de conflicto.

Art. 91.— Proceso sumarísimo. Cuando alguna de las partes presentare una conducta que no se ajuste a los deberes y obligaciones establecidos en el artículo precedente, se considerará que la misma ha vulnerado el principio de buena fe negocial, quedando la parte afectada por el incumplimiento habilitada a promover una acción judicial ante el tribunal laboral competente, mediante el proceso sumarísimo establecido en el Art. 498 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, o equivalente de los Códigos Procesales Civiles provinciales.

El tribunal competente dispondrá el cese inmediato del comportamiento violatorio del deber de negociar de buena fe y podrá, además, sancionar a la parte incumplidora con una multa de hasta un máximo equivalente al veinte por ciento (20%) del total de la masa salarial del mes en que se produzca el hecho, correspondiente a los trabajadores comprendidos en el ámbito personal de la negociación. Si la parte infractora mantuviera su actitud, el importe de la sanción se incrementará en un diez por ciento (10%) por cada cinco (5) días de mora en acatar la decisión judicial. En el supuesto de reincidencia, el máximo previsto en el presente inciso podrá elevarse hasta el equivalente al cien por ciento (100%) de esos montos.

Sin perjuicio de ello, el juez, a petición de parte, podrá también aplicar lo dispuesto por el art. 666 bis del Código Civil.

Cuando cesaren los actos que dieron origen a la acción entablada, dentro del plazo que al efecto establezca la decisión judicial, el monto de la sanción podrá ser reducido por el juez hasta el cincuenta por ciento (50%).

Todos los importes que así se devenguen tendrán como exclusivo destino el Servicio Público de Empleo para Trabajadores Temporarios de la Actividad Agraria creado por la presente ley y los programas de capacitación y difusión de normativa que lleve adelante la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA), conforme las facultades conferidas en el inc. n) del art. 89 del presente régimen.

CAPÍTULO II De las comisiones asesoras regionales

Art. 92.— Comisiones asesoras regionales. Determinación. En las zonas que determine la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA) se integrarán comisiones asesoras regionales. A tal fin podrá requerirse dictamen del Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca u otro organismo público vinculado a la materia.

Art. 93.— Lugar de funcionamiento. Las comisiones asesoras regionales funcionarán en dependencias de las Delegaciones Regionales del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social que la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA) determine como sedes. En éstas se dispondrán las oficinas de apoyo legal, técnico y administrativo de carácter permanente y se las dotará del personal necesario a fin de garantizar su correcto funcionamiento.

Art. 94.— Integración. Las comisiones asesoras regionales se integrarán de la siguiente manera:

a) Por el Estado nacional: dos (2) representantes del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, de los cuales uno ejercerá la presidencia;

b) Por el sector empleador: cuatro (4) representantes de la o las entidades empresarias más representativas de la producción o actividad para la cual ésta se constituya;

c) Por el sector trabajador: cuatro (4) representantes de la asociación sindical más representativa de la producción o actividad para la cual ésta se constituya.

Art. 95.— Representantes ante las comisiones asesoras regionales. Los representantes de los sectores trabajador y empleador serán designados por el Presidente de la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA) a propuesta de cada uno de los sectores.

Art. 96.— Representantes empleadores y trabajadores. Duración de mandatos. La Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA) establecerá la duración de los mandatos de los representantes de los trabajadores y empleadores.

Art. 97.— Acreditación de representatividad. La Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA) determinará la forma y mecanismos mediante los cuales se acredite la representatividad en cada producción o actividad regional específica.

Art. 98.— Atribuciones y deberes. Serán atribuciones y deberes de las comisiones asesoras regionales:

a) Elevar a la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA), por cada producción, actividad o ciclo agrícola y en tiempo oportuno, un dictamen por cada uno de los acuerdos alcanzados o propuestas formuladas relativas a los incs. d), e), f), g) y h) del art. 89 de la presente ley;

b) Remitir anualmente a la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA) el calendario de actividades cíclicas de cada producción o actividad;

c) Informar a la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA) sobre el estado de las negociaciones;

d) Realizar los estudios que le fueran encomendados por la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA) y aquellos que por sí dispusiere efectuar en su zona, fueran ellos referentes a tareas ya regladas u otras que estimare necesario incorporar, elevando los informes pertinentes;

e) Asesorar a la autoridad de aplicación o a los organismos públicos que lo requirieran mediante informes, remitiendo copia de los mismos a la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA); y

f) Proporcionar la información y realizar las acciones conducentes conforme la forma y mecanismos que se establezcan para acreditar la representatividad en cada producción o actividad regional específica.

Decreto reglamentario 301/2013

Art. 21.— (Reglamentación del artículo 86) En caso de no existir entidades representativas de los empleadores o de los trabajadores de las actividades contempladas en la Ley Nº 26.727, o que las existentes no propusieran representantes, o cuando las entidades no reunieren los requisitos establecidos, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social podrá designar de oficio a los representantes que fueren necesarios, con la única condición de que las personas designadas reúnan las condiciones establecidas para ello.

Art. 22.— (Reglamentación del artículo 86) Los representantes sectoriales titulares y suplentes de los empleadores y trabajadores ante la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA), las Comisiones Asesoras Regionales (C.A.R.), las unidades y sub-unidades regionales de negociación dependientes de las mismas conformadas por la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA), podrán ser removidos de sus cargos en los siguientes casos:

a) Si así lo dispusiera, sin necesidad de expresar causa, la entidad cuya representación ostenten.

b) Si faltaren sin causa justificada a más del veinte por ciento (20%) de las reuniones convocadas por el organismo que integraren, en cada semestre calendario.

c) Si desapareciera la representatividad de la entidad o asociación que los hubiere propuesto.

Art. 23.— (Reglamentación del artículo 86) Los representantes sectoriales titulares y suplentes de los empleadores y trabajadores ante la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA), las Comisiones Asesoras Regionales (C.A.R.) y de las unidades y sub-unidades regionales de negociación dependientes de las mismas conformadas por la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA), no podrán ejercer simultáneamente cargos públicos. En caso de que el nombramiento se produjere durante el curso de sus mandatos deberán optar dentro del término de diez (10) días y, en su caso, la entidad cuya representación ejerza deberá proponer un reemplazante en el curso de los diez (10) días subsiguientes.

Art. 24.— (Reglamentación del artículo 86) Los representantes de los organismos estatales ante la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA), las Comisiones Asesoras Regionales (C.A.R.) y de las unidades y sub-unidades regionales de negociación dependientes de las mismas conformadas por la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA), deberán revistar en dichos organismos. El cese en sus funciones les hará perder la representación, debiéndose proceder a su reemplazo a propuesta del organismo respectivo.

Art. 25.— (Reglamentación del artículo 86) Los representantes sectoriales titulares y suplentes de los empleadores y trabajadores ante la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA), las Comisiones Asesoras Regionales (C.A.R.) y de las unidades y sub-unidades regionales de negociación dependientes de las mismas conformadas por la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA), no percibirán suma alguna en carácter de retribución, remuneración o viáticos por parte del Estado Nacional.

Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo precedente, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social podrá, mediando solicitud fundada de la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA), habilitar el pago de viáticos en virtud de razones de estricta necesidad para el desempeño de sus funciones.

Art. 26.— (Reglamentación de los artículos 86 y 95) Para ser designado representante sectorial titular o suplente de los empleadores y de los trabajadores ante la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA) y las Comisiones Asesoras Regionales (C.A.R.), se requerirá ser mayor de edad, pertenecer a la entidad sectorial y ser propuesto por ésta.

Art. 27.— (Reglamentación del artículo 88) El presupuesto que se le asigne al área de coordinación que cumpla las tareas de asistencia legal y técnico administrativa de la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA), deberá destinarse al cumplimento de las atribuciones conferidas y a encarar las acciones a su cargo.

Art. 28.— (Reglamentación del art. 89, inc. d)) La Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA) deberá dictar las resoluciones por las cuales establezca las modalidades especiales y las condiciones de trabajo generales de las distintas actividades temporarias y sus respectivas remuneraciones con una antelación no menor a TREINTA (30) días al comienzo de tales actividades. A ese efecto las Comisiones Asesoras Regionales (C.A.R.) formularán sus propuestas con suficiente anticipación y de conformidad a lo que establezca la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA).

• Comentario:

48. Órganos tripartitos del Régimen de Trabajo Agrario. Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA)

La Comisión Nacional de Trabajo Agrario es el órgano normativo propio de este régimen legal y se halla integrada por representantes del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social; del Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca; Ministerio de Economía y Finanzas Públicas; representantes de los empleadores y de los trabajadores, los cuales duran en sus mandatos por el término de dos años.

El art. 89 enumera sus atribuciones y deberes, las cuales son esencialmente reglamentarias, ya sea propias o de las Comisiones Asesoras Regionales. Se destaca por su trascendencia su potestad de fijar las remuneraciones mínimas de aquellas actividades regionales, cuando, vencido el plazo establecido en el calendario de actividades cíclicas, las comisiones asesoras regionales no las hayan acordado.

Cabe aquí memorar que si bien la ley 26.727 deroga íntegramente el RNTA instituido por la ley 22.248, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 2º, inc. d) de la ley 26.727, subsisten como fuente de derecho las resoluciones de la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA) y de la Comisión Nacional de Trabajo Rural aún vigentes. Sobre dicha base, a fin de ejemplificar la trascendencia de las resoluciones dictadas por la CNTA, cabe hacer mención a aquéllas especialmente reseñadas por Alejandro Senyk en "Las condiciones laborales de los trabajadores agrarios temporarios. Su impulso y jerarquización por la CNTA y el Proyecto de Régimen Estatutario impulsado por el PEN" (Revista Derecho Laboral y Seguridad Social; abril 2011, nro. 7), en donde el mencionado autor cita las siguientes resoluciones:

Resol. 71/2008 de regulación de la jornada de trabajo, mediante la cual se tiende a cubrir el vacío del RNTA en relación a la limitación del trabajo diario (respecto de la cual volveremos al tratar dicho instituto);

Resol. 70/2010 que determina las condiciones de trabajo aplicables a todos los trabajadores que se desempeñan en la actividad tabacalera en jurisdicción de la Comisión Asesora Regional nro. 10 para las provincias de Salta y Jujuy, implementándose diversas medidas en relación a la entrega de ropa adecuada de trabajo en forma periódica; estrictas medidas y acciones en materia de prohibición del trabajo infantil y protección del trabajo adolescente;

Resol. 81/2010 que establece las condiciones de empleo y de trabajo para el personal de floricultura y viveros, estableciendo determinadas condiciones para el traslado del trabajador y su grupo familiar hasta el lugar de prestación de tareas, suministro de elementos de protección e higiene y de todos aquellos elementos necesarios para la ejecución de las tareas, etcétera.

Resol. 91/2010 que fija una licencia especial paga de un día por año calendario para los trabajadores agrarios —permanentes o no— para la realización de exámenes urológicos, complementando la resol. 8/2001 que determina a favor de todo el personal femenino una licencia para la realización de estudios ginecológicos y mamarios.

Resol. 106/2010 que establece la obligatoriedad de proveer dos equipos de trabajo por año a todo el personal agrario permanente en jurisdicción de la Comisión Asesora Regional nro. 5, provincia de Córdoba.

Con la vigencia del nuevo RTA, se destaca la resol. 1/2012 mediante la cual se establece el sistema de alternancia para el ejercicio de la titularidad de los representantes de las entidades empleadoras integrantes de dicho organismo, como así también la resol. 115/2012 que aprueba el Reglamento de las Comisiones Asesoras Regionales (CAR), las Subcomisiones Asesoras Regionales (Sub. CAR) v las Unidades Técnicas de Negociación (UTN).

El art. 90 dispone ciertos derechos y obligaciones de las partes colectivas para la negociación a que éstas deben someterse para la celebración de convenios y acuerdos colectivos enmarcados en las leyes 14.250 y 23.546 que, como se viera, son aplicables expresamente en el presente régimen (conf. arts. 2º, inc. c) y 4º, ley 26.727), disponiéndose la creación de un proceso sumarísimo para el supuesto de que alguna de las partes no ajuste su conducta a tales términos.

Cabe aclarar que la disposición del antepenúltimo párrafo del art. 91, en el que se prevé la posibilidad de que el juez aplique a petición de parte lo dispuesto por el art. 666 bis del Código Civil, a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por ley 26.994, correspondería estar a la previsión que en el mismo sentido dispone el art. 804, de este último. Si bien podría existir discusión por haberse remitido a una norma específica y concreta, sin efectuarse la salvedad —como suele ser de práctica legislativa— de la aplicación de normas concordantes o que en el futuro la reemplacen, lo concreto y determinante es que la facultad del juez de aplicar sanciones conminatorias en los términos del citado artículo 804 resultaría de todos modos viable, pues ésta —en principio— no se halla supeditada a que otra norma habilite su aplicación.

49. Comisiones asesoras regionales

Las Comisiones asesoras regionales deben estar integradas por a) 2 representantes del Estado Nacional, Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, de los cuales uno ejercerá la presidencia; b) 4 representantes del sector empleador provenientes de la o las entidades empresarias más representativas de la producción o actividad para la cual ésta se constituya; y c) 4 representantes del sector trabajador, designados por la asociación sindical más representativa de la producción o actividad para la cual ésta se constituya.

Su actuación está determinada a la zona que determine la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA), a cuyo efecto podrá requerirse dictamen del Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca u otro organismo público vinculado a la materia, destacándose aquí la mentada resol. 115/2012 RNTA mediante la cual ha sido aprobado el Reglamento de las Comisiones Asesoras Regionales (C.A.R.), las Subcomisiones Asesoras Regionales (Sub.C.A.R.) y las Unidades Técnicas de Negociación (UTN).

Su funcionamiento debe tener lugar en dependencias de las Delegaciones Regionales del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social que la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA) determine como sedes.

Las atribuciones y deberes de las comisiones asesoras regionales consisten en: "a) Elevar a la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA), por cada producción, actividad o ciclo agrícola y en tiempo oportuno, un dictamen por cada uno de los acuerdos alcanzados o propuestas formuladas relativas a los incs. d), e), f), g) y h) del art. 89 de la presente ley; b) Remitir anualmente a la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA) el calendario de actividades cíclicas de cada producción o actividad; c) Informar a la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA) sobre el estado de las negociaciones; d) Realizar los estudios que le fueran encomendados por la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA) y aquéllos que por sí dispusiere efectuar en su zona, fueran ellos referentes a tareas ya regladas u otras que estimare necesario incorporar, elevando los informes pertinentes; e) Asesorar a la autoridad de aplicación o a los organismos públicos que lo requirieran mediante informes, remitiendo copia de los mismos a la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA); y f) Proporcionar la información y realizar las acciones conducentes conforme la forma y mecanismos que se establezcan para acreditar la representatividad en cada producción o actividad regional específica".

TÍTULO XIV De la autoridad de aplicación y otras disposiciones

CAPÍTULO I De la autoridad de aplicación

Art. 99.— Autoridad de aplicación. El Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social será la autoridad de aplicación del presente régimen.

CAPÍTULO II Disposiciones complementarias

Art. 100.— Ley de Contrato de Trabajo. Su aplicación. Las disposiciones de esta ley son de orden público y excluyen las contenidas en la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias en cuanto se refieran a aspectos de la relación laboral contempladas en la presente ley, conforme lo establecido en el artículo 2º.

Art. 101.— Disposiciones complementarias. Vigencia. Las estipulaciones contenidas en los convenios y acuerdos colectivos de trabajo que se encuentren vigentes a la fecha de promulgación de la presente, mantendrán su plena vigencia en todo aquello que no vulnere lo establecido en los artículos 8º y 9º de esta ley.

Art. 102.— Vigencia de las resoluciones. Las disposiciones dictadas por la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA), la Comisión Nacional de Trabajo Rural, o por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, mantendrán su vigencia en todo en cuanto no fuere modificado por la presente ley.

Art. 103.— Antigüedad. Reconocimiento. La antigüedad que tuvieren los trabajadores agrarios al tiempo de la promulgación de esta ley se les computará a todos sus efectos.

Art. 104.— Modificación régimen de contrato de trabajo. Alcances. Sustitúyese el texto del inc. c) art. 2º de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias, por el siguiente:

c) 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.

Art. 105.— Modificación de la ley 24.013. Incorporación. Sustitúyese el texto del art. 140 de la ley 24.013, por el siguiente:

Artículo 140: Todos los trabajadores comprendidos en la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorios, en el Régimen de Trabajo Agrario, de la Administración Pública Nacional y de todas las entidades y organismos en que el Estado Nacional actúe como empleador, tendrán derecho a percibir una remuneración no inferior al salario mínimo, vital y móvil que se establezca de conformidad a lo preceptuado en esta ley.

Art. 106.— Modificación de la ley 25.191. Sustitúyense e incorpóranse los artículos de la ley 25.191 que a continuación se detallan:

a) Sustitúyense los artículos 1º, 4º y 7º de la ley 25.191, los que quedarán redactados de la siguiente manera:

Artículo 1º: Declárase obligatorio el uso de la Libreta del Trabajador Agrario o del documento que haga sus veces en todo el territorio de la República Argentina para todos los trabajadores que desarrollen tareas correspondientes a la actividad agraria en cualquiera de sus especializaciones, comprendidas en el ámbito de aplicación del Régimen de Trabajo Agrario. Tendrá el carácter de documento personal, intransferible y probatorio de la relación laboral.

En caso de duda sobre la inclusión o no en el ámbito del Régimen de Trabajo Agrario de una tarea o actividad, corresponderá al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social resolverlo y determinarlo.

Artículo 4º: A los efectos de esta ley, será considerado trabajador agrario todo aquel que desempeñe labores propias de la actividad agraria, dirigidas a la obtención de frutos o productos primarios a través de la realización de tareas pecuarias, agrícolas, forestales, hortícolas, avícolas, apícolas u otras semejantes, siempre que éstos no hayan sido sometidos a ningún tipo de proceso industrial, y en tanto se desarrollen en ámbitos rurales, con las excepciones y conforme lo establecido por el Estatuto especial que consagra el Régimen de Trabajo Agrario.

Artículo 7º: Créase el Registro Nacional de Trabajadores y Empleadores Agrarios (RENATEA), como entidad autárquica en jurisdicción del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. El RENATEA absorberá las funciones y atribuciones que actualmente desempeña el Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores (RENATRE), a partir de la vigencia de la ley que aprueba el Régimen de Trabajo Agrario.

Deberán inscribirse obligatoriamente en el RENATEA los empleadores y trabajadores agrarios comprendidos en el ámbito de aplicación del Régimen de Trabajo Agrario, según lo determinado por el art. 3º de la presente ley.

b) Incorpórase el art. 7º bis a la ley 25.191, el que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 7º bis: El personal del RENATEA se regirá por la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias, y la situación de quienes se desempeñaban para el RENATRE hasta la entrada en vigencia de la ley que aprueba el Régimen de Trabajo Agrario, será determinada por la reglamentación, garantizándose la continuidad laboral del personal no jerárquico en las condiciones que se establezca en la misma.

c) Sustitúyese el art. 8º de la ley 25.191, el que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 8º: El gobierno y la administración del RENATEA estarán a cargo de un director general y de un subdirector general que reemplazará a aquél en caso de ausencia o impedimento temporarios.

Ambos funcionarios serán designados por el Poder Ejecutivo nacional, a propuesta del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social y sus cargos serán rentados.

d) Incorpóranse los artículos 8º bis y 8º ter a la ley 25.191, los que quedarán redactados de la siguiente manera:

Artículo 8º bis: El Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social designará un síndico titular y un suplente que tendrán por función fiscalizar y vigilar todas las operaciones contables, financieras y patrimoniales del RENATEA y tendrán los derechos y obligaciones que establezca la reglamentación.

Artículo 8º ter: El RENATEA propenderá a reflejar en su estructura la representación de los distintos sectores sociales, productivos y gubernamentales que integran y/o se relacionan con la actividad agraria en cualquiera de sus especializaciones en todo el territorio nacional. Para el cumplimiento de sus fines contará con una red de oficinas regionales dependientes técnica y funcionalmente del mismo, constituyendo sus cabeceras en el ámbito de las delegaciones regionales y/o gerencias de empleo y capacitación laboral u otras dependencias del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social y la cantidad de subsedes que considere necesarias a efectos de lograr el fiel cumplimiento de sus funciones, para lo cual podrá celebrar acuerdos con las autoridades de las jurisdicciones provinciales y/o municipales.

e) Sustitúyese el art. 9º de la ley 25.191, el que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 9º: El Registro contará con un Consejo Asesor integrado por igual número de representantes de los empleadores y de los trabajadores de la actividad agraria, por representantes del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, del Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca y del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva, así como por representantes de otros sectores sociales vinculados a la actividad agraria en cualquiera de sus especializaciones, conforme lo determine el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

f) Incorpóranse los artículos 9º bis y 9º ter a la ley 25.191, los que quedarán redactados de la siguiente manera:

Artículo 9º bis: Los miembros del consejo asesor serán designados por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social a propuesta de las organizaciones o entidades representativas de los trabajadores, empleadores y sectores sociales y a propuesta de la máxima autoridad de las carteras de Estado que lo integran, en los supuestos de los representantes gubernamentales.

El número de miembros del consejo y el término de duración de sus funciones, serán establecidos en la reglamentación.

Artículo 9º ter: El consejo asesor será presidido por el Subdirector General del Registro. En caso de ausencia del mismo será presidido por un presidente suplente designado a esos efectos por el director general.

El consejo sesionará con la presencia de la mitad más uno de sus miembros y cada uno de ellos tendrá uno (1) voto. Las decisiones se adoptarán por simple mayoría de votos. En caso de empate el presidente tendrá doble voto.

Dentro de los primeros treinta (30) días de funcionamiento, el consejo asesor deberá dictar su reglamento interno.

g) Sustitúyense los artículos 10, 11 y 12 de la ley 25.191, los que quedarán redactados de la siguiente manera:

Artículo 10: Para ocupar los cargos de director general y de subdirector general e integrar el consejo asesor regirán los requisitos establecidos por la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional 25.164.

Artículo 11: El Registro Nacional de Trabajadores y Empleadores Agrarios (RENATEA) tendrá por objeto:

a) Expedir la Libreta de Trabajo Agrario y/o documento que haga sus veces, sin cargo alguno para el trabajador, procediendo a la distribución y contralor del instrumento y asegurando su autenticidad;

b) Centralizar la información y coordinar las acciones necesarias para facilitar la contratación de los trabajadores agrarios;

c) Conformar las estadísticas de todas las categorías, modalidades y especializaciones del trabajo agrario en el ámbito de todo el país;

d) Proveer la coordinación y cooperación de la Nación con las provincias y los municipios en la actividad laboral agraria;

e) Brindar al trabajador agrario la prestación social prevista en el Capítulo V de la presente ley;

f) Dictar la reglamentación interna por la cual se integrará y regirán los distintos estamentos constitutivos del RENATEA;

g) Controlar el cumplimiento por parte de los trabajadores y empleadores de las obligaciones que les impone la presente ley. El RENATEA podrá además desarrollar otras funciones de policía de trabajo que le sean delegadas por los organismos nacionales o provinciales competentes.

Artículo 12: El Registro Nacional de Trabajadores y Empleadores Agrarios (RENATEA) tiene las siguientes atribuciones:

a) Atender todas las erogaciones que demande su funcionamiento con los recursos establecidos en la presente ley, así como administrar los recursos establecidos en la misma de acuerdo con el objeto previsto en el art. 11 y su funcionamiento. Asimismo podrá fijar aranceles por la prestación de servicios administrativos ajenos al objeto de esta ley. El gasto administrativo no podrá exceder el diez por ciento (10%) de los recursos;

b) Abrir y usar a los fines de la gestión encomendada, una cuenta especial denominada "Registro Nacional de Trabajadores y Empleadores Agrarios" (RENATEA), a la cual ingresan los fondos provenientes en virtud de la presente;

c) Invertir sus disponibilidades de dinero en títulos emitidos por la Nación o en colocaciones a plazo fijo en instituciones financieras oficiales;

d) Aprobar su estructura orgánica, administrativa y funcional, así como la dotación de su personal y el número y carácter de sus empleados zonales;

e) Inscribir y llevar el registro de todas las personas comprendidas en la presente norma de acuerdo a lo establecido en el capítulo I, otorgando constancias fehacientes de las presentaciones que efectúen los obligados;

f) Exigir a todo empleador la exhibición de sus libros y demás documentación requerida por la legislación laboral aplicable a la actividad al solo efecto de verificación del cumplimiento de lo establecido por la presente, de acuerdo con las normas reglamentarias previstas en el inc. g) del artículo 11.

h) Incorpóranse los artículos 13 bis y 13 ter a la ley 25.191, los que quedarán redactados de la siguiente manera:

Artículo 13 bis: Los bienes muebles, inmuebles, créditos y fondos que sean de titularidad del RENATRE, quedan transferidos de pleno derecho, en propiedad y sin cargo alguno al RENATEA a partir de la vigencia de la ley que aprueba el Régimen de Trabajo Agrario. El patrimonio inicial del RENATEA queda constituido por el patrimonio del RENATRE transformado conforme lo dispuesto en esta norma.

La totalidad de los fondos y bienes de terceros que administre el RENATRE se transferirán, a partir de la instancia indicada en el párrafo precedente, a una cuenta especial denominada "Registro Nacional de Trabajadores y Empleadores Agrarios" (RENATEA), que se abrirá en el Banco de la Nación Argentina.

Artículo 13 ter: Créase un comité auditor integrado por funcionarios del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social y de la Sindicatura General de la Nación (SIGEN), el que en un plazo de sesenta (60) días, contados a partir de la promulgación de la presente ley, deberá emitir un informe técnico contable del estado patrimonial y financiero del RENATRE.

i) Sustitúyese el art. 16 de la ley 25.191, el que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 16: Institúyese el Sistema Integral de Prestaciones por Desempleo, el que se regirá por las disposiciones establecidas en este capítulo.

Las siguientes prestaciones formarán parte de la protección por desempleo:

a) La prestación económica por desempleo;

b) Prestaciones médico-asistenciales de acuerdo a lo dispuesto por las leyes 23.660 y sus modificatorias y 23.661;

c) Pago de las asignaciones familiares que correspondieren a cargo de la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES);

d) Cómputo del período de las prestaciones a los efectos previsionales, con los alcances de los incs. a) y b) del art. 12 de la ley 24.013.

j) Incorpóranse los artículos 16 bis, 16 ter y 16 quater a la ley 25.191, los que quedarán redactados de la siguiente manera:

Artículo 16 bis: Créase con carácter obligatorio el Seguro por Servicios de Sepelio, para todos los trabajadores agrarios comprendidos en el ámbito de aplicación de la presente ley.

Artículo 16 ter: Los empleadores deberán retener un importe equivalente al uno y medio por ciento (1,5%) del total de las remuneraciones que se devenguen a partir de la vigencia de la ley que aprueba el Régimen de Trabajo Agrario, depositando los importes resultantes en una cuenta especial que a tal efecto abrirá el RENATEA.

Artículo 16. quater: El Seguro por Servicios de Sepelio establecido por la presente ley absorberá de pleno derecho y hasta su concurrencia cualquier otro beneficio de igual o similar naturaleza que se encuentre vigente y aplicable a los trabajadores agrarios, provenientes de cualquier fuente normativa.

La reglamentación establecerá los alcances del presente beneficio social.

Art. 107.— Establécese que el Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores (RENATRE) y el Sistema Integral de Prestaciones por Desempleo, serán denominados en adelante Registro Nacional de Trabajadores y Empleadores Agrarios (RENATEA) y Sistema Integral de Prestaciones por Desempleo y Servicio de Sepelio, respectivamente.

Art. 108.— Aplicación de otras leyes. Serán de aplicación supletoria al presente régimen las disposiciones establecidas en las leyes 24.013, 25.013, 25.323 y 25.345 o las que en el futuro las reemplacen.

Art. 109.— El Poder Ejecutivo reglamentará la presente ley en el plazo de sesenta (60) días desde su promulgación.

Art. 110. — Comuníquese al Poder Ejecutivo Nacional.

Trabajadores Rurales

Ley 25.191 (texto original, B.O. 24/11/1999)

CAPÍTULO I Libreta de Trabajo para el Trabajador Rural

Art. 1º — Declárase obligatorio el uso de la Libreta del Trabajador Rural en todo el territorio de la República Argentina para los trabajadores permanentes, temporarios o transitorios que cumplan tareas en la actividad rural y afines, en cualquiera de sus modalidades. Tendrá el carácter de documento personal, intransferible y probatorio de la relación laboral.

Art. 2º — La Libreta de Trabajo Rural será instrumento válido:

a) como principio de prueba por escrito para acreditar la calidad de inscripto al sistema de previsión social, los aportes y contribuciones efectuados y los años trabajados;

b) Como principio de prueba por escrito para acreditar las personas a cargo que generen derecho al cobro de asignaciones familiares y prestaciones de salud;

c) Como certificación de servicios y remuneraciones, inicio y cese de la relación laboral;

d) Como principio de prueba por escrito del importe de los haberes y otros conceptos por los cuales la legislación obliga al empleador a entregar constancias de lo pagado;

e) En el caso de que el trabajador esté afiliado a un sindicato con personería gremial, como prueba de su carácter cotizante a ese sindicato.

La autoridad de aplicación en función de los datos que contenga la Libreta de Trabajo y con el objeto de simplificar las cargas administrativas a los empleadores, determinará qué obligaciones registrales o de comunicación podrán quedar liberadas, siempre que no afecte los derechos de los trabajadores, de la asociación gremial con personería gremial de los trabajadores rurales y estibadores y de los organismos de seguridad social.

Art. 3º — La reglamentación determinará los datos personales, laborales y de seguridad social que deberá contener la Libreta del Trabajador Rural. Sin perjuicio de ello, en la misma deberán constar necesariamente:

a) La identificación del trabajador, incluyendo la Clave Única de Identificación Laboral (CUIL) y de los sucesivos empleadores, con indicación de su Clave Única de Identificación Tributaria (CUIT);

b) La enumeración sucinta de los derechos y deberes del trabajador y el empleador rural con la cita de las disposiciones normativas que los establecen;

c) Constancias de los sucesivos aportes y contribuciones a la seguridad social efectuados y en caso que el trabajador esté afiliado a un sindicato con personería gremial de las cuotas sindicales retenidas y aportadas.

Art. 4º — A los efectos de esta ley, será considerado trabajador rural todo aquel trabajador que desempeñe tareas agrarias relacionadas principal o accesoriamente con la actividad rural en cualquiera de sus especializaciones, tales como la agrícola, frutihortícola, pecuaria, forestal, avícola o apícola de acuerdo con lo establecido por el Régimen Nacional de Trabajo Agrario, aprobado por la ley 22.248, incluyéndose los trabajadores comprendidos en la ley 23.808. Será considerado empleador toda persona física o jurídica, que directa o indirectamente utilice su capacidad de trabajo, ello sin perjuicio de las obligaciones recíprocas entre empleadores directos e indirectos que se generen como consecuencia del vínculo que entre sí establezcan.

Art. 5º — Son obligaciones del empleador:

a) Requerir al trabajador rural la libreta de trabajo en forma previa a la iniciación de la relación laboral, o en caso que el trabajador no contare con la misma por ser éste su primer empleo o por haberla extraviado, gestionarla ante el Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores (RENATRE) dentro de los cinco (5) días de iniciada la relación de trabajo. La omisión del empleador podrá ser denunciada por el trabajador o la asociación sindical que lo represente ante el Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores (RENATRE). Sin perjuicio de ello la asociación gremial o el trabajador personalmente podrán tramitar la obtención de la referida libreta;

b) Informar al Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores o su Delegación, trimestralmente, lo que requiera la autoridad de aplicación sobre la celebración, ejecución y finalización del trabajo rural. Cada nueva contratación deberá informarse dentro del plazo de treinta días de haberse llevado a cabo, con independencia de la residencia habitual del trabajador o del empleador;

c) Registrar en la libreta desde la fecha de ingreso todos los datos relativos al inicio, desarrollo y extinción de la relación laboral. La libreta deberá permanecer en poder del empleador en el lugar de prestación de servicios debiendo ser devuelta al trabajador al finalizar cada relación;

d) Ser agente de retención de la cuota sindical de la entidad gremial con personería gremial a la que el trabajador se encuentra afiliado, registrando sus aportes mensualmente.

Art. 6º — Son obligaciones del trabajador:

a) Presentar al inicio de la relación laboral al empleador la Libreta de Trabajo Rural o en su caso informarle que es su primer empleo para que el empleador inicie los trámites para la obtención de la misma, adjuntando la documentación que a tales efectos resultare pertinente;

b) Acompañar toda la documentación que acredite las cargas de familia y sus modificaciones;

c) En caso de pérdida de la libreta, efectuar la pertinente denuncia por ante la autoridad policial más cercana al lugar del hecho o de su residencia, o en el Juzgado de Paz correspondiente, y posteriormente iniciar las gestiones tendientes a obtener una nueva libreta.

CAPÍTULO II Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores

Art. 7º — Créase el Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores (RENATRE), que tendrá el carácter de Ente Autárquico de Derecho Público no Estatal.

En él deberán inscribirse obligatoriamente los empleadores y trabajadores comprendidos en el régimen de esta ley según lo determinado por el artículo 3º.

Art. 8º — La dirección y administración del RENATRE estará a cargo de un Directorio, integrado por cuatro (4) directores en representación de entidades empresarias de la actividad y cuatro (4) directores provenientes de la asociación de trabajadores rurales con personería gremial con mayor representación nacional de la actividad.

El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación designará un Síndico titular y un suplente que tendrán por función fiscalizar y vigilar todas las operaciones contables, financieras y patrimoniales del RENATRE, y tendrán los derechos que establezca la reglamentación.

Art. 9º — Los directores serán designados por las entidades mencionadas en el artículo precedente, quienes nombrarán un igual número en calidad de suplentes. En la primera sesión, elegirán de entre ellos al presidente del RENATRE, cuyo mandato será de un (1) año. La presidencia será ejercida anualmente y en forma alternativa por un representante de la entidad gremial y un representante empresario, correspondiendo el ejercicio de la primera presidencia a uno de los representantes designado a propuesta de la entidad gremial.

El mandato de los directores durará cuatro (4) años, pudiendo ser reelegidos. Su retribución será fijada en el respectivo presupuesto.

Art. 10.— No podrán formar parte del directorio los quebrados, los concursados, los condenados en causa criminal no culposa y los exonerados de la administración pública nacional, provincial o municipal.

Art. 11.— El Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores tendrá por objeto:

a) Expedir la Libreta de Trabajo sin cargo alguno para el trabajador, procediendo a la distribución y contralor del instrumento y asegurando su autenticidad;

b) Centralizar la información y coordinar las acciones necesarias para facilitar la contratación de los trabajadores agrarios;

c) Conformar las estadísticas de trabajo agrario permanente y no permanente;

d) Supervisar el Régimen de Bolsa de Trabajo Rural para personal transitorio y propender su pleno funcionamiento;

e) Proveer la coordinación y cooperación de la Nación con las provincias en la actividad laboral agraria;

f) Brindar al trabajador rural la prestación social prevista en el Capítulo V de la presente ley;

g) Dictar la reglamentación interna por la cual se integrará y regirán los distintos estamentos constitutivos del RENATRE.

h) Controlar el cumplimiento por parte de los trabajadores y empleadores de las obligaciones que les impone la presente ley. El RENATRE podrá además desarrollar otras funciones de policía de trabajo que le sean delegadas por los organismos nacionales o provinciales competentes.

Art. 12.— El Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores tiene las siguientes atribuciones:

a) Atender todas las erogaciones que demande su funcionamiento con los recursos establecidos en la presente ley, así como administrar los recursos establecidos en la misma de acuerdo con el objeto previsto en el artículo 11 y su funcionamiento. Asimismo podrá fijar aranceles por la prestación de servicios administrativos ajenos al objeto de esta ley. El gasto administrativo no podrá exceder el diez por ciento (10%) de los recursos.

b) Abrir y usar a los fines de la gestión encomendada, una cuenta especial denominada "Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores" (RENATRE), a la cual ingresan los fondos provenientes en virtud de la presente;

c) Invertir sus disponibilidades de dinero en títulos emitidos por la Nación o en colocaciones a plazo fijo en instituciones financieras oficiales;

d) Aprobar su estructura orgánica, administrativa y funcional, así como la dotación de su personal y el número y carácter de sus empleados zonales;

e) Inscribir y llevar el registro de todas las personas comprendidas en la presente norma de acuerdo a lo establecido en el Capítulo I, otorgando constancias fehacientes de las presentaciones que efectúen los obligados;

f) Exigir a todo empleador la exhibición de sus libros y demás documentación requerida por la legislación laboral aplicable a la actividad al solo efecto de verificación del cumplimiento de lo establecido por la presente, de acuerdo con las normas reglamentarias previstas en el inciso h) del art. 11.

CAPÍTULO III Recursos del Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores

Art. 13.— Los recursos económico-financieros del organismo provendrán:

a) Del pago de los aranceles fijados por el registro de conformidad a lo establecido en el artículo 12, inc. a);

b) De la contribución a cargo de los empleadores, de conformidad a lo establecido en el artículo 14, de la presente ley;

c) Del importe de las multas por infracciones cometidas a esta norma, reglamentaciones y normas complementarias que al efecto pudieran dictarse;

d) De las herencias, legados, subsidios y subvenciones que se reciban;

e) Del producido de las inversiones que realizare el registro;

f) De los saldos remanentes de ejercicios anteriores;

g) De cualquier otro ingreso lícito compatible con los fines de esta ley.

Art. 14.— El empleador rural deberá aportar una contribución mensual con destino al Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores del uno y medio por ciento (1,5%) del total de la remuneración abonada a cada trabajador. Dicha contribución reemplazará a la establecida por el artículo 145, inciso a)1., de la ley 24.013 y deberá ser depositada en la cuenta que a los efectos abra el Registro, de acuerdo a lo establecido en el artículo 12, inc. b).

CAPÍTULO IV De las sanciones

Art. 15.— El incumplimiento por parte del empleador de las obligaciones establecidas en la presente, lo hará pasible de las sanciones previstas en el presente Régimen.

Se considerará infracción leve:

— No informar al Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores o su Delegación, trimestralmente, lo que requiera la autoridad de aplicación sobre la celebración, ejecución y finalización del trabajo rural.

Se considerará infracción grave:

— No exhibir la Libreta de Trabajo.

— No registrar en la libreta desde la fecha de ingreso todos los datos relativos al inicio, desarrollo y extinción de la relación laboral.

— No tener la Libreta de Trabajo en el lugar de prestación de servicios hasta la finalización de la relación laboral.

— No entregar la Libreta de Trabajo al finalizar la relación laboral.

Se considerará infracción muy grave:

— No requerir del trabajador la Libreta en forma previa a la concertación de la relación laboral.

— No tramitar la Libreta de Trabajo ante el organismo correspondiente, en caso que el trabajador no contara con la misma por ser éste su primer empleo o por haberla extraviado.

1) Las infracciones leves se sancionarán de acuerdo a la siguiente regulación:

a) Apercibimiento, para la primera infracción leve, de acuerdo a los antecedentes y circunstancias de cada caso, evaluados con la autoridad administrativa de aplicación.

b) Multas de ochenta pesos ($ 80) a doscientos cincuenta pesos ($ 250).

2) Las infracciones graves se sancionarán con multas de doscientos cincuenta pesos ($ 250) a mil pesos ($ 1.000), por cada trabajador afectado por la infracción.

En caso de reincidencia respecto a las infracciones graves, la autoridad administrativa podrá adicionar a los montos máximos de la multa una suma que no supere el diez por ciento (10%) del total de las remuneraciones que se hayan devengado en el establecimiento en el mes inmediatamente anterior al de la constatación de la infracción.

3) Las infracciones muy graves serán sancionadas con multa de mil pesos ($ 1.000) a cinco mil pesos ($ 5.000) por cada trabajador afectado por la infracción.

En los supuestos de reincidencias en infracciones muy graves se podrá clausurar el establecimiento hasta un máximo de diez días manteniéndose entre tanto el derecho de los trabajadores al cobro de las remuneraciones.

CAPÍTULO V Sistema Integral de Prestaciones por Desempleo

Art. 16.— Institúyase el Sistema Integral de Prestaciones por Desempleo, el que se regirá por las disposiciones establecidas en este capítulo.

Art. 17.— En el plazo de un año el RENATRE deberá efectuar un censo de trabajadores y empleadores incluidos en el ámbito de aplicación de la presente ley y los cálculos actuariales necesarios a fin de poner en funcionamiento el sistema integral de prestaciones por desempleo para la actividad.

Hasta que se inicie el funcionamiento del sistema integral de prestaciones por desempleo, el noventa por ciento (90%) de la contribución prevista por el artículo 14 de esta ley, se depositará en una cuenta especial para utilizarlos oportunamente a esos fines, y el restante diez por ciento (10%) depositado de la misma forma se destinará para afrontar los gastos administrativos del RENATRE, de acuerdo con lo establecido en el inciso a) del mismo artículo.

CAPÍTULO VI Disposiciones generales

Art. 18.— El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación, a través del Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores, será la autoridad de aplicación de la presente ley.

Art. 19.— El cobro judicial de los aportes, multas e intereses, así como los aranceles adeudados al Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores, se hará por la vía de apremio prevista en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, sirviendo de suficiente título ejecutivo el certificado de deuda expedido por dicho registro o por los funcionarios en que éste hubiere delegado tal facultad.

Serán competentes los Juzgados Federales de Primera Instancia en lo Civil y Comercial. En la Capital Federal será competente la Justicia Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social.

En todo procedimiento relativo a la percepción de estos créditos y certificados de deuda se tendrá especialmente en cuenta el derecho de defensa de los empleadores como previo a la expedición del título ejecutivo.

Disposiciones transitorias

Art. 20.— A los efectos de la instrumentación de la primera Libreta de Trabajo para el trabajador rural, a partir de la vigencia de la presente ley, la autoridad de aplicación emitirá un formulario provisorio donde se volcarán los datos que sean necesarios para la confección de la libreta, y en un plazo no mayor de ciento veinte (120) días de emitido el mismo deberá hacerse entrega del instrumento definitivo.

Dicho formulario provisorio también será utilizado para acreditar servicios prestados por personal transitorio.

Art. 21.— Comuníquese al Poder Ejecutivo.

• Comentario:

50. Autoridad de aplicación y disposiciones complementarias

El art. 99 determina que es el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social la autoridad de aplicación del presente régimen.

El capítulo II del presente Título dispone una larga serie de disposiciones complementarias, las cuales, en gran parte, responden a la necesidad de amalgamar el nuevo Régimen de Trabajo Agrario al ordenamiento positivo vigente en general, y al Régimen de Contrato de Trabajo en particular. Así se dispone que las normas correspondientes a éstos cuerpos normativos son de orden público; la vigencia de las estipulaciones emergentes de los convenios y acuerdos colectivos de trabajo que se encuentren vigentes a la fecha de promulgación de la presente, de conformidad con lo establecido en los arts. 8º y 9º de esta ley, a cuyo comentario cabe remitir.

Aunque quizás parece una aclaración sobreabundante, el art. 103 expresamente dispone que se reconoce o mantiene la antigüedad que tuvieren los trabajadores agrarios al tiempo de la promulgación de esta ley a todos sus efectos.

La modificación del inc. c), art. 2º de la Ley de Contrato de Trabajo a los fines de la inclusión del RTA ya ha sido comentada al tratar las fuentes normativas.

De igual modo, es modificado el art. 140 de la ley 24.013, a fin de incorporar a los trabajadores comprendidos en el Régimen de Trabajo Agrario, en el derecho allí dispuesto a percibir una remuneración no inferior al salario mínimo, vital y móvil que se establezca de conformidad a lo preceptuado en dicha ley.

Cabe mencionar que la reglamentación de esta ley que ordena el art. 109 ha sido cumplimentada a través del decreto 301/2013, el cual ha sido publicado en el Boletín Oficial el día 22 de marzo de 2013, junto con el dec. 300/2013 reglamentario de la mentada ley 25.191, cuya derogación ha sido dispuesta a partir del 1º de enero de 2017 por el decreto 1014/2016.

51. Ley 25.191. Inconstitucionalidad de la reforma introducida por los arts. 106 y 107 de la ley 26.727

El art. 106 impuso una fuerte modificación de la ley 25.191, que, como se señalara al tratar el contrato de trabajo agrario, declara el uso obligatorio de la Libreta del Trabajador Agrario, la cual adquiere "el carácter de documento personal, intransferible y probatorio de la relación laboral", y define aristas inherentes a la determinación del ámbito personal de aplicación del RTA, tal como se dispone en el art. 4º, al tipificar, en afinidad con las normas analizadas precedentemente, que "será considerado trabajador agrario todo aquel que desempeñe labores propias de la actividad agraria, dirigidas a la obtención de frutos o productos primarios a través de la realización de tareas pecuarias, agrícolas, forestales, hortícolas, avícolas, apícolas u otras semejantes, siempre que éstos no hayan sido sometidos a ningún tipo de proceso industrial, y en tanto se desarrollen en ámbitos rurales, con las excepciones y conforme lo establecido por el Estatuto especial que consagra el Régimen de Trabajo Agrario".

Otro de los aspectos relevantes de la modificación introducida a la ley 25.191 estuvo dado por la creación del "Registro Nacional de Trabajadores y Empleadores Agrarios (RENATEA), como entidad autárquica en jurisdicción del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social", el cual vendría a ocupar el lugar que en el RNTA ocupa el Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores (RENATRE), absorbiendo sus funciones y atribuciones.

En este registro deben obligatoriamente inscribirse todos los empleadores y trabajadores agrarios comprendidos en el ámbito de aplicación del Régimen de Trabajo Agrario. Su gobierno y administración debe estar a cargo de un director general y de un subdirector general designados por el Poder Ejecutivo nacional, a propuesta del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, debiendo este último asimismo designar un síndico —y un suplente— a fin de fiscalizar y vigilar todas las operaciones contables, financieras y patrimoniales del RENATEA.

Dentro de las modificaciones introducidas por la ley 26.727, se definió también la representación de distintos sectores que deben reflejarse en la estructura del RENATEA, como asimismo una serie de disposiciones de carácter administrativo y organizacional de este organismo, en las que se destaca la creación de un Consejo Asesor "integrado por igual número de representantes de los empleadores y de los trabajadores de la actividad agraria, por representantes del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, del Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca y del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva, así como por representantes de otros sectores sociales vinculados a la actividad agraria en cualquiera de sus especializaciones, conforme lo determine el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social".

La incorporación del art. 11 determina el objeto de este organismo, consistente esencialmente en la expedición de la Libreta de Trabajo Agrario; tareas tendientes a la coordinación de la contratación de los trabajadores agrarios con distintos sectores gubernamentales; elaboración de estadísticas y controlar el cumplimiento de las obligaciones emergentes de esta ley. El art. 12 prevé las atribuciones del RENATEA, preponderantemente relativas al registro de trabajadores agrarios y de administración de recursos.

Se destaca asimismo en esta significativa reforma, la sustitución del art. 16 de la ley 25.191, mediante el cual se instituye el Sistema Integral de Prestaciones por Desempleo, el cual prevé las siguientes prestaciones: a) La prestación económica por desempleo; b) prestaciones médico-asistenciales de acuerdo a lo dispuesto por las leyes 23.660, sus modificatorias y 23.661; c) pago de las asignaciones familiares que correspondieren a cargo de la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS); d) cómputo del período de las prestaciones a los efectos previsionales, con los alcances de los incs. a) y b) del art. 12 de la ley 24.013.

A partir de la incorporación de los arts. 16 bis, 16 ter y 16 quater a la ley 25.191, se crea con carácter obligatorio el Seguro por Servicios de Sepelio, para todos los trabajadores agrarios comprendidos en el ámbito de aplicación de la presente ley, disponiéndose su financiamiento mediante el aporte de los trabajadores equivalente al uno y medio por ciento (1,5%) del total de las remuneraciones que se devenguen, el cual debe ser retenido por el empleador.

Sin embargo, tales modificaciones a la ley 25.191 fueron decretadas inconstitucionales, por las razones que seguidamente expondré.

En el primigenio texto de la ley 25.191 se dispuso la creación del Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores (RENATRE), con el carácter de ente autárquico de derecho público no estatal (art. 7º), cuyo directorio debía integrarse por cuatro directores en representación de entidades empresarias de la actividad y otros cuatro provenientes de la asociación de trabajadores rurales con personería gremial con mayor representación nacional de la actividad, los cuales debían ser designados por las respectivas entidades. Asimismo, el Ministerio de Trabajo debía designar un síndico titular y otro suplente, con la función de fiscalizar y vigilar las operaciones contables, financieras y patrimoniales del ente (arts. 8º y 9º). En cambio, el RENATEA que lo sustituyó resulta una entidad autárquica en jurisdicción del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social y no un ente público no estatal, en tanto su gobierno y administración fueron puestos a cargo de un director y un subdirector designados por el Poder Ejecutivo Nacional. Y si bien se dispuso la creación de un Consejo Asesor integrado por representantes de los empleadores y trabajadores de la actividad agraria, por representantes de tres ministerios, como así también por representantes "de otros sectores sociales vinculados a la actividad agraria" representantes de las organizaciones de trabajadores y de empresarios de la actividad agraria, designados directamente por dichas organizaciones; lo cierto es que, más allá de que estos representantes son designados por el Ministerio de Trabajo, y no de modo directo por las organizaciones respectivas, y que deben compartir sus funciones con representantes de tres ministerios y "de otros sectores sociales vinculados a la actividad agraria", lo determinante es que su actuación quedaría relegada a funciones de mero asesoramiento, y no de administración.

Lo expuesto cobra relevancia si se considera que uno de los principales objetos asumidos tanto del RENATRE como del RENATEA resulta la de cubrir la contingencia de la seguridad social del desempleo a través de ciertas prestaciones. Y por ello es que se torna exigible el cumplimiento de lo dispuesto por el último párrafo del art. 14 bis de la Constitución Nacional, en cuanto prevé que "la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado...".

Con fundamento en las razones sucintamente reseñadas, es que los arts. 106 y 107 mediante los cuales se dispuso la absorción de las funciones y atribuciones del Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores —RENATRE— por parte del Registro Nacional de Trabajadores y Empleadores Agrarios —RENATEA—, motivó la interposición de una acción judicial por parte de la primera con el objeto que se declare la inconstitucionalidad de dichas normas, la cual fue resuelta por el Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo Nº 9 mediante sentencia de fecha 5 de septiembre de 2012, en cuya parte dispositiva se dispuso: "1) Haciendo lugar a la acción de amparo articulada por el Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores (RENATRE), contra el Poder Ejecutivo Nacional y contra el Estado Nacional —Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación—, y declarar la inconstitucionalidad de los arts. 106 y 107 de la ley 26.727. En consecuencia, disponer que el Estado Nacional - Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, a través del funcionario que corresponda, dentro del plazo de 10 días corridos, tome los recaudos pertinentes para abstenerse de reglamentar dichas normas y aplicar dicha normativa, y a todo evento, dejar sin efecto las que se hubieran tomado por aplicación de dichas normas, bajo apercibimiento de librar la comunicación dispuesta en el art. 17 del decreto 1285/1958 y de las demás sanciones a que hubiera lugar".

Ante la revocatoria y rechazo de la demandada decidido por la sala VII de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, intervino la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través del recurso extraordinario federal interpuesto por el RENATRE, el cual dejó sin efecto el pronunciamiento cuestionado y mandó dictar una nueva sentencia. A tal efecto, el Máximo Tribunal, entre otras consideraciones, sostuvo: "5º) Que ... la Cámara omitió hacerse cargo en forma concreta y razonada de la seria argumentación introducida en el escrito de demanda (confr. fs. 22/47) y reiterada por la entidad actora en la oportunidad de contestar la apelación de la parte contraria (confr. fs. 374/394) basada en que: a) el RENATRE era un ente administrado por un directorio conformado por representantes de los sectores empresario y sindical y fiscalizado por un síndico designado por el Ministerio de Trabajo, y, entre sus funciones, estaba la de brindar a los trabajadores rurales las prestaciones de la seguridad social previstas en la ley 25.191 (sistema integral de prestaciones por desempleo); b) dichas funciones fueron transferidas por la ley 26.727 al RENATEA, que es un ente autárquico administrado por un Director General designado por el Poder Ejecutivo Nacional a propuesta del Ministerio de Trabajo, y en el cual los representantes de los trabajadores y de los empleadores sólo participan conformando un órgano de asesoramiento (consejo asesor), y c) de ese modo, el mencionado seguro social obligatorio dejó de estar a cargo de una entidad con autonomía financiera y económica, administrada por los interesados con participación del Estado, es decir, constituida con arreglo a lo previsto en el tercer párrafo del art. 14 bis de la Constitución Nacional, para pasar a manos de un ente que no reunía todas esas características, lo cual vulneraba dicho precepto constitucional y comportaba, además, un caso claro de regresividad en materia de derechos sociales".

6º) Que, frente a lo expuesto, el a quo debió examinar los argumentos que plantean que si el seguro social en cuestión fue puesto a cargo de un ente creado por el legislador ateniéndose al modelo de administración por los interesados que el constituyente mandó establecer, cualquier reforma legal ulterior que pretendiera imponer un régimen de administración del seguro que no respete dicho modelo comportaría vulnerar tanto la letra como el espíritu del citado art. 14 bis. Máxime si se tiene en cuenta que en la jurisprudencia de esta Corte se ha dicho que el principio de progresividad o no regresión, que veda al legislador la posibilidad de adoptar medidas injustificadamente regresivas, no sólo es un principio arquitectónico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos sino también una regla que emerge de las disposiciones de nuestro propio texto constitucional en la materia (confr. Fallos: 327:3753, voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni, considerando 10; Fallos: 328:1602, voto del juez Maqueda, considerando 10; Fallos: 331:2006, voto de los jueces Lorenzetti, Fayt y Zaffaroni, considerando 5º).

En cuanto a esto último cabe recordar que, inclusive, en el precedente de Fallos: 327:3753 (confr. considerando citado) fueron mencionadas las palabras del miembro informante de la Comisión Redactora de la Asamblea Constituyente de 1957 sobre el destino que se le deparaba al proyectado art. 14 bis, a la postre sancionado. Sostuvo en esa oportunidad el convencional Lavalle que "un gobierno que quisiera sustraerse al programa de reformas sociales iría contra la Constitución, que es garantía no solamente de que no se volverá atrás, sino que se irá adelante" (Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente. Año 1957, Buenos Aires, Imprenta del Congreso de la Nación 1958, t. II, p. 1060).

La sala IV de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo dictó un nuevo pronunciamiento con arreglo a los lineamientos decididos por la Corte Federal, en el que resolvió confirmar la sentencia del Juzgado Nº 9 que decretó la inconstitucionalidad de los arts. 106 y 107 de la ley 26.727.

A fin de cumplimentar este fallo, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el decreto 1014/2016 (13/9/2016, B.O. 14/9/2016), el cual declaró la reorganización institucional del Registro Nacional de Trabajadores y Empleadores Agrarios —RENATEA— como entidad autárquica en jurisdicción del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, y dispuso el restablecimiento del Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores —RENATRE— como Ente de Derecho Público no Estatal, de conformidad con lo establecido en la ley 25.191 sancionada con fecha 3 de noviembre de 1999, a partir del 1º de enero de 2017 y la realización de todas las demás gestiones, acuerdos y diligencias que fueren menester para el acabado cumplimiento del citado fallo. Se dispuso asimismo la derogación del decreto 300 de fecha 22 de marzo de 2013 a partir del 1º de enero de 2017, restableciéndose en consecuencia la vigencia del decreto 453 de fecha 24 de abril de 2001 y su modificatorio.

52. Jurisprudencia

Inconstitucionalidad de los arts. 106 y 107 de la ley 26.727

En virtud del principio de progresividad, el rechazo de la demanda por la cual se solicitó la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 106 y 107 de la ley 26.727 que traspasó las funciones, del personal y del patrimonio de ese ente público no estatal a un ente autárquico estatal en jurisdicción del Ministerio de Trabajo, debe ser revocada, pues debió examinar si el seguro social en cuestión fue puesto a cargo de un ente creado por el legislador ateniéndose al modelo de administración por los interesados que el constituyente mandó establecer, ya que cualquier reforma legal que pretendiera imponer un régimen de administración que no respete ese modelo comportaría vulnerar tanto la letra como el espíritu del art. 14 bis de la Constitución Nacional.

CSJN, 24/11/2015, "Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores c. Poder Ejecutivo Nacional y otro s/ acción de amparo", IMP, 2016-2, 230 — IMP, 2016-4, 135, AR/JUR/52402/2015.

Despido fundado en el art. 7º bisley 25.191

Debe rechazarse la demanda por despido, pues si bien el trabajador sostuvo que el distracto se fundó el art. 7º bis de la ley 25.191 incorporado por el inc. b) del art. 106 de la ley 26.727 y que dicha norma es discriminatoria e inconstitucional, por cuanto efectuaría una distinción arbitraria entre quienes trabajaban como personal "jerárquico", y el personal "no jerárquico", no se encuentra acreditado que la disolución del vínculo se hubiera fundado en aquella norma, ya que el emplazado prescindió de un importante número de dependientes jerárquicos y no jerárquicos en forma contemporánea a su reestructuración.

CNTrab., sala VI, 29/2/2016, "Raiteri, María Inés c. Registro Nacional de Trabajadores y Empleadores Agrarios Re.Na.T.E.A. s/ despido", DT, 2016 (junio), 1276, AR/JUR/6609/2016.

Sección III - Aeronavegantes (dec-ley 16.130/1946). Por Carlos Diego Morell Segura

• Normas aplicables: Dec.-ley 16.130/1946: arts. 1º al 42. Dec. 671/1994: arts. 1º al 53.

TÍTULO I CAPÍTULO I

De las personas comprendidas en el presente decreto-ley

Art. 1º — Decláranse obligatoriamente comprendidas en las disposiciones del presente decreto, a todas aquellas personas que presten servicios a bordo de aeronaves civiles de matrícula argentina dedicadas al transporte de pasajeros y/o de carga, al turismo o a instrucción con fines de lucro.

Art. 2º — Exceptúanse de lo dispuesto en el artículo anterior:

a) Las personas que practiquen la aeronavegación en aviones propios o ajenos, con fines puramente deportivos y sin recibir remuneraciones de ninguna especie;

b) El personal que preste servicios relacionados con la aeronavegación, permaneciendo en tierra aun cuando excepcionalmente se viere precisado a volar.

CAPÍTULO II De los requisitos a llenar y funciones a desempeñar por el personal

Art. 3º — Los comandantes, observadores, pilotos, mecánicos, radiotelegrafistas y cualquier otra persona empleada en las maniobras de las aeronaves deben ser titulares de una patente de capacidad y de una licencia para el ejercicio de la profesión.

Art. 4º — Quedan exceptuados de la disposición del artículo anterior los aspirantes a pilotos, durante el término del aprendizaje, debiendo sujetarse a las prescripciones que determine la Secretaría de Aeronáutica.

Art. 5º — La Secretaría de Aeronáutica, determinará los requisitos para la obtención de las patentes y licencias del personal navegante y las causales y condiciones de la suspensión y retiro de las mismas.

Art. 6º — Ningún tripulante de una aeronave en vuelo, que transporte más de doce pasajeros, podrá desempeñar más de una función a bordo. A tal efecto, se entenderán como funciones específicas e inconciliables las siguientes:

a) Piloto comandante;

b) Copiloto;

c) Mecánico navegante;

d) Radiotelegrafista navegante;

e) Comisario de a bordo.

Art. 7º — Las aeronaves susceptibles de transportar doce personas por lo menos, deben tener a bordo una persona investida de los poderes de comandante, el que es designado por el explorador de la aeronave, y revista el carácter de representante del mismo.

Art. 8º — El piloto comandante tiene a su cargo el manejo y conducción de la aeronave. Tiene asimismo poder de disciplina sobre el personal navegante y el poder de autoridad sobre los pasajeros, mientras éstos se encuentren a bordo. Debe velar por la seguridad del viaje, no pudiendo ausentarse de la aeronave sin motivos graves.

Art. 9º — En caso de emergencia, el piloto comandante está obligado a permanecer en su puesto, hasta que haya tomado las medidas útiles para salvar los pasajeros y la tripulación y, en la medida de lo posible, los bienes que se encuentren a bordo, y para evitar daños en la superficie. A tal efecto tendrá derecho a arrojar durante el trayecto las mercaderías o equipajes, si lo considerare indispensable para la seguridad de la aeronave.

Art. 10.— El piloto comandante tiene la obligación de asegurarse, antes de la partida, de la eficiencia de la aeronave y de las condiciones atmosféricas de navegabilidad, teniendo el derecho de negarse a partir si juzgara que cualquiera de ellas no ofrecen la seguridad necesaria para un viaje normal.

Art. 11.— El piloto comandante tiene derecho, aún sin mandato especial, de efectuar las compras y hacer los gastos necesarios para realizar el viaje y salvaguardar los equipajes y mercaderías transportadas.

Art. 12.— El nombre del piloto comandante y los poderes especiales que le hayan sido conferidos, deben constar en los libros de a bordo.

Art. 13.— El piloto comandante registrará en los libros correspondientes los nacimientos y defunciones ocurridos a bordo, y remitirá copia auténtica a las autoridades competentes.

Art. 14.— El copiloto tendrá las siguientes funciones:

a) Asistirá al piloto comandante durante el vuelo, en todas las funciones referentes a la conducción de la aeronave que éste le asigne.

b) Tendrá jerarquía de segundo comandante o primer oficial.

Art. 15.— Serán funciones del radiotelegrafista las establecidas por las leyes y decretos referentes a las radiocomunicaciones para el cargo de jefe de estación. Deberá asimismo asistir al piloto comandante en la navegación radiogoniométrica. Tendrá jerarquía de segundo oficial.

Art. 16.— El mecánico navegante será el encargado de la conservación y buen funcionamiento de la aeronave durante el vuelo y de su reaprovisionamiento y reacondicionamiento en las escalas que efectúa. Tendrá jerarquía de segundo oficial.

Art. 17.— El comisario de a bordo será el encargado de llevar toda la documentación de la aeronave referente a los pasajeros y carga de la misma y de la atención de los primeros mientras dure el vuelo. Tendrá jerarquía de tercer oficial.

Art. 18.— El personal comprendido en el presente decreto, tendrá la obligación de someterse a examen médico por el facultativo que designen los empleadores, cada vez que éstos lo exijan, pero no podrá invocarse el dictamen de dicho médico como causal de despido a menos que el mismo sea confirmado por la Secretaría de Aeronáutica, previo un nuevo examen que se efectuará en el gabinete Psicofisiológico de dicha Secretaría.

Art. 19.— Las personas que hubieran sido declaradas inaptas en la forma establecida por el artículo precedente, para el ejercicio de una función a bordo de una aeronave, podrán interponer recurso contra dicha declaración ante la Secretaria de Aeronáutica, la cual, en tal caso, dispondrá un nuevo reconocimiento.

CAPÍTULO III De las retribuciones

Art. 20.— El personal comprendido en el presente decreto gozará de retribuciones mínimas que se dividirán en fijas y adicionales o variables que serán uniformes para cada una de las jerarquías aun cuando en un vuelo determinado, desempeñen una función de jerarquía inferior.

Art. 21.— Los sueldos mensuales fijos mínimos que corresponden a cada jerarquía son los siguientes:

a) Comandante: $ 1.000.-

b) 1er. Oficial: $ 750.-

c) 2do. Oficial: $ 650.-

d) 3er. Oficial: $ 300.-

Art. 22.— Las retribuciones variables o adicionales serán proporcionales a la actividad de vuelo desplegada y se calcularán en la siguiente forma:

a) El comandante percibirá m$n. 0,07 por cada kilómetro volado dentro de los límites permitidos de acuerdo al art. 24;

b) Por recorrido o tiempo que vuela fuera de dichos límites, se considerará como kilometraje cubierto el producto que resulte de la multiplicación del tiempo horario volado, por la velocidad de crucero de avión, indicado en su certificado de navegabilidad. Sobre dicho kilometraje percibirá m$n. 0,105 por kilómetro calculado.

Art. 23.— Las retribuciones variables o adicionales de los oficiales primeros y segundos, serán iguales a las tres cuartas partes de las que correspondan a los comandantes y las de los oficiales terceros iguales a la tercera parte de las mismas.

Art. 24.— La retribución adicional establecida por el art. 22 se abonará en todos aquellos casos en que el personal deba cumplir vuelos después de la puesta del sol, o antes de su salida, o cuando haya cumplido más de 8 horas de vuelo en un período de 24 o 100 horas mensuales o de 1.000 anuales.

Art. 25.— Los pilotos que no presten servicios en líneas comerciales regulares o que piloteen aviones que transporten menos de doce pasajeros, tendrán jerarquía de primer oficial y percibirán las retribuciones que el presente decreto-ley fija para los mismos.

Art. 26.— Mientras permanezcan al servicio del mismo empleador las personas comprendidas en el presente decreto-ley tendrán derecho a un aumento periódico de su sueldo fijo que será del 5% del sueldo básico mínimo de la jerarquía que le corresponda por cada mil horas de vuelo cumplidas y hasta un máximo de 10.000 horas.

TÍTULO II Régimen de responsabilidad y seguro obligatorio de accidentes del trabajo

CAPÍTULO I Responsabilidad por accidentes

Art. 27.— Todo empleador, sea persona natural o jurídica será responsable de los accidentes ocurridos al personal comprendido en el presente decreto-ley con motivo y en ocasión del desempeño de sus funciones aun cuando se originaran en un caso fortuito o de fuerza mayor.

Art. 28.— El empleador quedará exento de toda responsabilidad en los siguientes casos:

a) Cuando el accidente hubiere sido intencionalmente provocado por la víctima, o proviniese exclusivamente de culpa de la misma;

b) Cuando fuere consecuencia de fuerza mayor extraña al ejercicio de las funciones del personal;

c) Cuando fuere consecuencia de ejercicio de acrobacia, concursos, carreras, apuestas u obtención de récords;

d) La responsabilidad del empleador se presume respecto de todo accidente comprendido en las disposiciones del art. 27, sin más excepción que las especificadas en los incisos anteriores.

Art. 29.— Los empleadores están obligados a sustituir las obligaciones emergentes del presente título, por un seguro a favor de los empleados en una compañía o grupo de compañías, debidamente autorizadas al efecto por la Superintendencia de Seguros de la Nación. De la póliza emitida, se entregará una copia simple debidamente autenticada a cada empleado. Las pólizas emitidas conforme al texto aprobado por la Superintendencia de Seguros de la Nación, previo informe de la Secretaría de Trabajo y Previsión, y de la Secretaría de Aeronáutica.

Art. 30.— En los casos que el asegurador se negare a satisfacer la indemnización reclamada por un empleado accidentado o sus causahabientes en base a una causal atribuible al empleador de conformidad a las especificaciones contenidas en las condiciones generales de la póliza deberá hacerlo saber a los reclamantes, dentro de los 10 días de interpuesto el reclamo y por escrito. En tal supuesto el empleado podrá reclamar directamente la correspondiente indemnización al empleador.

Art. 31.— La acción para reclamar la indemnización fijada por este título, prescribirá al año de haber ocurrido el accidente o de tenerse conocimiento de la reagravación sufrida en caso de haberse abonado una indemnización. Su trámite se ajustará a lo dispuesto por el decreto núm. 32.347/44.

CAPÍTULO II De la indemnización

Art. 32.— En caso de que el accidente ocurrido hubiese determinado el fallecimiento de la víctima, la indemnización que corresponderá a sus causahabientes será equivalente a una suma que represente veinte veces el sueldo fijo, que de conformidad al art. 21 percibía la víctima.

Art. 33.— Se entiende por causahabientes a los efectos del presente título, el cónyuge supérstite y los hijos menores de la víctima. Los nietos hasta la edad de 16 años, los ascendientes y los hermanos, hasta la misma edad arriba expresada, se considerarán comprendidos en ella, tan sólo si a la fecha del accidente vivían bajo el amparo y con el trabajo de la víctima. La indemnización se reputará como bien ganancial y se distribuirá entre los causahabientes en la proporción y forma establecida para ellos en el Código civil.

Art. 34.— Si el accidente hubiera determinado la incapacidad absoluta y permanente para el trabajo, le corresponderá a la víctima una indemnización igual a la establecida en el art. 32 que se liquidará en la forma establecida en el art. 37.

Art. 35.— En caso de incapacidad parcial y permanente la indemnización será proporcional al grado de la misma y su importe igual a una parte alícuota de la fijada en el art. anterior. Se considerará invalidez parcial aquella que disminuya la capacidad de trabajo en forma permanente. A los efectos de la indemnización se establecen las siguientes proporciones:

Pérdida total del brazo derecho

65 %

Pérdida total del brazo izquierdo

55 %

Pérdida total de la mano derecha

60 %

Pérdida total de la mano izquierda

50 %

Pérdida total de una pierna o un pie

50 %

Pérdida total de un ojo

30 %

Pérdida total de la mitad de la agudeza visual de un ojo

10 %

Pérdida completa bilateral del oído (sordera total)

60 %

Sordera total de un oído

15 %

Pérdida total del pulgar derecho con su metacarpo

25 %

Pérdida total del pulgar izquierdo con su metacarpo

23 %

Pérdida total del pulgar derecho

18 %

Pérdida total del pulgar izquierdo

16 %

Pérdida total del índice derecho

9 %

Pérdida total del índice izquierdo

8 %

Pérdida total del anular o meñique

6 %

Pérdida total de la tercera falange del pulgar derecho

9 %

Pérdida total de la tercera falange del pulgar izquierdo

8 %

Pérdida total de la tercera falange del índice derecho

5 %

Pérdida total de la tercera falange del índice izquierdo

4 %

Pérdida total de la falange del medio derecho

4 %

Pérdida total de la tercera falange del medio izquierdo

3 %

Pérdida total de la tercera falange de otro dedo de las manos

2 %

Pérdida total del avampié (línea media társica)

25 %

Pérdida total del dedo mayor del pie con su metatarso

12 %

Pérdida total de dado mayor del pie

5 %

Pérdida total de cualquier otro dedo del pie

3 %

Pérdida del quinto dedo con su metatarso

10 %

de la suma fijada en el artículo 32.

b) La pérdida completa o irremediable del uso funcional de un órgano o miembro que haya quedado inútil permanentemente es considerada como la pérdida completa del órgano o miembro, pero en caso de que la pérdida fuera parcial, esto es: que el funcionamiento del órgano o miembro lesionado quede sólo disminuido pero no abolido, la indemnización sufrirá una reducción proporcional sobre los porcentajes establecidos en el inc. a);

c) En el caso de pérdida anatómica o funcional de más de un órgano la indemnización se determinará mediante la adición de los porcentajes correspondientes a cada lesión, hasta el límite del 70% establecido como máximo, salvo que las lesiones en conjunto determinen una invalidez total o permanente;

d) La pérdida de cada una de las falanges de los dedos se considerará invalidez permanente, sólo en el caso de una amputación total;

e) La pérdida o lesión de un órgano o miembro ya defectuoso con anterioridad al accidente no dará derecho a indemnización por invalidez, así como tampoco se tomará en consideración la circunstancia de que por cualquier defecto físico o mutilación preexistente, las consecuencias del infortunio resultaren agravadas, pero también en este caso, la indemnización será calculada por el solo daño directo sufrido en el accidente, sin tener en cuenta el mayor perjuicio que indirectamente proceda del defecto preexistente.

Art. 36.— En caso de incapacidad temporal, serán aplicables las disposiciones contenidas en el art. 155 de la ley núm. 11.729, liquidándose las retribuciones en base al sueldo fijo establecido por el art. 21 del presente decreto-ley.

Art. 37.— Las indemnizaciones fijadas por los arts. 34 y 35 se liquidarán en la siguiente forma:

a) Hasta el 30% de un importe equivalente al fijado para la indemnización total, se liquidará directamente al interesado;

b) El excedente será depositado en el Instituto Nacional de Previsión Social, y será invertido en rentas vitalicias o temporarias de acuerdo a las normas que se dicten oportunamente. En los casos que estas rentas resultaran menores a la suma de m$n. 30 mensuales, la indemnización se abonará íntegramente al accidentado.

CAPÍTULO III Disposiciones generales

Art. 38.— La indemnización que establece el presente título, no puede ser objeto de embargo, cesión, transacción o renuncia.

Art. 39.— En los accidentes producidos sin causa legal excusable para el empresario, el mismo está obligado a facilitar gratuitamente la asistencia médica y farmacéutica a la víctima hasta que se halle en condiciones de volver al trabajo, fallezca o se declare incapacidad permanente y siempre que aquélla acepte recibir la asistencia por facultativos designados por el patrón.

Art. 40.— Decláranse aplicables al personal comprendido en el presente decreto, las disposiciones referentes a enfermedades profesionales contenidas en el art. 22 de la ley 9688 con la exclusión de lo referente al monto de las indemnizaciones que deberá fijarse de conformidad a lo dispuesto en el presente decreto. El Poder Ejecutivo, previo informe de la Secretaría de Aeronáutica y Secretaría de Trabajo y Previsión dictará el pertinente decreto enumerando taxativamente tales enfermedades.

Art. 41.— Los empleadores tendrán la obligación de denunciar a la Secretaria de Trabajo y Previsión y al organismo asegurador, todo accidente ocurrido a su personal dentro de las 24 horas de tener conocimiento del mismo.

Art. 42. — Comuníquese, etc. — Farrell. — Russo. — Urdapilleta. — Avalos. — Cooke. — Pistarini. — Astigueta. — Sosa Molina. — De la Colina. — Pantín.

• Comentario:

1. Introducción

Este decreto ley fue dictado en el año 1946 a los fines de brindar mayormente un ordenamiento de la actividad aeronáutica comercial más que una regulación de las condiciones de trabajo para proteger a sus trabajadores; pues atento a que la incipiente industria aerocomercial en el país comenzaba a desarrollarse con mayor vigor y cobraba un desarrollo interesante ante la finalización de la Segunda Guerra Mundial, circunstancia ésta que abría amplias perspectivas para la movilización e intercambio de pasajeros y de carga tanto en nuestro vasto territorio como hacia otros países, otorgándole así un importante rol que como servicio público comenzaba a exhibir la aviación comercial. Es así, que a instancias de la Secretaría de Aeronáutica la Secretaría de Trabajo y Previsión solicita la aprobación de un proyecto de estatuto profesional para el personal navegante de la aviación civil el que, una vez dictado, fue ratificado por la ley 12.921.

En los considerandos de la precitada norma se expresa también: "Que esa tutela reguladora del Gobierno no puede dejar de extenderse al régimen de trabajo del personal aeronavegante afectado a tales servicios, ya que él constituye el factor decisivo para la regularidad de los mismos y constituye con su constante dedicación y sacrificado esfuerzo a mantener la regularidad de importantes intereses humanos y económicos confiados casi en forma exclusiva a su pericia y capacidad técnica".

"Que tal propósito se concreta fielmente en el proyecto de estatuto elevado, dado que en él se contemplan con espíritu justo y razonable no sólo las condiciones generales de trabajo y remuneración del personal de que se trata, sino también las medidas que lo amparan frente a las contingencias de su riesgosa profesión"

2. Vigencia y virtualidad del dec.-ley 16.130/1946

Este decreto ley, tal como lo ha sostenido Foglia(1), presenta la particularidad de exhibir una operatividad muy limitada, toda vez que de todo su articulado, sólo han conservado vigencia, los dos primeros artículos referidos al ámbito de aplicación personal. Esta circunstancia debe su razón a que, si bien este cuerpo normativo no fue derogado en forma expresa por otra norma, ni tampoco por el Código Aeronáutico —ya sea el dictado en el año 1954 como el actualmente vigente— lo cierto es que debido al avance de las diferentes tecnologías en materia aeronáutica, así como respuestas más favorables que han ido surgiendo respectos de los diversos institutos que regulan dicho decreto-ley (a modo de ejemplo ante la falta de regulación específica en cuanto a la protección de la estabilidad lo que conduce a que ante un despido incausado se aplique la Ley de Contrato de Trabajo o la Ley Nacional de Empleo, por ser compatibles con la naturaleza y modalidad de la actividad y el régimen al que se halla sujeta. También la diversa jurisprudencia existente, ha ido brindando soluciones más beneficiosas a los trabajadores del sector), se ha ido supliendo la obsolescencia de sus regulaciones originarias, lo que en la práctica se traduce en una restricción de su articulado casi en su totalidad.

Es por ello que podemos afirmar que en la actualidad han quedado vigentes sólo los arts. 1º y 2º, en cuanto describen a quiénes se considera personal aeronavegante, debiéndose tener presente que precisamente por la precitadas razones relativas al avance de orden tecnológico que ha tenido y tiene en forma permanente la industria aeronáutica, ya no resulta necesario, por ejemplo, contar a bordo de las aeronaves con "radiotelegrafista navegante" y/o "mecánico navegante". Pues si bien a medida que se avanzaba en la modificación de las cabinas de las aeronaves el requerimiento para su operación en vuelo llevó a la necesidad de contar también con al menos un "ingeniero de vuelo", no menos cierto es que desde hace ya unos años, con la desafectación paulatina de aquellas aeronaves que requerían de dichos profesionales, sus funciones fueron reemplazadas por modernos instrumentales informáticos y electrónicos que son operados por el comandante y el copiloto de la aeronave.

El estatuto y las normas subsiguientes que fueron supliendo la pérdida de vigencia de éste, igualmente siempre fundaron su causa en la necesidad de regular esta actividad de características particulares y que son: a) el lugar donde se cumplen las tareas, esto es la aeronave; b) la habilitación especial que se requiere y c) la importancia del principio de seguridad de vuelo.

La estructura del estatuto a los efectos de la regulación de esta actividad es: a) definición del personal aeronavegante civil, los requisitos exigidos para poder desempeñar labores en aeronaves, el régimen salarial y las indemnizaciones previstas para el caso de accidentes y enfermedades profesionales.

El dictado posterior del Código Aeronáutico Argentino en el año 1954 mediante la ley 14.307, también contenía disposiciones que regulaban la actividad del personal aeronavegante civil, pero especialmente en lo concerniente a la categoría "comandante de la aeronave", que dejaron carentes de efecto a varios artículos del dec.-ley 16.130/1946, otorgándosele al "comandante" amplias facultades o atribuciones relativas al poder de disciplina respecto del resto del personal o de autoridad sobre los pasajeros, adoptar decisiones atinentes a la seguridad del vuelo y poder disponer la suspensión de aquél en caso de considerar no cumplidas ciertas condiciones técnicas o meteorológicas e incluso la posibilidad de disponer que se arroje el equipaje o mercancías desde la aeronave en vuelo por cuestiones de seguridad ("derecho de echazón"), quedando para el resto del personal aeronavegante sólo la exigencia de certificar su idoneidad y pasar a depender en materia disciplinaria del comandante de la aeronave.

En el año 1967 se dictó la ley 17.285 que contenía al nuevo Código Aeronáutico que vino a sustituir al anterior, manteniéndose vigente hasta nuestros días.

Allí se especifica que las relaciones laborales del personal aeronáutico quedarán regidas por las leyes de la materia y continúa exigiendo para todo el personal que cumple funciones aeronáuticas —tanto a bordo de la aeronave como en tierra— el requisito de idoneidad certificada por la autoridad aeronáutica.

Dispone también las amplias facultades disciplinarias y de autoridad que tiene el comandante de la aeronave sobre el resto de la tripulación y sobre los pasajeros así como la posibilidad del registro de nacimientos, defunciones, matrimonios y testamentos durante el vuelo. Regula también en aras de la seguridad de la aeronave y de considerarse indispensable, la facultad de ordenar que se arrojen mercancías o equipaje. Se estipulan también una serie de obligaciones del comandante, como la de permanecer en la aeronave hasta que el último de los pasajeros y el resto de la tripulación ya no corriesen peligro así como la de adoptar medidas útiles a los efectos de evitar daños a los bienes que se encuentran a bordo y daños a la superficie. Finalmente tiene la obligación de verificar y comprobar la eficacia de la aeronave y las condiciones de seguridad de vuelo, entre otras.

Para el resto del personal aeronavegante, sólo dispone este cuerpo normativo de dos consideraciones generales: a) mantener la exigencia de acreditación de idoneidad y b) que las tripulaciones mínimas de vuelo de las aeronaves comerciales será determinada por la autoridad aeronáutica competente.

En consecuencia, se considera personal aeronavegante a todos aquéllos que desarrollan sus tareas a bordo de aeronaves y habilitados a tal efecto. Así, tenemos el personal de vuelo propiamente dicho, que son los que tienen a su cargo la aeronave y su pilotaje, que son el Comandante y el copiloto y que, hasta no hace mucho tiempo atrás, también lo eran los técnicos mecánicos y radiotelegrafistas. En segundo lugar se cuenta con el personal que tiene como función la cabina de pasajeros cuya función primordial es la atención de los pasajeros, y ellos son el Comisario de a bordo y los auxiliares de a bordo, estos últimos fueron añadidos por el dec. 671/1994 pues en el dec.-ley 16.130/1946 no se los consideraba como tales.

En ese mismo año (1967) es dictada por parte de la Junta Investigadora de Accidentes la resol. 15/1967 en donde se reglamentaba el "tiempo máximo de actividad para las tripulaciones de vuelo" dejando a cargo de la fiscalización de ello a la Dirección de Aviación Comercial. Sin embargo, dicha resolución fue reemplazada por la resol. 571/1968 dictada por el Comando de Regiones Aéreas, de la Fuerza Aérea Argentina, en la que se reglamentan los tiempos de actividad y de descanso del personal aeronavegante civil, con fundamento en el principio de "seguridad de vuelo". Dicha norma, establecía tanto el concepto de "tiempo de vuelo" como los límites máximos y el descanso, definiendo al primero de ellos como el lapso transcurrido entre que la aeronave iniciaba el vuelo por su propio empuje hasta que se detenía.

I — Alcance

Art. 1º — La presente reglamentación establece las normas y fija límites topes de carácter general con relación a las actividades del personal aeronavegante civil. Su aplicación y cumplimiento corresponde a todos los explotadores de aeronaves y a todo el personal que integre las tripulaciones de las mismas. La solución de aquellos casos o situaciones no contempladas específicamente, deberá ser propuesta para su estudio y consideración a la autoridad aeronáutica.

II — Definiciones

Art. 2º — A los efectos de la interpretación y aplicación de las presentes normas, se entiende por:

a) Aeronaves clase A: Las aeronaves de menos de seiscientos kilómetros por hora (600 Km/h) de velocidad, desarrollada a la altura óptima de operación y con peso máximo de aterrizaje.

b) Aeronave clase B: Las de más de seiscientos kilómetros por hora (600 Km/h) de velocidad y hasta número MACH 1 en las mismas condiciones señaladas en el inciso anterior.

c) Base: Lugar donde el explotador tiene su centro de operaciones, al cual se encuentra afectado con carácter permanente el miembro de la tripulación.

d) Descanso nocturno normal: Abarca el lapso comprendido entre las 23:00 y las 06:00 hora local.

e) Día calendario: Intervalo entero que corre de medianoche a medianoche.

f) Día horario: Intervalo de veinticuatro (24) horas consecutivas.

g) Explotador: Persona de existencia física o ideal, que utiliza legítimamente la aeronave por cuenta propia, aun sin fines de lucro.

h) Medios de descanso a bordo para el miembro de la tripulación de vuelo: Lugares e instalaciones que ofrezcan comodidad e independencia, a fin de proporcionarle descanso durante el tiempo de vuelo.

i) Períodos de actividad: Períodos de veinticuatro (24) y cuarenta y ocho (48) horas consecutivas, de siete (7) días consecutivos, mensuales, trimestrales y anual calendario, dentro de los cuales el explotador programa la actividad a desarrollar por sus tripulaciones y/o la actividad que las mismas realizarán efectivamente.

j) Tareas específicas: Tareas inherentes a las facultades que le confieren a su titular los certificados de idoneidad otorgados por la autoridad competente y que se cumplen en ocasión del ejercicio de las mismas en la aeronave donde se desempeña.

k) Tiempo de descanso: Lapso durante el cual se releva al miembro de la tripulación, de todas las tareas y obligaciones relacionadas con su actividad al finalizar el tiempo de servicio.

l) Tiempo de servicio: Período durante el cual un miembro de la tripulación está a disposición del explotador en actividades relacionadas con su empleo.

En el tiempo de servicio quedan incluidos, a título enunciativo, el tiempo de servicio de vuelo, el tiempo de instrucción en tierra, el tiempo de entrenador o de estudios realizados por encargo del explotador, el tiempo de traslado y el tiempo de guardia.

m) Tiempo de servicio de vuelo: Lapso necesario para preparar, ejecutar y finalizar administrativamente un vuelo.

Se calculará, según el horario establecido o previsto, desde una hora antes de la iniciación del vuelo o serie de vuelos, hasta media hora después de finalizado el o los mismos.

n) Tiempo de vuelo: Lapso total transcurrido desde el momento en que la aeronave comienza a moverse por su propia fuerza con el objeto de despegar y hasta el momento en que se detiene al finalizar el vuelo. (Este tiempo es sinónimo de "calza a calza").

ñ) Tiempo de vuelo en tareas específicas: Lapso durante el vuelo en el cual el titular del certificado de idoneidad ejerce en la aeronave las tareas inherentes a las facultades que le confieren dichos certificados.

o) Tiempo máximo fuera de base: Cantidad máxima de días mensuales fuera de base, que el explotador puede programar al miembro de la tripulación para el cumplimiento de su actividad de vuelo.

p) Tripulante: Persona a quien el explotador asigna obligaciones a cumplir a bordo, durante el tiempo de vuelo.

q) Tripulación de vuelo: Persona o conjunto de personas que desempeñan funciones técnicas esenciales en la conducción de una aeronave.

r) Tripulación de cabina: Personas empleadas por el explotador para desempeñar en la cabina de pasajeros funciones de seguridad y atención a los mismos.

III — Períodos de actividad máxima para transporte aéreo regular

Art. 3º — Estos períodos son los señalados en la tabla que figura como anexo I de esta reglamentación, en la cual se establecen los tiempos máximos de vuelo y de servicio de vuelo para las distintas tripulaciones de vuelo, por períodos de veinticuatro (24) y cuarenta y ocho (48) horas consecutivas y de siete (7) días consecutivos, mensual, trimestral y anual calendario, y según operen aeronaves clase A o B.

Art. 4º — Los tiempos de vuelo y de servicio de vuelo fijados en la tabla-anexo I, para todos los períodos, constituyen limitaciones a la programación del explotador y a la actividad real del miembro de la tripulación.

Art. 5º — Las tripulaciones de vuelo VI y VII, deben contar con medios de descanso horizontal a bordo (literas o similares). En caso contrario, los tiempos máximos de servicio de vuelo se ajustarán al de las tripulaciones III y IV, respectivamente (tabla-anexo I).

Art. 6º — Las tripulaciones de vuelo VI y VII que no dispongan de los medios expresados en el art. 5º, deberán contar a bordo con asiento para pasajeros para su exclusivo uso, en la cantidad necesaria a fin de que sus integrantes lo puedan ocupar durante el tiempo que no se encuentren desempeñando tareas específicas.

Art. 7º — La tripulación de vuelo IV que no cuente con los medios dispuestos en el art. 5º, deberá ajustarse a lo determinado por el art. 6º y cumplirá los tiempos máximos de servicio de vuelo de la tripulación III de la tabla-anexo I.

Art. 8º — Las tripulaciones de vuelo VI y VII de la tabla-anexo I que no dispongan de equipos inerciales de navegación o similares, ajustarán los tiempos máximos de vuelo y de servicio de vuelo a lo de las tripulaciones III y IV, respectivamente, de la tabla mencionada.

Art. 9º — Las tripulaciones de vuelo podrán cumplir un tiempo de vuelo máximo, en sus respectivas tareas específicas, de hasta diez (10) horas en un período de veinticuatro (24) horas consecutivas. Los comandantes determinarán —en la documentación reglamentaria de a bordo— los turnos pertinentes, a los efectos de dar cumplimiento a lo aquí establecido.

Art. 10.— El explotador determinará la cantidad y especialidad de los tripulantes de cabina, de acuerdo con la clase de servicio a prestar y de manera que su tiempo de vuelo en sus tareas específicas, no exceda de doce (12) horas en un período de veinticuatro (24) horas consecutivas.

Art. 11.— El tiempo de vuelo que se efectúe en los períodos que corresponden al descanso nocturno normal no debe sumar más de catorce (14) horas en un lapso de setenta y dos (72) horas consecutivas.

Art. 12.— El tiempo de servicio de vuelo que transcurra dentro del período de descanso nocturno normal interrumpido, será disminuido a razón de quince (15) minutos por cada hora o fracción de dicho período, hasta un máximo de dos (2) horas por la totalidad del período, en los casos en que la tripulación cuente con medios de descanso a bordo. En las aeronaves que no cuenten con dichos medios, sus tripulaciones verán disminuido su tiempo de servicio de vuelo, a razón de treinta (30) minutos por cada hora o fracción de período del descanso nocturno normal interrumpido, hasta un máximo de tres horas treinta (3:30) por la totalidad del período.

Art. 13.— Cuando la aeronave, al iniciar el vuelo, no cuente con piloto automático y/o radar y/o cabina altimática, el tiempo de vuelo para el período de veinticuatro (24) horas, será reducido en la forma que se indica a continuación:

a) Aeronave clase A: Por falta de piloto automático y/o radar meteorológico: El diez por ciento (10 %).

b) Aeronave clase B: Por falta de piloto automático y/o radar meteorológico: El quince por ciento (15 %).

c) Aeronaves clase A y B: Por falta de cabina altimática: El diez por ciento (10 %).

d) En caso de concurrencia: La limitación será el resultado de la sumatoria de los porcentajes respectivos, hasta un máximo de veinte por ciento (20 %) en la aeronave clase A y en un veinticinco (25 %) en la aeronave clase B.

e) Por falta de radar, cuando el vuelo pueda realizarse en condiciones meteorológicas "sin restricciones", no se aplicará la reducción.

Art. 14.— En el período de veinticuatro (24) horas la cantidad máxima será de seis (6) aterrizajes. Dicha cantidad será disminuida en cualquier condición y en el período señalado, de acuerdo a lo que a continuación se indica:

a) Hasta dos (2) horas de vuelo: Un máximo de cuatro (4) aterrizajes o hasta seis (6) aterrizajes siempre que entre el cuarto y los siguientes disponga de un descanso no menor de una (1) hora.

b) Entre dos (2) y ocho (8) horas de vuelo: Un máximo de seis (6) aterrizajes.

c) Entre ocho (8) y once (11) horas de vuelo: Un máximo de cinco (5) aterrizajes.

d) Entre once (11) y catorce (14) horas de vuelo: Un máximo de cuatro (4) aterrizajes.

e) Más de catorce (14) horas de vuelo: Un máximo de dos (2) aterrizajes.

Art. 15.— Cuando se programe la actividad de un miembro de la tripulación para que vuele en distintas tripulaciones y/o tipo de aeronaves, los tiempos de vuelo y servicio de vuelo a tener en cuenta, serán los que correspondan a la situación en que desarrolla la mayor parte de esa actividad.

Art. 16.— El miembro de la tripulación que realiza un servicio de vuelo de regreso a su base y se vence antes de llegar, podrá continuar en traslado en el mismo vuelo como personal transportado y este lapso se computará como tiempo de servicio y será sumado al tiempo de servicio de vuelo cumplido, a los fines exclusivos de la determinación del descanso correspondiente.

Art. 17.— En todas las tripulaciones integradas por tres (3) o más pilotos, por lo menos dos (2) de ellos deben estar habilitados como pilotos para operar la aeronave en la ruta.

Art. 18.— Se programará la actividad de la tripulación de vuelo de manera que, en un período de treinta (30) días calendarios, no se exceda de dieciocho (18) días fuera de base.

IV — Períodos de actividad máxima para transporte aéreo no regular

Art. 19.— En el período de veinticuatro (24) horas, cuando la tripulación esté integrada por un (1) piloto y disponga —entre un vuelo y otro— de un descanso continuado no menor de cuatro (4) horas, podrá cumplir hasta diez (10) horas de vuelo, manteniendo los tiempos de actividad y descanso correspondientes a la tripulación Nº I del transporte aéreo regular (tabla-anexo I).

Art. 20.— En el caso de las tripulaciones formadas por dos (2) pilotos y un (1) técnico mecánico de a bordo, y por tres (3) pilotos y dos (2) técnicos mecánicos de a bordo, los tiempos de actividad máxima y descanso correspondientes se regirán por la tabla-anexo II.

V — Períodos de actividad máxima para trabajo aéreo

Art. 21.— En las distintas formas de trabajo agroaéreo, los explotadores y los miembros de la tripulación se ajustarán a los tiempos máximos, en los períodos de horas y días consecutivos, que se indican en la tabla-anexo III.

Art. 22.— Los valores establecidos en la tabla-anexo III, únicamente serán de aplicación para aeronaves de diseño específico, respecto a las tareas de aeroaplicación. Para el resto de las aeronaves, se considerarán los tiempos de seis (6) horas en veinticuatro (24) horas, en etapas no mayores de tres (3) horas, con un descanso no menor de una (1) hora.

Art. 23.— En toda otra actividad de trabajo aéreo no comprendida en el art. 21, los explotadores y los miembros de las tripulaciones se ajustarán a los tiempos máximos —en los períodos de horas y días consecutivos— establecidos en la tabla-anexo IV.

VI — Descansos mínimos

Art. 24.— El descanso debe ser otorgado a partir de la hora de finalización del tiempo de servicio de vuelo cumplido en la actividad inmediata anterior. El explotador debe otorgar —y los miembros de la tripulación deben cumplir— los descansos mínimos que establece la tabla-anexo V.

Art. 25.— El explotador deberá dar instrucciones a los miembros de la tripulación para que durante los períodos de descanso se abstengan de toda otra actividad que contradiga el objeto del mismo, siendo el tripulante el responsable del correcto cumplimiento del descanso.

Art. 26.— En el período de veinticuatro (24) horas consecutivas, al momento de iniciarse el tiempo de servicio de vuelo programado, el miembro de la tripulación deberá haber gozado de un descanso previo, en base o fuera de ella, cuya duración dependerá del tiempo de servicio cumplido en las veinticuatro (24) horas consecutivas inmediatamente anteriores, según lo establecido en la tabla-anexo V.

Art. 27.— Si el miembro de la tripulación se halla en base o fuera de ella y va a disponer íntegramente del descanso nocturno normal, el tiempo de descanso que le corresponde será el que establece la columna II de la tabla-anexo V. Si no va a disponer totalmente del descanso nocturno normal, el tiempo de descanso que le corresponda será el que determina la columna III de la referida tabla. Cuando el tiempo de servicio de vuelo comprenda más del cincuenta por ciento (50 %) del período correspondiente al descanso nocturno normal interrumpido (23:00 a 06:00 horas) se adicionarán dos (2) horas al tiempo indicado en la misma columna III para dichas horas de servicio.

Art. 28.— Cuando un tripulante realice un vuelo por el que deba permanecer fuera de base, tendrá a su regreso un descanso posterior cuya duración será equivalente al treinta por ciento (30 %) de los días que permaneció fuera de base, sin incluir en éstos los días de salida y llegada y hasta un máximo de cuatro (4) días. En este descanso se considerará incluido el descanso correspondiente al servicio de vuelo de llegada, y nunca deberá ser menor que el establecido en el anexo V.

Art. 29.— En el período de siete (7) días consecutivos, cada miembro de la tripulación debe disponer como mínimo de veinticuatro (24) horas consecutivas de descanso en base o fuera de ella, respetándose los tiempos máximos de vuelo de la tabla-anexo I para dicho período.

Art. 30.— En cada mes calendario, el miembro de la tripulación debe disponer de diez (10) días de descanso, de los cuales por lo menos ocho (8) deben ser de descanso en base. De estos últimos —para servicios de cabotaje y países limítrofes— tres (3) deben ser continuados, y para los demás servicios internacionales, cuatro (4) días serán continuados.

Art. 31.— En cada año calendario, el miembro de la tripulación debe disponer de treinta (30) días consecutivos de descanso —vacaciones anuales— que podrán tomarse en períodos no menores de quince (15) días.

En la estación del año opuesta a dichas vacaciones anuales, debe disponer además de diez (10) días consecutivos de descanso en la forma en que convenga cada explotador con el miembro de la tripulación. Es obligatorio el goce de los días de vacaciones.

Art. 32.— En los aeródromos terminales y en los de escala donde —por horario— se producen esperas relativamente prolongadas, el explotador debe disponer, cuando así fuere posible, de un lugar adecuado con comodidad e independencia para el descanso momentáneo de los miembros de la tripulación.

Art. 33.— En los vuelos transmeridianos, los miembros de las tripulaciones que transpongan más de cuatro (4) husos horarios hacia el este y/o seis (6) husos horarios hacia el oeste, deberán tener:

a) Veinticuatro (24) horas consecutivas de descanso por huso horario, luego de haber transpuesto cuatro (4) husos horarios desde la base hacia el este.

b) Doce (12) horas consecutivas de descanso por cada huso horario, luego de haber transpuesto seis (6) husos horarios desde la base al oeste.

c) Doce (12) horas consecutivas de descanso por cada huso horario para aquellos vuelos de regreso a base, luego de haber transpuesto cuatro (4) husos horarios hacia el este y/o seis (6) husos horarios hacia el oeste.

d) Los tiempos de descanso especificados en a), b) y c), se iniciarán después de cumplir el tiempo de descanso mínimo establecido en la tabla-anexo V.

e) Previo a la iniciación de los vuelos, deberán disponer de veinticuatro (24) horas consecutivas sin haber cumplido tiempo de servicio.

VII — Excepciones

Art. 34.— El presente régimen de excepciones que se establece, tiene como propósito la regulación del exceso de los tiempos máximos en actividad de vuelo, dentro de determinados límites y en circunstancias que lo justifiquen.

Art. 35.— Las excepciones podrán aplicarse a los tiempos máximos establecidos en la tabla-anexo I, en el período de veinticuatro (24) horas pudiendo incrementarse hasta un veinte por ciento (20 %).

Art. 36.— Las excepciones son aplicables en los casos previstos en el título VIII del Código Aeronáutico y, además, en:

a) Operaciones de auxilio, abastecimiento, evacuación, y en caso de emergencias producidas por desastres graves, tales como terremotos, inundaciones, naufragios, accidentes de aviación, etc.

b) Situaciones de emergencia que obedezcan a problemas de defensa nacional.

Art. 37.— Las excepciones también son admisibles, a criterio del comandante de aeronave, cuando las condiciones y estado de fatiga de la tripulación posibiliten la terminación de un vuelo que, debido a circunstancias imprevistas y ajenas al explotador, no haya podido realizarse de acuerdo al horario establecido e igualmente podrá incrementar en un aterrizaje más, según los máximos previstos para las horas de vuelo.

Art. 38.— Cuando se aplique el régimen de excepción previsto en este capítulo, el comandante de la aeronave deberá producir un informe circunstanciado al explotador. Por su parte, éste deberá llevar un registro especial en el cual asentará tales excepciones.

VIII — Disposiciones generales y finales

Art. 39.— El personal aeronáutico de a bordo deberá llevar consigo la documentación actualizada que acredite la actividad que realiza, quedando obligado a presentarla ante la autoridad competente cuando ésta lo requiera. El explotador de aeronave, por su parte, deberá asegurar que su personal dependiente cumpla con la obligación anteriormente señalada.

Art. 40.— Cada uno de los miembros de la tripulación podrá efectuar otra actividad de vuelo —remunerada o no— siempre que la misma no exceda la suma total de los tiempos de vuelo y de servicio establecidos en esta reglamentación.

Art. 41.— El respectivo tripulante es el responsable de:

a) No exceder los límites máximos de horas de vuelo y de servicio en la suma de las actividades que desarrolla;

b) Cumplir con los descansos correspondientes a dicha suma de actividades antes de iniciar, un nuevo vuelo;

c) Notificar a cada uno de los explotadores involucrados las actividades cumplidas.

Art. 42.— El explotador integrará las tripulaciones de sus aeronaves con la cantidad mínima que fijen las respectivas reglamentaciones de operaciones y, además, con la cantidad y especialidad de miembros de tripulación adicionales que resulten necesarias de acuerdo a la operación a que esté afectada cada una de las aeronaves.

Art. 43.— Cuando el explotador disponga o permita que un miembro de la tripulación de su dependencia efectúe otras tareas o servicios en tierra, ajenos a los específicos y afines que le correspondan como tal, deberá tener en cuenta que la extensión y frecuencia de los mismos no interfieran los descansos aquí establecidos ni constituyan factores concurrentes a la fatiga de vuelo. Igual obligación deberá adoptar el miembro de la tripulación, en la ejecución de tareas ajenas a su empleo y durante su período de descanso.

Art. 44.— Una vez designado un miembro para integrar una tripulación, en caso de producirse demora, el tiempo de servicio de vuelo comenzará a computarse conforme a lo establecido en el art. 2º, inc. m) y se interrumpirá en el momento de ser notificado de tal demora.

El cómputo se reanudará a partir de la hora que corresponda a la presentación para la partida efectiva de la aeronave, adicionándose el primer lapso al segundo.

Art. 45.— Será considerado tiempo de servicio:

a) El tiempo que invierta cualquier miembro de la tripulación en instrucción y/o comprobación de cualquier índole en tierra, así como en otras actividades ordenadas por el explotador, en relación con sus tareas específicas o empleo.

b) El tiempo durante el cual el miembro de la tripulación se halle a disposición del explotador, en los aeródromos o lugar designado por el mismo, concrete o no su utilización en tareas a su servicio.

c) El cincuenta por ciento (50 %) del tiempo en que el miembro de la tripulación se halle —a disposición del explotador— cumpliendo guardia en su domicilio. Este tiempo se considerará sólo al efecto del cómputo semanal y mensual de sus horas de servicio.

d) El tiempo que invierta cualquier miembro de la tripulación para ser trasladado en vuelo, por conveniencia del explotador, a fin de tomar un servicio asignado o para regresar del mismo.

Art. 46.— El cincuenta por ciento (50 %) del tiempo que un miembro de la tripulación invierta en equipos sintéticos de instrucción, será considerado como tiempo de vuelo solamente a los efectos de esta reglamentación.

Art. 47.— El incumplimiento de las normas contenidas en esta reglamentación por parte del explotador y/o miembros de la tripulación, dará lugar a la aplicación de las sanciones previstas en el capítulo I del título XIII del Código Aeronáutico y sus reglamentaciones.

Art. 48.— Cuando circunstancias de interés nacional o general así lo justifiquen, las partes involucradas, podrán proponer a la autoridad aeronáutica competente la consideración de casos especiales para resolver modos operativos que no estén contemplados en la presente reglamentación. La autoridad aeronáutica podrá autorizar en forma transitoria la operación solicitada por un período no mayor de un (1) año.

Art. 49.— Teniendo en cuenta los cambios constantes que se producen en la tecnología de los medios aéreos y el avance en materia de investigación médicoaeronáutica, la autoridad competente revisará el contenido de la presente reglamentación en períodos no mayores de cuatro (4) años, consultando a todos los sectores involucrados.

Art. 50.— El Ministerio de Defensa —Estado Mayor General de la Fuerza Aérea— en los términos y con los alcances previstos en la ley de ministerios —t. o. 1992— será la autoridad de aplicación del presente decreto, la que determinará los órganos que tendrán a su cargo el control y la fiscalización del efectivo cumplimiento de dichas disposiciones legales.

Art. 51.— Facúltase al Ministerio de Defensa para que por intermedio del Estado Mayor General de la Fuerza Aérea —Comando de Regiones Aéreas y sus órganos dependientes— cumplimenten lo dispuesto en el art. 49 del presente decreto y dicte las eventuales adaptaciones, modificaciones o complementaciones del mismo.

Art. 52.— Derógase la res. 571 de fecha 7 de octubre de 1968 del ex Comando en Jefe de la Fuerza Aérea y toda norma que se oponga a la presente.

Art. 53.— Comuníquese, etc. — Menem. — Camilión. — Cavallo.

DESCANSOS MÍNIMOS PARA PERÍODOS DE SERVICIOS DE 24 HORAS

Columna I

Columna II

Columna III

DURACIÓN DEL TIEMPO DE SERVICIO INMEDIATO PRECEDENTE

DESCANSO EN BASE O FUERA DE BASE

DESCANSO NOCTURNO NORMAL INTERRUMPIDO (23:00 a 06:00 hs HORARIO LOCAL)

Hasta 6 horas

8 horas

10 horas

Hasta 8 horas

10 horas

12 horas

Hasta 9 horas

11 horas

13 horas

Hasta 10 horas

12 horas

14 horas

Hasta 11 horas

13 horas

15 horas

Hasta 12 horas

14 horas

16 horas

Hasta 13 horas

15 horas

16 horas

Hasta 14 horas

16 horas

17 horas

Hasta 15 horas

17 horas

17 horas

Hasta 16 horas

18 horas

18 horas

Hasta 17 horas

20 horas

20 horas

Hasta 18 horas

22 horas

22 horas

Hasta 19 horas

24 horas

24 horas

Hasta 20 horas

26 horas

26 horas

Hasta 21 horas

28 horas

28 horas

Hasta 22 horas

30 horas

30 horas

Hasta 23 horas

34 horas

34 horas

Más de 23 horas

36 horas

36 horas

PERÍODOS DE ACTIVIDAD MÁXIMA PARA TRANSPORTE AÉREO REGULAR

Composición

24 Horas Consecutivas

48 Horas Consecutivas

7 Días Consecutivas

Mes Calendario

Trimestre

Año Calendario

Observaciones

TV

TSV

TV

TSV

TV

TVS

TV

TSV

TV

TV

2 Pilotos

8

13

14

22

34

65

90

200

240

860

3 Pilotos

13

17

18

24

36

72

100

200

270

900

La Aeronave debe contar con medios de descanso a bordo (art. 2, inc. f))

4 Pilotos

17

22

22

26

38

74

100

200

270

900

La Aeronave debe contar con medios de descanso a bordo literas (art. 2, inc. f))

2 Pilotos 1 Téc. de Vuelo

9

14

14

23

34

65

90

200

260

860

3 Pilotos 2 Téc de Vuelo

15

21

22

26

40

78

100

200

270

900

La Aeronave debe contar con medios de descanso a bordo literas (art. 2, inc. f))

4 Pilotos 2 Téc. de Vuelo

17

22

24

32

46

85

100

200

270

900

La Aeronave debe contar con medios de descanso a bordo literas (art. 2, inc. f))

• Comentario:

3. Algunas consideraciones sobre el precitado decreto

La resol. 571/1968 fue finalmente derogada por el dec. 671/1994 actualmente vigente, reglamentando este último los tiempos máximos de vuelo, servicio y de descanso para los servicios de transporte aéreo, regular, no regular y de trabajo aéreo. Esta norma fue actualizada por las disposiciones 26/2000 y 26/2003 del Comando de Regiones Aéreas que depende de la Fuerza Aérea Argentina, en especial el art. 94 del precitado decreto que determina la revisión periódica de las normas que regulan los tiempos de actividad y mínimos de descanso del personal aeronavegante civil. Su finalidad, ante el avance tecnológico habido en la actividad desde el año 1968 en que se dictó el decreto, es preservar la seguridad de vuelo, por lo que se regula el trabajo del personal aeronavegante a efectos de evitar la "fatiga y cansancio", de modo tal que dichos factores no cobren relevancia sobre el estado psicofisiológico de las tripulaciones.

El decreto en cuestión, contiene 51 artículos y contempla la propia revisión de sus reglamentaciones cada cuatro años disponiéndose incluso un plazo menor si los avances tecnológicos lo requiriesen de forma imprescindible, otorgándoseles a las partes la posibilidad de proponer nuevas modalidades operativas ante la autoridad aeronáutica, la que podrá autorizarse de forma transitoria por un plazo de hasta un año. La flexibilidad que otorga dicha norma resulta prudente y posibilita mantener actualizado todo lo atinente al régimen de descanso y tiempo de vuelo del personal aeronavegante en consonancia con el principio rector de "seguridad de vuelo", que comprende tanto la seguridad de los pasajeros, como la de los bienes transportados, de los terceros en superficie, los bienes en superficie, y la propia aeronave y sus tripulantes. Es por ello, que este principio fundamental de seguridad en vuelo, resulta preponderante por sobre la autonomía de la voluntad, reflejándose dicha circunstancia en las penas contempladas en los arts. 208 a 216 del Código Aeronáutico para los explotadores que violen dicho principio rector.

En definitiva la seguridad de vuelo se ve reflejada en las disposiciones de habilitaciones estrictas para el personal aeronavegante, como las que reglan el tiempo de actividad, de vuelo y de descansos. Y precisamente la necesidad e importancia de garantizar la seguridad de vuelo, condujo al dictado de normas destinadas a regular los factores pasibles de poner en riesgo la seguridad de vuelo, hasta que en el año 1994 el Poder Ejecutivo Nacional mediante el dictado del dec. 671/1994 establece un nuevo régimen que resulta ser el actualmente vigente.

4. Concepto de "tiempo de servicio" y de "tiempo de vuelo"

El art. 2º, inc. i) del dec. 671/1994 dispone respecto del primero de ellos: "Período durante el cual un miembro de la tripulación está a disposición del explotador en actividades relacionadas con su empleo. En el tiempo de servicio quedan incluidos, a título enunciativo, el tiempo de servicio de vuelo, el tiempo de instrucción en tierra, el tiempo de entrenados o de estudios realizados por encargo del explotador, el tiempo de traslado y el tiempo de guardia".

El "tiempo de servicio de vuelo" es a su vez, conforme lo prescribe el art. 2º, inc. m), "lapso necesario para preparar, ejecutar y finalizar administrativamente el vuelo".

El límite máximo que se establece para el "tiempo de servicio de vuelo" es el de una hora antes de iniciación del vuelo y hasta media hora después de concluido.

Ahora bien, hay otro concepto que resulta ser aún más restringido que los dos anteriores y es el denominado "tiempo de vuelo", que resulta ser conforme la definición del art. 2º, inc. n) del decreto en estudio el "lapso total transcurrido desde el momento en que la aeronave comienza a moverse por su propia fuerza con el objeto de despegar y hasta el momento en que se detiene al finalizar el vuelo".

5. Descansos mínimos

Conforme surge de los Anexos que integran el dec. 671/1994, queda establecido el régimen de descanso del personal aeronavegante, tanto los correspondientes entre un vuelo y otro, como los periódicos. Este sistema de descansos o licencias se implementa, por resultar incompatible en algunos aspectos el régimen previsto en la Ley de Contrato de Trabajo, tornándose inaplicable en consecuencia el art. 150 de la LCT, no así los restantes artículos del citado cuerpo legal por no exhibirse incompatibles con la naturaleza y modalidades de la actividad, siempre y cuando no hubiesen sido modificados por los convenios colectivos de aplicación al sector. Cabe destacarse a su vez, que tampoco resultan aplicables los arts. 196 a 207 de la Ley de Contrato de Trabajo, referentes a la duración del trabajo y del descanso semanal, así como lo dispuesto en la ley 11.544, pues atento las características particulares de la actividad que prestan los tripulantes, el régimen general resulta incompatible, por ello el dec. 671/1994 establece un régimen específico.

Este régimen de descansos, tanto para el explotador como para los tripulantes, resulta obligatorio y su inobservancia constituye una falta grave que permitiría, por un lado negarse a cumplir con las tareas o incluso la denuncia del contrato del trabajo. A la parte incumplidora le caben las sanciones dispuestas en el Código Aeronáutico (arts. 208 a 216). En este sentido, el ya citado dec. 671/1994 en su art. 22 dispone:

"El explotador deberá dar instrucciones a los miembros de la tripulación para que durante los períodos de descanso se abstengan de toda otra actividad que contradiga el objeto del mismo, siendo el tripulante responsable del correcto cumplimiento del descanso".

A su vez, el art. 24 in fine, dispone:

"El explotador debe otorgar —y los miembros de la tripulación deben cumplir— los descansos mínimos que establece la tabla — Anexo VII".

Se establece asimismo, que el lapso de descanso nocturno normal del tripulante, de acuerdo a la hora local donde éste se encuentre, es el lapso entre las 23:00 horas y las 06:00 horas.

El art. 33 de este cuerpo normativo dispone:

"En los vuelos transmeridianos, los miembros de las tripulaciones que transpongan más de cuatro (4) husos horarios hacia el este y/o seis (6) husos horarios hacia el oeste, deberán tener: a) veinticuatro (24) horas consecutivas de descanso por huso horario, luego de haber transpuesto cuatro (4) husos horarios desde la base hacia el este, b) doce (12) horas consecutivas de descanso por cada huso horario luego de haber transpuesto seis (6) husos horarios desde la base hacia el oeste. c) doce (12) horas consecutivas de descanso por cada huso horario para aquellos vuelos de regreso a base, luego de haber transpuesto cuatro (4) husos horarios hacia el este y/o seis (6) husos horarios hacia el oeste. d) Los tiempos de descanso especificados en a), b) y c), se iniciarán después de cumplir el tiempo de descanso mínimo establecido en la Tabla-Anexo VII. e) Previo a la iniciación de los vuelos, deberán disponer de veinticuatro (24) horas consecutivas sin haber cumplido tiempo de servicio".

En los casos en que el tripulante efectúe un vuelo que le insuma permanecer fuera de su base y luego regrese a aquélla, debe tener un descanso antes de iniciar un nuevo vuelo, que será el equivalente al 30% de los días que estuvo fuera de la base, sin que se compute a tales efectos ni el día de la salida ni el de la llegada. Dicho descanso tiene un límite mínimo que no puede ser inferior a la enumeración precedente según el servicio de vuelo correspondiente, siendo el límite máximo no superior a cuatro (4) días.

6. Descansos

El régimen de descansos establecido en este decreto contempla descansos cada siete días mes calendario y anual. Cada siete (7) días consecutivos el tripulante debe tener un descanso mínimo de 36 horas seguidas, ya sea en la base o fuera de ella, debiéndose a su vez respetar los tiempos máximos de vuelo ya descriptos conforme el art. 26.

Cada mes calendario, el descanso es de diez días (10) en los meses que tienen 30 días o menos y de once días (11) para los restantes meses, debiendo ser al menos ocho (8) días como mínimo en la base y dos días fuera de aquélla. De conformidad con lo previsto por el art. 27, los tres días (3) deben ser continuados en aquellos servicios de cabotaje y países limítrofes, mientras que para los internacionales serán continuados cuatro (4) días.

El personal aeronavegante goza de dos tipos de licencias por año calendario: a) la vacación anual y b) la licencia en estación opuesta.

Respecto de la primera, todo el personal aeronavegante goza de treinta días (30) corridos independientemente de la antigüedad que se tenga (lo que se diferencia respecto de lo dispuesto por el art. 150 del RCT que dispone la cantidad de licencia anual a gozar en función de la antigüedad que el trabajador posea), debiéndose tomar por períodos no menores de quince (15) días. Debiendo computar el tripulante un total de noventa (90) días de vacaciones en los últimos treinta y seis (36) meses (art. 28).

La licencia en estación opuesta es aquélla que el tripulante tiene la facultad de tomar en la estación opuesta al centro de operaciones del explotador al momento de haber gozado sus vacaciones anuales y que no puede superar los diez (10) días seguidos de descanso.

7. Excepciones al sistema de límites máximos y descansos

Tanto el Código Aeronáutico como el dec. 671/1994 contemplan los supuestos en que se puedan exceder los límites máximos temporales de vuelo y de servicio de vuelo, debiéndose tener presente que las excepciones previstas en el precitado decreto resultan ser más amplias que las del restante.

Las excepciones contempladas en el Código Aeronáutico son tres, a saber:

a) Cuando se deba colaborar en la búsqueda de aeronaves, siendo tal circunstancia una responsabilidad tanto para el explotador como para el comandante y procede ante una solicitud expresa de la autoridad aeronáutica.

b) Cuando se deba brindar asistencia a otras aeronaves en situación de peligro, resultando ello una obligación para el Comandante.

c) Resulta también para el Comandante una obligación prestar salvamento a las personas que estén a bordo de una aeronave en peligro.

Ante estos supuestos, los límites máximos de vuelo no resultan observables para toda la tripulación de la aeronave a la que se le encomienda las tareas de rescate y salvamento.

El Código citado, a su vez, dispone que la obligatoriedad de prestar socorro cede "[...] cuando esté asegurado en mejores condiciones o su prestación significase riesgos para las personas a bordo o no hubiesen posibilidades de prestar socorro útil" (conf. art. 177).

Por su parte, el dec. 671/1994 contiene excepciones más amplias pues contemplan situaciones no ya sólo referidas a prestar auxilio a otras aeronaves, sino también a:

a) Operaciones de auxilio

b) Operaciones de abastecimiento

c) Operaciones de evacuación

d) Emergencias producidas por desastres graves

e) En caso de defensa nacional

f) Cuando un vuelo no haya podido finalizarse en el horario prefijado.

Ahora bien, estas excepciones a su vez deben observar un límite temporal que no puede exceder un 20% en un período de 24 horas (art. 33), disponiéndose además la aplicación de las sanciones previstas en el Código Aeronáutico para los tripulantes que excediesen dicho límite temporal.

Sin perjuicio de lo estipulado en estos cuerpos normativos, lo cierto es que en la actualidad lo referido al régimen de jornada de los aeronavegantes se encuentra estipulado de forma detallada en los diferentes convenios colectivos del sector como por ejemplo el CCT 43/1991 E y el 854/2007 E, donde se fijan límites máximos de horas mensuales, trimestrales y anuales de vuelo para las tripulaciones de cabina o respetándose en el caso de reprogramaciones de vuelos un número máximo de aterrizajes diarios. Se define también el tiempo de servicio y se regulan las guardias programadas en forma mensual, entre otras cuestiones propias de esta actividad.

8. Sistema remuneratorio

El dec.-ley 16.130/1946 dedicó un capítulo íntegro para determinar y regular el régimen salarial del personal aeronavegante y la finalidad que tenía era fomentar una actividad mayor por parte de las tripulaciones, toda vez que el salario mensual mínimo establecido resultaba incrementado conforme los kilómetros volados, resultando ello contrario al principio de la seguridad de vuelo y la higiene psicofísica de los tripulantes.

Y, si bien se fijaba allí el valor del kilómetro recorrido así como la escala porcentual de incremento de la retribución fija del salario conforme las horas de vuelo que se iban acumulando, poniéndose un techo de hasta 10.000 horas que era el equivalente a un 50% del salario fijo, así como una diferenciación en las remuneraciones variables de la tripulación conforme su categoría, así el copiloto, el radiotelegrafista y el mecánico, se les fijaba una retribución móvil equivalente a las tres cuartas partes de la dispuesta para el Comandante, mientras que los comisarios de a bordo esa equivalencia se le fijaba en un tercio de la de aquél.

Por el proceso inflacionario vivido en el país, lentamente este mecanismo salarial fue perdiendo operatividad y fue suplido por los regímenes remuneratorios de los distintos Convenios Colectivos de Trabajo que fueron surgiendo en la actividad aerocomercial. Actualmente, son dichos CCT los que contienen el régimen salarial del personal aeronavegante, destacándose en varios de ellos la existencia del concepto "hora flexibilidad" consistente en abonar un recargo por cada hora volada en exceso a las dispuestas como tope, siempre observándose el límite de tiempo máximo de vuelo y de servicio.

Se contempla también un porcentaje de la remuneración por cada año laborado para el empleador y se lo denomina "bonificación por antigüedad".

En lo relativo al concepto "franquicias de pasajes", que consiste en que las empresas aerocomerciales entreguen sin cargo o abonándose una porción mínima de su valor, pasajes para su personal y grupo familiar, éste resultó en algunos casos incluido en los CCT y en otros, en reglamentaciones internas de las empresas y se entregaban teniendo en consideración cierta antigüedad del personal. Se los denomina SUBLOS (subjet to load and seat), es decir que están sujetos a peso y disponibilidad de asientos, exceptuándose de esto último al personal jerárquico a los que se los otorga con asiento confirmado. El usuario de un pasaje SUBLOS no tiene la confirmación de poder viajar hasta tanto no hayan embarcado el resto de los pasajeros e incluso puede llegar a ser desembarcado en alguna escala del vuelo.

El problema se suscitó hace ya un tiempo, cuando comenzó a plantearse judicialmente la naturaleza salarial de estos pasajes franquiciados, que tenían un valor conforme la tarifa plena del pasaje, mayor a un 20% de la remuneración abonada en dinero al trabajador, lo que colisionaba con lo dispuesto por el art. 107, 2º párrafo del RCT cuando dispone que: "los pagos en especie no pueden superar ese porcentaje (20%) del salario", por lo que los reclamos se centraron en pedir un incremento salarial hasta que la valorización de la franquicia llegase a dicho porcentual, así como que se computase su cálculo a los fines de la determinación del sueldo anual complementario, licencias, indemnizaciones y demás reclamos por diferencias salariales, etcétera.

La respuesta a dichos planteos, fue brindada por la doctrina fijada en el fallo Plenario 154 de la CNTrab. del 15/6/1971 in re: "Pereyra, Juan c. Flota Fluvial del Estado Argentino", y donde sucintamente se dispuso que resultaba procedente el reclamo en este sentido, esto es gozar de dicho beneficio (entrega de los pasajes) y, en caso de haber sido despedido arbitrariamente antes de haberlos utilizado o haberse colocado en situación de despido indirecto, le asiste derecho para reclamarlos y en caso de negativa a entregárselos, a la indemnización por daños y perjuicios.

La citada doctrina plenaria recurría a lo dispuesto por el art. 505 del Cód. Civil, esto es obligar al deudor a cumplir con la entrega de los pasajes, y en caso de negativa recurrir a la ejecución forzada, disponiéndose finalmente, en caso de persistir la negativa a una obligación de hacer, la condena al pago de daños y perjuicios. La excepción a gozar del beneficio de las franquicias se verificaba cuando el trabajador era despedido con justa causa, ante su renuncia o dejaba vencer el plazo previsto para reclamar su pasaje.

Sin embargo, la jurisprudencia mayoritaria ha entendido que los pasajes aéreos franquiciados, que exhiben ciertas particularidades (representan tan sólo una expectativa a viajar, están sujetos a peso y plaza disponible, son personales e intransferibles y la empresa empleadora puede disponer restricciones para su uso, como por ejemplo en temporada alta) aparejaba la imposibilidad de otorgarles un valor económico o comercial cierto, lo que tornaba imposible su compensación en dinero ni tampoco con incidencia en el salario.

Idéntica situación se verificaba con los denominados "pasajes interlineales", que son aquéllos que una línea aerocomercial otorga al personal de otras líneas por acuerdos entre empresas y por los que se debe abonar una parte ínfima de su valor, quedando sujetos también a disponibilidad de plazas, lo que lleva a no considerarlos salario en especie y, por ende, inaplicable para estos casos el art. 105 del RCT.

9. Viáticos

A los tripulantes se les abonaba una suma de dinero para poder afrontar los gastos tanto en los vuelos de cabotaje como en los internacionales. En algunos casos, con dicha suma, el tripulante debía afrontar todos los gastos incluido la hotelería, mientras que otra modalidad consistía en abonarle los gastos de hotel y otorgarle una suma fija diaria para los restantes gastos. Prácticamente en todos los convenios colectivos de aplicación a esta actividad se lo reguló a ello como "Reintegro por gastos de servicio" y, como no se exigía rendición de cuentas, los tripulantes reclamaron judicialmente que se le reconociese carácter salarial y su inclusión a los efectos de determinar los diferentes rubros salariales e indemnizatorios.

Y si bien las empresas aerocomerciales argumentaron que dichas sumas no podían ser consideradas viáticos en atención a la excepción dispuesta en el art. 106 in fine del RCT, toda vez que los propios CCT denominaban a dichos pagos como "reintegro por gastos de servicio". Esgrimieron también que en todo caso se configuraba la situación prevista por el art. 76 del precitado cuerpo normativo que obliga al empleador a reintegrar los gastos que el trabajador tuvo que erogar para el adecuado cumplimiento de su labor. Finalmente, mediante el fallo Plenario 247 de la CNTrab., in re "Aiello, Aurelio c. Transportes Automotores Chevallier SA" de fecha 22/8/1985, se fijó la siguiente doctrina: "El art. 106 de la LCT (t.o.) autoriza que un convenio colectivo de trabajo o laudo arbitral atribuya carácter no remuneratorio a gastos de comida, traslado o alojamiento sin exigencia de rendición de cuentas". "Las sumas a la que se refiere el art. 36 del CCT 266/66 del art. 1º del Laudo Arbitral del 7/7/1971, el art. 2º del Laudo Arbitral del 9/3/1973, el art. 18 del CCT 460/73 y el art. 8º del Acta del 25/6/1975, expte. 580.525/75 del Ministerio de Trabajo, no tiene carácter remuneratorio". Lo aquí dispuesto, resultó de plena aplicación para el personal aeronavegante.

Por último, el art. 23 del dec.-ley 16.130/1946 que fijaba el mecanismo de retribución salarial de los oficiales primeros y segundo, esto es que fueran iguales a las tres cuartas partes de lo que les correspondiese a los comandantes, y que por lo dispuesto a su vez en el art. 16 de dicho decreto ley, que indicaba que los técnicos mecánicos de a bordo (en su anterior denominación "mecánico navegante"), estaban equiparados a oficiales segundos, llevó a estos últimos que laboraban en la empresa Aerolíneas Argentinas —Sociedad del Estado— a que sus remuneraciones se ajustara con dicho porcentual respecto del salario de los comandantes. Luego de someter el litigio a arbitraje y tras el dictado del Laudo nro. 10/75, se estableció que les correspondía una remuneración equivalente al 75% de la correspondiente al comandante, contra tal decisión la empresa aérea interpuso recurso jerárquico que fue desestimado por resol. MT 244/1975 del Ministro de Trabajo. No obstante ello, al procederse a homologar el CCT en cuestión por parte del entonces Ministro de Trabajo de la Nación no se incluye dicha cláusula convencional que había sido incorporada por el Laudo arbitral ya citado y se procedió a fijar las remuneraciones de los técnicos mecánicos de a bordo en cifras dejándose de lado una suma porcentual (resol. 251/1975). Ante ello, el sindicato interpuso recurso de reconsideración contra dicha resolución obteniendo que el 25/2/1976 el por entonces Ministro de Trabajo de la Nación mediante el dictado de la resol. 40/1976 revocase parcialmente la resol. 251/1975 en cuanto denegaba la homologación de dicha cláusula convencional y las remuneraciones allí fijadas, lo que motivó un planteo judicial de la empresa que no obtuvo en un principio favorable recepción por parte de la sala V de la CNTrab., que había convalidado la vigencia del Laudo nro. 10/75 pero que finalmente la Corte Suprema de Justicia de la Nación decidió dejar sin efecto dicho fallo y por ende el Laudo precitado (CSJN, 1977 "Aerolíneas Argentinas —Sociedad del Estado— s/Laudo arbitral"), sentencia que fue finalmente dictada conforme lo allí ordenado, por la Sala VI de la CNTrab..

10. Régimen de los accidentes y enfermedades del trabajo del personal aeronavegante

El personal aeronavegante, mediante el dictado de un decreto de fecha 29 de septiembre de 1927 fue incluido dentro del régimen fijado por la ley 9688 de Accidentes y Enfermedades del Trabajo. Sin perjuicio de ello, con el dictado del dec.—ley 16.130/1946 se dispuso un régimen específico y muy minucioso de reparación por los infortunios sufridos en el trabajo por parte del personal aeronavegante, con el fundamento de lograr la plena capacidad psicofísica que debe observar dicho personal. Sin embargo, los diferentes convenios colectivos que se sucedieron fueron ajustando las disposiciones de aquel decreto en función de los avances tecnológicos del sector. Con el dictado de la ley 24.557 de Riesgos del Trabajo en el año 1995, el personal aeronavegante quedó incluido en dicha normativa.

En materia de salud psicofísica, los trabajadores del sector deben observar y aprobar un exhaustivo y cuidadoso control médico así como contar con habilitación especial expedida por órgano competente.

La obligatoriedad de estos exámenes médicos junto con la obtención de la certificación de aptitud que expide el Instituto de Medicina Aeronáutica y Espacial (INMAE) es semestral para el caso de pilotos de línea aérea y anual para el resto del personal aeronavegante. Obviamente que al ingresar a laborar deben realizarse los exámenes preocupacionales de rigor que realiza cualquier postulante, como también deben realizar un control médico al regresar al trabajo luego de una licencia prolongada. También deben someterse y aprobar el control médico tras haber sufrido algún accidente o incidente aéreo o se considere que el siniestro pudo haberse debido a factores humanos imputables al empleado.

11. Las enfermedades profesionales propias de la actividad

11.1. Stress de vuelo

Las tensiones, los riesgos de la actividad y las situaciones posibles de emergencia que pueden tener que afrontar durante su vida laboral, torna a dicha afección como una de las más habituales del personal aeronavegante y que resulta ser la culpable de la aparición de dolencias cardíacas, hipertensión arterial, patología psicológica, o dermatológicas, etcétera.

11.2. Problemas auditivos

Resulta conocido el elevado nivel sonoro al que se encuentran sometidos los trabajadores del sector, los decibeles que generan las turbinas así como el ruido que genera la penetración aerodinámica de la aeronave en vuelo resulta ser constante; así como la falta de humedad en la cabina y la necesidad de mantenerla presurizada, lo que provoca una diferencia de presión entre el interior y el exterior lo que provoca sequedad en las mucosas y en la piel, así como la posibilidad de que los huesos no reciban la irrigación necesaria produciéndose su necrosis, fenómeno al que se ven expuestos los trabajadores que cumplen tareas en condiciones de variación de presión como los buzos a grandes profundidades o los vuelos a gran altura. A su vez realizar el vuelo con congestión nasal puede producir casos de inflamación interna del oído llegando a la perforación de los tímpanos que van generando daños irreversibles al aparato auditivo.

11.3. Alteración del ciclo circadiano

El trayecto de vuelo en dirección este-oeste o viceversa en los vuelos internacionales, genera la alteración del ritmo circadiano, pues las nuevas tecnologías y avances que permiten desarrollar mayores velocidades, no brinda el tiempo necesario para que el reloj biológico se adapte, generando ello trastornos en el sueño, gastroinstestinales o en el sistema nervioso.

11.4. Desarmonización eléctrica

Es el fenómeno que se produce en las células del cuerpo por permanecer largas horas dentro de la cabina del avión y del fuselaje que es todo metálico y donde todas las funciones de la aeronave son eléctricas, haciendo que el organismo del trabajador se cargue positivamente, produciendo un desbalance con la carga negativa que, sumado al estrés de la actividad, va deteriorando la salud de los profesionales de la actividad.

11.5. Radiaciones ionizantes

La ionización afecta a las células en sus procesos bioquímicos naturales lo que provoca diversas consecuencias. Si bien en tierra el cuerpo humano recibe rayos radioactivos todo el tiempo, ello se incrementa con la radiación cósmica que, a mayor altitud de vuelo, resulta incrementada; por lo que esta exposición a lo largo del tiempo de las tripulaciones puede generar procesos cancerígenos aunque esta circunstancia lleva poco tiempo de estudio y no se cuenta con conclusiones relevantes. No obstante, las recomendaciones de los organismos especializados es limitar la jornada de labor a las tripulantes embarazadas respecto de vuelos transoceánicos o de larga duración, así como medir y controlar la radiación producida en la cabina de vuelo.

12. Jurisprudencia

Franquicia de pasajes. Pasajes sin cargo, libres, vacacionales. Naturaleza jurídica

"El otorgamiento de pasajes por parte de la empleadora al trabajador cuando goza de su licencia anual constituye una franquicia que no tiene carácter remuneratorio, sino que debe ser caracterizada como beneficio social. Pero si el dependiente fue despedido arbitrariamente sin que pudiera gozar de la licencia originaria que le correspondía, tiene derecho a que se le entreguen dichos pasajes (aplicación analógica del Plenario 154 'Pereyra, Juan c. Flota Fluvial del Estado Argentino' 15/6/1971) dentro de un plazo que el proceso de ejecución de sentencia se considere razonable en virtud de las especiales particularidades de tal franquicia, bajo apercibimiento de resolverse la obligación de daños y perjuicios (arts. 628, 629 y concordantes del Cód. Civil)".

CNTrab., sala I, 10/3/2000, "Gentiletti, Juan c. Aerolíneas Argentinas SA", La Ley online.

Franquicia de pasajes. Pasajes sin cargo, libres, vacacionales. Naturaleza jurídica

"Atento lo establecido por el art. 7.3. (CCT 95/71), la franquicia de pasajes es un beneficio que debe utilizarse en determinadas circunstancias (en el momento en que se haga uso de la licencia anual, o en el que se haga uso de los diez días de descanso opuestos a su licencia), estableciéndose que caduca automáticamente por el solo transcurso del año calendario".

CNTrab., sala I, 17/5/1999, "Ausili, Nancy Gabriela c. Austral Líneas Aéreas y otros", La Ley online.

Franquicia de pasajes. Pasajes sin cargo. Naturaleza jurídica

"El beneficio de 'pasajes libres' no reviste carácter salarial en especie, encuadrable en el art. 105, LCT. Tales pasajes libres de que gozaba el actor para sus viajes al exterior, aún cuando no fuera por razones de servicio, y que también eran extendibles a los integrantes de su familia, pone de manifiesto que no se trata de una contraprestación de índole salarial porque no necesariamente responde a la retribución de un servicio, sino que constituye un beneficio social otorgado por el empleador".

CNTrab., sala I, 29/11/1995, "Rastelli, Guillermo c. Pan American World Airways", La Ley online.

Franquicia de pasajes. Pasajes sin cargo, libres, vacacionales. Naturaleza jurídica

"En el capítulo XII punto 12.2 del CCT 402/2000 E, se establece expresamente que los pasajes vacacionales no tienen carácter remuneratorio y que no resulta acumulable su no utilización. Por lo que no corresponde que tenga favorable acogida la pretensión del actor en el sentido de que se le otorguen dichos pasajes que no habría utilizado mientras se desempeñaba para la empleadora. Asimismo, tampoco surge de la convención citada que en caso de no haberse hecho acreedor el trabajador del período vacacional completo del art. 150, LCT tenga igualmente derecho a pasajes vacacionales como si hubiese laborado todo el año, ni, menos aun, a algún tipo de compensación proporcional".

CNTrab., sala II, 10/10/2008, "Marchetti, Osvaldo c. Aerolíneas Argentinas SA", La Ley online.

Franquicia de pasajes. Naturaleza jurídica

"La entrega de pasajes a los trabajadores de una empresa de aviación constituye una medida empresarial que se adopta para que la permanencia de éstos en la empresa sea más llevadera, agradable o saludable. Si en un sentido económico cupiese hablar de salario, tal calificación no procedería desde el punto de vista jurídico-laboral, pues se trata efectivamente de un salario colectivo y de aprovechamiento individual aleatorio, vinculado a la necesidad antes que al mérito de cada uno. En consecuencia, no procede su incidencia en la determinación de las indemnizaciones derivadas del despido".

CNTrab., sala III, 16/7/1999, "Williams, Eugenio c. Pan American World Airways Inc.", La Ley online.

Franquicia de pasajes

"A partir del año 1991 el tema de franquicias de pasajes fue excluido de la mayoría de los convenios colectivos que antes lo contemplaban, quedando el tema regulado por las prácticas de las empresas privatizadas y sus reglamentaciones internas. En el caso de Aerolíneas Argentinas, la situación se halla regida por las disposiciones del Reglamento de Pasajes al Personal aprobado por la Norma General I-020 vigente a partir del 1/3/1996 con sus modificaciones. Dicha norma establece que el personal desvinculado de la empresa, por cualquier causa, no tendrá derecho a reclamo alguno referente a los pasajes no solicitados vigente la relación laboral".

CNTrab., sala VIII, 31/10/2001, "Aiello, Jorge c. Aerolíneas Argentinas SA", La Ley online.

Franquicia de pasajes. Pasajes sin cargo, libres, vacacionales. Naturaleza jurídica

"El otorgamiento de franquicias de pasajes para ser utilizados en el período de licencia anual, a la que están obligadas las empresas de aeronavegación son un derecho accesorio a las vacaciones, por lo que deben correr su misma suerte, por ello, producido el distracto, si el trabajador tiene licencia pendiente, tiene derecho al otorgamiento de los mismos, en armonía con lo dispuesto por el art. 156, LCT".

CNTrab., sala X, 30/9/1999, "Guardia, Pedro y otros c. Aerolíneas Argentinas", La Ley online.

Viáticos

"El CCT 19/90 'E' (art. 6) no otorga una compensación remuneratoria sino exclusivamente un viático tendiente a cubrir los gastos de alojamiento y alimentación y gastos personales que se originan por razones de servicio. Es decir que no es una contraprestación sino una restitución de un gasto impuesto por el cumplimiento del trabajo. En tales condiciones no procede incluirlo en el cálculo del salario diario".

CNTrab., sala I, 27/5/1999, "Iturrioz, Mariana c. Aerolíneas Argentinas", La Ley online.

"Las prestaciones que son entregadas a los aeronavegantes para sufragar los gastos que deben afrontar cuando, en ejercicio de su actividad, deben salir al exterior o bien trasladarse fuera de su domicilio, no tiene por objeto remunerarlos por su trabajo sino que apuntan a la satisfacción de las necesidades derivadas de encontrarse lejos del país o de su vivienda".

CNTrab., sala III, 23/8/1996, "Benes, Ricardo A. y otros c. Aerolíneas Argentinas", DT, 1997-A-748, La Ley online.

"El convenio colectivo aplicable a los aeronavegantes dispone que los viáticos no serán considerados como remuneración y por lo tanto no devengan aguinaldo".

CNTrab., sala III, 23/8/1996, "Benes, Ricardo A. y otros c. Aerolíneas Argentinas", DT, 1997-A-748, La Ley online.

"No revisten carácter salarial las prestaciones que recibe el personal embarcado o los aeronavegantes para sufragar los gastos que deben afrontar cuando, en ejercicio de su actividad, deben salir al exterior, pues su finalidad es mantener la equivalencia de la retribución pagada en nuestro país y hacer frente al mayor costo de vida en el extranjero".

CNTrab., sala VIII, 31/5/1988, "Pandolfo, Guillermo A. c. Elma SA", LA LEY, 1989-E, 609, La Ley online.

"Debe rechazarse la demanda a los fines que se compute el rubro 'viáticos' como rubro variable de la de remuneración a los fines del cálculo del suplemento por enfermedad prolongada, pues, los gastos invocados por el dependiente sólo se abonaban durante los meses en que efectivamente prestó servicios y la norma no aclara que se trate de meses de actividad, por ello su acogimiento implicaría la percepción de un importe mayor al que hubiera devengado de estar en actividad".

CNTrab., sala II, 16/9/2013, "A.M. c. Aerolíneas Argentinas SA", DT, 2013 (diciembre), La Ley online.

Descansos. Régimen de jornada

"El beneficio previsto por el art. 44 de la Resolución 571/68 por el cual se estableció un descanso de diez días consecutivos en la estación opuesta a la que el trabajador gozaba de su vacación anual reviste la categoría de descanso técnico y nada tiene que ver con la licencia prevista en el art. 150, LCT".

CNTrab., sala I, 26/5/1995, "Thijasen de Arango Marijke c. Aerolíneas Argentinas", La Ley online.

"Tanto los treinta días consecutivos de vacación anual, como los diez días consecutivos que la empresa debe otorgarle al dependiente en la estación opuesta a las de las vacaciones deben calcularse con las remuneraciones variables tal como lo dispone el art. 155, LCT".

CNTrab., sala III, 10/9/1998, "Sacca, Gloria y otros c. Aerolíneas Argentinas", La Ley online.

"El art. 44 de la Resolución 571/68 establece que cada año calendario, el tripulante debe disponer, y el explotador otorgarle, treinta días consecutivos de descanso (vacación anual). En la estación opuesta a la de su vacación anual, podrá disponer además de diez días consecutivos de descanso en la forma en que convenga cada explotador con sus tripulantes. Ambos descansos se establecen en el mismo artículo, razón que permite concluir que la empresa pretendió mediante tal resolución regular sobre un mismo instituto (vacación anual obligatoria). En consecuencia, tales días de descanso no constituyen un descanso técnico y por ello deben liquidarse en los términos del art. 155, LCT".

CNTrab., sala III, 23/12/1996, "Rodes, Jorge c. Aerolíneas Argentinas", La Ley online.

"La Resolución 571/68 de la Fuerza Aérea que reglamenta la actividad del personal aeronavegante civil como los convenios colectivos que rigen su actividad, han derogado, de hecho, el dec. 16.138/1946 por cuanto en lo relativo a jornada y remuneraciones establecieron un régimen más favorable a los trabajadores".

CNTrab., sala III, 23/8/1996, "Benes, Ricardo A. y otros c. Aerolíneas Argentinas", DT, 1997-A-748, La Ley online.

"En cada año calendario, el tripulante debe disponer y el explotador otorgarle, treinta días consecutivos de descanso (vacación anual). En la estación del año opuesta a la de dicha vacación, podrá disponer además de diez días consecutivos de descanso. Tales días no son una institución distinta de las vacaciones y por lo tanto corresponde liquidarlas como tales".

CNTrab., sala IV, 12/5/1999, "Bradbury, Federico y otros c. Aerolíneas Argentinas SA", La Ley online.

"El régimen convencional aplicable a la actividad desarrollada en el transporte aéreo, atendiendo a las particularidades de la actividad aeronáutica, prevé un régimen horario distinto del regulado en la Ley de Contrato de Trabajo, al que se ajusta la mecánica retributiva de la hora de vuelo por lo que, de conformidad a lo previsto en el art. 9º de la Ley de Contrato de Trabajo no corresponde acceder a la pretensión tendiente a obtener la aplicación de las disposiciones de los arts. 200 y 201 de dicha Ley (DT, 1974-805, t.o. 1976-238)".

CNTrab., sala VI, 22/11/2000, "Macadam, Eduardo L. y otros c. Aerolíneas Argentinas", DT, 2001-B-1165, LA LEY, 2002-A, 848, La Ley online.

Remuneración

"Las normas del Capítulo III del dec. 16.130/1946 establecieron un sistema remunerativo que era adecuado a esa época porque se correspondía con la realidad de entonces pero que dejó de serlo cuando ésta se modificó. La resolución 571/68 introdujo modificaciones en la regulación del sector, del mismo modo que el CCT 128/73 y el dec. 521/1981 que desplazó al decreto expresado en primer término en lo referente a salarios y jornada de trabajo. Esto no significa que corresponde entender que el dec. 16.130/1946 carece de vigencia en todo su alcance jurídico, sino solo que las normas sobre jornada y retribución, por la dinámica de los tiempos y la valoración de los supuestos que preveían, han quedado modificadas por las reglas posteriores de distinta fuente que se acondicionaban a las nuevas técnicas de la aerotransportación".

CNTrab., sala II, 13/6/1996, "Miranda, Carlos c. Aerolíneas Argentinas", La Ley online.

"La estructura remunerativa derivada del dec. 16.130/1946 fue reemplazada por las otras que surgieron de los convenios colectivos que se celebraron a partir de la sanción de la ley 14.250, atendiendo a las circunstancias de cada momento, hechas valer en la negociación colectiva, e incluso con el sistema de actualización que se produjo durante la vigencia de la Leyes 21.307 y 23.546, por lo que son improcedentes los reclamos de diferencias con fundamento en el texto original del art. 21 del estatuto para aeronavegantes".

CNTrab., sala IV, 28/4/19993, "Bailac, José L. y otros c. Aerolíneas Argentinas", DT, 1993-A-773, DJ, 1993-2-350.

"La reducción del salario dispuesto por la empleadora y su negativa a rectificarlo ante los reclamos de la trabajadora, resultan injuria suficiente para justificar su decisión de colocarse en situación, pues, si la realidad impuso a las partes la necesidad de incrementar un cambio de tareas —en el caso, la actora se desempeñaba como auxiliar a bordo y desarrolló una fobia al vuelo— no resulta verosímil la defensa de la empleadora respecto de la existencia de una novación del contrato laboral para justificar una disminución salarial prohibida por el art. 12 de la Ley de Contrato de Trabajo".

CNTrab., sala VI, 31/3/2010, "Tronetti, Virginia Verónica c. Aerolíneas Argentinas SA", La Ley online.

Extinción del contrato por jubilación. Indemnización por despido. Reintegro luego de jubilarse

"El art. 157 de la ley 24.241 al establecer que 'los trabajadores comprendidos en dichos regímenes especiales tendrán derecho a percibir el beneficio ordinario cualquiera sea el régimen por el cual hayan optado...' no formula un derecho, una prohibición o una facultad; se limita a remitir a una situación de hecho, resultante de la elección del trabajador. Si no existiera otra norma que reglara el mismo caso, podría interpretarse, quizás, que existe un derecho del trabajador en tal sentido. Pero la lectura armónica del artículo mencionado y la redacción (posterior) del art. 252 de la LCT conduce a descartar la posibilidad de opción del trabajador, al reglar de modo expreso una facultad a favor del empleador para extinguir el vínculo cuando el trabajador se encuentre en las condiciones de acceder a algún beneficio previsional".

CNTrab., sala II, 18/5/2000, "Garabello, Pedro c. Aerolíneas Argentinas SA", La Ley online.

"No existió incumplimiento alguno por parte de la empresa demandada cuando en cumplimiento de las disposiciones vigentes, a partir de los sesenta años el demandante no podía desempeñarse como piloto al mando y aquélla extinguió la relación laboral sin indemnización alguna. Esto es así porque al terminar la relación, el actor recuperaba su condición de jubilado, toda vez que para reintegrarse oportunamente debía completar su trámite jubilatorio, tal como surgía del acta suscripta entre los pilotos y la demandada en noviembre de 1993".

CNTrab., sala III, 15/11/2000, "Bourdon, Alberto c. Cielos del Sur SA", La Ley online.

"El art. 10.8.2 de la convención colectiva del personal aeronavegante no consagra el derecho del trabajador a percibir una indemnización como consecuencia de la ineptitud psicofísica para desempeñarse como piloto de aeronaves comerciales, sino como compensación por la pérdida de la licencia por esa causa. El presupuesto de hecho de tal consecuencia, es pues, el dictado por la autoridad estatal competente de una resolución revocatoria de la licencia oportunamente concedida, no es estado de ineptitud —siempre necesariamente preexistente— que constituye, a su turno, el fundamento del acto administrativo".

CNTrab., sala VI, 6/10/1997, "Ojeda, César c. Aerolíneas Argentinas S.E.", La Ley online.

"El Convenio Colectivo de Trabajo que suscribiera la Asociación de Pilotos de Líneas Aéreas con las firmas comerciales de aeronavegación distingue entre los pilotos relacionados laboralmente con las empresas y los pilotos ingresantes (art. 4.14). Estos últimos, al carecer de derecho alguno respecto del resultado del curso de instrucción, carecen también de derecho a indemnización alguna, si son rechazados. Dicha situación no se asemeja al contrato de aprendizaje, que tiene estructura laboral, sino a un curso de capacitación previo a la relación de empleo".

CNTrab., sala VI, 17/8/1994, "González, Edgardo c. Cielos del Sur SA", La Ley online.

"La empleadora no se hallaba facultada para cursar la comunicación prevista en el art. 252 de la Ley de Contrato de Trabajo si se verificó una discriminación entre el personal de similar actividad —personal aeronáutico que se desempeña a bordo de aeronaves incluido en el dec. 4257/1968—, pues, la accionada no aplicó un criterio uniforme al intimar en los términos del mencionado artículo, en tanto permitió que los pilotos continúen en actividad hasta los 65 años".

CNTrab., sala V, 27/4/2012, "Font, Olivares, Cristina c. Aerolíneas Argentinas SA", La Ley online.

"La demanda incoada por un dependiente de una aerolínea comercial tendiente a obtener la equiparación salarial con relación a los tripulantes de cabina de nacionalidad estadounidense, y por ende el cese del trato discriminatorio, debe ser rechazada, pues su actividad se encuentra regulada por un convenio colectivo de empresa 472/08 'E' cuyo ámbito de aplicación ha sido limitado a todos los tripulantes de cabina con base en la Argentina, y no se advierte que su aplicación resulte violatoria del orden publico laboral, máxime si los trabajadores con los que se compara no realizan las mismas tareas que el reclamante, ya que realizan vuelos a todas partes del mundo y éste último solo en Sudamérica".

CNTrab., sala I, 22/11/2011, "Doherty, Diego c. American Airlines Inc.", La Ley online.

"La facultad del empleador, prevista en el art. 252 de la LCT, de intimar al trabajador para que inicie los trámites jubilatorios y una vez cumplidos los requisitos allí establecidos extinguir el contrato de trabajo no resulta operativa para el personal aeronáutico beneficiario del régimen diferencial previsto en el dec. 4257/1968, pues esta norma no prevé tal facultad para el empleador, sino que es facultad del dependiente la de optar por la jubilación anticipada o esperar el general".

CNTrab., sala VI, 11/11/2011, "Ruiz, Daniel Horacio c. Aerolíneas Argentinas", La Ley online.

"La empresa de transporte aéreo debe abstenerse de formular intimaciones al trabajador que se desempeña como jefe de cabina para que se acoja al beneficio de jubilación anticipada fundándose en el art. 3º del dec. 4257/1968, hasta tanto aquél alcance la edad de 65 años prevista en el régimen general jubilatorio, pues al tratarse de un beneficio al que puede acceder mediante el ejercicio de una opción, no puede resultar obligado a aceptar el retiro anticipado cuando está haciendo expresa referencia a su voluntad en sentido contrario".

CNTrab., sala IX, 31/7/2013, "Prieto, Carlos c. Aerolíneas Argentinas SA", La Ley online.

"La empresa de transporte aéreo de pasajeros debe responder por el despido intempestivo de un piloto, si no implementó las medidas tendientes a lograr su capacitación profesional para efectivizar la vacante como comandante —CCT 402/2000 E art. 4.13—, y no invocó la existencia de razones de urgencia que hubieran motivado su decisión, pues incumplió el comportamiento esperado del buen empleador diseñado en la genérica regla de los arts. 10 y 63 de la LCT".

CNTrab., sala I, "García, José Luis c. Aerolíneas Argentinas", La Ley online.

"Resulta ajustada a derecho la situación de despido en que se colocó un trabajador que se desempeñaba como piloto, pues, el silencio guardado por la empleadora ante el requerimiento de aquel, se tradujo en un reconocimiento implícito de los incumplimientos que había invocado en relación a la falta de programación de vuelos y de actividad en el simulador, lo que le impidió recuperar su habilitación profesional y se constituyó en una injuria que hacía insostenible el mantenimiento del vínculo".

CNTrab., sala II, 10/3/2010, "Arostegui, Roberto Arturo c. Aerolíneas Argentinas SA", La Ley online.

"La negativa de la empleadora de otorgar al actor el entrenamiento en el simulador de vuelo que peticionara ante el vencimiento de su licencia, con fundamento en que al estar próximo a jubilarse los costos del entrenamiento serían estériles constituye un acto de discriminación y en consecuencia de negativa de trabajo, que constituye un acto ilícito, hostil e injuriante que hace imposible la continuidad del vínculo laboral".

CNTrab., sala VII, 9/8/2007, "Méndez, Raúl E. c. Aerolíneas Argentinas SA", La Ley online.

Caja complementaria. Desafiliación. Improcedencia

"No existe colisión entre el diseño compensación establecido por la ley 19.346 y lo dispuesto por la ley 24.241 porque, más allá de la subsistencia parcial de los regímenes de reparto, nada obsta a que un grupo de trabajadores constituya un sistema para suplir desajustes entre los ingresos de la actividad y la pasividad (Del dictamen del Fiscal General ante la CNTrab., nro. 29.257 del 11/4/2000 al que adhiere la sala)".

CNTrab., sala II, 27/4/2000, "Gallardo, Jorge Gerardo c. Caja Complementaria de Previsión para Pilotos Aviadores", La Ley online.

Concursos y ascensos

"La legislación laboral otorga al empleador la facultad de organizar económica y técnicamente la empresa ejerciendo la potestad de dirección y atendiendo a los fines estatutarios y las exigencias de la producción, sin perjuicio de la preservación y mejora de los derechos personales y patrimoniales del trabajador (arts. 64 y 65 de la LCT). En tal sentido, las directivas del capítulo XIII del convenio de actividad (CCT 19/90 E) en cuanto a los concursos y evaluaciones para ascensos de categoría, deben ser valoradas dentro de tal contexto, máxime cuando está en juego la eficacia o idoneidad de la prestación de un servicio público, en el que se pone en tela de juicio la vida de los pasajeros a transportar".

CNTrab., sala V, 31/10/2001, "Oclander, Hugo c. Aerolíneas Argentinas", La Ley online.

Sección IV - Conductores particulares (ley 12.867). Por Carlos Diego Morell Segura

• Normas aplicables: Ley 12.867: art. 1º al 16.

Art. 1º — Todas las personas que trabajan por cuenta ajena como conductores profesionales de motores móviles y al servicio de particulares, cualquiera fuese el carácter jurídico del empleador y siempre que el empleado u obrero acreditare una antigüedad mínima de sesenta días al servicio de éste, tendrán los siguientes beneficios y obligaciones:

a) Diez días hábiles de vacaciones pagadas si tuviesen un año de antigüedad en el empleo y de veinte días si excediere los cinco años en el mismo, quedando reservada al empleador la época en que regirá el período de descanso, debiendo avisar al empleado u obrero con antelación de treinta días;

b) No podrán ser despedidos sin un preaviso dado por escrito, de quince días, salvo que mediare causa legal. Durante el término de preaviso y sin que disminuyan sus retribuciones, el empleado u obrero tendrá derecho a dos horas hábiles de licencia diaria sobre su jornada de trabajo;

c) A falta de preaviso y no mediando causa legal, serán indemnizados con el importe de medio mes de sueldo por cada año de servicio, más lo que importare en razón de sus retribuciones el término de preaviso.

Mediando preaviso y producido el despido, sin causa legal, la indemnización se limitará a la que corresponda en razón de la antigüedad;

d) El preaviso de quince días es obligatorio por parte del empleado u obrero para con su empleador en caso de retirarse voluntariamente del servicio;

e) Se entenderá por un año toda fracción de tiempo que exceda de tres meses y a los efectos de las indemnizaciones especificadas precedentemente, la antigüedad en el servicio anterior a esta ley, sólo se reconocerá hasta un máximo de cinco años.

• Comentario:

1. Introducción. Breve reseña de la evolución legislativa

Este cuerpo normativo regula los servicios prestados por los conductores de motores móviles —automóviles, lanchas a motor, yates de paseo, etc.— a particulares. Desde sus inicios se consideró a los conductores particulares como "servicio doméstico", excluidos en consecuencia de la legislación laboral que regula la actividad del resto de los trabajadores. En dicha época, la regulación legal del servicio doméstico era escasa, por lo que resultaba de aplicación el art. 1624 y conc. del Cód. Civil, por lo que el servicio doméstico tenía que ser juzgado por las ordenanzas municipales o policiales de cada pueblo.

La naturaleza de la actividad del conductor particular y la relación especial que se entablaba entre estos trabajadores y sus empleadores, que resultaba de extrema confianza y de un conocimiento personal muy cercano en ambos casos, incluso con el suministro de casa-habitación y alimentación, fue gestando la necesidad del dictado de la ley 12.265, que añadió un segundo párrafo al art. 1º de la ley 4661 (descanso hebdomadario), por el que se disponía que los trabajos en motores fijos o movibles, y su conducción, no serán considerados como servicio doméstico, por lo que los conductores particulares, sólo en este aspecto, dejaron de ser considerados como "servicio doméstico", pues en todos los demás continuaba considerándoselos como tales.

La OIT, en el año 1939, aprobó una recomendación donde se aconsejaba establecer normativas aplicables a los conductores profesionales de vehículos particulares para servicios personales así como fijarles lapsos de descansos diarios y hebdomadario.

En el año 1946, todo ello, sumado a la opinión doctrinaria acerca de lo inapropiado de considerar a dichos trabajadores comprendidos como servicio doméstico, condujo a la necesidad del dictado de la precitada ley 12.867, donde expresamente en su art. 12 se dispuso la diferenciación de dicha actividad con el servicio doméstico y avanzó con una intención de regulación total de esta actividad, remitiendo solamente en lo concerniente a accidentes de trabajo a la ley 9688. El precitado art. 12 fue reglamentado por el dec. 18.582/1947, en lo referente al otorgamiento de la libreta de trabajo que allí se disponía. En el año 1948 fue dictada la ley 13.270, que añadió al art. 1º otro inciso identificado como f) y dos apartados al inc. b), y modificó los arts. 3º y 6º, que son los actuales, y agregó en el art. 13 que el estatuto tendrá vigencia en todo el territorio de la Nación. Con dichas modificaciones quedaron excluidos del estatuto los que prestan servicios en instituciones benéficas o cooperativas. El 9/6/1949 fue sancionada la ley 13.517, que modificó el art. 9º del estatuto —cuyo texto es el hoy vigente—, determinándose que la indemnización prevista para el caso de muerte del trabajador no resultaba acumulable a la fijada por la ley 9688, regulándose allí la circunstancia de un fallecimiento no atribuible a un accidente laboral.

Sin embargo, los fallos de la Cámara de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal fueron determinando que todas esas disposiciones configuraban un estatuto especial, por lo que sus normas debían considerarse por encima de la ley 11.729, que resultaba ser de carácter general, por lo que debían ser aplicadas las prescripciones de la ley 13.270 y del dec. 33.302/1945, por lo que subsistía para dichos trabajadores una situación de menor protección laboral. En el año 1951 se dicta la ley 14.055, que reforma el art. 1º del estatuto —texto vigente—, por lo que se hace ingresar a esta actividad en el régimen común de las leyes 11.729 y 12.921, y dec. 33.302/1945. Unos años después, en 1957, el dec. 5093 faculta al Ministerio de Trabajo y Previsión para que fije en todo el territorio de la Nación el salario mensual mínimo para los trabajadores comprendidos en la ley 12.867.

Finalmente, el dec. 15.364, dictado el 17/11/1959, establece que las condiciones de trabajo, como los salarios de los conductores particulares, en adelante serán regulados por la ley 14.250 de CCT.

En definitiva, con la reforma del art. 1º de la ley 12.867 por la ley 14.055 en su nueva redacción, se dispone el reenvío a las normas laborales comunes, en su momento a la ley 11.729 y al dec. 33.302/1945, y actualmente a la Ley de Contrato de Trabajo que las reemplazó.

2. Ámbito de aplicación

Conforme lo dispone el art. 1º de la ley 12.867 son conductores particulares los "que trabajan por cuenta ajena como conductores de motores móviles y al servicio de particulares, cualquiera fuese el carácter jurídico del empleador".

Debe entenderse comprendidos como "conductores de motores móviles" a los que conducen automóviles, lanchas y yates de paseo, excluyéndose el carácter comercial de dicha conducción, pudiendo ser sus empleadores tanto personas físicas como jurídicas. Es por ello que no se encuentran dentro de este estatuto los conductores o choferes del transporte público o privado como taxistas, remiseros, colectiveros, ómnibus de larga distancia, fleteros, etc. Resultando también excluidos, tal como se lo señaló precedentemente, los choferes que cumplen su labor para instituciones benéficas o cooperativas (art. 6º, ley 12.867).

3. Período de prueba

Fueron varios los estatutos especiales que fijaron un período de prueba con antelación a la LCT; uno de ellos fue precisamente el de conductores particulares. La ley 12.867, en su art. 1º, dispone que por el plazo de 60 días el trabajador no gozará de estabilidad. Y si bien actualmente la LCT prevé un período de prueba, lo cierto es que cuando se sancionó el precitado cuerpo normativo éste no contemplaba nada de ello, por lo que la jurisprudencia entendió que al habérselo dispuesto en la ley 12.867 fue porque el legislador consideró que dadas las particularidades especiales de esta actividad debía contarse con dicha disposición, debiéndose en consecuencia estarse a ello, aun cuando la legislación laboral común le resultase más favorable.

Hoy el período de prueba contemplado por la ley 20.744 es de 90 días, resultando superior al de 60 días, dispuesto en el estatuto, por lo que debe estarse al plazo menor. No obstante, debe tenerse presente que resultan aplicables las normas que resulten más favorables, siempre que se exhiban compatibles con la naturaleza de la actividad y el específico régimen jurídico que la regula, por lo que en función de ello, y del reenvío que hace el art. 1º del estatuto a las normas generales y a las que se dictaren a futuro, los trabajadores aquí comprendidos no tendrían necesidad de dejar transcurrir 60 días para tener que reclamar los derechos reconocidos en la LCT ni en el estatuto.

Sólo para reclamar los derechos contemplados en el segundo párrafo del art. 3º del estatuto —cuando por razones de trabajo tuviese que pasar la noche fuera de su lugar de residencia habitual— debe esperar el transcurso de dicho período de prueba.

En lo relativo a la indemnización por preaviso, el estatuto determina que a estos efectos resultan aplicables las normas generales del preaviso fijadas en la LCT.

4. Jurisprudencia

Período de prueba

"En el estatuto de 'conductores al servicio de particulares' (Ley 12.867 y sus modificatorias), existe un período de prueba de 60 días durante los cuales el trabajador no goza de estabilidad y, teniendo en cuenta que el legislador, al consagrar este instituto, tuvo en consideración las características particulares de la actividad, de conformidad con el art. 2º de la Ley de Contrato de Trabajo, debe aplicarse esta disposición aun cuando eventualmente la legislación laboral común le resulta más favorable".

CNTrab., sala I, 31/7/1987, "Filandro, Leonardo V. c. Cevallos Celi de Izrastzof, María A.", DT, 1987-B-1881; DJ, 1988-I-392.

Período de prueba

"El legislador de 1976 al reformar el art. 2º de la Ley de Contrato de Trabajo ha adoptado el principio de que la Ley especial desplaza a la general, y a su vez no lo es por ésta. De acuerdo con ello, las disposiciones contenidas en un estatuto profesional son aplicables aunque las mismas resulten menos beneficiosas para el trabajador que las que confiere la Ley de Contrato de Trabajo. Por aplicación de ese principio, en algunos casos se admite: a) un período de prueba (art. 2º, ley 12.867, art. 6º, ley 12.981,arts. 25, 39, 68, ley 12.908,arts. 1º, 4º, 5º, 6º, dec.-ley 13.839/1946,art. 23, dec.-ley 28.169/44); b) horarios de trabajo que van más allá de la jornada común (arts. 8º, 9º, dec.-ley 28.169/1944); c) régimen de vacaciones distintos y con plazos menores a los que fija la Ley de Contrato de Trabajo, art. 22, dec.-ley 28.169/1944. De acuerdo con ello, y no habiendo sido derogado por la Ley de Contrato de Trabajo resulta aplicable el art. 15 de la ley 17.371 a los efectos de calcular el importe de las horas suplementarias".

CNTrab., sala III, 17/4/1980, "Ozan, José C. y otros c. Elma SA", La Ley online.

Conductor particular del Presidente de una empresa

"Como el estatuto de conductores particulares hace abstracción del carácter jurídico del patrono, el empleado de una sociedad anónima que se desempeñaba como conductor del automóvil particular del presidente de ésta, debiendo prestar servicios a sus órdenes y la de otros familiares, está sujeto al régimen especial del mencionado estatuto".

CNTrab., sala III, "Codazzi c. Bartolomé e hijos SA", DT, XII-III.

Inaplicabilidad del Régimen de Choferes Particulares

"Cabe confirmar el pronunciamiento de primera instancia en cuanto consideró no acreditado el vínculo laboral invocado por el actor, pues el servicio de transporte o mensajería que realizaba para la demandada no puede estar amparado por la Ley de Contrato de Trabajo ni por el Régimen laboral de choferes particulares —Ley 12.867— al no existir lucro o beneficio económico por parte de quien contrató dicho servicio, no aplicado a un proceso productivo o prestador de servicios".

CNTrab., sala IX, 31/8/2006, "Jiménez, Carlos A. c. Zoani, María S.", LA LEY, 2006-F, 830, La Ley online.

Art. 2º — El empleado u obrero gozará de un descanso semanal de treinta y seis horas continuas, sin mengua en las retribuciones, sin que para ello se requiera la antigüedad mínima establecida en el artículo 1º.

• Comentario:

5. Descanso semanal

En lo relativo a la jornada, los feriados y las vacaciones, no se contemplan circunstancias específicas, por lo que debe estarse a lo dispuesto en las normas generales, resultando tan sólo una nota particular el otorgamiento al trabajador de un descanso semanal de 36 horas continuas, sin menoscabo de su remuneración y sin la necesidad de observar la antigüedad mínima que dispone el art. 1º. El art. 14 del estatuto castiga las inobservancias al régimen de descanso con multas que se duplicarían en caso de reincidencia, más allá de las acciones judiciales pertinentes que el trabajador considerase pertinentes, debiéndose recurrir, en lo relativo a los descansos, a la LCT, al igual que en el caso de las penalidades, al régimen de las vacaciones, por hallarse desactualizados los montos.

Art. 3º — Para fijar la indemnización del empleado u obrero se computarán como formando parte del sueldo o salario todo lo que éste reciba en concepto de retribuciones, ya sea en especie, provisión de alimentos, uso de habitación; no pudiendo en caso alguno, la indemnización, ser inferior al importe de un mes de sueldo ni mayor de trescientos pesos por cada año de servicio.

Art. 4º — La suspensión de tareas por más de treinta días en el año, como así, la rebaja injustificada del salario, sueldo u otro medio de retribución, no aceptada en forma expresa por el empleado u obrero, dará a éste el derecho a considerarse despedido y a percibir la indemnización que establece esta ley.

Art. 5º — En caso de despido sin haberse acordado al empleado u obrero sus vacaciones, tendrá derecho a una indemnización igual al importe del salario de los días que comprenda la licencia anual no concedida, proporcional al tiempo trabajado.

Art. 6º — Los empleados u obreros comprendidos en la presente gozarán de los beneficios de la Ley 9.688, aun cuando sus empleadores no figuren en la enumeración del art. 2º de la misma.

Art. 7º — Las enfermedades inculpables al trabajo que impidan a los empleados u obreros el cumplimiento de sus obligaciones, les dará derecho a percibir sus remuneraciones durante el término máximo de tres meses, durante los cuales podrán continuar ocupando las habitaciones que les estuvieran destinadas, siempre que no se tratara de enfermedades infecciosas, en cuyo caso percibirán el equivalente en dinero.

En caso de despido, deberá concederse el término de quince días para el desalojo de la habitación ocupada por el empleado u obrero, pudiendo coincidir dicho plazo con el período de preaviso. Si el empleado u obrero comparte la habitación con su familia, el término será de treinta días.

El empleador tendrá el derecho de optar alojando al empleado u obrero en otro sitio a su costa.

Art. 8º — El contrato de trabajo, aun cuando hubiese sido establecido por tiempo determinado, se considerará rescindido por culpa del empleado u obrero, sin derecho alguno para reclamar indemnización, en los siguientes casos:

1º Cuando el empleado u obrero no diese cumplimiento a sus obligaciones o incurriese en dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones;

2º Cuando el empleado u obrero hubiese sido suspendido con causa justa, por el empleador, por mal desempeño en sus funciones, en distintas oportunidades, durante un año y por un término máximo de treinta días;

3º En caso de insubordinación o injuria al empleador, miembros de su familia o a personas a quienes sirviese por disposición del empleador;

4º Incapacidad para desempeñar las obligaciones contraídas, no siendo caso comprendido en la Ley 9.688. Estas calificaciones se harán prudencialmente por el tribunal o juez competente.

• Comentario:

6. Extinción del contrato. Causales. Indemnización

Las causales de extinción del contrato son el despido, ya sea directo o indirecto, y la muerte del trabajador. Ante el caso de despido, por el reenvío que realiza el art. 1º del estatuto a las normas generales, debe estarse a lo dispuesto por el art. 242 de la LCT. Ahora bien, el art. 8º del estatuto expresamente contempla, en sus cuatro incisos, supuestos de causales objetivas para disponer el despido con justa causa, por lo que debe determinarse si dichas causales resultan determinantes para justificar el despido directo del trabajador y si queda desplazada la aplicación del concepto de "injuria grave", dispuesto en el art. 242 precitado.

Las causales determinadas en los incs. 1º y 3º son un tanto amplias, por lo que debe ser el juez el que en cada caso en particular valore dicha circunstancia, lo que permite en consecuencia afirmar que ambas causales, más allá del reenvío que dispone el art. 1º del estatuto a las normas laborales comunes, se encuentran comprendidas dentro del concepto de injuria grave, consagrado en el art. 242 de la LCT, circunstancia esta última que además permite considerar otras causales que no fueron enumeradas en el art. 8º del estatuto como justificantes de un despido directo.

El art. 4º, dispone las causales por las que el trabajador puede denunciar el vínculo y percibir las indemnizaciones correspondientes, esto es ante una suspensión de las tareas superior a los 30 días en el año y una rebaja injustificada de su salario u otro medio de retribución sin consentimiento expreso del trabajador. Respecto a esta última causal, dicha circunstancia resultaría encuadrable en un ius variandi ilegítimo, por lo que, con fundamento en el art. 66 de la Ley de Contrato de Trabajo, el trabajador contaría con dos posibilidades a seguir: la primera, requerir el restablecimiento de las condiciones anteriores y, la segunda, proceder a denunciar el vínculo tal como lo autoriza el presente estatuto.

En lo relativo a la incapacidad para desempeñar las obligaciones contraídas, que contempla el inc. 4º del art. 8º del estatuto, debe tenerse presente que aquélla puede ser de índole física (inhabilidad) o técnica, profesional, intelectual (ausencia de aptitud o idoneidad, impericia) o moral. En este aspecto, en virtud del reenvío que hace el art. 1º ya citado, debe aplicarse ante estos casos las previsiones del art. 254 de la LCT, que autorizan al trabajador a recibir igualmente una indemnización ante el caso de pérdida de la habilitación especial requerida para poder cumplir con dichas tareas, excepto, claro está, que la inhabilitación obedezca a la existencia de dolo o culpa grave inexcusable de aquél, tal como lo contempla el párr. 2º del precitado art. 254, resultando en caso de corresponder la procedencia de la indemnización fijada por el párr. 1º del art. 254 de la LCT, y no la del art. 247 de dicho cuerpo normativo, pues, como bien lo señala Antonio Vázquez Vialard(1), el hecho de que el trabajador necesite de una habilitación especial para poder ejercer su labor, no puede ponerlo en condiciones peores respecto de otros trabajadores a los que no se les exige ello. Ante el caso de una incapacidad o inhabilidad sobreviniente imputable a dolo o culpa grave inexcusable del trabajador, éste no resulta acreedor a indemnización alguna, como lo dispone el art. 254 in fine de la LCT.

A los efectos indemnizatorios, el estatuto dispone que el salario del trabajador debe integrar todo lo que reciba en concepto de retribuciones, ya sea en especies, provisión de alimentos o uso de habitación, no pudiendo en ningún caso la indemnización ser inferior al importe de un mes de sueldo.

7. Accidentes y enfermedades laborales

Ante el caso de accidente y/o enfermedades laborales debe estarse a lo dispuesto en la Ley de Riesgos del Trabajo.

Art. 9º — En caso de muerte del empleado u obrero, comprendido en la Ley 9.688, el cónyuge, los descendientes y los ascendientes en el orden y proporción que establece el Código Civil, tendrán derecho a la indemnización por antigüedad en el servicio a que se refiere el inciso c) del art. 1º de esta ley, limitándose para los descendientes a los varones menores de veintidós años y sin término de edad cuando estuviesen incapacitados, e hijas solteras.

A falta de estos parientes, serán beneficiarios de esa indemnización los hermanos si al fallecer el empleado u obrero vivían bajo su amparo y dentro de los límites fijados para los descendientes. Se deducirá del monto de la indemnización lo que los empleados u obreros o los beneficiarios reciban de cajas o sociedades de seguros por actos o contratos de previsión realizados por el empleador.

• Comentario:

8. Muerte del trabajador

La extinción del vínculo laboral por muerte del trabajador debe regirse por lo dispuesto en el art. 248 de la LCT, por ser una norma más favorable. El monto indemnizatorio fijado por la norma estatutaria es en base a "un medio sueldo mensual por cada año de servicio", a la que deberá deducirse "la suma que los beneficiarios reciban de cajas o sociedades de seguros por actos o contratos de previsión realizados por el empleador". Resulta más favorable, en este sentido, el art. 248 de la LCT que contempla la mitad de la mejor remuneración por cada año de servicio o fracción mayor de tres meses.

Art. 10.— Las indemnizaciones, sean éstas por antigüedad, falta de preaviso o vacaciones que correspondan al empleado u obrero o a sus derechohabientes, son inembargables y gozarán del privilegio establecido en el art. 129, inc. 3º de la Ley de Quiebras.

• Comentario:

9. Inembargabilidad de las indemnizaciones

Las indemnizaciones deben ser calculadas de conformidad con lo dispuesto por la LCT, por resultar de aplicación las normas generales de preaviso, integración e indemnización por antigüedad, y resultan inembargables, resultando de aplicación esta norma por sobre lo dispuesto por el art. 147, LCT —que contempla una cuota de embargabilidad— por resultar más favorable.

En cuanto a lo dispuesto por el estatuto respecto al privilegio establecido en el art. 129, inc. 3º, de la Ley de Quiebras, debe remitirse al art. 246 de la Ley de Concursos y Quiebras vigente, que entre los créditos privilegiados contempla las indemnizaciones por despido y cualquier otro derivado de la relación laboral.

Art. 11.— Los empleadores podrán substituir las obligaciones impuestas por esta Ley por un seguro constituido a favor de los empleados u obreros que ocupan, sin afectar las acciones directas de éstos contra sus empleadores, en compañías o asociaciones mutuas autorizadas por el Poder Ejecutivo nacional para esta clase de operaciones.

Art. 12.— Todas las personas comprendidas en esta Ley declarándose no calificadas como "servicio doméstico" y deberán munirse de una libreta de trabajo con las características que determinará la reglamentación respectiva, la que será expedida gratuitamente.

• Comentario:

10. Libreta de trabajo

La libreta de trabajo fue reglamentada por el dec.-ley 18.582/1947, donde se fijaron los siguientes requisitos: 1) número de orden; 2) fotografía del conductor; 3) los datos personales del trabajador; 4) número de registro de conductor; 5) número de inscripción jubilatoria; 6) datos del empleador; 7) fechas de ingreso y egreso; 8) remuneración pactada y 9) descanso semanal y licencias anuales.

La ausencia de la libreta no puede impedir el ejercicio de la actividad y no resulta causal válida que pueda invocar el empleador para no aplicar el estatuto, pues le compete a éste justamente exigir el cumplimiento de este requisito, que además de incumplirse con ello podría acarrear una sanción administrativa por la inobservancia de este aspecto formal.

Art. 13.— Las disposiciones de esta Ley se declaran de orden público y serán nulas y sin valor toda convención de partes que modifique los beneficios que ella establece.

Art. 14.— Las infracciones al inciso a) del art. 1º y al art. 2º serán penadas con multas de cincuenta pesos la primera vez, duplicándose esta suma en caso de reincidencia y no afectará el derecho del empleado u obrero a deducir las acciones judiciales pertinentes. Cuando el empleado u obrero no denunciara dentro de los quince días de vencido el año ante la autoridad de aplicación, que no le han sido otorgadas las vacaciones anuales, sufrirá la misma penalidad que su empleador o en su defecto, el retiro de su licencia profesional por el término de un mes. La misma penalidad se aplicará al empleado u obrero que no diere cumplimiento al preaviso establecido en el inciso d) del artículo 1º.

Art. 15.— El Poder Ejecutivo procederá a la reglamentación de esta Ley dentro de los sesenta días de su promulgación.

Art. 16.— Comuníquese al Poder Ejecutivo.— J. H. Quijano.— R. C. Guardo.— A. H. Reales.— L. Zaballa Carbó.

Dada en la Sala de Sesiones del Congreso Argentino, en Buenos Aires, a 30 de Septiembre de 1946.

Sección V - Contratistas de Viñas y Frutales (ley 20.589). Por Marcelo Claudio Fernández

• Normas aplicables: Ley 23.154: arts. 1º, 2º y 3º.Ley 20.589: arts. 1º al 41.

Art. 1º — Derógase la llamada Ley 22.163.

Art. 2º — Restablécese la plena vigencia de la Ley 20.589, la cual quedará redactada de la siguiente forma:

Art. 1º — El presente estatuto rige las condiciones de trabajo del contratista de viñas y frutales, siendo aplicables sus disposiciones con exclusión total de cualquier otra.

Se considera "contratista de viñas y frutales" a la persona que, en forma individual o en su núcleo familiar, trabaja personalmente en el cuidado y cultivo de dichas especies en el mismo, percibiendo como contraprestación la retribución que más adelante se determina.

Art. 2º — Esta Ley tendrá vigencia en todo el territorio de la Nación. Corresponde a la Nación o a las Provincias, según el caso, el contralor de su cumplimiento y reglamentación.

Forma y prueba del contrato

Art. 3º — Créase el Registro de Inscripción de Contratistas de Viñas y Frutales, que estará a cargo del organismo de aplicación.

Art. 4º — El contrato deberá realizarse por escrito e inscribirse en las reparticiones públicas que corresponda.

Art. 5º — Las normas del contrato no podrán dejar sin efecto las disposiciones de este estatuto. Podrán consagrar mayores beneficios a favor del contratista, pero no disminuirlos.

• Comentario:

1. Introducción

Como se señalara en una obra anterior(1), la figura del contratista de viñas y frutales se encuentra íntimamente vinculada al trabajo rural de algunas regiones de nuestro país, especialmente la de Cuyo. Por sus particulares características, adquieren singular trascendencia las contrataciones de personal, ya sea transitorio o permanente, para el cuidado y cultivo en las fincas destinadas a la producción de frutos, entre las que tienen especial preponderancia los viñedos.

El origen del "contratista de viñas" tiene lugar en la Provincia de Mendoza, figura contractual que, según explica Orlando Ronchetti Mosso(2), siguiendo a Benito Marianetti, "aparece cuando el plantador se queda trabajando en el viñedo o cuando se recurre definitivamente a un trabajador estable, dando nacimiento al 'contrato de cuidado de viña', concretándose tres tipos generales: a) retribución consistente en un porcentaje de la producción; b) remuneración fija únicamente; y c) remuneración fija y porcentaje".

La naturaleza jurídica del vínculo que se establece con el contratista de viñas y frutales ha generado una intensa polémica doctrinaria, pues se trata de una figura híbrida en la cual deben hermanarse notas tipificantes del trabajo dependiente con otras propias del trabajo autónomo. Como señala Ronchetti Mosso, para cierto sector de la doctrina se trata de un contrato de trabajo especial o atípico, en el que cobra especial relevancia que las tareas prestadas por el contratista son realizadas bajo la supervisión o dirección del empleador o viñatero, y una evidente y notoria subordinación económica. También se la ha entendido como una relación de trabajo asociativo, en la que una parte aporta el capital (viña) y la otra su trabajo personal y —eventualmente— el de otras personas. Desde otra perspectiva doctrinaria, ha sido considerado como trabajo autónomo, dado que se encuentra ausente el carácter personal de las tareas, en tanto el contratista puede contratar a terceras personas para su realización y, consecuentemente, la contraprestación dineraria percibida por aquél incluye necesariamente los gastos en los que ha incurrido para solventar los salarios de aquéllas (ver ps. 980/2, op. cit.).

Entre los antecedentes legislativos cabe mencionar la ley 922 y el dec. 364/1941 de la Provincia de Mendoza, disposiciones éstas a través de las cuales se fijaron remuneraciones que el propietario de viña debía abonar a su contratista o aparcero por cada hectárea. Posteriormente, en 1946 aparecieron las leyes estatutarias 1578 de la Provincia de Mendoza y 1031 de la Provincia de San Juan, cuya constitucionalidad fue cuestionada por haber incursionado en materias expresamente delegadas a la Nación. Ambas quedaron derogadas por la ley 20.589 —modificada por ley 23.154—, que conforma el régimen estatutario que rige actualmente.

2. Concepto. Naturaleza jurídica

Se trata de una relación especial sujeta a una regulación "cerrada" que excluye la posibilidad de aplicar —subsidiaria o supletoriamente— cualquier otra disposición normativa (art. 1º, ley 20.589, modif. por ley 23.154). Desde esa perspectiva, las disposiciones contenidas en la norma de carácter general (LCT), que se refieren a los distintos supuestos de extinción, resultan inaplicables.

El art. 1º, párr. 2º, define al contratista de viñas y frutales como "la persona que, en forma individual o en su núcleo familiar, trabaja personalmente en el cuidado y cultivo de dichas especies en el mismo, percibiendo como contraprestación" una retribución, cuyas directrices son determinadas por la Ley estatutaria.

A pesar de que se trata de un vínculo de típica naturaleza asociativa, el estatuto otorga al contratista la protección de ciertas normas laborales e instituye en su favor algunos beneficios propios del derecho del trabajo. En este sentido, cobra especial relevancia el art. 5º del régimen estatutario, en tanto dispone que "Las normas del contrato no podrán dejar sin efecto las disposiciones de este estatuto. Podrán consagrar mayores beneficios a favor del contratista, pero no disminuirlos", lo cual denota con claridad la institucionalización del principio de irrenunciabilidad.

Explica Carlos A. Livellara(3) que en el régimen del contratista de viñas y frutales no resultan aplicables las instituciones del Derecho Individual del Trabajo, reguladas tanto en la Ley de Contrato de Trabajo como en el Régimen Nacional del Trabajo Agrario (ley 22.248); no obstante ello, por "integrar el estatuto de los contratistas de viñas y frutales, el ordenamiento laboral nacional, le serán aplicables al mismo los principios del derecho del trabajo receptados en nuestra legislación". Señala el citado autor que "...el límite de la aplicabilidad de los principios generales de la Ley de Contrato de Trabajo está dado por la restricción derivada de las normas estatutarias (arts. 1º y 12, ley 20.589), que impiden la incorporación o el reconocimiento de nuevos beneficios a cargo del empleador, que vulneren el equilibrio dado por el legislador al estructurar la regulación del contrato de viñas y frutales. A ello habrá que agregar también la aplicabilidad de los principios laborales incorporados dentro del Régimen Nacional del Trabajo Agrario (en especial, la buena fe, el mutuo respeto y el mantenimiento de la 'tradicional armonía' de la actividad agraria, arts. 12 y 13 de la ley 22.248), por integrar la figura del contratista de viñas y frutales, el 'subsistema' del trabajo agrario, y ser aquél 'un derecho común del trabajo agrario'". Corresponde señalar que los referidos principios deben ajustarse al nuevo Régimen de Trabajo Agrario, instituido por la ley 26.727, que derogó la mencionada ley 22.248.

3. Contrato de trabajo. Forma

De acuerdo al art. 4º de la ley 20.589, el contrato de trabajo debe realizarse por escrito e inscribirse en la repartición pública que corresponda. A su vez, el art. 3º crea el Registro de Inscripción de Contratistas de Viñas y Frutales, que se halla a cargo del organismo de aplicación. De todos modos, cabe destacar que el incumplimiento de dicha exigencia formal no acarrea la inexistencia de la relación pues se trata, a todo evento, de un incumplimiento del patrono, el cual no puede serle opuesto en perjuicio de los derechos irrenunciables del trabajador. Sobre esta base, la existencia de la relación puede ser acreditada mediante cualquier otro medio de prueba, a cuyo efecto debe tenerse presente que rige el principio de primacía de la realidad, por lo que basta la demostración de los extremos fácticos típicos de este tipo de contratación para que ésta pueda enmarcarse en el régimen bajo análisis.

4. Jurisprudencia

Contrato de trabajo. Derechos del trabajador. Ley aplicable. Registro nacional de trabajadores rurales y empleadores. Seguro de desempleo.

1. La errónea incorporación de un exobrero de viña al Registro Nacional de Trabajadores y Empleados Agrarios por parte de su exempleador fue pasible de causar a aquél un perjuicio evidente, al verse obligado a percibir el fondo de desempleo de acuerdo a la ley 25.191 y no en los términos de la ley 24.013, que en realidad le correspondía y le resultaba más beneficiosa, a tenor de los dispuesto por los arts. 9º y 12 de la ley 20.744.

2. Toda vez que la actividad de los obreros de viña está regulada por la Ley de Contrato de Trabajo, y no por el Estatuto del Trabajador Agrario, son inaplicables a ellos y a sus empleadores las disposiciones de la Ley 25.191 —en el caso, en lo referente a las prestaciones por desempleo—.

SC Mendoza, sala II, 17/4/2012, "Cortez, Felipe O. c. Esprazzato, Alberto s/cobro de seguro", La Ley online, AR/JUR/10406/2012.

Convenio Colectivo de Trabajo. Trabajador. Vino. Personal de Viñas y Frutales

"La actividad laboral realizada por quien se desempeñaba como obrero común de viñas en la finca del demandado, se rige por el CCT 154/91 y supletoriamente por la Ley de Contrato de Trabajo y no por el Régimen Nacional de Trabajo Agrario —ley 22.248—, pues, dicho régimen en su art. 144 establece que el régimen de las convenciones colectivas de trabajo se continuara aplicando exclusivamente a las actividades agrarias que se hubieren incluido en el último régimen citado, con anterioridad a la vigencia de la ley 22.248 (DT, 1980-1031)".

SC Mendoza, sala II, 28/9/2005, "Fernández, Hugo M. c. Panastini, Antonio L.", LLAR/JUR/8987/2005.

Contratistas de viñas y frutales. Efectos del desistimiento

"Es válido el acuerdo según el cual los actores recibieron una suma en concepto de pago total y cancelatorio y desisten de la demanda, si fue inscripto por sí y por su hermano, por quien era el jefe del equipo para el cultivo y cuidado de la viña, porque como tal, tenía una representación legal del otro integrante que no suscribió el convenio (art. 101, Ley de Contrato de Trabajo —Adla, XXXIV-D, 3207—), pero que tampoco lo ha impugnado, lo que equivale a una ratificación tácita de la gestión cumplida por quien aludió a una representación, que resultaría no sólo de su silencio, sino también de las relaciones establecidas entre los integrantes del equipo, si no fuera suficiente la representación invocada por el jefe del grupo o equipo (art. 1935, Cód. Civil)".

CTrab., Mendoza, 4/3/1980, "Ortiz, Juan R. y otro c. Poggio Rinaldi, Dino A.", DT, 1980-795; LA LEY, 1980-185; LLAR/JUR/4769/1980.

Estatuto de contratista de viñas. Ausencia de disposición análoga

"El estatuto especial para los contratistas de viñas no contiene en su propia economía una disposición análoga a la que consigna la LCT (art. 277, Ley de Contrato de Trabajo —Adla, XXXIV-D, 3207—), referidas a las formalidades del desistimiento de acciones y derechos. Esta disposición regiría en principio para los contratos comunes del derecho del trabajo, carácter que no resiste el contrato de cuidado de viñas (ley 20.589 —Adla, XXXIV-A, 22—)".

CTrab. Mendoza, 4/3/1980, "Ortiz, Juan R. y otro c. Poggio Rinaldi, Dino A.", DT, 1980-795; LA LEY, 1980-185; LLAR/JUR/4769/1980.

Integración del régimen del estatuto de viñas y frutales a los principios generales del Derecho del Trabajo

"El régimen particular y específico del estatuto de viñas y frutales —ley 23.154 (Adla, XLIV-D, 3783)— debe ser integrado con los principios generales del Derecho del trabajo".

SC Mendoza, sala II, 8/5/2001, "Agüero, Pedro N. c. Maccarone, José", DT, 2001-B-2277, con nota de Carlos Alberto Livellara; LLGran Cuyo, 2001-653, LL AR/JUR/395/2001.

Aplicabilidad de la normas del derecho del trabajo en caso de duda

"En caso de duda o en caso de complementación de la normativa del convenio colectivo de los obreros de viña, corresponde aplicar las normas del Régimen Nacional del Trabajador Agrario".

C3a Trab. Mendoza, 3/3/1998, "Narváez, Mirta N. c. Bodegas y Viñedos López SA", LLGran Cuyo, 2000-80, LLAR/JUR/3881/1998.

Tareas de obrero de viña. Régimen aplicable

"Siendo las tareas de obrero de viña netamente rural y agraria, se aplica a dicha actividad el convenio colectivo, por ser anterior a la existencia de la ley".

C3a Trab. Mendoza, 3/3/1998, "Narváez, Mirta N. c. Bodegas y Viñedos López SA", LLGran Cuyo, 2000-80, LLAR/JUR/3881/1998.

Obrero de viña. Aplicación normativa. Régimen específico CCT 154/1991

"La relación laboral del obrero de viña debe regirse por la legislación específica, es decir, el convenio colectivo 154/91 y supletoriamente por las normas de la Ley de Contrato de Trabajo (Adla, XXXIV-D, 3207; XXXVI-B, 1175)".

SC Mendoza, sala II, 9/6/1999, "Sosa, Agustín c. Guerrero, Lorenzo", LLGran Cuyo, 1999-847, con nota de Eduardo Estrada, LL AR/JUR/2229/1999.

Obreros de viña. Aplicación del CCT. 154/1991

"A los obreros de viña les resulta aplicable el convenio colectivo de trabajo 154/91 y, supletoriamente, el Régimen Nacional de Trabajo Agrario previsto por la ley 22.248".

C3a Trab. Mendoza, 20/11/2009, "Araya, Rolando Fabián c. Ricardo J. Castaños SA", LLAR/JUR/46042/2009.

Contrato de trabajo. Contrato de cultivos y cuidado de viñas y frutales. Régimen legal aplicable

"La normativa aplicable para la actividad desempeñada por el obrero de viña es el convenio colectivo 154/91 y las normas de la LCT, quedando excluido del ámbito legal de la ley 22.248, ya que dicho convenio es anterior al R.N.T.A., agregándose que la propia ley 22.248 en su art. 144 excluye del ámbito a las relaciones regidas por convenios anteriores a su vigencia".

SC Mendoza, 6/9/2000, sala segunda, "Nanclares-Bòhm-Salvini, Villarreal César Raúl" en j: 4254, "Villarreal César Raúl c. Saruva S.A, p/Ord. s/Cas., Mendoza", expte. 65.533, LS, 297-75.

Cultivos y cuidado de viñas y frutales. Obrero de viña. Régimen legal

"Es el convenio colectivo 154/91 y las normas de la LCT, los que rigen la actividad desempeñada por el obrero común de viñas, quedando excluido del ámbito legal de la ley 22.248. Ello en razón de que el convenio mencionado ut supra es de fecha anterior al RNTA, desde que la propia ley 22.248 en su art. 144 excluye de su ámbito a las relaciones regidas por convenios anteriores a su vigencia".

SC Mendoza, circunscripción nro. 1, sala 2, 30/4/1999, "Coria de Villegas, Elsa Dora por sí y sus hijas c. Carmelo Cairo SA s/Inconstitucionalidad - Casación", La Ley online.

Contrato de viñas y frutales. Dogmática del derecho del trabajo. Pertenencia

"Esta sala tiene declarado desde 1977 en adelante que aunque después de la sanción del Estatuto del Contratista de Viñas y Frutales se pueda seguir manteniendo la opinión que la relación que vincula al contratista con el propietario reviste carácter especial, porque su estructuración se distingue y se aparta del esquema clásico del contrato de trabajo común, con posterioridad a la vigencia de aquel estatuto, no puede ponerse en tela de juicio, la pertenencia de dicho contrato a la dogmática del derecho del trabajo".

SC Mendoza, circunscripción nro. 1, sala 2, 14/5/1981, "Moreno Vda. de Lluvero, Mercedes y otros c. Alberto y Gerónimo Longhin s/Ordinario - Casación", La Ley online.

Contratistas de viñas y frutales. Indemnización por antigüedad. Régimen especial

"La ley 20.589 en forma expresa establece un máximo indemnizatorio por antigüedad, compatible con la naturaleza y modalidad de la actividad que regla, por lo que no puede ser modificada por la ley 20.744, habida cuenta que el derecho a los beneficios de las leyes laborales, previsionales y sociales son los que taxativamente enumera y con 'un régimen de excepción' consagrado en su art. 12".

SC Mendoza, , circunscripción nro. 1, sala 2, 23/4/1981 "Fioreto, Antonio c. Fernando, Ramón González s/Ordinario - Casación - Inconstitucionalidad", La Ley online.

Obligaciones de los contratantes

Art. 6º — Son obligaciones del contratista:

a) Arar las plantaciones cuatro veces al año, dos veces tapando y dos veces abriendo los surcos, permitiéndose, asimismo, el uso de arado desorillador. En cada aradura de los camellones se harán las rayas necesarias según el ancho de los mismos;

b) Podar, limpiar, estirar los alambres, atar, desbrotar dos veces por año, cruzar y envolver;

c) Destruir los hormigueros a cuyo efecto le será provisto el hormiguicida por el empleador;

d) Sacar el sarmiento proveniente de la poda dejando libres los callejones para el tránsito de animales y vehículos, pudiendo retener el necesario para su uso, disponiendo el empleador del resto. En caso de injertarse una viña, el cepaje que resulte de este trabajo será íntegro del empleador;

e) Aplicar fungicidas dos veces por año; si fuera necesario repetir esta operación, la labor será a cargo del empleador;

f) Limpiar y desembarcar las acequias y desagües cada vez que el inspector de la hijuela o canal ordene su limpieza, atendiendo este trabajo en proporción a las hectáreas que cultiva;

g) Reemplazar sin cargo hasta diez rodrigones o cinco postes cabeceros por hectárea y por año;

h) Arreglar —en proporción a su contrato— los alambrados exteriores, manteniendo los puentes y callejones en condiciones de tránsito para los vehículos, especialmente en la época de vendimia;

i) Arar y emparejar los callejones y mantener el terreno debajo de los alambrados perimetrales, en buen estado;

j) Vigilar la vendimia recorriendo las hileras para evitar que queden racimos en las cepas o granos de uva en el suelo;

k) Cuidar y alimentar, dentro de la propiedad, los animales de trabajo entregados a su cargo. En las propiedades donde haya varios contratistas que retiren animales de un corral común, su cuidado será, pasada la aradura, por cuenta del empleador;

l) Atender el riego de la viña, cualesquiera sean el día y la hora que corresponda el turno, regando cuantas veces sea necesario y dando un último riego al finalizar la cosecha. El agua será entregada al contratista en la toma de la propiedad. Cuando exista pozo el contratista tendrá la obligación de atender su funcionamiento. Si el mismo estuviere electrificado, el riego deberá hacerse, preferentemente, en horas de tarifa económica, salvo autorización por escrito del empleador. En caso de desperfecto mecánico deberá dar aviso al empleador a la mayor brevedad;

ll) Cuando se efectúe la envoltura en verde, o el despampanado, en su caso, al lado de cada cepa con fallas se dejará intacto un sarmiento de buen desarrollo, envuelto en el segundo alambre y destinado a mugrón;

m) Cuidar las herramientas, maquinarias y elementos entregados a su cargo, siendo responsable de su estado de conservación; no responderá por el desgaste o deterioro producido por el uso racional;

n) No dar a la casa habitación a que se refiere el art. 11, inc. a), un destino distinto del asignado. El contratista no responderá por el desgaste o deterioro producido por el uso racional; tampoco por la acción del tiempo, ni por fuerza mayor;

ñ) No dar al predio un destino distinto al indicado ni ejecutar, sin autorización expresa del propietario, obras que impidan darle el fin determinado o disminuyan su valor;

o) Pagar los servicios de luz eléctrica y agua corriente cuando la casa habitación esté provista de los mismos;

p) Comunicar de inmediato al empleador toda usurpación, turbación o evento perjudicial a sus derechos, asimismo, también cualquier acción de terceros que recaiga sobre la propiedad o el uso y goce de las cosas pertenecientes a la misma, cuando tome conocimiento de ello;

q) No podrá transferir total o parcialmente el contrato sin consentimiento por escrito del empleador.

Art. 7º — Tratándose del cuidado y cultivo de frutales, regirán las disposiciones anteriores en lo que sean aplicables, con las siguientes modificaciones:

a) En las araduras tendrá obligación de abrir una vez los surcos y sacar al callejón las ramas provenientes de la poda, pudiendo retener las necesarias para su uso personal. Las ramas sobrantes pertenecen al empleador, quien deberá retirarlas del callejón;

b) Efectuar los tratamientos fitosanitarios de invierno y de verano cuando lo ordene el empleador y hasta cuatro veces por año. Dicho tratamiento deberá efectuarse obligatoriamente cuantas veces lo imponga el servicio de alarma de los organismos técnicos oficiales.

Art. 8º — El contratista que deba efectuar tratamientos fitosanitarios con productos peligrosos para la salud humana deberá utilizar los elementos protectores que les serán provistos por el empleador, según el art. 11, inc. b). En caso de no usarlos será de exclusiva responsabilidad del contratista las consecuencias que pudiere sufrir. El contratista deberá seguir las instrucciones impartidas por el empleador sobre uso y manipuleo de los productos fitosanitarios, las que deberán ajustarse a las normas pertinentes impartidas por los organismos técnicos de aplicación.

Art. 9º — En el caso de que el contratista tomare obreros a su cargo que colaboren en el cultivo y cuidado del predio deberá comunicárselo por escrito al empleador y exhibir a éste mensualmente los comprobantes que acrediten el cumplimiento de las leyes laborales y previsionales vigentes.

Art. 10.— El empleador deberá retener de la mensualidad a pagar al contratista, según lo dispuesto en el art. 16, los importes adeudados por este último a los obreros y hacérselos efectivos.

Art. 11.— Son obligaciones del empleador:

a) Proporcionar vivienda adecuada a las necesidades del contratista y su familia, en un todo de conformidad con la reglamentación que a tal efecto dicte la autoridad de aplicación, la que dispondrá, asimismo, las sanciones que se aplicarán por su incumplimiento;

b) Suministrar al contratista los productos químicos y máquinas para combatir las plagas y enfermedades de los cultivos. Los primeros serán entregados preparados en el callejón; en caso contrario, este trabajo será considerado como extra. Cuando sea necesario utilizar productos fitosanitarios peligrosos para la salud humana deberá proveer los elementos protectores apropiados. También deberá entregar al contratista un botiquín de primeros auxilios;

c) Proporcionar al contratista, bajo inventario certificado por la autoridad de aplicación: animales, herramientas y elementos necesarios para efectuar los cultivos. Las retribuciones que correspondan al contratista cuando aporte algunos de estos elementos, se establecerán en las formas previstas por el art. 39 de este estatuto.

En el supuesto que el empleador mecanice la totalidad o parte de las labores a efectuar por el contratista se estará a lo dispuesto en el art. 27;

d) En caso que el empleador no realice la cosecha por su cuenta y resuelva subcontratarla, en iguales condiciones, a terceros, dará preferencia al contratista;

e) Tener un plano aprobado de su inmueble con indicación de la ubicación y superficie, incluidos, asimismo, los callejones que comprende cada contrato. Sobre la base del mismo deberá entregar al contratista un comprobante de la superficie trabajada con el número de inscripción del predio y croquis con las firmas certificadas por la autoridad competente. El cumplimiento de esta obligación sólo podrá acreditarse mediante el recibo suscrito por el contratista;

f) Abonar al contratista las remuneraciones en los plazos y formas establecidos en el presente estatuto;

g) Cuando los viñedos o árboles frutales, en su caso, fueran afectados por heladas o granizos y el empleador resolviera podar nuevamente, dicho trabajo será a su exclusivo cargo;

h) Poner el agua para riego en la toma de la propiedad;

i) Cuando se efectúen más tratamientos curativos o preventivos que los estipulados por el art. 6º, inciso e), los importes que demanden dichos trabajos serán abocados por el empleador.

Art. 12.— Salvo que la Comisión Paritaria establecida por esta Ley fije otras bases, sistemas o derechos, el contratista de viñas y frutales gozará de los beneficios de las leyes laborales, sociales y previsionales que taxativamente se enumeran y con el régimen de excepción consagrado por el presente estatuto, a saber:

1) Accidentes de trabajo: Conforme al régimen de la ley 9688 y sus modificatorias.

2) Beneficios previsionales: Según el régimen de la ley 18.037 y sus modificatorias.

3) Obra social: Regida por el sistema instituido por la ley 19.316.

4) Asignaciones familiares: Se estará a lo que disponga la legislación vigente.

5) Despido:

a) Cuando no se renovare el contrato, y ello no fuere por incumplimiento o causa justificada, el contratista percibirá por todo concepto como indemnización por último período agrícola por cada antigüedad la suma equivalente al 20 % del total devengado en el último período agrícola por cada año de servicio.

b) En los casos en que la rescisión del contrato de viñas y frutales se produzca sin causa justificada y antes del vencimiento del año agrícola, el contratista percibirá la indemnización por antigüedad y la parte proporcional del porcentaje, aun cuando no se complete el primer año de trabajo. Ambos conceptos se computarán teniendo en cuenta el tiempo transcurrido, dividiéndose, a tales efectos, los montos totales por mensualidades y porcentajes del período, respectivamente, por 10 meses, multiplicándose esta cifra por el número de meses en que se haya mantenido la vigencia del contrato.

c) No será de aplicación el régimen de preaviso.

d) Sólo serán causales de despido las enumeradas taxativamente por el art. 33 de este estatuto.

En todos los casos las retenciones por aportes y contribuciones previsionales, sociales y sindicales, y los porcentuales a los fines indemnizatorios, recaerán sobre la participación fija que por hectárea y por año (mensualidad) perciba el contratista, no pudiendo afectarse la participación en los frutos.

6) Embargos: El contratista estará comprendido en la legislación referente al embargo de las remuneraciones, a cuyos efectos los descuentos deberán hacerse en proporción y en cualesquiera de las mensualidades fijas, sin perjuicio que a la liquidación definitiva del porcentaje se amplíe conforme a las sumas realmente percibidas.

Las disposiciones referentes al porcentaje sujeto a embargo no serán de aplicación en los supuestos de retención obligatoria que prevé este estatuto.

Art. 13.— En caso que el contratista no cumpla con las tareas culturales del predio o no las ejecute oportunamente, según los convenios o usos del lugar, el empleador podrá ordenar que se efectúe con obreros cuyos jornales serán descontados de las remuneraciones del contratista. Previamente, se deberá notificar fehacientemente al contratista para que, en un plazo razonable, que no podrá exceder de 10 días, realice las tareas omitidas. Esta notificación deberá cursarse simultáneamente a los organismos de aplicación para que por intermedio de sus representantes visiten el fundo y comprueben la falta.

Art. 14.— En todos los casos en que el personal obrero trabaje en relación de dependencia con el contratista, cumplidos los recaudos que determina el art. 9º, se establece la responsabilidad solidaria de éste y del empleador en todo lo vinculado con la legislación laboral y previsional.

Art. 15.— Es obligación solidaria del contratista y del empleador proporcionar vivienda adecuada al personal obrero que trabaje a las órdenes del contratista, así como también al grupo familiar de aquél, conforme a la reglamentación que a tal efecto dicta la autoridad de aplicación.

• Comentario:

5. Derechos y obligaciones de los contratantes

Aunque el estatuto no lo prevea expresamente, cabe memorar que el principal deber y obligación de las partes en todo contrato es el de obrar de buena fe, tanto al momento de su celebración como en el de su ejecución y el de su extinción. El art. 6º del estatuto enumera en forma detallada las obligaciones del contratista, con especificación de cada una de las labores que se encuentran a su cargo e incluso comprende ciertos aspectos técnicos para su ejecución. Estas obligaciones son ajustadas para el caso de que la actividad se trate del cuidado y cultivo de frutales, de conformidad a las pautas que dispone el art. 7º de la ley 20.589.

También es obligación del contratista, en caso de efectuar tratamientos fitosanitarios con productos peligrosos para la salud humana, adoptar las medidas de seguridad necesarias, de acuerdo a las previsiones contempladas por el art. 8º del estatuto.

Asimismo, el contratista tiene el deber de comunicar al empleador por escrito los trabajadores que tome a su cargo, y exhibir cada mes los comprobantes que acrediten el cumplimiento de las leyes laborales y previsionales (art. 9º).

En relación a lo expuesto en el párrafo precedente, cabe destacar la exigencia de retener la mensualidad que deba pagar al contratista, los importes adeudados por este último a los obreros, y hacérselos efectivos (art. 10).

El art. 11 de la ley 20.589 determina las obligaciones del empleador, las cuales pueden resumirse en el otorgamiento de vivienda familiar, suministrar las herramientas, animales, productos e insumos necesarios para las labores que deba desempeñar el contratista y elementos de protección cuando éstos sean necesarios. Tiene asimismo la obligación de retribuir al contratista que aporte alguno de tales elementos.

También se prevén los supuestos de que el empleador mecanice la totalidad o parte de las labores a efectuar por el contratista, o que no realice la cosecha por su cuenta y resuelva subcontratarla, en cuyo caso debe dar preferencia al contratista; la exigencia de tener un plano aprobado de su inmueble con las indicaciones necesarias respecto de la superficie trabajada; la obligación de abonar al contratista las remuneraciones en los plazos y formas establecidos en el presente estatuto; y disposiciones relativas a supuestos de excepción que debe asumir el empleador.

Cabe aquí señalar que los derechos y obligaciones inherentes a la extinción del contrato de trabajo que se prevén en los arts. 12 a 15 serán abordados más adelante, en el capítulo destinado a esta temática.

6. Personal contratado por el contratista. Responsabilidad solidaria

En caso que el contratista tomare obreros a su cargo que colaboren en el cultivo y cuidado del predio, y se dé cumplimiento a las exigencias del art. 9º (comunicación de la contratación al empleador y exhibición de comprobantes que acrediten el cumplimiento de las leyes laborales y previsionales vigentes), se establece la responsabilidad solidaria de éste y del empleador en todo lo vinculado con la legislación laboral y previsional (art. 14).

Asimismo, es obligación solidaria del contratista y del empleador proporcionar vivienda adecuada al personal obrero que trabaje a las órdenes del contratista, así como también al grupo familiar de aquél, conforme a la reglamentación vigente (art. 15, ídem).

7. Jurisprudencia

Inexistencia de responsabilidad solidaria del titular de la nuda propiedad

"Es improcedente extender la calidad de empleador o responsabilizar solidariamente a quien era titular de la nuda propiedad del inmueble sobre el cual recaía el contrato de cultivo, pese a estar acreditado que tenía el poder de administración y daba órdenes, ya que el régimen legal del contratista de viñas y frutales es cerrado y no puede aplicársele supletoriamente ni la Ley de Contrato de Trabajo ni el Régimen de Trabajo Agrario".

CTrab. Paz y Trib. San Martín, 8/7/2010, "Morales, José c. Pucciarelli, Elisa Angélica y ots. (Luis Chiaramonte)", LLGran Cuyo, 2010 (noviembre), 1018, LLAR/JUR/46155/2010.

Derecho laboral. Responsabilidad solidaria. Empleador. Contratista. Contrato de viñas y frutales. Improcedencia

"La responsabilidad solidaria del titular de la finca es improcedente, pues resulta evidente que el actor en el caso concreto ha omitido demandar previa o conjuntamente al contratista —ello teniendo en cuenta que el trabajador agrario se encuentra expresamente excluido de las disposiciones de la ley 20.744—. Es decir, que no corresponde responsabilizar al empleador dueño de la finca —dueño de la explotación—, frente al actor —dependiente del contratista— en forma solidaria, por las obligaciones contraídas por su contratista de viñas, a tenor de los arts. 14 y 15, Ley 20.589, que regula las condiciones de trabajo en la explotación de viñas y frutales".

SC Mendoza, sala 2, 9/3/2010, "Toranzo Adjardo, Javier c. Barello, Francisco Pedro p/Despido", Fallo: 10000000410.

Viñas y Frutales. Transferencia de establecimiento. Solidaridad

"En la regulación del contrato de Viñas y Frutales, ante la transferencia del establecimiento, (definitiva o transitoria) por cualquier motivo que opere (venta, arrendamiento, usufructo, cesión transitoria, etc.) son de aplicación los principios generales del derecho del trabajo —solidaridad—. En este régimen especial ante la presencia de una laguna legislativa, la solución del conflicto debe encontrarse en los principios generales que emanan del sistema normativo laboral, dada la naturaleza jurídica de la relación contractual ya señalada, sin perjuicio de la especificidad de la misma".

SC Mendoza, circunscripción nro. 1, sala 2, 30/3/2000, "Alvarado, Torcuato C. SA Uvas y Vinos de San Martín Mendoza y ots. s/Ordinario - Casación", Fallo: 199163.

Régimen de remuneración

Art. 16.— La remuneración mínima por hectárea y por año (mensualidad) será fijada por la Comisión Paritaria que se crea por este estatuto. Para ello se considerará por separado las viñas bajas, con o sin bordos, espalderas, parrales españoles, pini o venecianos, con o sin bordos, parrales de uva fantasía con trabajos especiales; y el importe total de este concepto se abonará distribuyéndolo en 10 mensualidades, iguales y consecutivas, pagaderas de mayo a febrero de cada año agrícola, debiendo ser reajustadas si la situación económica, general o zonal, así lo aconsejara. Corresponderá también al contratista un porcentaje de la producción, que en ningún caso podrá ser inferior al 15 % ni superior al 19 % de ésta, deducidos los gastos de cosecha, acarreo y todos aquellos comunes y normales en la comercialización de las uvas y frutas.

Art. 17.— Diez días antes de la cosecha el contratista y el empleador deberán convenir el destino correspondiente al porcentaje del primero, el precio y su forma de pago. En caso de venta de los frutos a terceros, el importe del porcentaje sobre el producto será abonado al contratista en el mismo modo y plazo en que los reciba el empleador, en cualquiera de las siguientes formas:

a) En caso de venderse el producto al contado, el contratista percibirá su porcentaje en igual forma.

b) En caso de venta a plazos, el empleador podrá exigir al comprador la entrega de documentos correspondientes al porcentaje del contratista y a la orden directa de éste, debiendo figurar obligatoriamente en los mismos el concepto por el que se entrega.

c) En el caso del inciso b), para el supuesto de que no se haya exigido al comprador el procedimiento determinado en el mismo, el empleador deberá instrumentar al contratista documentos con vencimiento similares a las obligaciones a cargo del comprador o bien endosar los documentos que al efecto reciba.

Art. 18.— Cuando el empleador verifique, empaque o deshidrate la uva o fruta, podrá disponer también de la que le correspondiere al contratista, previo convenio con éste, tanto en cuanto al destino como al precio, y a falta de acuerdo regirá el precio promedio que para el lugar de producción determinen los organismos oficiales competentes.

Si el empleador que elabora los frutos resolviera no adquirir lo que le corresponda al contratista, este último, si dispusiera industrializar su parte, tendrá obligación de hacerlo en las condiciones que fijan los organismos especiales si aquél tuviere bodega propia o ajustándose a las cláusulas de su contrato de elaboración si lo hiciere en bodegas de terceros. En este caso el contratista tendrá derecho a solicitar muestras de los mostos y vinos correspondientes a su porcentaje, con el grado promedio de las bodegas.

Art. 19.— El contratista podrá optar por la venta directa de su porcentaje cuando el empleador no coseche en término, resolviere no hacerlo o no mediare acuerdo en las condiciones o precios. Para hacer uso de esa opción, el contratista deberá comunicarlo por escrito al empleador con diez días de antelación.

Art. 20.— El contratista tiene derecho a controlar el peso de los frutos producidos en la parcela a su cargo, sea que el empleador los elabore, empaque, venda o deshidrate. A tales efectos, el comprador, el empleador elaborador y la bodega o cooperativa que elabore por terceros deberán entregar al contratista un comprobante del peso y variedad de los frutos recibidos.

Art. 21.— El contratista tendrá derecho a retener la cantidad de uva necesaria para consumo familiar o elaboración propia, que no podrá ser superior a cinco (5) quintales cada cinco hectáreas, y se le descontará de su porcentaje. Para que el contratista pueda elaborar su uva deberá cumplir con las leyes vigentes sobre elaboración de vinos. Si se tratare de un contratista de frutales y el empleador empacara la fruta, aquél podrá hacerse reservar de su porcentaje hasta quinientos (500) kilos. En la producción de aceitunas sólo podrá retener la cantidad necesaria para el consumo familiar.

Art. 22.— Para el cultivo y cuidado de viñas nuevas, frutales u olivares que no se encontraren en producción, se establecerá una remuneración única por hectárea, por año, que fijará la comisión paritaria.

Art. 23.— Si el empleador resolviere mugronar, abonará al contratista por cada mugrón prendido, atado y abonado la suma que establezca para cada período agrícola la comisión paritaria.

Art. 24.— Cuando hay frutales u olivos intercalados en el viñedo, el empleador abonará además al contratista por el cuidado de los mismos el diez por ciento (10 %) de su producción anual en planta, el que se elevará al dieciocho por ciento (18 %) en los casos en que también se le encargue la poda y desinfección de los mismos. Estos porcentajes se considerarán mínimos si los olivos y/o frutales no estuvieran en producción. La remuneración de su plantación o cultivo será convencional, dirimiéndose cualquier diferendo por intermedio de la comisión paritaria.

Art. 25.— Si no hubiere renovación del contrato y cuando la uva o fruta fuere vinificada y no vendida, el empleador efectuará en el momento del retiro del contratista una liquidación provisoria con los precios establecidos por los órganos o bodegas oficiales o de economía mixta, entregando al contratista el monto que de ella resulte. Inmediatamente de vendida la producción se reajustará dicha liquidación de acuerdo con los precios definitivos obtenidos, percibiendo el contratista el monto correspondiente en la forma prevista en el artículo 17. Si las bodegas oficiales o de economía mixta no establecieren precio de compra, se estará al precio promedio que paguen los órganos o bodegas más importantes de la zona.

Art. 26.— El empleador podrá retener del monto a pagar al contratista y en proporción al porcentaje que deba percibir, la parte proporcional que a este último le corresponda pagar por impuestos o tasas que recaigan sobre la producción así como también primas de seguros sobre granizos o heladas.

Art. 27.— Cuando el empleador disponga la mecanización total o parcial de las labores a efectuar por el contratista, tales como araduras, curaciones, trituración de sarmientos, sistematización de riego, desinfecciones, etc., o las realice con personal de su cuenta, para la determinación del costo de las mismas, las partes se someterán a lo que disponga la Comisión Paritaria la que podrá establecer compensaciones por dichas tareas sobre la participación que el contratista tiene en los frutos.

Art. 28.— Los recibos que acrediten el pago de las retribuciones deberán ser confeccionados en doble ejemplar, firmados por el empleador o su representante legal y contener los siguientes requisitos:

a) Lugar y fecha;

b) Nombre o razón social del empleador;

c) Nombre y apellido del contratista;

d) Concepto y monto total de la retribución, importe de las deducciones efectuadas y suma líquida abonada;

e) Número de inscripción en el Registro establecido en el art. 3º;

f) Superficie de la fracción de viñas o frutales que trabaja, indicando variedad, y si es viña baja espaldar y si hay o no bordos.

El recibo correspondiente al pago de porcentaje anual sobre la producción, además de los requisitos enumerados consignará: Domicilio real del empleador, dirección administrativa, ubicación del predio motivo del contrato, monto total de las remuneraciones ya abonadas, cantidad de frutos producidos especificándose su variedad, valor y porcentajes correspondientes al contratista; forma de pago convenida en especificación de los documentos entregados al contratista y su fecha de vencimiento en el supuesto de no ser el pago al contado. También contendrá el número de inscripción asignado al cultivo si existiera obligación de hacerlo, y el correspondiente a las partes a los efectos impositivos y previsionales.

Art. 29.— Los recibos que no reúnen las exigencias determinadas en el artículo anterior, carecerán de eficacia probatoria para acreditar el pago como medio extintivo de la obligación.

• Comentario:

8. Régimen de remuneración

En los arts. 16 a 29 del estatuto se instituye el régimen de remuneración del contratista de viñas y frutales. Su estructura se compone de una remuneración mínima por hectárea y por año, cuya determinación queda a cargo de la Comisión Paritaria (en base a determinados parámetros de valoración preestablecidos). El pago se distribuye en diez mensualidades, iguales y consecutivas, pagaderas de mayo a febrero de cada año agrícola, las cuales pueden ser reajustadas en caso de que la situación económica, general o zonal, así lo aconsejara (art. 16).

Asimismo, se prevé el pago de un porcentaje de la producción que debe fijarse entre un 15 % y un 19 % de ésta, deducidos los gastos de cosecha, acarreo y todos aquellos comunes y normales en la comercialización de las uvas y frutas. Este componente de la remuneración a destajo debe ser convenido entre contratista y empleador diez días antes de la cosecha, como así también su forma de pago.

El contratista también tiene derecho a retener la cantidad de uva necesaria para consumo familiar o para elaboración propia, pero ésta no puede superar cinco quintales cada cinco hectáreas, y se le descontará de su porcentaje. Si se tratare de un contratista de frutales, y el empleador empacara la fruta, aquél podrá hacerse reservar de su porcentaje hasta quinientos (500) kilos. En la producción de aceitunas el contratista sólo podrá retener la cantidad necesaria para el consumo familiar (art. 21).

Cuando el contratista se encuentre dedicado al cultivo y cuidado de viñas nuevas, frutales u olivares que no se encontraren en producción, se establecerá una remuneración única por hectárea, por año, que fijará la comisión paritaria (art. 22).

En caso que el empleador resolviere mugronar, debe abonar al contratista por cada mugrón prendido, atado y abonado, la suma que establezca para cada período agrícola la comisión paritaria (art. 23).

En los viñedos en los cuales se encuentren intercalados frutales u olivos, el empleador debe abonar al contratista por el cuidado de estos últimos el diez por ciento (10 %) de su producción anual en planta, el que se elevará al dieciocho por ciento (18 %) en los casos en que también se le encargue la poda y desinfección de los mismos. Estos porcentajes se considerarán mínimos si los olivos y/o frutales no estuvieran en producción. La remuneración de su plantación o cultivo será convencional, y cualquier diferendo debe dirimirse por intermedio de la comisión paritaria (art. 24).

En el caso de que el contrato no se renueve y la producción fuere vinificada y no vendida, el empleador —al momento de la extinción— deberá efectuar una liquidación provisoria y abonar al contratista los precios establecidos por los órganos o bodegas oficiales o de economía mixta. Inmediatamente después de vendida la producción se reajustará dicha liquidación de acuerdo con los precios definitivos obtenidos, y el contratista debe percibir el monto correspondiente en la forma prevista en el art. 17. Si las bodegas oficiales o de economía mixta no establecieren precio de compra, se estará al precio promedio que paguen los órganos o bodegas más importantes de la zona (art. 26).

El empleador se encuentra facultado a retener del monto a pagar al contratista y del porcentaje que deba percibir la parte proporcional que a este último le corresponda pagar por impuestos o tasas que recaigan por la producción así como también primas de seguros por granizos o heladas.

8.1. Tutela de la remuneración

El estatuto prevé una serie de disposiciones a efectos de tutelar el componente remuneratorio variable y, consecuentemente, procurar su adecuada e íntegra percepción. A tal efecto, se dispone que, cuando la venta de los frutos sea efectuada a terceros, el contratista debe percibir la parte que le corresponda en el mismo modo y plazo en los que reciba el empleador su parte, de acuerdo a las previsiones contempladas en el art. 17, referidas a la forma de pago, entrega y condiciones que surjan de la documentación pertinente en caso de que la venta se produzca a plazos.

En el supuesto de que el empleador verifique, empaque o deshidrate la uva o fruta, puede disponer de la parte correspondiente al contratista, a cuyo efecto previamente debe llegar a un acuerdo con este último, tanto en cuanto al destino como al precio. A falta de acuerdo regirá el precio promedio que para el lugar de producción determinen los organismos oficiales competentes. En caso de que el empleador resolviera no adquirir lo que le corresponda al contratista, este último, si dispusiera industrializar su parte, deberá someterse a las condiciones que fijan los organismos especiales, si aquél tuviere bodega propia, o ajustarse a las cláusulas de su contrato de elaboración, si lo hiciere en bodegas de terceros. En este caso, el contratista tendrá derecho a solicitar muestras de los mostos y vinos correspondientes a su porcentaje, con el grado promedio de las bodegas (art. 18).

En caso de que el empleador no coseche en término, resolviere no hacerlo o no mediare acuerdo en las condiciones o precios, el contratista se halla facultado a proceder a la venta directa de su porcentaje, con la condición de que comunique dicha decisión por escrito al empleador con diez días de antelación (art. 19).

El contratista también tiene derecho a controlar el peso de los frutos producidos en la parcela a su cargo (art. 20).

En caso de que el empleador disponga la mecanización total o parcial de las labores que debe realizar el contratista (como araduras, curaciones, trituración de sarmientos, sistematización de riego, desinfecciones, etc.), o cuando las realice con personal a cargo del primero, para la determinación de su costo, las partes se someterán a lo que disponga la Comisión Paritaria, la cual podrá establecer compensaciones por dichas tareas sobre la participación que el contratista tiene en los frutos.

Los pagos al contratista deben efectuarse mediante recibos, los cuales deben ser confeccionados en doble ejemplar y firmados por el empleador o su representante legal. En estos instrumentos debe constar: "a) Lugar y fecha; b) Nombre o razón social del empleador; c) Nombre y apellido del contratista; d) Concepto y monto total de la retribución, importe de las deducciones efectuadas y suma líquida abonada; e) Número de inscripción en el Registro establecido en el art. 3º; f) Superficie de la fracción de viñas o frutales que trabaja, indicando variedad, y si es viña baja espaldar y si hay o no bordos. El recibo correspondiente al pago de porcentaje anual sobre la producción, además de los requisitos enumerados consignará: domicilio real del empleador, dirección administrativa, ubicación del predio motivo del contrato, monto total de las remuneraciones ya abonadas, cantidad de frutos producidos especificándose su variedad, valor y porcentajes correspondientes al contratista; forma de pago convenida con especificación de los documentos entregados al contratista y su fecha de vencimiento en el supuesto de no ser el pago al contado. También contendrá el número de inscripción asignado al cultivo si existiera obligación de hacerlo, y el correspondiente a las partes a los efectos impositivos y previsionales" (art. 28).

El art. 29 del estatuto dispone que los recibos que no reúnan tales exigencias carecerán de eficacia probatoria para acreditar el pago como medio extintivo de la obligación.

La remuneración del contratista también es tutelada respecto de los acreedores de éste. A tal efecto, el inc. 6º del art. 12 del estatuto declara aplicable la legislación referente al embargo de las remuneraciones, por lo que rigen las previsiones del dec. 484/1987. Dispone la referida norma que los descuentos que deban efectuarse en dicho marco se deben concretar en proporción y en cualquiera de las mensualidades fijas, sin perjuicio de que, al efectuarse la liquidación definitiva del porcentaje, se amplíe conforme a las sumas realmente percibidas. Asimismo se establece que las disposiciones referentes al porcentaje sujeto a embargo no serán de aplicación en los supuestos de retención obligatoria que prevé este estatuto.

9. Jurisprudencia

Diferencias salariales. Tareas de baja y abono de mugrones. Carga de la prueba

"Resultan improcedentes las diferencias salariales reclamadas por un contratista de viñas y frutales quien perseguía el pago de las tareas de baja y abono de mugrones enguanados y reposición de rodrigones, ya que no se acreditaron los trabajos aludidos, y en virtud de que ellos no forman parte de las obligaciones que la ley 23.154 pone en cabeza del contratista, la carga de la prueba pesaba sobre el actor".

C1aTrab., Paz y Trib. San Martín, 8/7/2010, "Morales, José c. Pucciarelli, Elisa Angélica y ots. (Luis Chiaramonte)", LLGran Cuyo, 2010 (noviembre), 1018, LLAR/JUR/46155/2010.

Contratista de viñas. Salarios caídos. Prueba. Fraude Laboral

"No obstante que el contrato celebrado entre el demandado y quien se desempeñaba contratista de viña, diga sin producción, los derechos del obrero son irrenunciables y como tal si de su labor como contratista ha habido una producción de la uva a su cuidado, tiene el derecho de participar en lo producido, por ello efectivamente ha existido fraude a la ley, al hacer consignar sin producción cuando del informe pericial surge que el año anterior al que el actor se desempeñara como contratista ya había producción de la viña".

C3a Trab. Mendoza, 15/6/2010, "Morales, Darío Alberto c. Santa Elena SA", LLAR/JUR/26235/2010.

Contrato Viñas y Frutales. Asignaciones familiares. Extinción del derecho. Prescripción

"El dec.-ley 7913/1957 aplicable a los contratistas de viñas, declara obligatorio el pago de las asignaciones familiares por la sola existencia de hijos a cargo del dependiente, sin establecer forma alguna de caducidad de ese derecho, por lo que éste sólo puede extinguirse por prescripción".

SC Mendoza, circunscripción nro. 1, sala 2, 1/8/1979, "Vizaguirre, Ramón Rosas c. Lorenzo Guerrero Ltda. SA s/Ordinario - Casación", Fallo: 79199202.

Contrato de trabajo asignaciones familiares. Derecho a percibirlas

"Es criterio sostenido por esta Sala en reiterados fallos en los cuales se reconoce al contratista de viñas y frutales derecho a las asignaciones familiares".

SC Mendoza, circunscripción nro. 1, 23/3/1979, "Binci, Alfredo c. Yolanda C. de Sgandurra s/Cobro de Pesos - Inconstitucionalidad", Fallo: 79199159.

Duración del contrato y rescisión

Art. 30.— El plazo mínimo de duración del contrato será de un año agrícola. No habiéndosele denunciado existirá tácita reconducción por un nuevo año y así en forma sucesiva, salvo que cualquiera de las partes hasta el 31 de marzo de cada año notifique a la otra la voluntad de rescindirlo mediante alguna de las siguientes formas: Telegrama colacionado, intervención de escribano público o autoridad administrativa o judicial competente.

Art. 31.— La comisión paritaria determinará las fechas de iniciación y finalización del año agrícola que corresponda, conforme se trate de viñedos, frutales u olivos, y según las distintas zonas ecológicas en las que estén ubicados los cultivos. En caso de existir viñedos, olivos u otros frutales intercalados, se tomará como año agrícola el correspondiente al cultivo principal.

Art. 32.— En todos los casos de rescisión del contrato el contratista deberá entregar al empleador, en el plazo improrrogable de 30 días, la casa habitación libre de ocupantes, las maquinarias y demás elementos que se le hubieren entregado. El incumplimiento de esta obligación faculta al empleador a retener hasta el 50 % de los importes correspondientes a la indemnización, los que serán depositados en el organismo administrativo de aplicación para ser entregados al contratista una vez hecha efectiva la desocupación y la entrega de los elementos de trabajo.

Art. 33.— El empleador podrá rescindir el contrato sin obligación de indemnizar cuando el contratista:

a) Abandonare el predio o le diera un destino distinto al convenido;

b) Transfiera el contrato sin consentimiento por escrito del empleador;

c) Hubiere incurrido en injurias a la dignidad, intereses o seguridad del empleador de las personas de su familia o de aquellos que tengan a su cargo el poder de dirección o vigilancia del predio;

d) Ejecutare sin consentimiento por escrito del empleador obras que impidan dar al predio el destino convenido o disminuyan su valor;

e) No ejecutare en tiempo y forma adecuada, según los convenios, usos del lugar o indicaciones del empleador, los trabajos a su cargo. En este caso el empleador deberá acreditar que con antelación de diez (10) días emplazó por escrito al contratista para que iniciara, terminara o corrigiera las labores correspondientes. Las circunstancias de que el empleador supla o corrija las labores interrumpidas por el contratista, no hace perder a aquél el derecho a rescindir el contrato.

Art. 34.— El contratista podrá hacer abandono del predio y reclamar la indemnización establecida en el art. 12 en los siguientes casos:

a) Por falta de pago de dos (2) cuotas mensuales consecutivas y previo emplazamiento por diez días para su efectivización.

b) Cuando el empleador no le provea de herramientas o elementos necesarios para llevar a cabo las tareas a su debido tiempo, previo emplazamiento por diez días para así hacerlo.

c) Cuando el empleador o la persona que tuviere a su cargo la dirección o vigilancia del predio hubiere incurrido en injurias a la dignidad, intereses o seguridad del contratista o su familia.

Art. 35.— El contratista estará obligado a asegurar el personal a su cargo por los riesgos contemplados en la Ley de accidentes de trabajo (Nro. 9688 y sus modificatorias). Esta obligación deberá cumplimentarla dentro del plazo de diez días a partir de la vigencia del contrato de trabajo. Si así no lo hiciere el empleador contratará el seguro por cuenta del contratista y la prima se le descontará de las mensualidades que perciba.

Autoridad de fiscalización y sanciones

Art. 36.— Cada provincia vitivinícola integrará una comisión paritaria con los alcances previstos en la ley 14.250 en el ámbito local, presidida por un representante de la autoridad laboral de aplicación, del orden provincial donde la hubiere, la que tendrá el cometido de dictar los aspectos reglamentarios, fijar la remuneración por hectárea y por año y las demás cuestiones que deban resolverse o se susciten entre las partes del contrato.

Art. 37.— Quienes infringieren las disposiciones de este estatuto o las resoluciones que en su consecuencia se dicten, serán pasibles de las sanciones previstas en la legislación laboral, nacional y provincial vigente.

Art. 38.— La comprobación y aplicación de sanciones se ajustarán a las disposiciones de este estatuto y de las leyes nacionales y provinciales en vigencia, ejerciendo el organismo laboral provincial donde lo hubiere, o el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en su defecto la vigilancia y fiscalización del cumplimiento de la presente ley, así como las resoluciones y disposiciones que emanen de la respectiva Comisión Paritaria.

Disposiciones transitorias

Art. 39.— Hasta tanto se constituyan las comisiones paritarias creadas por esta ley, las asignaciones por hectáreas y por año serán fijadas por los Poderes Ejecutivos de las respectivas provincias vitivinícolas.

Art. 40.— Las disposiciones de la presente ley, así como las retribuciones y reglamentación de las obligaciones que las comisiones paritarias establezcan, son de orden público.

Art. 41.— Esta Ley entrará en vigencia con la iniciación del período agrícola 1985/86, quedando derogadas desde esa fecha la ley 22.163 y toda otra norma que se oponga a la presente.

Art. 3º — Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Dada en la Sala de Sesiones del Congreso Argentino, en Buenos Aires, a los treinta días del mes de setiembre del año mil novecientos ochenta y cuatro.

• Comentario:

10. Duración del contrato

Se establece que el contrato tendrá una duración mínima de un año agrícola, el cual, salvo denuncia o rescisión de alguna de las partes (que debe comunicarse mediante telegrama colacionado, intervención de escribano público o autoridad administrativa o judicial competente), se reconduce tácitamente por un nuevo período, y así sucesivamente (art. 30, ley cit.). Las fechas de iniciación y finalización del año agrícola deben ser determinadas por la comisión paritaria, conforme se trate de viñedos, frutales u olivos, y según las distintas zonas ecológicas en las que estén ubicados los cultivos. En caso de coexistir en la finca diversos cultivos, corresponde tomar el año agrícola que corresponda al principal (art. 31, ídem).

11. Extinción del contrato

Cuando la decisión de no renovar el contrato por un nuevo período fuere adoptada por el empleador y no estuviere basada en causa justificada, deberá abonar al contratista una indemnización por antigüedad que se calcula en función del 20% del total devengado en el último período agrícola por cada año de servicios (art. 12, inc. 5º, apart. a), ley 20.589). Si el empleador decide resolver el vínculo cuando ya se hubiera iniciado el año agrícola (sea el primero o los sucesivos por tácita reconducción), deberá abonar la indemnización por antigüedad y la parte proporcional del porcentaje de la producción, de acuerdo con un cálculo que se relaciona en forma directa con el número de meses durante los cuales haya tenido vigencia el contrato (art. 12, inc. 5º, apart. b), ley cit.). A tal efecto, la norma indica que se debe dividir por 10 (que son los meses normalmente comprendidos en el año agrícola) el monto total en concepto de "mensualidades" y en concepto de porcentaje sobre el producido que corresponda al período; el resultado obtenido se debe multiplicar por el número de meses que haya abarcado la vigencia del contrato. La ley, por otra parte, excluye expresamente la aplicabilidad de todo régimen de preaviso (art. 12, inc. 5º, apart. c), ley cit.). A su vez, el contratista también puede dar por resuelto el contrato con derecho a percibir la indemnización comentada, cuando medie falta de pago de dos mensualidades consecutivas (previo emplazamiento por diez días), o cuando el empleador no le provea las herramientas o elementos necesarios para llevar a cabo la tarea (previa intimación por igual plazo), o cuando éste hubiera incurrido en injuria contra la dignidad, intereses o seguridad del contratista o de su familia (art. 34, ley cit.).

El empleador está facultado a resolver el vínculo sin consecuencia indemnizatoria alguna cuando el contratista: abandone el predio o le dé un destino distinto al convenido; transfiera el contrato sin consentimiento de aquél; incurra en injurias contra la dignidad, intereses o seguridad del empleador o de su familia o de los encargados de la dirección y vigilancia del predio; ejecute sin consentimiento del empleador obras que impidan dar al predio el destino convenido o disminuyan su valor; no ejecute los trabajos a su cargo en tiempo y forma, de acuerdo con los usos del lugar y las indicaciones del empleador (art. 33, ley cit.).

Cualquiera sea la causa de extinción del vínculo, el contratista debe restituir en el plazo improrrogable de 30 días la casa habitación libre de ocupantes, las maquinarias y demás elementos que se le hubieren entregado. En caso de incumplimiento, el empleador tiene derecho a retener hasta el 50 % de los importes correspondientes a la indemnización, los que serán depositados en el organismo administrativo de aplicación para ser entregados al contratista una vez hecha efectiva la desocupación y la entrega de los elementos de trabajo (art. 32, ley cit.).

11.1. Autoridad de fiscalización y sanciones

De conformidad al art. 36, cada provincia vitivinícola debe integrar una comisión paritaria con los alcances previstos en la ley 14.250 en el ámbito local, que tendrá la tarea de dictar los aspectos reglamentarios, fijar la remuneración por hectárea y por año y las demás cuestiones que deban resolverse o se susciten entre las partes del contrato.

La comprobación y aplicación de sanciones se encuentra a cargo del organismo laboral provincial, donde lo hubiere, o del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

12. Jurisprudencia

Resolución del contrato fundado en incumplimiento de la obligación de entregar herramientas. Alcance de la previsión del art. 34 inc. b) de la ley 23.154

El autodespido decidido por un contratista de viñas y frutales es injustificado si se funda en la no provisión de compuertas de riego, pues esa circunstancia no configura el supuesto de falta de entrega de herramientas previsto en el art. 34 inc. b) de la ley 23.154, máxime cuando esa causa, como hecho injurioso, requiere para su configuración del previo emplazamiento por diez días.

C1ª Trab., Paz y Trib. Tunuyán, 4/12/2015, "Cabrera, Félix c. Caon, Roberto Armando s/sumario", AR/JUR/58790/2015

Causales de extinción del contrato de trabajo. Indemnización por despido. Obligaciones del empleador. Incumplimiento de pago

1. El despido indirecto en que se colocó el trabajador ante la falta de pago de los porcentajes de uva y remuneraciones reclamados es justificado, en los términos del art. 34 de la ley 23.154, toda vez que aun cuando en la contestación de la demanda el empleador alegó haber cumplido con esas obligaciones, por ser de carácter alimentario conforme al art. 16ley 23.154, estaba a su cargo acreditar en debida forma su cumplimiento —art. 55 del Código Procesal Laboral de Mendoza—.

2. Si con posterioridad al plazo máximo para denunciar la extinción o no renovación del contrato de viñas, establecido por el 30 de la ley 23.154 y ya iniciado otro año agrícola se le rescinde intempestivamente el contrato al trabajador, éste resulta acreedor de la indemnización por antigüedad y lo que hubiese percibido de haber continuado trabajando hasta el fin del año agrícola iniciado, pues este actuar insólito genera daños derivados de la ruptura ante tempus, criterio de justicia y equidad que emana del derecho común y receptado en los principios del derecho laboral.

C1ª Trab., Paz y Trib. San Martín, 24/10/2012, "Colba, Félix Orlando c. Alto Barrancas S.A. s/A. O. A.", LLGran Cuyo, 2013 (marzo), 201, AR/JUR/59222/2012

Cumplimiento del contrato. Desalojo por recupero de vivienda. Recaudos exigidos. Garantía

El empleador inició demanda por desalojo ante el incumplimiento del contrato de viñas y frutales a fin de que el trabajador restituya el inmueble que ocupaba en forma accesoria. El Tribunal hizo lugar a la demanda, ordenando el desalojo, previa garantía dineraria, en el plazo de diez días ante la falta de ejecución de las tareas pactadas en el contrato, sin poder realizar el trabajador una retención del inmueble manifestando la falta de pago de haberes. Para proceder al lanzamiento del trabajador de la vivienda por incumplimiento de contrato de viñas y frutales, el empleador previamente debe cumplir con la garantía que prevé el art. 87 del Código Procesal Laboral, teniendo en cuenta los requisitos de especificidad.

C1ª Trab., Paz y Trib. Tunuyán, 12/4/2013, Pelegrina, Miguel c. Guarachi, Ricardo Agustín p/desalojo, LLGran Cuyo, 2013 (agosto), 791, AR/JUR/9368/2013.

Indemnizaciones por resolución contractual. Responsabilidad de herederos

"Debe condenarse a los herederos de quien fuera el primigenio empleador y dueño de la propiedad cultivada, luego usufructuario de la misma —en el caso, había donado en vida la nuda propiedad del bien a sus hijos, reservándose el usufructo gratuito y vitalicio— a abonar las indemnizaciones derivadas de la resolución extemporánea de un contrato de cultivo y diferencias de porcentaje de uva y aceituna por cosechas levantadas, en tanto el causante no perdió hasta la resolución del contrato su carácter de empleador pues como usufructuario nada le impedía contratar obreros y contratistas, máxime si a fin de respetar el destino que tenía la cosa antes de constituir el derecho real, estaba obligado a seguir trabajando el inmueble rural".

C1aTrab., Paz y Trib. San Martín, 8/7/2010, "Morales, José c. Pucciarelli, Elisa Angélica y ots. (Luis Chiaramonte)", LLGran Cuyo, 2010 (noviembre), 1018, LLAR/JUR/46155/2010.

Despido. Justa causa. Incumplimiento de labores y de desalojo

"Encontrándose vinculadas las partes laboralmente por un contrato de viñas y frutales (ley 23.154) proporcionándosele una vivienda al contratista y a su familia, el empleador puede extinguir el contrato por justa causa si el trabajador incumplió con sus obligaciones consistentes en la inejecución o ejecución defectuosa de las labores a su cargo, más el pedido de desalojo del inmueble".

C1a Trabajo, Paz y Trib. Tunuyán, 12/4/2013, "Pelegrina, Miguel c. Guarachi, Ricardo Agustín p/desalojo", LLGran Cuyo, 2013 (agosto), 791, LL AR/JUR/9368/2013.

Rescisión contractual. Comunicación previa al inicio del nuevo ciclo agrícola

"Si se configura el supuesto de rescisión de un contrato de cultivo de viñas y frutales antes del nuevo ciclo agrícola —que comienza el 5 de mayo— y el empleador no acreditó la remisión del telegrama colacionado de conformidad con el art. 12, inc. b) de la ley 23.154, debe concluirse que la denuncia fue extemporánea y por ello resulta procedente que el contratista perciba la indemnización por antigüedad, mas no la parte de cosecha proporcional pues ésta no se ha llevado a cabo".

C1aTrab., Paz y Trib. San Martín, 8/7/2010, "Morales, José c. Pucciarelli, Elisa Angélica y ots (Luis Chiaramonte)", LLGran Cuyo, 2010 (noviembre), 1018, LLAR/JUR/46155/2010.

Rescisión. Contrato imputable al contratista. Indemnización. Pérdida

"La única sanción prevista en la Ley específica en el caso de rescisión del contrato de cuidado de viñas y frutales imputable al contratista, la constituye la pérdida del derecho a indemnización (art. 33, ley 20.589) no establece que tal pérdida deba también extenderse al crédito devengado en concepto de remuneración representada por el porcentaje, en razón de los trabajos ejecutados al momento de operarse la rescisión".

SC, Mendoza, circunscripción nro. 1, sala 2, 29/5/1985, "Ibaceta, Martín Armando c. Bodegas y Vdos. Luis Baldini SA s/Ordinario - Casación", Fallo: 85199185.

Obrero de viña. Período de prueba. Retención de vivienda

"Es procedente la demanda promovida por un obrero de viña a fin de obtener el cobro de los rubros salariales adeudados luego de haber sido despedido sin causa antes de la finalización del período de prueba, pues si bien es cierto que el empleador ofreció pagar lo debido en la audiencia conciliatoria celebrada en la Subsecretaría de Trabajo bajo condición de que el actor abandonara la vivienda que le había sido entregada como accesorio al contrato, a lo cual se negó, también lo es que en esa oportunidad no había transcurrido el plazo de preaviso, por lo que aquél detentaba legítimamente el inmueble".

C1a Trab., Paz y Trib. San Martín, 4/8/2009, "Mattos, Carlos Jesús c. Sánchez Guerrero, Miguel", LLAR/JUR/27102/2009.

Obrero de viña. Situación de despido

"Resulta justificado el despido indirecto en el que se colocó un trabajador que prestó tareas como obrero de viña, si del informe pericial contable surge que no se encontraba debidamente registrado y el empleador negó la relación laboral al responder la demanda, pues tales incumplimientos constituyen por sí solos una injuria de gravedad suficiente como para impedir la prosecución del vínculo".

C3a Trab. Mendoza, 5/10/2009, "Collado, Mario Orlando c. Isgro, Vito", LLGran Cuyo, 2010 (febrero), 90, LL AR/JUR/36299/2009.

Contrato de viñas y frutales. Rescisión arbitraria ante tempus. Indemnización

"La indemnización que el estatuto especial otorga en el supuesto de rescisión arbitraria ante tempus del contrato de viñas y frutales, es una típica indemnización de daños y perjuicios, que no integra la indemnización por despido, atento a que se instituye por la causa señalada, y como dice la norma en cuestión, se concede además de la indemnización antedicha".

SC Mendoza, circunscripción nro. 1, sala 2, 29/11/1978, "Villegas, Lino en J: Villegas Lino C. Matilde Vda. de Crespi s/Ordinario - Casación", Fallo: 78199279.

Sección VI - Docentes de establecimientos de enseñanza privada (ley 13.047). Por Nerina Andrea Porcel

• Normas aplicables: Ley 13.047: arts. 1º al 42.

I. — De los establecimientos

Art. 1º — Todos los establecimientos privados de enseñanza, cualquiera sea su naturaleza y organización, ajustarán sus relaciones con el Estado y con su personal a las prescripciones de la presente ley.

Art. 2º — A los efectos de la aplicación de esta ley, el Poder Ejecutivo llevará un registro de todos los establecimientos privados de enseñanza, y de su personal, y clasificará a los establecimientos en:

a) Adscriptos a la enseñanza oficial: establecimientos privados de enseñanza primaria, fiscalizados por el Consejo Nacional de Educación y de enseñanza secundaria, normal o especial; incorporados a la enseñanza oficial dependiente del Ministerio de Justicia e Instrucción Pública;

b) Libres: establecimientos privados, de enseñanza secundaria, normal o especial, que, siguiendo los planes y programas oficiales, no estén comprendidos en el apartado anterior;

c) Establecimientos privados, de enseñanza en general: Establecimientos privados, de enseñanza, directa o por correspondencia, no incluidos en los incs. a) y b).

Art. 3º — Los establecimientos de enseñanza privada que a la fecha de la sanción de la presente Ley gocen de los beneficios de la incorporación a la enseñanza oficial dependiente del Ministerio de Justicia e Instrucción Pública, así como los que actúan fiscalizados por el Consejo Nacional de Educación, pasarán automáticamente a la categoría de "adscriptos a la enseñanza oficial" y mantendrán tal carácter, mientras cumplan las normas en vigor y las que en adelante se dicten.

Art. 4º — En los establecimientos "adscriptos a la enseñanza oficial", a cuyo sostenimiento contribuya el Estado, no se autorizará la creación de nuevas divisiones de un mismo curso, ni la formación de nuevas secciones de un mismo grado, sin encontrarse cubiertas las existentes con el máximo de alumnos determinado por las disposiciones en vigor. Tampoco podrán autorizarse secciones anexas.

Art. 5º — El Poder Ejecutivo reglamentará el procedimiento a seguir para el ingreso y promoción de los alumnos de los establecimientos adscriptos a la enseñanza oficial, en sus distintos ciclos y etapas de los planes de estudio.

Art. 6º — A los efectos del registro a que se refiere el art. 2º de la presente Ley, el Poder Ejecutivo establecerá un plazo no mayor de 60 días para que los establecimientos privados de enseñanza, presenten la declaración documentada que se les requiera.

• Comentario:

1. Introducción

El Estatuto del Docente de Enseñanza Privada, publicado en el B.O. del 22/10/1947, resulta ser uno de los más antigüos de los estatutos especiales, pero conserva aún una vigencia de las que pocos de este tipo de estatutos gozan pese al paso del tiempo.

Este estatuto tiene una característica especial, dado que configura una de las pocas normativas convencionales que podemos señalar como sui generis, dado que incluye en su regulación a varios y distintos tipos de trabajadores. Ello ha suscitado, a lo largo de la historia, gran cantidad de conflictos referidos a su aplicación y a la necesidad repetida y continua de aplicar en forma supletoria las normas de la LCT para aquellos casos en los cuales la letra del estatuto, por sí sola, resultare insuficiente.

Cabe señalar, como cuestión previa, que el estatuto que analizaremos a continuación se aplicará —independientemente de lo prescripto en los arts. 1º y 2º— a aquellos establecimientos de educación de gestión privada que se encuentren adscriptos, reconocidos e incorporados a la educación oficial. Es decir, son instituciones que brindan educación en base a planes de estudios oficiales, a los cuales el Estado, mediante los organismos pertinentes —en función de las normativas específicas de cada jurisdicción—, autoriza su funcionamiento como establecimiento educativo. El control previo a dicha autorización incluye —entre otras cosas— el cumplimiento de exigencias correspondientes a recursos humanos, estructura edilicia, solvencia financiera de los propietarios y las específicas y numerosas exigencias atinentes al plan de estudios. Tal control previo incluye también la observancia de los títulos del personal que lo requieran, así como el cumplimiento de las leyes laborales a su respecto. Luego de dicho control previo, será el organismo competente del Estado quien, durante todo el tiempo en el cual la institución funcione como establecimiento educativo, controlará y verificará el cumplimiento de las exigencias atinentes a lo pedagógico y a las cuestiones laborales y hasta financieras, que podrán incluir los aranceles, sin perjuicio de la potestad que sobre dichas instituciones también posee la Secretaría de Comercio Interior.

Sin perjuicio de que el objeto del presente análisis encuentra su eje en la normativa propia del Estatuto, lo cierto es que, en tanto los establecimientos en los cuales se aplica brindan "educación", su funcionamiento se corresponde con un servicio público, en el cual el Estado no puede resultar un agente ajeno. Dicha circunstancia resulta importante dado que la relación que estos establecimientos educativos mantengan con el Estado, en atención al servicio público que brindan, influye poderosamente sobre el contrato de trabajo que la institución establece como empleadora frente a sus trabajadores.

Linares afirma que "...impartir instrucción pública por el Estado entraña servicio público, también tiene ese carácter la educación primaria, secundaria y universitaria suministradas por establecimientos privados, por el hecho de hacerlo sobre la base de una licencia y estar sometidos al control del Estado. Tanto es así que en determinados casos de incumplimiento de las reglamentaciones oficiales, puede la licencia ser revocada. Se trata, la actividad, de un servicio público 'impropio'...".

Efectivamente, la Ley de Educación Nacional, que establece en su art. 2º a la educación y al conocimiento como un "bien público y un derecho personal y social, garantizados por el Estado", en su art. 62 señala que "...los servicios educativos de gestión privada estarán sujetos a la autorización, reconocimiento y supervisión de las autoridades educativas jurisdiccionales correspondientes".

En idéntico sentido, el dec. 365/1993 sostuvo que "...la enseñanza del ciudadano, cuando es prestada por instituciones privadas, constituye un servicio público de los denominados impropios, y como tal se halla sujeta a la tutela y el contralor estatales...".

La CSJN también se ha expedido sobre el tema, avalando las nociones expuestas en el presente, cuando señaló, en referencia a los institutos privados de enseñanza que, conforme el criterio del derecho administrativo, se encontrarían incluídos en lo que se ha dado por llamar "...colaboración de los particulares en la prestación de un servicio público, caracterización conceptual en la que se subsume la de 'colaboración por actividades paralelas' (...) la participación de los particulares se enmarca en el ejercicio privado de la función pública toda vez que, aunque medie un interés del Estado, se realiza en nombre propio y los prestatarios no integran, por tal razón, la organización administrativa estatal aunque en el desempeño de esas tareas estén sujetos al control de los órganos del gobierno...".

Sin perjuicio de lo señalado en cuanto al carácter de servicio público indirecto que importa la educación privada, lo cierto es que no existe una relación directa ni dependiente de carácter público entre el trabajador docente o no docente privado y el Estado, sino que sólo se establece una vinculación jurídica entre el propietario del establecimiento educativo privado en su carácter de empleador, de carácter privado, y el trabajador que allí se desempeña.

2. Ámbito de aplicación

La enumeración enunciada en el artículo precedente pretendió resultar taxativa con el fin de establecer cuáles eran los establecimientos incluidos en el Estatuto. Pero lo cierto es que la normativa data del año 1947, por lo cual podría decirse que, de dicha enumeración, sólo se mantienen dos tipos de instituciones: los establecimientos adscriptos a la enseñanza oficial, descriptos en el inc. a), y los establecimientos privados de enseñanza en general, del inc. c).

Las escuelas bajo dependencia directa y supervisión del Gobierno nacional fueron transferidas a las provincias respectivas y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Aclarado ello, lo cierto es que, conforme la Ley de Educación Nacional 26.026, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires crearon un sistema educativo formal, por lo que los llamados establecimientos "adscriptos", del art. 2º, inc. a), comprenden a los establecimientos incorporados u oficiales de gestión privada.

Los llamados "establecimientos libres", del inc. b), comprenden aquéllos como, por ejemplo, el Instituto Libre de Segunda Enseñanza (ILSE).

Por último, el inc. c) se refiere a los establecimientos comúnmente llamados "academias", que en realidad no forman parte del sistema educativo formal.

Existen diferentes exigencias que hacen al otorgamiento del reconocimiento oficial. Tal como han señalado Zunino y Fanchin, pueden sintetizarse en las siguientes:

a) Sometimiento al plan de estudios oficial para el nivel educativo al cual pertenezca la institución, y propio de su especialidad.

b) El condicionamiento de que el personal docente posea los títulos y requisitos reglamentarios pertinentes para el ingreso a la docencia o el ascenso en los colegios oficiales, en las pertinentes asignaturas.

c) La absoluta equiparación entre los docentes dependientes y aquéllos del ámbito público dentro de la misma jurisdicción, respecto del salario, el régimen de licencias y el de incompatibilidades.

d) La acreditación por parte de la persona, física o jurídica, propietaria del establecimiento, de una solvencia técnica, moral y financiera.

Una vez otorgado al establecimiento el reconocimiento oficial, la institución se encuentra autorizada a expedir títulos con validez oficial, así como a implementar con su alumnado la totalidad de reglamentaciones, propias de cada jurisdicción, que resulten de aplicación en los establecimientos públicos, referidas a matriculaciones, calificaciones y examinaciones, promociones, etcétera.

3. Excepciones

De acuerdo con lo establecido en el art. 2º, es dable concluir que no se encuentran comprendidas en el ámbito de aplicación del estatuto las instituciones que se dediquen a la enseñanza universitaria dentro de la jurisdicción nacional, y que sólo lo están aquéllas que cuenten con una estructura educacional basada en los programas de enseñanza preprimaria, primaria, secundaria o terciaria no universitaria del sistema escolar formal (en la jurisdicción nacional) y todas aquellas que integran el sistema escolar no formal, cualquiera sea su jurisdicción.

En virtud del análisis efectuado en el punto anterior, podemos concluir que los jardines maternales (estatales o privados) no pertenecen al sistema educativo; ello en los términos de que el jardín maternal (o guardería) es el establecimiento de carácter educativo-asistencial, que atiende niños y niñas desde los 45 días a los dos años. Por ello, y con relación al personal de estos últimos (los privados), no resulta de aplicación el Estatuto del Docente Privado, y por ello se encuentran excluidos de la jurisdicción del Consejo Gremial de Enseñanza Privada. Al personal de los jardines maternales privados se le aplica el CCT 130/75, dentro del cual las maestras son encuadradas como Auxiliar Especializado, categoría "B". Habida cuenta de la situación descripta, los jardines maternales no se encuentran sometidos al contralor de la autoridad educativa. Este hecho resulta ilógico, atento a su función social y a que las familias dejan a sus hijos al cuidado del personal de estos establecimientos, que muchas veces carece de título docente acorde a las tareas que realiza. Por ello, muchas jurisdicciones han dictado normas tendiendo a controlar, de alguna manera, el funcionamiento de los jardines maternales, pero sin considerarlos parte del sistema educativo formal.

4. Jurisprudencia

Docentes universitarios. Exclusión del ámbito de la ley 13.047

"Si bien puede entenderse que, por vía de la actividad a la que se dedica la fundación demandada, brinda algún tipo de enseñanza de nivel terciario, como surge de las declaraciones testimoniales obrantes en autos, es una actividad educativa que se brinda a través de la Universidad Católica de Salta; y, al tratarse de enseñanza universitaria, tampoco se encuentra comprendida en el ámbito de la ley 13.047".

CNTrab., sala II, 30/9/2008, "Nardi, Romina c. Fundación Centinela Asociación Civil s/despido", sent. def. 96.083.

Docentes universitarios. Exclusión ley 13.047

"No resulta de aplicación a un docente universitario la ley 13.047, ya que la citada Ley comprende la educación primaria, media y técnica en general, sin que resulte incluída la enseñanza universitaria, aspecto sobre el cual en forma coincidente se expresara el Dr. Vázquez Vialard (cfr. 'Tratado de Derecho del Trabajo', t. 6, p. 91, Ed. Astrea)".

CNTrab., sala IX, "Loiácono, Teresa c. Universidad Argentina de la Empresa UADE s/despido", sent. def. 14.593 del 12/10/2007.

Docentes universitarios. Exclusión ley 13.047

"Los establecimientos universitarios poseen una modalidad propia de enseñanza y un grado de autonomía que hace que su funcionamiento sea incompatible con la normativa citada, por lo que los docentes que se desempeñan en ellos están fuera de las previsiones de la ley 13.047 (ver esta Sala, sent. def. 15.588 del 16/10/2007 en autos: 'Aceval Claudia Alejandra c. Universidad Argentina John F. Kennedy s/despido'). Ello así, corresponde confirmar lo decidido al respecto en origen".

CNTrab., sala X, 31/8/2009, "Anselmo, Silvia Leonor c. Fundación Universidad Argentina de la Empresa UADE s/diferencias de salarios", sent. def. 16.870.

Exclusión de la ley 13047 ante la falta de autorización del instituto educativo

"Para calificar a un establecimiento como 'educativo' en los términos de la ley 13.047 e incluso de la ley 24.195, es necesario que éste se encuentre autorizado y supervisado por las autoridades educativas como formando parte del sistema educativo general, debiendo acreditarse en tal supuesto la actividad formativa específica que se ha implementado. En el caso, no resultó probado que se tratase de un instituto habilitado por el Ministerio de Educación, sino de un establecimiento inscripto en el Registro Nacional de Prestadores del Ministerio de Salud de la Nación de conformidad con las previsiones de la resolución 1328/06 de esa cartera ministerial como 'centro de día', definido éste por la oferta de actividades ocupacionales y/o recreativas a favor de niños, jóvenes o adultos que sufran una discapacidad severa o profunda a fin de facilitarles su integración, mejorar las condiciones de vida y, en algunos casos, permitirles un ulterior acceso al sistema educativo formal".

CNTrab., sala X, 31/5/2016, "Paz Ana Victoria c. Parrondo Graciela Mabel y de Lellis Carlos Eduardo Soc. de hecho integ. y otros s/ diferencias de salarios", expte. 7.170/2011.

Aplicación de la LCT de forma excluyente ante la ley 13.047

"...la propia ley 20.744 enumera en su art. 1º las fuentes de regulación del contrato y la relación de trabajo, estableciendo en su inc. b) una importante fuente formal, que son los estatutos especiales. Se trata de leyes que han sido dictadas por el Congreso Nacional y que establecen regímenes jurídicos particulares para un sector determinado; en el caso que nos ocupa, establecimientos privados de enseñanza, regido por la ley 13.047. A ello cabe agregar que el art. 2º de la LCT explicita que "la vigencia de esta ley quedará condicionada a que la aplicación de sus disposiciones resulte compatible con la naturaleza y modalidades de la actividad de que se trate y con el específico régimen jurídico a que se halle sujeta". Superada la valla de la compatibilidad y ante la concurrencia de normas rige, conforme lo dispuesto en el art. 9ºLCT, el régimen de la norma más favorable tal como es, en el caso, el estatuto profesional que establece que "el personal sólo podrá ser removido, sin derecho a preaviso ni indemnización, por causa de inconducta, mal desempeño de sus deberes incapacidad física o mental, previa sustanciación del correspondiente sumario por autoridad oficial competente en el que se garantizará la inviolabilidad de la defensa" (art. 13); se trata de una exigencia tendiente a intensificar la protección a la estabilidad relativa de la que gozan los trabajadores comprendidos en el estatuto. En efecto, en materia laboral, el orden de jerarquía de las fuentes no resulta suficiente para definir la norma a aplicar, pues en esta materia ejerce una influencia determinante el principio protectorio que se traduce en la regla del principio del régimen más favorable...".

CNTrab., sala IV, 27/2/2015, "Stockle Matías Sebastián c. Fundación Formar Futuro s/despido", sent. def. 98668.

II. — Del personal

Art. 7º — El personal directivo, docente, docente auxiliar, administrativo, de maestranza y de servicio de todos los establecimientos privados, de enseñanza, tienen derecho:

a) A la estabilidad, siempre que no estuviere en condiciones de acogerse a los beneficios de la jubilación, con las excepciones que se determinan en el art. 13 de la presente ley.

b) Al sueldo y salario mínimos.

c) A la bonificación por antigüedad.

A la inamovilidad en la localidad, salvo conformidad escrita del interesado.

Art. 8º — Para ser designado en cargos directivos o docentes, en los establecimientos "adscriptos a la enseñanza oficial", se exigirá título habilitante.

En aquellas localidades donde no se cuente con docentes que posean título habilitante para la enseñanza secundaria, normal o especial, se podrá autorizar la designación de Maestros Normales Nacionales, o egresados de Escuelas Técnicas, según el caso, con carácter interino, los que quedarán habilitados para la enseñanza de la asignatura si en el transcurso de tres años merecieron concepto profesional favorable.

Art. 9º — El personal será designado por los respectivos establecimientos de enseñanza y, en el caso particular de los establecimientos "adscriptos a la enseñanza oficial", con aprobación de los organismos oficiales que corresponda, la que será indispensable para confirmar la designación.

Art. 10.— Producida la vacancia de un cargo docente, el establecimiento privado deberá designar al titular dentro de un plazo no mayor de noventa días, no computándose, a este efecto, los períodos de vacaciones.

Art. 11.— El personal directivo y docente de los establecimientos "adscriptos a la enseñanza oficial" tendrá los mismos deberes, se ajustará a las mismas incompatibilidades y gozará de los mismos derechos establecidos para el personal de los establecimientos oficiales.

En ningún caso, el personal de un establecimiento adscripto podrá desempeñar cargo u horas en el establecimiento oficial al que estuviere incorporado.

Art. 12.— Los servicios prestados en establecimientos "adscriptos a la enseñanza oficial" antes o después de la sanción de la presente ley, serán computables para optar a aquellos cargos y categorías de la enseñanza oficial que requieran antigüedad en la docencia.

Art. 13.— El personal sólo podrá ser removido, sin derecho a preaviso ni indemnización, por causas de inconducta, mal desempeño de sus deberes o incapacidad física o mental, previa substanciación del correspondiente sumario por autoridad oficial competente en el que se garantizará la inviolabilidad de la defensa.

Art. 14.— En los casos de despido por causas distintas a las taxativamente enumeradas en el artículo anterior, se aplicarán las disposiciones de los artículos 157 y afines del Código de Comercio.

Los pagos en concepto de preaviso y/o de indemnización serán por cuenta exclusiva del establecimiento privado y, en el caso de los establecimientos "adscriptos a la enseñanza oficial", no se computarán entre los gastos a cubrir con el porcentaje de sus ingresos arancelarios, a que se refiere el artículo 21.

Art. 15.— Las sanciones y remociones decretadas por el organismo oficial pertinente no darán lugar a ninguna indemnización.

Art. 16.— En el caso de cambio de planes de estudio, supresiones de cursos, divisiones o grados, previa autorización del organismo técnico respectivo y comunicación al Consejo Gremial de Enseñanza Privada, quedarán en disponibilidad, sin goce de sueldo, los docentes del establecimiento con menor antigüedad en la asignatura o en el grado.

No podrá evitarse la situación de disponibilidad de docentes mediante la quita de horas, cambios de asignatura o de turno, sin la conformidad escrita de los afectados.

Art. 17.— Al producirse vacantes o crearse en el establecimiento nuevos cursos, divisiones o grados, los docentes en disponibilidad serán designados de acuerdo con sus títulos habilitantes con prioridad a cualquier otro hasta recuperar la totalidad de su tarea docente.

¿ Comentario:

5. Personal incluido

Están comprendidos en este estatuto el personal directivo, docente, docente auxiliar, administrativo, de maestranza y de servicio (conf. art. 7º de dicha norma); pero para ejercer cargos directivos o docentes en establecimientos adscriptos a la enseñanza oficial se requiere, como condición sine qua non, poseer título habilitante (cfr. art. 8º).

En los institutos incorporados a la enseñanza oficial se distingue el personal de planta, que es aquél que dicta cursos o asignaturas en concordancia con los planes oficiales o que ocupa un cargo aprobado por el organismo de control estatal. Las cuestiones propiamente laborales se rigen por el estatuto y la LCT. También se desarrolla en estos establecimientos el personal fuera de planta, que dicta materias extracurriculares o desempeña cargos no incluidos dentro de la planta funcional autorizada por la supervisión estatal. Este último también se rige por el estatuto y la LCT.

En los institutos no incorporados a la enseñanza oficial, comúnmente llamados "academias", el personal cumple funciones relacionadas con la enseñanza y rige su relación laboral por el estatuto y la LCT.

6. Remoción del personal

El art. 13 establece que el personal sólo podrá ser removido, sin derecho a indemnización alguna, por causas de inconducta, mal desempeño de sus deberes o incapacidad física o mental, previa substanciación de un sumario a través de la autoridad oficial competente, en el que debe garantizarse la inviolabilidad de la defensa.

El Dr. Miguel Ángel Pirolo señaló que se trata de una exigencia tendiente a intensificar la protección a la estabilidad de la que gozan los trabajadores comprendidos en este estatuto; y la exigencia normativa, en realidad, no modifica el sistema de estabilidad relativa de la LCT, sino que sólo crea una obligación condicionante de la facultad patronal de resolver el vínculo, cuando el empleador pretenda hacerlo sin consecuencias indemnizatorias. De todos modos, aunque la autoridad administrativa entienda acreditada la existencia de las causas que fueron imputadas al trabajador en el sumario, no cabe duda de que éste, una vez despedido, puede promover la acción ante el tribunal judicial competente, que es el que en definitiva debe resolver si existió o no justa causa de despido (independientemente de la conclusión sumarial). Del mismo modo, si el empleador despidiera a pesar de una conclusión sumarial contraria a su postura cabría admitir la posibilidad de que acredite la injuria en sede judicial. Vale decir que la exigencia del sumario previo sólo podría adquirir alguna relevancia en caso de que se omitiere su cumplimiento porque, dada esa hipótesis, es indudable que el empleador no podría resultar eximido de responsabilidad indemnizatoria, pues la ruptura habría sido dispuesta sin cumplir con el recaudo que prevé el estatuto como condicionante de la legitimidad del despido.

El órgano competente, a los fines de efectuar la tramitación del sumario, es el Ministerio de Educación, aunque también debe darse intervención al Consejo Gremial de Enseñanza Privada. La resolución que se dicte, ya sea que declare o no la existencia de las causas de remoción, puede ser cuestionada a través de los recursos previstos en la Ley de Procedimiento Administrativo 19.549. Si durante la tramitación de dicho sumario se dispone la suspensión en forma precautoria de los servicios del trabajador, la medida no debe exceder del plazo máximo de 30 días en un año, tal como lo prevé el art. 220 de la LCT.

A pesar de que el art. 13 del estatuto dispone que el personal docente pueda ser despedido sin derecho a indemnización alguna por causa de "incapacidad física o mental", consideramos que esta norma ha perdido vigencia y que se encuentra desplazada por los arts. 212 y 254 de la LCT.

En efecto, a la época de sancionarse el estatuto, el derecho de la seguridad social era sólo incipiente y su posterior desarrollo incorporó beneficios que tuvieron como principales destinatarios a los trabajadores dependientes, mediante prestaciones que se dejaron a cargo de los empleadores por ser los beneficiarios inmediatos de los servicios de aquéllos. En este contexto, no parece razonable considerar excluidos a los trabajadores docentes de los beneficios contemplados en el art. 212 de la LCT, en virtud de una anacrónica disposición estatutaria, sobre todo cuando dichos beneficios no presentan incompatibilidad alguna con la naturaleza y modalidad de la actividad (conf. art. 2º, LCT). Por el contrario, la norma en análisis —que legitima el despido frente a una incapacidad psicofísica— puede considerarse vulneratoria de las disposiciones de jerarquía constitucional, contenidas en los tratados mencionados en el art. 75, inc. 22 de la CN, destinados a impedir arbitrarias discriminaciones y contraria a la ley 23.592, que también está dirigida a evitar tratos discriminatorios que deriven de los caracteres físicos de una persona.

La ley 13.047 incluye el derecho a la inamovilidad en la localidad, salvo conformidad escrita del interesado; y, al respecto, la doctrina ha señalado que esta disposición constituye una prolongación del derecho a la estabilidad, similar al derecho a la ubicación reconocido a los docentes de establecimientos oficiales. La inamovilidad reconocida no incluye la del horario de trabajo, que puede ser variado siempre que se respete el turno en que se realizó la designación.

Otro derecho especialmente reconocido por la ley 13.047 es el relacionado con el servicio prestado en establecimientos adscriptos, para optar a los cargos y categorías de la enseñanza oficial que requieran antigüedad en la docencia. El art. 175 de la ley 14.473 dispone expresamente que los servicios prestados en la enseñanza adscripta tendrán la misma validez que los desempeñados en la enseñanza oficial a los efectos del ingreso, acrecentamiento de horas y ascensos, en tanto la reglamentación de este artículo precisó que el pase de la enseñanza adscripta a la oficial debe hacerse por el cargo menor del escalafón respectivo.

7. Personal en disponibilidad

El art. 16 de la ley 13.047 establece que la disponibilidad sin goce de sueldo por supresiones de cursos, divisiones o grados, debe decidirse contando con la previa autorización del organismo técnico respectivo con comunicación al Consejo Gremial. Además, debe comenzarse por el personal de menor antigüedad en la asignatura o en el grado. En este contexto, la res. 219/1988 del CGEP prevé, como una causa de la inactividad que podría justificar una situación de disponibilidad, la falta de alumnos matriculados; pero ello sólo puede ser decidido al cierre de la matriculación de cada año, es decir, una vez comprobada la imposibilidad de contar con un alumnado suficiente. Otros de los supuestos previstos en la norma reglamentaria mencionada es la existencia de un acto imperativo de autoridad pública que determine dicha inactividad.

En concreto, para legitimar la disponibilidad de un trabajador docente se debe acreditar alguno de los supuestos justificativos mencionados y que se respetó el orden de antigüedad y las cargas de familia que exige como recaudo condicionante el citado art. 16 de la ley 13.047. Finalmente, el art. 1º, apart. I de la res. 219/1988 dispone claramente que, cuando la cancelación de una sección o serie de divisiones o de un curso responde a una decisión unilateral del empleador (no basada en ninguna de las razones antes analizadas), debe considerarse que no existe fundamento para la disponibilidad y que, por lo tanto, el personal afectado resulta acreedor a las indemnizaciones por despido injustificado previstas en la LCT.

Con relación al personal suplente, la jurisprudencia ha entendido que, aun cuando la res. 220/1988 del Consejo Gremial de Enseñanza Privada dispone que dicha calidad no genera derecho a indemnización alguna, debe computarse el lapso de la suplencia para el cálculo de la indemnización por antigüedad, de conformidad con lo previsto por el art. 2º de esa resolución, que asimila el trabajo realizado por docentes durante la suplencia a un contrato de trabajo eventual (ver Análisis Jurisprudencial).

Tal como ha señalado Moyano, la extinción de la relación laboral en materia de contrato docente no tiene regulada, ni en la LCT ni en el Estatuto del Docente, su extinción parcial o renuncia parcial. "Está claro que el educador puede cumplir sus funciones mediante un cargo o por horas cátedras, lo que evidencia el carácter fragmentable del contrato docente privado, que puede dividirse por módulos o bloques horarios (unidad mínima de designación correspondiente a cada asignatura), como también cuando ejerce más de un cargo. Pero el cargo o asignatura en sí es un paquete indivisible, motivo por el cual no es posible renunciar o despedir al trabajador respecto de algunas de las horas cátedras de éste". Por ello, afirma el autor que en materia de despido directo resulta inaplicable la regla de la fragmentabilidad del contrato dado que, aunque la injuria o falta se haya cometido respecto de determinadas horas o en ejercicio de determinado cargo, la relación o vínculo es uno solo. "Todo ello acorde con los principios generales que enmarcan la relación obrero-patronal, plasmados en la Ley de Contrato de Trabajo, tales como los de buena fe (art. 63), fidelidad (art. 85), los que hacen a los deberes de diligencia y colaboración (art. 84), de cumplimiento de órdenes e instrucciones (art. 86) y su correlato, la facultad de dirección y organización que posee el empleador (arts. 64, 65), etc.".

8. Jurisprudencia

Docentes particulares. Carácter docente del cargo de preceptor

"El cargo de un preceptor directa o inmediatamente ligado con funciones educativas superiores no puede decirse que sea no docente, ya que este último concepto tiene amplitud suficiente como para así expresarlo y la Real Academia Española, al definir el término lo hace afirmando que es la 'Persona que enseña'".

CNTrab., sala VI, 27/3/2012, "Just, Marisa Viviana c. Colegio Esteban Echeverría SAE s/despido, sent. def. 63.784.

Docentes particulares. Coordinación de la asignatura computación. Suplencias. Ausencia de título habilitante. Art. 14, LCT

"Si la Unión de Trabajadores Docentes informó que la actividad "coordinadora de la asignatura computación"—conforme art. 1º de la Ordenanza Nº 40.593 (Estatuto Docente de la UBA)—es tarea docente, la actora debió ser remunerada de esa manera porque realizó las tareas correspondientes a esa categoría aún cuando carecía del tíulo habilitante, ello por cuanto dicho requisito no puede ser oponible a la trabajadora (arts. 14,LCTy 14,CN), máxime cuando fue la propia demandada quien afirmó en su responde que no podía incorporar a docentes sin título oficial, dado que el hecho de haberla integrado al cuerpo docente en esas condiciones generó consecuencias que no pueden recaer sobre la dependiente, cuando ésta desempeñó tareas acordes al Estatuto docente y no de auxiliar extraprogramática o preceptora como se afirmó en el conteste".

CNTrab., sala I, 27/3/2013, "Cena, Sara Gabriela c. Instituto Nuestra Señora de la Misericordia s/despido", sent. def. 88.635.

La falta de sumario previo previsto por ley 13.047 no justifica reparación por daño moral

"La sola prescindencia del sumario no justificaría una reparación por daño moral, pues la consecuencia que cabe derivar de la omisión de tal sumario es, en todo caso, que la cesantía así dispuesta carece de justa causa y no que se hubiera infligido un daño especial, extra, de carácter moral y resarcible al margen de las disposiciones laborales generales, o distinto del que se le produce a cualquier trabajador que se ve cesanteado sin mediar justa causa".

CNTrab., sala V, 16/4/2009, "Corbacho, Diego Augusto c. IEA SRL s/despido", sent. def. 71.504.

Sumario previo. Requisito previo al distracto

"Para proceder al despido no sólo basta alegar una justa causa, sino la substanciación previa a la trabajadora de sumario por autoridad oficial competente con garantía de inviolabilidad de la defensa".

CNTrab., sala V, del 31/8/2009, "Alonso, Marcela Marta c. Oxford High School S.A.E. s/despido", sent. def. 71.778.

Despido. Requisito sumario previo

"Tal como lo establece laLey 13.047,resulta requisito previo al despido la tramitación del pertinente sumario, por lo que se evidencia que al proceder sin ese requisito ni siquiera le otorgó a la demandante la oportunidad de defenderse dentro de la órbita legalmente prevista, lo cual torna también por esta circunstancia injustificada la medida rescisoria".

CNTrab., sala IX, 18/10/2007, "Valle, Estela Cristina c. Instituto Integral SA s/despido", sent. def. 14.602.

Despido indirecto docente privado. Justificación de la decisión resolutoria

"Resulta justificada la situación de despido en la que se colocó el docente de un establecimiento privado, toda vez que se acreditó que se omitió el depósito de aportes por parte del empleador a la cuenta del trabajador y que existió una reducción salarial —en el caso, del 10 %—, que afectó uno de los elementos fundamentales de las condiciones laborales, presentando ambas circunstancias entidad suficiente impeditiva de la prosecución del vínculo".

CNTrab., sala VI, 22/3/2010, "Fernández Verón, Vanesa c. Instituto Educativo Huellas SA", LLAR/JUR/6487/2010.

Despido indirecto. Justificación

"Resulta justificado el despido indirecto en el que se colocara una docente, toda vez que no se ha probado la anoticiación fehaciente y desde una fecha cierta del período de inicio de la "disponibilidad" —art. 16de laley 13.047(Adla, VII-392)—, tal como lo exige laresolución 219/88del Consejo Gremial de Enseñanza Privada, máxime frente a la cerrada negativa de la demandada de aclarar dicha situación laboral".

CNTrab., sala VII, 18/7/2008, "Cugliari, Fernanda Jimena c. Fundación Salottiana y otro", LLAR/JUR/4920/2008.

Despido directo. Obligación de realizar sumario

"Resulta injustificado el despido comunicado a la trabajadora que se desempeñaba como docente en una institución privada —en el caso, fundada en la pérdida de confianza—, ya que conforme lo previsto en elart. 13de laley 13.047,previamente al despido, la empleadora tenía la obligación de gestionar la sustanciación de un sumario ante una autoridad oficial competente, garantizando la inviolabilidad de la defensa de aquélla".

Juzg. de 1ª Instancia del Trabajo y Conciliación nro. 1 de La Rioja,12/6/2007, "Páez, Sandra Vilma c. J. L. SRL", LLGran Cuyo, 2007 (diciembre), 1165, LLAR/JUR/6070/2007.

Indemnización por despido. Procedencia

"Corresponde rechazar la indemnización por despido reclamada si al finalizar el tiempo de disponibilidad acordado entre la docente y su empleador, no se produjo una disolución automática de la relación laboral, por lo cual en base a los principios de buena fe y de preservación del contrato de trabajo, aquella debió intimar concretamente a su empleadora para que fijara su posición respecto de la restauración de sus horas originales —en el caso, luego de un año de concluido el período de disponibilidad, intimó directamente el pago de la indemnización por despido—, bajo apercibimiento de darse por despedida e iniciar las acciones pertinentes, más aún en una situación indefinida donde existía un vinculo latente que obligaba a las partes a dar todas las posibilidades de explicarse y adoptar una decisión debidamente comunicada".

CNTrab., sala I, 18/12/2007, "Fariña, Susana Olga c. Nueva Escuela Argentina 2000 SRL", LLAR/JUR/10458/2007.

Licencia sin goce de sueldo. Imposibilidad de superposición de licencias

"...la actora se encontraba gozando de una licencia extraordinaria sin goce de haberes, por lo que resultaba plenamente aplicable lo previsto en la Reglamentación del art. 70 del Estatuto Docente, concretamente respecto del inc. j), que expresamente prevé que no podrá solicitarse licencia por otra causa mientras se esté haciendo uso de ésta. En este mismo sentido, la petición posterior que efectúa la trabajadora solicitando el cese de la licencia extraordinaria, y el inmediato otorgamiento de una licencia por enfermedad, tampoco resulta ajustada a derecho, por cuanto en definitiva importa la misma situación. Ello así, porque en realidad, la actora nunca se presentaría a tomar su cargo, y continuaría inmersa en el período de licencia sin goce de haberes en el que voluntariamente se colocó. Durante tal período, si bien la vigencia del contrato se mantiene, las obligaciones de cumplimiento a cargo de las partes se suspenden, manteniéndose las de conducta o ética, de lo que deriva que la obligación que durante el referido período pesaba sobre la demandada de mantener el puesto de trabajo de la actora, se encontraba cumplida, ya que la misma nunca negó que al finalizar la licencia procedería a colocar a Torres nuevamente en su cargo... toda vez que el instituto de las enfermedades y accidentes inculpables, contemplado en laLCTy en el caso en el Estatuto Docente, es una manifestación evidente del principio protectorio, donde se establece la obligación del empleador de pagar al dependiente la remuneración durante el tiempo que el trabajador no puede concurrir a trabajar, para la procedencia del mismo, resulta imprescindible que durante tal período el empleador se encuentre obligado al pago de la remuneración, y en el caso, la demandada no lo estaba...".

CNTrab., sala VI, 8/8/2016, "Torres Estela Luisa c. Colegio Esteban Echeverría S.A. Educacional s/despido", expte. 51.834/2012.

Obligatoriedad del sumario previo al despido

"Sentado lo expuesto, se ha sostenido en varias oportunidades que 'en caso de omisión del sumario previo el empleador no puede resultar eximido de responsabilidad indemnizatoria, pues la ruptura habría sido dispuesta sin cumplir con el recaudo que prevé el estatuto como condicionante de la legitimidad de la medida rescisoria' (CNTrab., sala II, 6/6/2007, "Poggio Carla y otro c. Instituto ERNA SRL s/despido", sent. def. 95029 ysala VI, 26/11/2013, "Baranzini, Mónica Beatriz c. Centro de Eventos SRL y otros s/despido", sent. def. 89381). En definitiva, toda vez que la institución demandada no invocó ni acreditó haber sustanciado al accionante un sumario ante la autoridad competente del que resultara acreditada alguna de las causales que prevé el art. 13 del estatuto como las únicas que autorizarían a remover a un dependiente de su cargo, es evidente que el despido del actor carece del recaudo condicionante esencial de su legitimidad, lo que sella la suerte adversa del recurso".

CNTrab., sala IV, 27/2/2015, "Stockle Matías Sebastián c. Fundación Formar Futuro s/despido", sent. def. 98.668.

III — De los sueldos y aranceles

Art. 18.— Se establecen como sueldos mínimos los siguientes:

a) Para el personal docente de los establecimientos comprendidos en el inciso a) del art. 2º, un sueldo mensual no inferior al 60 % del sueldo nominal que, en igualdad de especialidad, tarea y antigüedad, perciban los docentes de los establecimientos oficiales.

Los maestros de grado que presten servicios con horarios discontinuos gozarán, además, de una bonificación no menor del 30 % calculada sobre el sueldo básico nominal que les corresponda;

b) Para el personal directivo, docente auxiliar, administrativo, de maestranza y de servicio, de los establecimientos incluidos en el inciso a) del art. 2º, y para todo el personal de los establecimientos comprendidos en los incs. b) y c), del mismo artículo, el Consejo Gremial de Enseñanza Privada establecerá un sueldo mensual no inferior, en ningún caso, al sueldo mayor que hubiere percibido este personal durante los últimos dos años, más un 25 % de aumento. Además, este personal gozará por cada 3 años de servicios, a partir de los 10 años de antigüedad, de una bonificación del 10 % sobre el sueldo básico nominal precedentemente establecido.

Los sueldos iniciales del personal de los establecimientos que se creen con posterioridad a la sanción de la presente ley, serán fijados, oídas las partes, por el Consejo Gremial de Enseñanza Privada y gozarán de la misma bonificación prefijada, contándose los plazos desde el comienzo de sus tareas.

Art. 19.— Los sueldos establecidos por el artículo anterior se abonarán durante los doce meses, independientemente de un sueldo anual complementario, equivalente a la 1/12 parte del total de los sueldos percibidos en el respectivo año calendario.

Art. 20.— El sueldo que perciba el personal docente se entenderá, en todos los casos, como retribución por la sola prestación de los servicios específicos para que fuera designado.

Art. 21.— El Consejo Gremial de Enseñanza Privada establecerá, anualmente, el porcentaje de los ingresos por aranceles de enseñanza que los establecimientos privados destinarán al pago de los sueldos de su personal. Este porcentaje no podrá ser inferior al 50 % de dichos ingresos.

Art. 22.— Para fijar los aranceles de enseñanza que los establecimientos "adscriptos a la enseñanza oficial" aplicarán a sus alumnos, el Consejo Gremial de Enseñanza Privada los clasificará en tres categorías, teniendo en cuenta las características de la zona, el material didáctico de que dispongan y las comodidades que ofrezcan a sus alumnos y, antes del 1º de enero de cada año, deberá someter a la aprobación del Poder Ejecutivo las tarifas mínimas propuestas para cada categoría.

Estos aranceles serán percibidos únicamente durante el período lectivo establecido por los organismos técnicos respectivos.

Art. 23.— Los establecimientos privados de enseñanza, comprendidos en los incs. b) y c) del art. 2º, comunicarán al Consejo Gremial de Enseñanza Privada, los aranceles de enseñanza que fijen para sus alumnos, dentro de los 30 días de establecidos.

Art. 24.— Los establecimientos "adscriptos a la enseñanza oficial", que demuestren que no pueden pagar los sueldos mínimos establecidos en el inciso a) del art. 18, recibirán, y sólo para esos efectos, una contribución del Estado que no podrá ser superior a las 2/3 partes de los sueldos mínimos que se establecen en dicho artículo.

El Consejo Gremial de Enseñanza Privada, de acuerdo a las características financieras de cada establecimiento, y demás circunstancias que determinen su funcionamiento, propondrá anualmente, al Poder Ejecutivo, en informes fundados, el monto de esta contribución.

Para los establecimientos que impartan enseñanza exclusivamente gratuita esta contribución del Estado podrá alcanzar hasta el 80 %.

Art. 25.— A partir del 1º de Enero de 1948, no se acordarán nuevas subvenciones, ni se pagarán en lo sucesivo las que hayan sido acordadas, en concepto de ayuda a la enseñanza que imparten a colegios o instituciones de enseñanza privada, incluidos en el inciso a) del artículo 2º. Los importes correspondientes ingresarán en la cuenta especial que se habilitará para el cumplimiento de las disposiciones de esta ley.

Art. 26.— El Consejo Gremial de Enseñanza Privada fijará anualmente el número de becas de estudio, por grado y curso, que acordará cada establecimiento adscripto subvencionado por el Estado. Estas becas serán concedidas en una proporción no menor del 10 % del número de alumnos de cada curso o grado. Asimismo, a solicitud fundada de un establecimiento "adscripto a la enseñanza oficial", subvencionado por el Estado, el Consejo Gremial de Enseñanza Privada podrá autorizarlo a que exima a uno o más alumnos del pago total o parcial de los aranceles de enseñanza.

• Comentario:

En cuanto a la remuneración, cabe señalar que no se trata de una actividad en la cual la determinación de las escalas salariales se encuentre sujeta a la negociación colectiva sino que, de acuerdo a lo establecido en losarts. 18, inc. b), y 31de laley 13.047,el órgano facultado para establecer las escalas salariales es el Consejo Gremial de Enseñanza Privada.

Sin perjuicio de ello, la CSJN ha declarado la inconstitucionalidad de la res. 71/1999 de la Secretaria de la Seguridad Social, en cuanto excluye a los docentes privados del régimen general de asignaciones familiares —ley 24.714— y de las normas dictadas por el Consejo Gremial de Enseñanza Privada, que modifican dicho régimen al considerarlas violatorias de losarts. 1ºy3ºde laley 24.714y por alterar el orden de prelación de las normas de rango superior —arts. 28, 31 y 99, incs. 2º y 3ºde laCN— (ver en Fallos Rectores).

Al personal docente del ámbito privado le resultan aplicables las disposiciones emanadas del Consejo Gremial de Enseñanza Privada, ello dado que el sector ha sido excluido de participar en el Fondo Compensador de las Asignaciones Familiares. Fue en tal contexto que La Asociación Sindical de Docentes Privados promovió una acción de amparo solicitando la inconstitucionalidad de la res. 71/1999 de la Secretaría de Seguridad Social de la Nación, así como de la normativa sobre asignaciones familiares dictada por el Consejo Gremial de Enseñanza Privada, porque consideró que las normas al respecto afectaban los derechos de sus representados. En primera instancia se hizo lugar a la solicitud, basándose la sentencia en el orden jerárquico que debe guardar la normativa legal, considerando que los docentes privados no están excluidos de laley 24.714,por lo cual cualquier norma de menor que los excluya es inconstitucional. Por su parte, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo consideró que no se había logrado demostrar el perjuicio para los reclamantes a los que representa la entidad, y rechazó lo solicitado. Llegada la cuestión a la CSJN, ésta expresó: Debe revocarse la sentencia que rechazó la acción promovida por el Sindicato Argentino de Docentes Particulares, con fundamento en la inconstitucionalidad de la res. 71/1999 de la Secretaría de la Seguridad Social, en cuanto excluye a los docentes privados del régimen general de asignaciones familiares —ley 24.714—, y las normas dictadas por el Consejo Gremial de Enseñanza Privada, en cuanto regulan sobre el contenido material de las asignaciones familiares, fijan a esos fines un tope salarial por debajo del legal, exigen una antigüedad mínima en el empleo, imponen una reducción proporcional del beneficio en relación a determinadas condiciones que la Ley no requiere y resultan perjudiciales para los trabajadores, conforme se puso de manifiesto al comparar el régimen legal con el previsto por el Consejo Gremial de Enseñanza Privada, extremos que no fueron tratados por el a quo, sino que, por el contrario, se exigió con excesivo rigor formal la demostración de que los representados por la entidad sindical docente no hubiesen percibido los beneficios que les correspondían, cuando la diferencia in pejus era evidente. (Del dictamen de la Procuradora Fiscal que la Corte, por mayoría, hace suyo).

También se ha declarado en sede judicial la inconstitucionalidad de la res. 1884/2002 del Consejo Gremial de Enseñanza Privada que obstaba a la aplicación y vigencia de las asignaciones no remunerativas previstas en los decs. 2641/2002, 905/2003, 392/2003 y 134.720/2003, del incremento remuneratorio establecido en el dec. 392/2003 y de la asignación no remuneratoria y el incremento remuneratorio que fijó el dec. 2005/2004 para los trabajadores de la enseñanza privada y se dispuso el otorgamiento de esos beneficios a los trabajadores del sector.

9. Jurisprudencia

Asignaciones familiares. Asociaciones sindicales de trabajadores . Docente privado. Constitución Nacional. Constitucionalidad

"LaResolución 71/1999de la Secretaría de la Seguridad Social, en cuanto excluye a los docentes privados del régimen general de asignaciones familiares —ley 24.714— y las normas dictadas por el Consejo Gremial de Enseñanza Privada, en tanto modifican el régimen referido, violan losarts. 1ºy3ºde laley 24.714siendo inconstitucionales por incompetencia, exceso reglamentario, y alteración del orden de prelación de las normas de rango superior —arts. 28, 31 y 99, incs. 2º y 3ºde laConstitución Nacional—, ya que, cuando el legislador quiso excluir alguna actividad de las previsiones del régimen aludido lo hizo expresamente y sólo por excepción en aquellos casos de trabajadores que tuviesen un determinado nivel de ingreso —arts. 2ºy3ºde laley 24.714—, razón por la cual, donde la Ley no distingue, no cabe distinguir, y si bien la norma faculta al Poder Ejecutivo Nacional a establecer la cuantía de las asignaciones familiares, impone que las prestaciones a abonarse no podrán ser inferiores a las establecidas en la Ley —art. 19, párrafo 3, de laley 24.714—" (Del dictamen de la Procuradora Fiscal que la Corte, por mayoría, hace suyo).

CSJN, 26/5/2010, "Sindicato Argentino de Docentes Particulares c. Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional", LALEY del 8/6/2010, LALEY, 8/6/2010, 7; DT, 2010 (julio), 1881, con nota de Leonardo Pablo Ferraro; LLAR/JUR/18946/2010.

Las prestaciones a abonarse no pueden ser inferiores a las establecidas por la ley

"Cabe dejar sin efecto la sentencia con excesivo rigorismo exigió la demostración de que los representados por el Sindicato Argentino de Docentes Particulares (SADOP) no hubiesen percibido los beneficios que les correspondían, a los fines de rechazar la acción promovida con fundamento en la inconstitucionalidad de laResolución 71/1999de la Secretaria de la Seguridad Social y de las resoluciones dictadas por el Consejo Gremial de Enseñanza Privada (CGEP) que desplazaron, a los docentes de instituciones privadas regidos por laley 13.047,del régimen de Asignaciones Familiares regulado por laley 24.714,cuando la diferencia in pejus era evidente, y el objeto de la pretensión no era cuestionar la razonabilidad de las medidas adoptadas sino la competencia del referido Consejo Gremial para su dictado" (Del dictamen de la Procuradora Fiscal que la Corte, por mayoría, hace suyo).

CSJN, 26/5/2010, "Sindicato Argentino de Docentes Particulares c. Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional", LA LEY del 8/6/2010, LA LEY, 8/6/2010, 7; DT, 2010 (julio), 1881, con nota de Leonardo Pablo Ferraro; LL AR/JUR/18946/2010.

Asignaciones familiares como protección de la familia y la ancianidad

"Las asignaciones o subsidios familiares son prestaciones de la seguridad social cuya cobertura 'integral' —por mandato delart. 14 bisde laConstitución Nacional— preserva a la familia y a la ancianidad, cuando no concurren circunstancias excepcionales, de las consecuencias negativas producidas por las contingencias sociales" (Del dictamen de la Procuradora Fiscal que la Corte, por mayoría, hace suyo).

Asignaciones familiares. Docentes de establecimientos primarios y secundarios

"Es procedente revocar la decisión que declaró la inconstitucionalidad de laresolución 71/99de la Secretaría de Seguridad Social y de las resoluciones 664/1996, 661/1996, 1/1997 y 208/2000 del Consejo Gremial de Enseñanza Privada en relación al régimen de asignaciones familiares correspondientes a los docentes de establecimientos primarios y secundarios privados en cuanto determinan el pago directo de las asignaciones familiares por el empleador sin aportar al sistema de reparto estatal, si no se advierte configurado un perjuicio tangible para los trabajadores ya que no existe ninguna prueba ni se alegó que los beneficiarios del régimen de asignaciones familiares, no hayan percibido las sumas que les correspondía, por lo cual el planteo perseguiría la declaración de una nulidad por la nulidad misma".

CNTrab., sala II, 20/6/2006, "Sindicato Argentino de Docentes Particulares S.A.Do.P. c. Estado Nacional Poder Ejecutivo Nacional", LLAR/JUR/15278/2006.

Asignaciones familiares. Educación. Estatuto del Personal Docente

"Por res. 134/63 se declaró no incluidos en el régimen de la Caja de Subsidios Familiares para Empleados de Comercio a los establecimientos educativos comprendidos en el Estatuto del Personal Docente de los Establecimientos de Enseñanza Privada y, en los considerandos de dicha resolución, se tuvo en cuenta que las relaciones laborales en ese sector están regidas por laley 13.047(ADLA, VIII, 393), cuyo órgano de aplicación es el Consejo Gremial de Enseñanza Privada, al que se le acordaron facultades especiales de fiscalización".

CNTrab., sala V, 24/5/1985, "Alianza Francesa de Mar del Plata, Asociación para la Enseñanza del Idioma Francés", DT, 1985-B-1035, LLAR/JUR/11/1985.

Docentes particulares. Remuneración. Sistema de escalafonamiento más favorable

"Al ser la actora contratada para desempeñarse en el Instituto Goethe comprendido en laley 13.047,y al haberse dictado dicha institución un sistema escalafonario en uso de sus facultades como empleadora, si al comparar las escalas que surgen de dicho convenio con las correspondientes al personal que presta servicios en los establecimientos de enseñanza privada comprendidos en la citada ley, surgen diferencias, corresponde la aplicación del escalafón más favorable".

CNTrab., sala II, "Krautmann de Portaro, Berta c. Instituto Goethe Buenos Aires s/despido", sent. def. 89.466 del 20/6/2001.

Diferencia salarial del docente privado. Efecto de cosa juzgada

"Es procedente el reclamo por diferencias salariales reclamadas por un docente con fundamento en los aumentos salariales otorgados mediante el dec. 2641/2002 y los que le sucedieron, toda vez que la sentencia dictada en la acción de amparo incoada por la asociación sindical que la representaba y que reconocía su derecho a los beneficios que reclama, tiene efecto de cosa juzgada".

CNTrab., sala II, 6/3/2009, "Varela, Mónica Edith c. Ejad Uno Asociación Civil de Enseñanza", LLAR/JUR/5193/2009.

Docentes. Improcedencia de la asignación no remunerativa del dec. 2005/2004 convertida en remunerativa por el dec. 1295/2005 a los docentes privados

"Toda vez que en lo que se refiere a la determinación de los salarios elart. 38de laley 24.195estableció la equiparación salarial de los docentes de las instituciones educativas de gestión privada a los docentes de instituciones de gestión estatal, y siendo que los docentes estatales no fueron beneficiados por la asignación del dec. 2005/04 por estar excluídos, y dado la equiparación salarial existente entre éstos y los docentes privados, por aplicación del principio 'igual remuneración por igual tarea' no corresponde a la accionada —docente de establecimiento privado— la asignación que reclama. Por otra parte, el beneficio del dec. 2005/2004 no resulta aplicable a la actora por el hecho de que sus remuneraciones están fijadas por "instituciones o procedimientos específicos diferentes a los previstos en laLey Nº 20.744,tal como expresa el mencionado dec. 2005/2004, en su segmento de exclusión".

CNTrab., sala II, 14/11/2008, "Batista, Da Silva, Fair c. El Lab Taller de Idiomas SRL s/despido", del expte. 5.022/07(M.-P.), sent. def. 96.179.

Admisión de acción de amparo por incidencia colectiva

"Existe una circunstancia de carácter procesal que respalda la pretensión del demandante; pues la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia del Trabajo Nº 75, en el amparo interpuesto por el SADOP —luego confirmada por lasala VI de la CNTrab., mediante sentencia int. 26.684 del 26/2/2004— no sólo declaró la inconstitucionalidad de la res. 1884/02 del Consejo Gremial de Enseñanza Privada, sino que, incluso, afirmó la vigencia de los decretos para los trabajadores de la enseñanza privada, decisión que ha pasado en autoridad de cosa juzgada. En consecuencia, la accionante, se encontraba amparada por una decisión judicial firme (arg.art. 43de laConstitución Nacional) que reconocía su derecho a los beneficios que reclama, que es anterior a la res. 921/04, la cual, por tal razón, no le resulta oponible".

CNTrab., sala II, 29/6/2007, "Barsanti, Noelia c. Colegio Esteban Echeverría SA s/despido", sent. def. 95.085.

Adicional no remuneratorio. Docente privado. Convenio colectivo aplicable

"Debe incluirse en el pago de las asignaciones no remunerativas establecidas por los decs. 1273/2002 del Poder Ejecutivo Nacional y concordantes al docente de una institución privada, ya que, el beneficio comprende a los empleados del sector privado en relación de dependencia comprendido en el régimen de la negociación colectiva en los términos de laley 14.250,y no existe norma en el ordenamiento jurídico vigente que excluya a los educadores de éste marco regulatorio".

CNTrab., sala IV, 31/10/2008, "Nejmark, Marisa Claudia c. Asociación Educativa Cultural y Religiosa Natan Gesang", LLAR/JUR/13145/2008.

Resolución 1884/2002. Dec. 1273/2002

"A través de la res. 1884/02, el Consejo Gremial de Enseñanza Privada resolvió "que no es aplicable el dec. 1273/02 al personal docente de los establecimientos educativos comprendidos e elart. 2ºde laley 13.047" (art. 1). Existió en el ámbito de la propia administración, un proceder contradictorio, en especial si se tienen en cuenta las competencias del dec. 1273/2002 y lo dispuesto por la Secretaría de Trabajo en la res. 175/02, que dispuso que los trabajadores docentes privados se encontraban alcanzados por la asignación establecida en el dec. 1273/2002. Esta circunstancia, sin duda muy relevante, demuestra, al menos en la sumaria instancia cautelar, la vulnerabilidad jurídica de laresolución 1884/02y es suficiente para inferir la presencia de 'fumus bonus iuris'".

FG Dictamen nro. 32.250,11/12/2002, expte. 32.584/02al que adhiere la sala VI, sent. int. 25.656,23/12/2002, "Sindicato Argentino de Docentes Particulares SADOP c. PEN s/amparo". (CF.- FM.- De la F.-).

Asignaciones del Poder Ejecutivo Nacional. Procedencia

"El reclamo incoado por un docente privado en orden a las asignaciones dispuestas por el dec. 2005/2004 del Poder Ejecutivo Nacional es procedente, ya que aquella normativa sustrajo de su alcance a los dependientes privados cuyas remuneraciones fueran determinadas por instituciones o procedimientos específicos, diferentes a los previstos en lasleyes 20.744(t.o. 1976) y 14.250 (Adla, XXXVI-B, 1175; XIII-A, 195), circunstancia que no ocurre en el caso de autos porque la res. 507 de la Secretaría de Trabajo del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social pone en evidencia que este sector educativo está canalizando su derecho de negociación colectiva a través de los carriles normativos de la última Ley mencionada".

CNTrab., sala VIII, 24/10/2007, "Blanco, Melodi Daniela c. Asociación Colegio Saint Jean Asoc. Civil", LLAR/JUR/8192/2007.

Docentes privados. Resolución 1884/2002

"Debe rechazarse la pretensión del cobro de la "asignación no remunerativa" supuestamente adeudada, toda vez que el Consejo Gremial de Enseñanza Privada dispuso, a través de la res. 1884/02 "que no es aplicable el dec. 1273/2002 al personal docente de los establecimientos educativos comprendidos en elart. 2ºde laley 13.047" (art. 1º)".

CNTrab., sala X, 13/9/2004, "Novell, Marcela c. Instituto Sara Chamberlain de Ecleston SA s/despido", expte. 9645/03, sent. 12.984(Sc.- S.).

Adicional no remuneratorio del docente privado

"Resulta procedente sancionar con multa al establecimiento de educación privada que omitió abonar las asignaciones no remunerativas de los decs. 1273/2002 y 2641/2002 (Adla, LXII-D, 4057); (Adla, LXII-A, 117) a sus docentes, pues, la resolución del Consejo Gremial de Enseñanza Privada que establecía que el primero de los decretos no era aplicable a los educadores dependientes de establecimientos de gestión privada fue dictada con posterioridad a la fecha en que se cometieron las infracciones en cuestión, no pudiendo alegarse la falta de envió por parte del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires de las partidas correspondientes, en tanto es clara la obligación de cualquier establecimiento privado de cumplir con el pago del sueldo de sus docentes".

CContencioso administrativo y Trib. Ciudad Autónoma deBuenos Aires, sala II, 12/2/2009, "Institución Salesiana Colegio León XIII c. GCBA", LLCABA, 2009 (abril), 204, LLAR/JUR/503/2009.

Incrementos del Poder Ejecutivo Nacional. Inaplicabilidad a los docentes de educación privada no comprendidos en convenios colectivos

"Los incrementos previstos en el dec. 1273/2002 del Poder Ejecutivo Nacional y sus reglamentaciones, no son aplicables a los docentes de enseñanza privada que al momento de su dictado no estaban comprendidos en ningún convenio colectivo de trabajo, aún cuando estuvieran transitando por las negociaciones tendientes a su homologación, que se logró con posterioridad, en tanto ese acuerdo no adquirió su condición de tal hasta su registración y no es de aplicación retroactiva".

CLab. de Posadas,sala I, 7/5/2009, "Lovera, Analia Cristina y otros c. Instituto San Miguel", LLAR/JUR/18944/2009.

Aplicación de los decretos del Poder Ejecutivo Nacional a los docentes privados

"Son inaplicables a los docentes de enseñanza privada los incrementos previstos en los decretos nacionales 1273/02, 2641/02 y 905/2003, pues conforme la res. 921/2004 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social sus salarios han sido equiparados al de los docentes públicos, quienes están expresamente excluidos de los mencionados decretos".

ST Jujuy,20/4/2009, "Coloccini, María Alejandra c. Instituto Santa Teresita", DJ, 28/10/2009, 3058, LLAR/JUR/14125/2009.

IV — Del consejo gremial de enseñanza privada

Art. 27.— Créase el Consejo Gremial de Enseñanza Privada, que estará integrado por doce miembros y un presidente, a saber:

a) Cuatro representantes del Ministerio de Justicia e Instrucción Pública (2 por la enseñanza secundaria y normal; 1 por la enseñanza técnica y 1 por la enseñanza primaria);

b) Dos representantes de la Secretaría de Trabajo y Previsión;

c) Dos representantes patronales de los "establecimientos adscriptos a la enseñanza oficial" (1 por los establecimientos religiosos y 1 por los establecimientos laicos);

d) Un representante patronal de los establecimientos comprendidos en los incs. b) y c) del art. 2º;

e) Tres representantes del personal (1 por los profesores, 1 por los maestros y 1 por el restante personal).

El presidente será designado por el Poder Ejecutivo. Los representantes a que se refieren los incs. c), d) y e) serán designados por las asociaciones gremiales correspondientes.

Art. 28.— Es incompatible el ejercicio de una representación patronal o del personal, en el Consejo Gremial de Enseñanza Privada, con el ejercicio de cargos dependientes del Ministerio de Justicia e Instrucción Pública.

Art. 29.— El presidente y los miembros del Consejo Gremial de Enseñanza Privada durarán 3 años en sus funciones y se desempeñarán con carácter honorario. Los representantes del personal comprendidos en el inciso e) del art. 27, pasarán a revistar en disponibilidad en sus respectivos cargos, por el tiempo que dure su representación, sin que esta situación de disponibilidad interrumpa los beneficios que la presente Ley les acuerda. Sus sueldos serán abonados por el Consejo Gremial de Enseñanza Privada, con cargo a sus fondos propios.

Art. 30.— Todos los miembros del Consejo Gremial de Enseñanza Privada tendrán voz y voto, y el presidente tendrá facultad para decidir en caso de empate, sin estar obligado a pronunciarse en favor de ninguna de las propuestas en debate. Las resoluciones serán tomadas por simple mayoría y los votos serán individuales.

Art. 31.— Son atribuciones del Consejo Gremial de Enseñanza Privada:

1º Intervenir en la fiscalización de las relaciones emergentes del contrato de empleo privado en la enseñanza y de la aplicación de la presente ley.

2º Resolver las cuestiones relativas al sueldo, estabilidad, inamovilidad y condiciones de trabajo del personal, que no estén contempladas en el presente estatuto.

Art. 32.— De las resoluciones del Consejo Gremial de Enseñanza Privada podrá interponerse recurso jerárquico ante el Poder Ejecutivo.

V — De las sanciones

Art. 33.— Las transgresiones a cualquiera de los artículos de esta Ley harán responsables, solidaria e ilimitadamente, al propietario y director del establecimiento privado, a quienes se aplicarán multas de $ 100 a $ 10.000 m/n., sin perjuicio de la inhabilitación de ambos, que podrá ser dispuesta como accesoria de la multa impuesta, y de la cancelación de la adscripción acordada al establecimiento o clausura de la escuela. El importe de la multa será destinado a integrar el aporte que el Estado tiene a su cargo para el cumplimiento de esta ley.

Art. 34.— Para la imposición de las sanciones establecidas en el artículo anterior se aplicará el siguiente procedimiento:

a) Formulada una denuncia ante el Consejo Gremial por persona, entidad gremial interesada, o funcionario de las reparticiones correspondientes, se dictará resolución disponiendo la iniciación del sumario respectivo;

b) De la denuncia se dará traslado al imputado por el término perentorio de 10 días, haciéndole saber que dentro del mismo deberá presentar su descargo ofreciendo las pruebas que hagan a su derecho, no admitiéndose ninguna medida probatoria ofrecida con posterioridad a dicho término;

c) La prueba ofrecida será recibida por el Consejo Gremial o por la autoridad que éste designe dentro de los 15 días de vencido el término anterior;

d) Transcurrido el mismo, se hayan o no producido las pruebas ofrecidas, o después de vencido el término a que se refiere el inciso b), sin que se haya presentado el descargo u ofrecido pruebas, el Consejo Gremial dictará resolución dentro de los 10 días, pudiendo previamente disponer las medidas que para mejor proveer considere necesarias;

e) En caso de que la resolución impusiere multa y ésta no se oblare dentro del término de 5 días, se dispondrá la ejecución judicial de la misma por vía de apremio, a cuyo efecto será título suficiente el testimonio auténtico de la resolución del Consejo Gremial de Enseñanza Privada;

f) La resolución será apelable por el imputado, dentro del término de 5 días ante la Justicia del Trabajo en la Capital Federal y territorios nacionales y ante la justicia que corresponda en las provincias, conforme a las respectivas leyes procesales, debiendo al interponer el recurso ante el Consejo Gremial de Enseñanza Privada, acreditar el pago del importe de la multa aplicada;

g) El recurso se fundará al deducirse, no admitiéndose ante el tribunal de apelación la presentación de escrito ofreciendo pruebas. La resolución definitiva deberá dictarse dentro de los 15 días de recibidas las instrucciones.

Art. 35.— Son nulas y sin ningún valor las cláusulas contrarias a las disposiciones de la presente ley, sin perjuicio de las sanciones establecidas en la misma. La renuncia del cargo para ser válida deberá ser ratificada por escrito ante el Consejo Gremial de Enseñanza Privada.

• Comentario:

Los capítulos IV y V del estatuto regulan la creación y el funcionamiento del Consejo Gremial de Enseñanza Privada. Se trata de un organismo de arbitraje voluntario entre empleadores y trabajadores de la enseñanza privada que está integrado por doce miembros y un presidente, designado por el Poder Ejecutivo. Sus atribuciones consisten en: intervenir en la fiscalización de las relaciones emergentes del contrato de empleo privado en la enseñanza y de la aplicación de laley 13.047y resolver las cuestiones relativas al sueldo, estabilidad, inamovilidad y condiciones de trabajo del personal, no contempladas en el estatuto (ver Silva, Luis R., cit.).

El art. 35 del estatuto establece que, para que sea válida la renuncia al cargo, debe ser ratificada por escrito ante el Consejo Gremial de Enseñanza Privada. Sin embargo, consideramos que, salvo alguna hipótesis de excepción —como podría ser la invocación de vicios de la voluntad—, podría admitirse la validez del acto extintivo formalizado, de acuerdo con las previsiones delart. 240de laLCT, pues sus directivas no resultan incompatibles con la naturaleza de la actividad ni con la finalidad del régimen específico (conf.art. 2º,LCT).

VI — Disposiciones transitorias

Art. 36.— El personal de los institutos privados que a la sanción de esta Ley tuviera por lo menos un año de antigüedad, quedará confirmado automáticamente y no podrá ser separado de sus cargos, sino de conformidad con lo establecido en los artículos 13, 14 y 15.

Art. 37.— En ningún caso el personal de los establecimientos privados de enseñanza, perderá las ventajas de carácter económico que hubiere obtenido con anterioridad a la sanción de la presente Ley y las modificaciones que implicaren la pérdida de las mismas hará incurrir al establecimiento en el pago de la suma que se determina para la indemnización por despido.

Art. 38.— Los despidos o cesantías que se hubieren realizado o se realizaran entre el 1º de enero de 1947 y el 31 de diciembre de 1949, sin que mediara alguna de las causas establecidas en los artículos 13 ó 15, darán lugar al pago de triple indemnización.

Art. 39.— El personal docente jubilado que actualmente presta servicios en establecimientos adscriptos a la enseñanza oficial, podrá continuar desempeñando sus tareas, de acuerdo con lo que establece esta ley.

Art. 40.— El régimen de las remuneraciones que establecen los artículos 18, 21, 24, así como las disposiciones de los artículos 22, 26 y correlativos, empezarán a regir a partir del 1º de enero de 1948.

Art. 41.— Los gastos que demande el cumplimiento de la presente Ley se harán de rentas generales, con imputación a la misma, hasta tanto se incluyan las partidas respectivas en el presupuesto general.

Art. 42.— Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Sección VII - Ejecutantes musicales (ley 14.597). Por Nerina Andrea Porcel

• Normas aplicables: Ley 14.597: arts. 1º al 16.

Art. 1º — A los fines de lo establecido en la presente ley, se considerará "ejecutante musical" a la persona que, cualquiera sea el lugar y forma de actuación, desarrolle sus actividades de trabajo y las tareas que le son propias al músico (instrumental y/o vocal), director, instrumentador, copista o dedicado a la enseñanza de la música.

• Comentario:

1. Introducción

El artista es aquella persona que ejerce alguna de las bellas artes. Nos corresponde abocarnos en el presente trabajo respecto de quienes, como artistas, desarrollan sus interpretaciones como músicos, tanto en forma solista como en conjunto o grupo dentro de un contrato de actuación artística con connotaciones laborales. Es decir en una relación dependiente, no autónoma.

Cabe aquí reseñar que la actividad artística resulta controvertida, tanto doctrinaria como jurisprudencialmente, respecto de su rango autónomo o dependiente. Resulta obvio que, dentro de los artistas, se encuentran incluidos los músicos, aquellos que se dedican especialmente a la industria cinematográfica y quienes se desempeñan como actores. En la actualidad, todos ellos se hallan incluidos en tres diferentes sindicatos que los representan: el SADEM (Sindicato Argentino de Músicos), el SICA (Sindicato de la Industria Cinematográfica Argentina) y la AAA (Asociación Argentina de Actores).

Lo cierto es que la Ley estatutaria, que a continuación analizaremos, data del año 1958 y en realidad sólo sienta las bases generales para los casos en los cuales los ejecutantes musicales desarrollan su actividad en forma dependiente y no autónoma. Pero la referida norma muestra ciertas carencias que luego, con el paso del tiempo, fueron completando los distintos convenios colectivos.

A modo de ejemplo, creemos conveniente señalar que los instrumentos que mencionaremos a continuación, en los cuales se incluyeron a los ejecutantes musicales que se desempeñan en determinadas ocasiones o lugares, fueron determinando ciertas normativas de las que la ley 14.597 adolecía, y quizás completaron ciertas falencias de la norma estatutaria, más actuales y modernas. En efecto, el CCT 19/88 fue celebrado con la Asociación de Promotores Teatrales Argentinos, y comprende a los ejecutantes musicales (instrumentales o vocales, de acuerdo al art. 1º de la ley 14.597/58); directores de orquesta; arregladores, en tanto sean contratados única y exclusivamente para cumplir esa función; y copistas que actúen en espectáculos teatrales. El CCT 112/90 comprende a los ejecutantes musicales que se desempeñan en los hoteles, restaurantes, confiterías, cafés (pubs) y locales de baile. El CCT 108/90, celebrado con la Asociación de Empresarios de Confiterías Bailables de la Argentina, comprende a quienes se desempeñan en locales de ese tipo, y el CCT 52/75 abarca a los ejecutantes musicales que actúan en forma transitoria en las emisoras radiales.

Tal como señaló Héctor García, estas expresiones jurídicas de agremiación, como el estatuto profesional aplicable al ejecutante musical, resultan de un cierto tipo de "acto fundacional", que regula los derechos y obligaciones concertados entre las partes, pero lo cierto es que resultan de una connotación "medieval" y conllevan a mayores distorsiones y conflictividades, de las certidumbres que pueden otorgarnos en la actualidad Argentina(1). Un ejemplo de ello fue el dictado del dec. 2104/1993, que tuvo por objeto el inicio de una campaña de recaudación por parte del SIJP (conf. ley 24.241). En dicho decreto, se incluye a los artistas y músicos dentro del régimen autónomo y se prescinde de la condición que ellos asuman respecto del "riesgo económico", debido a que se sobreentendería que el propio ejercicio de este tipo de profesión implicaría un riesgo. Por lo tanto, tal reglamentación resultaría contrapuesta a la ideología dispuesta en la ley 14.597 y echaría por tierra el análisis de la situación en que se encuentran los ejecutantes musicales —respecto de la naturaleza laboral de su prestación—, al prescindir de una de las bases que plantea la disciplina laboral como es el principio de amenidad en el riesgo empresario.

En virtud de lo expuesto, la normativa estatutaria resulta —a nuestro entender— insuficiente a los fines de establecer las pautas o bases para determinar si la relación jurídica del ejecutante musical es de tipo laboral, es decir, dependiente. Si bien es cierto que en numerosos casos las características propias de distintas profesiones u oficios pueden generar dudas respecto de la existencia de una relación de tipo dependiente, y que la única forma de resolver tales cuestiones resulta del análisis de los hechos y connotaciones del caso individual, y que cada relación individual contiene distintas características que conducen a diferentes soluciones, también es cierto que la ausencia de normas específicas, actuales y acordes a la realidad del siglo XXI, que nos muestren con claridad cuáles son las notas determinantes que evidencian la existencia de una relación de tipo subordinada laboral, esclarecería el universo de relaciones que enrolan a los ejecutantes musicales, las cuales, en la actualidad, parecería que superan los mínimos elementos que nos otorga la Ley estatutaria.

No obstante, cabe memorar que, para efectuar el análisis concreto en cada caso respecto del carácter autónomo o de la naturaleza laboral de la relación existente entre las partes, la LCT determina en su art. 23 que "El hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario. Esa presunción operará igualmente aun cuando se utilicen figuras no laborales, para caracterizar al contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio". Dicha presunción iuris tantum deberá servir como directriz, incluso cuando la relación entre partes se establezca con intervención de ejecutantes musicales y se formalice como "locación de servicios", dado que, tal como señalara Krotoschin, "El hecho de que el trabajador dependiente normalmente se incorpora a un establecimiento extraño, lleva consigo y determina el carácter del trabajo heterónomo. Por eso la incorporación del trabajador adquiere tanta importancia para la existencia de la relación de trabajo. Pues ni el locador de servicios, ni el de obra, ni el mandatario se integran, físicamente a una unidad laboral ajena. Mantienen, por lo menos, la independencia de su conducta personal que el trabajador dependiente, en mayor o menor grado, subordina al mecanismo de la empresa"(2).

2. Ámbito de aplicación y definición de ejecutante musical

Tal como surge del art. 1º de la ley, la definición de "ejecutante musical" incluye al músico propiamente dicho, tanto quien ejecuta un instrumento como quien vocaliza, al director, al instrumentador, al copista o a quien está "dedicado a la enseñanza de la música", y lo haga en relación de dependencia.

Como ha señalado Miguel Ángel Pirolo, este último requisito constituye el presupuesto indispensable para la aplicación del presente estatuto, aun cuando las modalidades de prestación sean distintas. Ello es así dado que el universo de profesionales al cual está dirigida la Ley estatutaria abarca desde las contrataciones permanentes hasta las accidentales, siendo usuales —por las especiales características del desempeño de los ejecutantes musicales— los contratos por tiempo determinado(3).

A diferencia de la mayoría de las relaciones laborales subordinadas incluidas en la LCT, en las contempladas en el presente estatuto, la permanencia constituye una excepción, y la transitoriedad, la regla; por ello es que los contratos en los cuales los ejecutantes musicales desarrollan su actividad generalmente son a plazo, eventuales o por actuación ("bolo" o "cachet"). Esta característica está definida, como expresó Fernández Campón, por la propia naturaleza de la actividad, que está signada por la inestabilidad en la demanda(4).

Es menester resaltar que no siempre una actuación o ejecución musical en favor de un tercero implica la aplicación del presente estatuto. Para la aplicabilidad de la norma estatutaria bajo análisis resulta necesario que, como señaló Miguel Ángel Pirolo, la prestación del ejecutante sea encuadrable en el marco propio de un contrato de trabajo, es decir que el ejecutante musical lo haga en relación de dependencia. De tal exigencia se desprende que corresponde excluir la aplicación del estatuto a las bandas, orquestas o conjuntos musicales que constituyan una organización empresaria propia y que actúan por su propia cuenta y riesgo; por ejemplo en el caso de los shows internacionales que se brindan en nuestro país por parte de bandas extranjeras y también nacionales. Es decir, cuando un grupo de personas asociadas mediante cualquiera de las formas previstas en la Ley de sociedades, o aún innominadas, se conducen dentro de la banda, orquesta o conjunto musical, como un grupo de "empresarios" que, sin intermediar una relación subordinada jurídica ni económica, efectúan una actividad por cuenta y riesgo propio, contra la percepción de una ganancia comercial(5).

Cabe también excluir del presente estatuto la ejecución musical que está destinada a la grabación de masters, CD, DVD o cualquier otro soporte para su posterior reproducción.

Por otra parte, en el caso de un grupo de personas que integra un conjunto musical, que en su condición de grupo se vincula con una productora discográfica para grabar un disco —aun cuando los músicos hubieran participado en su elaboración—, esta organización y dirección ejercida por la empresa no la transforma en "empleadora" de sus servicios porque, como ocurre normalmente en materia discográfica, la productora no contrata la puesta a disposición de la capacidad de trabajo del artista sino su obra y los derechos a su reproducción y difusión. La producción de uno o varios CD o DVD, por sí sola, no llega a evidenciar que la productora haya asumido la organización y dirección de la actividad personal de los músicos como para entender desplazada la modalidad de este tipo de emprendimientos caracterizada, normalmente, por la auto-organización del grupo (más allá un cierto liderazgo de alguno de sus componentes en el plano interno).

La formación de una banda o grupo de música y baile supone la organización de una pequeña "empresa", aun en los términos descriptos por el art. 5º de la LCT ("organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos"), que hasta puede llegar a adquirir dimensiones importantes; y si bien resulta obvio que la conducción y dirección de esa organización empresaria está normalmente a cargo de los propios integrantes del grupo o de sus líderes, más allá de que convengan con un tercero la producción de discos, lo cierto es que la producción de los discos de ese grupo o banda no implica que esa "empresa" se convierta en "empleadora" de los servicios de quienes ejecutan la labor artística. Aun cuando la empresa que produce los discos, indirectamente, resulte beneficiaria de las prestaciones y/o actuaciones de la banda, porque confluya a la venta de mayor cantidad de productos, no la convierte en "empleadora" de los servicios que realizan quienes ejecutan una labor artística auto-organizándose a través de un grupo.

Pese a lo expuesto, no puede desconocerse que un grupo o una banda musical pueda actuar bajo la subordinación de un empresario que contrata los servicios del conjunto de acuerdo con la modalidad prevista en el art. 101 de la LCT o de la ley 14.597.

En tales condiciones, cabría admitir la configuración de una relación laboral cuando ese empresario hubiera organizado o dirigido la contratación misma del grupo o cuando las actuaciones efectuadas por el conjunto se hubieran llevado a cabo por cuenta y riesgo o en beneficio de aquél, y cuando, indirectamente, se advierta la ajenidad en los riesgos empresarios por parte del grupo o banda. En estos casos, se trataría de un contrato de trabajo "de grupo" o "por equipo", en el que la actuación de los músicos es convenida por el empresario con algún delegado o representante del conjunto (conf. art. 101, LCT).

Como corolario de lo hasta aquí expuesto, cabe destacar que pese a que la actividad regulada en la presente norma estatutaria es la llevada a cabo en forma efectivamente subordinada, tal como anticipáramos, la naturaleza de esta actividad determina que probablemente la existencia de tal prestación de servicios no reúna la totalidad de dichas características y que se lleven a cabo, por ejemplo, contrataciones por tiempo determinado (a plazo fijo o eventuales). En tales casos, de existir contrataciones bajo estas modalidades, y si se admitiera su validez, la protección de la estabilidad del trabajador se verá condicionada a la compatibilidad de este instituto con la modalidad de que se trate (arg. arts. 95, 100 y 250, LCT).

3. Jurisprudencia

Relación entre conjunto musical y cantante

"No cabe admitir la existencia de un contrato de trabajo entre el conjunto musical y la cancionista a la cual éstos sirvieron de acompañantes en las exhibiciones ya que, dentro de la normativa establecida por la ley 14.597 (Adla, XVIII-A, 240), ambas partes se encuentran en idéntica situación, quedando descartada la condición de empresaria de la artista y el carácter permanente de la relación".

CNTrab., sala I, 16/3/1992, "Díaz, Pablo S. y otros c. Sellares de Parodi, Teresa", DT, 1993-B-1089, LLAR/JUR/1235/1992.

Relación entre integrantes de una banda musical y el cantante

"Resulta improcedente tener por acreditada la existencia de un vínculo laboral entre los integrantes de una banda musical y la cantante del grupo, pues no hay constancia de que hubieran cumplido horarios y acatado órdenes, y el hecho de que la prestación pueda ser cumplida por otra persona en caso de que aquéllos no pudieran asistir, lleva a concluir que la relación no tenía carácter subordinado sino que se agotaba en cada actuación".

CNTrab., sala III, 24/9/2007, "Caramelo, Guillermo Fabián y otros c. Argentina Producciones SRL y otros", LLAR/JUR/6981/2007).

Reemplazante del músico

"Si bien la facultad del músico de designar a su reemplazante en caso de no poder concurrir al local de la demandada, y de pagarle el precio de sus servicios, choca con el carácter personal e insustituible que —como principio— tiene el vínculo laboral, teniendo en cuenta las disposiciones de la ley 14.597 así como las especiales características de la prestación, ello no resulta suficiente para desvirtuar la presunción del art. 23 de la Ley de Contrato de Trabajo, ya que dicho procedimiento tiene la finalidad de facilitar la integración y el funcionamiento del grupo musical en caso de ausencia de alguno de sus titulares".

CNTrab., sala III, 10/9/2004, "Pagano, Francisco R. c. Quetra SA", TySS, 2005-25, LLAR/JUR/7131/2004.

Carácter dependiente de un músico

"La circunstancia de que el actor preste un servicio profesional artístico —en el caso, se desempeñaba como músico para la empresa demandada— habilita la presunción del art. 23 de la Ley de Contrato de Trabajo, y ello así porque la Ley no distingue al respecto y porque no se dan circunstancias especiales para apartarse de tal premisa, toda vez que el trabajador no realizaba los espectáculos a favor de clientes propios, ni tenía una organización propia, máxime teniendo en cuenta que su nivel remuneratorio no se corresponde con el de un artista que pueda negociar sus propias condiciones en un pie de igualdad con el empresario con el que acuerda el servicio".

CNTrab., sala V, 30/9/2009, "Ferrer, Néstor Guillermo c. Tango Entertainment SA", DT, 2009 (noviembre), 103, LL AR/JUR/34754/2009)

Calidad profesional del ejecutante de un instrumento musical

"La calidad de músico y las particularidades que ofrece la tarea de ejecutante de un instrumento no participan de la naturaleza de otras que puedan ser fácilmente sustituibles, siendo escasas las posibilidades de desarrollar otras tareas acordes con dicha preparación por lo que, ante tal supuesto, cabe estimar la incapacidad como total y permanente".

CNTrab., sala VII, 16/4/1993, "Restuchi, Horacio A c. Prefectura Naval Argentina", DT, 1994-A-300, LLAR/JUR/885/1993.

Carácter dependiente del bandoneonista

"La circunstancia de que el accionante fuera un profesional de la música —en el caso, bandoneonísta— no empece, en modo alguno, la posibilidad de establecer una relación laboral dependiente, ya que aún profesiones tradicionalmente consideradas como liberales, han sufrido sensibles modificaciones en su desenvolvimiento e inserción en el campo social, y pude afirmarse que la excepcionalidad que antes se asignaba al desempeño como dependiente de personas con esa capacitación o habilitación, hoy ya es un fenómeno común".

CNTrab., sala X, 10/8/2005, "Pinella, Américo O. c. Quetra SA", LA LEY del 12/12/2005, 11; LA LEY, 2005-F, 731; LL AR/JUR/4793/2005.

Carácter dependiente del ejecutante musical en hotel

"...la particularidad 'personalísima' de la prestación de Costa como ejecutante de un instrumento tan preciado como de especial interés musical. Aunque como se viera el actor enajenó sólo una parte de su potencial laborativo en beneficio de la accionada, ésta no demostró ni intentó demostrar que Costa la aplicó en otros quehaceres propios. Del plexo probatorio arrimado surgen entonces las siguientes conclusiones: el actor debía cumplimentar su débito o prestación de manera personal y una frecuencia pactada —no episódica—, con previsibilidad estructural de realizarlo a futuro en un marco de permanencia; también y por las características de la prestación, se evidencia su exclusividad, así como se apuntó, la sumisión de Costa a directivas de método, lugar y tiempo de ejecución de su tarea. Se vio asimismo el carácter oneroso a cargo de la empresa y la colocación económica de aquel a la propia de un asalariado. Ese haz de indicios probatorios permite que no deba recurrir ab initio a la mentada presunción del art. 23, LCT, en cuyo uso y abuso se advierte un marcado facilismo de algunos fallos judiciales que tratan por igual la rica casuística de la vida diaria".

CTrab., Bariloche, 1/8/2011, "Costa, Gabriel Alejandro c. Llao Llao Resorts SA s/sumario", LLAR/JUR/40935/2011.

Art. 2º — La entidad musical con personería gremial otorgada de acuerdo con la ley 14455, tendrá a su cargo la matrícula general del ejecutante musical, que este estatuto crea, y ejercerá las funciones siguientes:

a) Inscribirá a los profesionales comprendidos en el art. 1º;

b) Organizará el fichero general de ejecutantes musicales;

c) Otorgará la credencial de ejecutante musical de conformidad con lo dispuesto en el art. 3º;

d) Intervendrá en los casos de incumplimiento de este estatuto, con relación al régimen de trabajo, aplicación de sueldos mínimos, descanso hebdomadario y otros compensatorios, vacaciones y sueldos anuales, forma de pago, etc.

e) Considerará las reclamaciones o denuncias que por infracciones se le formulen;

f) Organizará y tendrá a su cargo la administración de una Caja, que será la encargada de la recepción y distribución de los salarios y de los porcentajes para la atención de los riesgos de enfermedad y accidentes; y de los porcentajes relativos a las leyes 11729 (antigüedad, indemnización por despido, etc.) que ingresen a la misma. Colaborará con la sección decreto ley 31665 del Instituto Nacional de Previsión Social, para el mejor desenvolvimiento del sistema de recepción de los aportes correspondientes.

Art. 3º — La inscripción de los ejecutantes musicales es obligatoria para el ejercicio de la profesión y se acordará a los solicitantes que llenen los siguientes requisitos:

a) Demostración de su idoneidad mediante la aprobación de un examen de capacitación;

b) A los efectos de cumplimentar este requisito, se constituirá una mesa examinadora integrada por representantes de la entidad musical con personería gremial y representantes de la Comisión Nacional de Cultura por partes iguales.

Art. 4º — La entidad sindical con personería gremial expedirá a las personas inscriptas en la matrícula una credencial que acredite tal circunstancia.

¿ Comentario:

4. Matriculación

Una característica propia de la norma estatutaria es la obligación establecida en el art. 2º —como requisito indispensable para su aplicabilidad— de que el trabajador se encuentre inscripto en una matrícula. Dicha licencia será llevada por la entidad con personería gremial, quien debe otorgar al solicitante una credencial, previa acreditación de su idoneidad.

Anteriormente, el dec. 520/2005 reglamentó la forma de evaluación por parte de una mesa examinadora, que estaría integrada por representantes de la entidad sindical y de la Secretaría de Cultura, para el otorgamiento de la matrícula, estableciendo la manera de constituir dicha mesa examinadora a la que hace referencia el art. 3º de la ley 14.597, así como las situaciones que debían considerarse como excepciones a ese examen, relacionadas con los estudios cursados y diplomas obtenidos por los aspirantes. Dicho decreto fue derogado por el nro. 636/2006, de cuyos considerandos se extrae que "las diversas interpretaciones realizadas respecto a los alcances de la normativa vigente han evidenciado dificultades en su implementación, lo que torna necesaria derogación de la reglamentación dictada, con el fin de abrir un espacio de diálogo que permita equilibrar adecuadamente las exigencias del control profesional y las diferentes necesidades manifestadas por los ejecutantes musicales". La derogación del mencionado decreto mostraría a las claras la falta de contemporaneidad y la desactualización de ciertas partes de la norma estatutaria, que a la vez resultó medianamente inaplicable en la práctica, ya que ha dejado cabos sueltos respecto de la posibilidad de implementación del sistema de matriculación que, quizás, debió preverse en la misma Ley estatutaria.

Si bien el dec. 636/2006 dispuso en su art. 2º la creación, en el ámbito del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, de una Comisión Técnica destinada a analizar la ley 14.597 y a elaborar un proyecto de modificación, con la participación de la entidad sindical y de los empleadores de la actividad, lo cierto es que en la actualidad no existe aún mayores avances para la implementación de las evaluaciones previstas en el art. 3º, inc. a) de la ley.

Art. 5º — A los efectos de la aplicación de la presente ley, se considerará contratista principal a toda persona física o jurídica que contrate ejecutantes musicales, sea que actúen en forma individual o colectiva en actuaciones públicas o dirigidas al público. Será obligación del contratista principal celebrar individual o colectivamente, en todos los casos, contratos de actuación de acuerdo con un modelo que será elaborado por la entidad sindical de referencia y aprobado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Art. 6º — Será obligatoria la contratación de orquesta en los locales que realicen bailes y/o espectáculos musicales y perciban, para dar acceso o autorizar la permanencia en el mismo, un aporte de dinero en efectivo, en cualquier forma que sea, por concepto de entrada o consumición, quedando exceptuadas de esta obligación únicamente aquellas instituciones que están registradas exclusivamente como entidades de carácter mutual, de beneficencia y/o culturales y aquellas que, por la naturaleza de sus actividades o su capacidad económica quedaren excluidas por disposiciones reglamentarias.

• Comentario:

5. Definición de contratista. Responsabilidad

La definición del art. 5º nos muestra que el "contratista" puede ser tanto una persona física o jurídica. Establece la obligación a éste de celebrar un contrato de actuación para formalizar la contratación, que podrá efectuarse con ejecutantes musicales individuales o en conjunto, y para actuaciones tanto públicas como privadas. Ajusta la modalidad de la formalidad de la contratación a un "modelo" que la entidad sindical correspondiente establecerá a sus efectos, con la posterior aprobación del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Si bien el art. 6º especifica la obligatoriedad de la contratación de orquesta "en los locales que realicen bailes y/o espectáculos musicales", lo cierto es que tal requisito se corresponde con la realidad contemporánea a la sanción de la Ley estatutaria —es decir, del año 1958—, la cual en la actualidad se encuentra suplida en la mayoría de los casos, por la reproducción electrónica de música, con el pertinente aporte por los derechos de autor a la autoridad fiscal pertinente (SADAIC, entre otros).

Tal como han señalado Fontana y Rodríguez Manzini, resulta notorio que el estatuto no se refiere en ninguna parte de su articulado a un "empleador", sino que alude específicamente al "contratista", y a éste, pese a la existencia de una relación subordinada con el ejecutante musical, lo deslinda de ciertas obligaciones contenidas en un contrato de trabajo, que estarían en cabeza del sujeto "empleador", tales como antigüedad, despido, enfermedades inculpables, jubilación, vacaciones y otras cargas sociales, y las desplaza hacia la Caja administrada por la entidad gremial conforme lo dispuesto en el art. 2º, inc. f)(6). Cabe aquí señalar que, tal como reiteradamente señalamos en el presente trabajo, la falta total de reglamentación de la Ley estatutaria relativa a los ejecutantes musicales, torna inaplicable el sistema mediante el cual se desplazaría la figura del "empleador" tal como lo conocemos, en función a las normas de la LCT, así como la mencionada excepcionalidad del "contratista" frente a las obligaciones que cabrían poner en cabeza de éste, derivadas de la relación habida con los ejecutantes musicales; tornándose operativas por tanto, ante la imposibilidad de aplicación de la Ley estatutaria, las normas y principios establecidos por el derecho laboral.

En resumen, la obligación del contratista —fuera de los límites contenidos en la norma estatutaria referidos a la jornada de trabajo y los feriados— (cuestión a la que nos referiremos más adelante), se limita a la formalización de la contratación de el o los ejecutantes musicales mediante un contrato acuerdo y al pago de los aportes correspondientes que determine la reglamentación.

6. El pago de las remuneraciones. Prestaciones a cargo de la caja especial creada por la norma estatutaria

Tal como señalamos precedentemente, el pago de la retribución de los ejecutantes musicales no se coloca en cabeza del "contratista" en forma directa, sino que se coloca y efectiviza mediante el depósito por parte de éste en la caja administrada por la entidad sindical respectiva, circunstancia que, como ya afirmamos, libera al contratista definido en el art. 5º, respecto de la antigüedad, despido, enfermedades inculpables, jubilación, vacaciones y otras cargas sociales, con la sola condición de la realización del referido aporte.

7. Jurisprudencia

Carácter de contratista en la ley 14.597

"El hecho de que la accionada contrate la actuación de la orquesta y abone a los músicos una suma superior a la tarifa sindical no significa que revista el carácter de contratista principal a que se refieren los arts. 5º y 10 de la ley 14.597 ni que se lo pueda calificar como empresario (arts. 5º y 23 de la Ley de Contrato de Trabajo —Adla, XVIII-A, 240; XXXIV-D, 3207; XXXVI-B, 1175—)".

CNTrab., sala I, 22/9/1986, "Chiarenza, Jorge A. c. Pecchenino, Eduardo", DT, 1987-A-345; DJ, 987-2-393, LLAR/JUR/1571/1986.

Empresa dedicada a la explotación de espectáculos artísticos

"En virtud de lo previsto en el art. 23 de la Ley de Contrato de Trabajo debe establecerse la existencia de una relación de dependencia entre la empresa demandada, que se dedicaba a la explotación de espectáculos artísticos y el actor, toda vez que los servicios profesionales que como músico prestaba para aquella estaban integrados a los medios personales y materiales para el logro de los fines de aquella, por lo que se aprecia cabalmente la subordinación jurídica que existía entre las partes donde la accionada dirigía la actividad del ejecutante dentro del espectáculo musical que ella llevaba a cabo".

CNTrab., sala V, 30/9/2009, "Ferrer, Néstor Guillermo c. Tango Entertainment SA", DT, 2009 (noviembre), 103, LL AR/JUR/34754/2009.

Relación laboral entre el ejecutante musical y establecimiento gastronómico donde se brindan shows

"Si el actor ejecutaba un instrumento musical en la orquesta estable que diariamente ofrecía su show en el local gastronómico que explotaba la demandada, corresponde establecer que se encontraba ligado con la demandada por un vínculo de subordinación en los términos de los arts. 21, 22 y 23 de la Ley de Contrato de Trabajo (t.o. 1976) (Adla, XXXVI-B, 1175), dado que estaba integrado, junto con otros medios personales y materiales a la empresa para el logro de sus fines, siendo que de otra forma no se comprende de qué modo la demandada desarrollaría el cumplimiento de su finalidad esencial mediante músicos en calidad de 'empresarios autónomos'".

CNTrab., sala X, 10/8/2005, "Pinella, Américo O. c. Quetra SA", LA LEY del 12/12/2005, 11; LA LEY, 2005-F, 731; LL AR/JUR/4793/2005.

Pago de remuneraciones

"El sistema diseñado por la ley 14.597 no modifica la naturaleza laboral del vínculo, sino sólo implica la transferencia a un tercero —Caja de Salarios y Prestaciones Sociales del Músico— de parte de la responsabilidad que —de acuerdo con la Ley de Contrato de Trabajo— recae en el empleador, en tanto éste haya cumplido con los aportes correspondientes que fije la reglamentación, transferencia que no pudo operar pues dicha Ley no ha sido reglamentada y, por ende, no ha sido establecido el monto del aporte".

CNTrab., sala III, 10/9/2004, "Pagano, Francisco R. c. Quetra SA", TySS, 2005-25; LLAR/JUR/7131/2004.

Obligaciones relativas a las asignaciones familiares

"La empresa, que reputó dependientes a sus músicos y artistas de variedades a los efectos de los aportes de obra social, no puede desconocer este carácter en lo que respecta a las obligaciones relativas al sistema de asignaciones familiares porque no es viable ejercer judicialmente una facultad jurídica incompatible con la interpretación atribuible a una conducta anterior".

CNTrab., sala VI, 30/6/1986, "Mauna Loa, SA", DT, 1986-B-1521; LLAR/JUR/940/1986.

Art. 7º — La actuación del ejecutante musical no podrá exceder de cuatro horas y media diurnas o cuatro horas nocturnas continuadas por espectáculo, entendiéndose como nocturnas las que se realicen entre las ventiuna y las ocho horas del día siguiente, debiendo alternarse en períodos iguales de actuación y descanso. En los sectores de trabajo que por su modalidad específica no puedan ajustarse a lo antedicho, los representantes de los dadores de trabajo y las autoridades de la entidad musical con personería gremial, podrán establecer condiciones distintas.

Art. 8º — Los días Viernes Santo, de los Difuntos, de la Música, 1 de mayo, 24 y 31 de diciembre, serán considerados feriados obligatorios, autorizándose a las empresas a utilizar en dichos días música mecánica, y a tales efectos la jornada de labor será considerada hasta las cuatro horas del día siguiente.

• Comentario:

8. Jornada de trabajo y régimen de feriados

Pese a las falencias que establecimos, la ley 14.597 contendría los arts. 7º y 8º, que establecen previsiones relativas a la jornada de trabajo y al régimen general de feriados.

De acuerdo al art. 7º, el máximo de la jornada diurna es de cuatro horas y media, en tanto, el de la nocturna es de cuatro horas continuadas por espectáculo y se extiende entre las 21 y las 8 hs. Además, indica la obligación de alternar igual tiempo de actuación y de descanso.

Fernández Capón señala que en realidad la norma carece de precisión y podría llevar a confusiones. En efecto, no se advierte si la norma establece si las cuatro horas y media diurnas y las cuatro nocturnas constituyen un tope a la permanencia del ejecutante a disposición del empleador, y si ese tiempo debe desdoblarse en períodos iguales de actuación y de descanso; o si, por el contrario, es el límite al tiempo de prestación efectivo al que hay que agregarle los tiempos de descanso(7).

Además, el art. 7º in fine autoriza a los representantes de los trabajadores y de las empresas en actividad para que en forma conjunta y acordada, y para el caso de resultar de imposible aplicación la normativa fijada al principio del artículo, pacten en el plano colectivo condiciones distintas de modo que puedan regular la jornada de conformidad con las particularidades de cada prestación.

Tal como hemos señalado precedentemente, el CCT 19/88, el CCT 112/90, el 108/90 y el CCT 52/75 incluyen a los ejecutantes musicales y constituyen instrumentos emanados de la autonomía privada colectiva, que contienen normas particulares relativas a la jornada de trabajo, que adaptan la directiva general a las características que se presentan en los distintos ámbitos donde se desarrolla la actividad. Pero lo cierto es que, tal como señalamos en numerosas oportunidades en el presente, la laguna de derecho que se creó por la falta de reglamentación de la Ley estatutaria fue suplida por las directivas emanadas de los diferentes preceptos y normas emanadas de los acuerdos colectivos entre particulares aglutinados en razón de la especificidad de las diferentes características del ámbito en el cual se desarrolla la labor de los ejecutantes musicales (pubs, locales bailables, shows, teatros, cines, etc.).

De tal modo, por ejemplo, el CCT 19/1988, en el cual intervinieron el Sindicato Argentino de Músicos y la Asociación de Promotores Teatrales Argentinos, señala en su art. 4º que el personal comprendido en la norma convencional será "los ejecutantes musicales (instrumentales o vocales de acuerdo al art. 1º de la ley 14.597/58), directores de orquesta, arregladores... y copistas", que específicamente actúen en espectáculos teatrales. Dicha norma convencional establece el sistema de jornada de trabajo máxima, el régimen de licencias y remuneraciones, de acuerdo al desenvolvimiento específico de la actividad teatral; sin dejar lugar a dudas respecto de la índole laboral de las relaciones existentes en dicho ámbito.

Por su parte, La Convención Colectiva de Trabajo 112/90 aglutina al Sindicato Argentino de Músicos y Asociación de Hoteles, restaurantes, confiterías y cafés; y comprende a los ejecutantes musicales (instrumental y/o vocal) de acuerdo al art. 1º de la ley 14.597/1958, que se desempeña en hoteles, restaurantes, confiterías, cafés (pubs) y locales de baile clase "C"; y establece una jornada de trabajo entre las veintiuna horas y las seis del día siguiente, de acuerdo al art. 217 de la ley 20.744.

Art. 9º — A partir de la promulgación de la presente ley, todos los ejecutantes musicales pasarán automáticamente a ingresar a la Caja prevista por el art. 2º, inc. f), del presente estatuto, que se denominará Caja de Salarios y Prestaciones Sociales del Músico. Esta caja tendrá por objeto el indicado en el pto. f) del art. 2º de la ley, y liquidará al ejecutante musical el importe de su salario y prestaciones de carácter social que corresponda. El pago de los salarios y prestaciones que indica el art. 10, sólo se considerará legalmente producido mediante el depósito de los mismos en la caja, de conformidad a lo establecido en dicho artículo. La organización, administración y funcionamiento de la Caja, así como el procedimiento por el cual la misma liquidará al ejecutante musical sus salarios y demás prestaciones de carácter social que le correspondan, serán establecidos por la reglamentación a dictarse.

Art. 10. — El contratista principal quedará liberado de toda responsabilidad por antigüedad, despido, enfermedades inculpables, jubilación, vacaciones y demás cargas sociales, mediante un aporte global sobre el monto de las planillas de sueldos, que se hará en ocasión del pago de éstos y que será fijado por la reglamentación a dictarse.

• Comentario:

9. La caja administradora de la entidad gremial. Atribuciones

Tal como hemos venido señalando durante el presente comentario, del articulado de la norma estatutaria surgen institutos o prestaciones, aún no reglamentadas, lo cual, de algún modo, transforma en letra muerta su objeto global.

En efecto, el art. 9º contempla la creación de una Caja de Salarios y Prestaciones Sociales del Músico, cuya finalidad consistiría en otorgar prestaciones por despido a los trabajadores comprendidos en este régimen normativo. En concordancia con ello, el art. 10 libera de toda responsabilidad indemnizatoria al empleador que cumpla con la obligación de realizar un aporte global a esa caja, sobre las remuneraciones que se abonan al personal.

Lo cierto es que tales aspectos de la Ley no han sido reglamentados, lo cual, sumado al tiempo que ha transcurrido desde su sanción, implica que en la realidad estas normas carecen de vigencia actual, pues no han podido tener operatividad. En este contexto, las causales y consecuencias de la extinción del contrato están reguladas por la LCT y por la ley 24.467 (art. 5º), si se tratare de una PyMe.

Art. 11. — El Ministro de Trabajo y Seguridad Social, constituirá las comisiones paritarias que corresponda a cada uno de los grupos de trabajo que se indican en las siguientes clasificaciones:

a) Teatros con música continuada (ópera, opereta, zarzuela, revistas, variedades, etc.);

b) Teatros o cines con música de entreactos;

c) Hoteles, confiterías, restaurantes, cafés, cafés conciertos, bares americanos, peñas (sin pista de bailes y sin variedades);

d) Confiterías con variedades;

e) Confiterías, restaurantes, bares americanos, peñas, cabarets, boites con pistas de bailes;

f) Establecimientos de bailes (academia de bailes de salón);

g) Radios, televisión;

h) Filmación y/o grabación de películas;

i) Grabación de discos fonográficos;

j) Parques de diversiones y circos;

k) Orquestas y bandas sinfónicas, orquestas de cámara, coros;

l) Oficios religiosos;

ll) Institutos de enseñanza musical;

m) Bailes;

n) Giras interior y/o exterior.

Art. 12. — Corresponderá a las comisiones paritarias establecer las condiciones generales de los convenios respectivos y, en particular:

1. Cuántas categorías corresponde diferenciar;

2. Los sueldos mínimos para cada una de esas categorías;

3. El número mínimo de ejecutantes musicales que han de emplearse.

Las comisiones paritarias deberán ser integradas por los representantes de los contratistas principales de cada una de las actividades indicadas en el artículo anterior y por representantes de la entidad musical con personería gremial, y presididas por un funcionario del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

• Comentario:

10. La falta de reglamentación de la norma estatutaria. Normas inaplicables

Las precitadas normas establecen que ciertas determinaciones que adolece la Ley debían ser completadas mediante las pertinentes comisiones paritarias de cada convenio respectivo por especialidad, y ello ha llevado a concertar, entre diferentes grupos de ejecutantes musicales —agrupados por especialidad— y empresas de cada actividad, varias convenciones colectivas que establecieron debidamente condiciones de jornada de trabajo, salarios, categorías, etc. (como los nombrados en los acápites precedentes).

En efecto, la falta de reglamentación de la Ley que comentamos ha llevado a empleadores y entidades sindicales a regular la cuestión relativa al pago de salarios por medio de convenios colectivos de trabajo. Los convenios que mencionamos anteriormente también contienen previsiones relativas al pago de los sueldos, la posibilidad de que sean abonados en la sede del Sindicato Argentino de Músicos, y facultan a esta entidad gremial a realizar el control del pago de los salarios (v.gr. art. 18, CCT 108/90; art. 15, CCT 19/88; art. 18, CCT; 112/1990).

Art. 13. — El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social considerará oficialmente las denuncias sobre infracciones a las disposiciones de este estatuto, que por escrito le haga llegar la entidad musical con personería gremial, aplicando las sanciones y/o multas que considere pertinentes, y cuyo monto será fijado por la reglamentación. Los importes de las multas ingresarán a la entidad musical con personería gremial, que aplicará su producido a la atención de los gastos que demande el cumplimiento de la presente ley.

Art. 14. — Hasta los sesenta (60) días de vigencia de este estatuto, se acordará la inscripción en la matrícula de ejecutante musical a los solicitantes que se hallaren afiliados en entidades reconocidas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, eximiéndolos del requisito de acreditar idoneidad.

Art. 15. — Este estatuto entrará en vigencia a los sesenta (60) días de su promulgación.

Art. 16. — Comuníquese al Poder Ejecutivo.

• Comentario:

11. La autorización para la actuación de los ejecutantes musicales

Por último, destacamos que las normas emanadas de la autonomía privada colectiva establecen de manera uniforme, como requisito para la actuación de músicos u orquestas extranjeras, la previa autorización expedida por el Sindicato Argentino de Música y la obligatoriedad de incluir un número proporcional de músicos argentinos por cada músico extranjero que participe en cada espectáculo (v.gr. art. 31, CCT 108/1990; art. 18, CCT 19/1988).

12. Breve corolario

Tal como ha señalado García, en cierto modo, la regulación dictada por la ley 14.587 para el desenvolvimiento de los ejecutantes musicales resulta una muestra incontrastable de inutilidad, tanto para los trabajadores a los que supuestamente protege como para quienes los contratan, dado que no pueden recogerse de las disposiciones contenidas en la Ley estatutaria las determinaciones necesarias para reglar tales contrataciones, y tampoco contiene los cambios devenidos por la tecnologización o las nuevas condiciones de operatividad o la evolución misma de la profesión(8).

En algún modo, la intención de la norma ha sido buena, más aun dada la especial característica de la labor desplegada por los ejecutantes musicales, ausente de toda reglamentación o amparo ante la ley, especialmente al momento de su redacción. Pero lo cierto es que la falta de reglamentación de su articulado impidió su aplicación; circunstancia que, de algún modo, fue suplida por las distintas convenciones colectivas que ampararon a los ejecutantes musicales que desarrollan su actividad en empresas específicas. Queda pendiente entonces, en concordancia con esta realidad, y a las luces del dec. 636/2006, la apertura de "un espacio de diálogo que permita equilibrar adecuadamente las exigencias del control profesional y las diferentes necesidades manifestadas por los ejecutantes musicales".

De todos modos, lo cierto es que la realidad por sí sola resultó el detonador para la constitución de diferentes convenios colectivos específicos a cada ámbito y/o labor distintiva realizada por los ejecutantes musicales —tal como hemos señalado precedentemente—, que establecieron en forma clara y precisa los preceptos o condiciones requeridas para el desarrollo de la relación laboral de dichos profesionales, de modo que podría prescindirse de la concreción de la tan mentada reglamentación. Además, establecido el carácter dependiente de la labor profesional del ejecutante musical, resulta de aplicación la totalidad de los principios rectores del derecho del trabajo, así como las normas establecidas por la LCT.

Sección VIII - Empleados administrativos de empresas periodísticas (dec.-ley 13.839/1946). Por J. Facundo Rodríguez Ponte

• Normas aplicables: Dec.-ley 13.839/1946: arts. 1º al 33.

Art. 1º — Institúyese el Estatuto del empleado administrativo de empresas periodísticas.

Este comprende:

a) Ingreso, régimen de trabajo, estabilidad y previsión;

b) Régimen de sueldos;

c) Escalafón y promociones.

Art. 2º (Mod. porLey 15.535) — Se considera empleado administrativo, a los fines del presente Estatuto, a toda persona que preste servicio en forma regular, mediante retribución pecuniaria, en publicaciones diarias o periódicas, agencias noticiosas, empresas radiotelefónicas, cinematográficas, fílmicas o de televisión, que propalen, exhiban o televisen informativos o noticias de carácter periodístico, únicamente con respecto al personal ocupado en estas tareas.

Comprende al personal que cumple funciones en los siguientes departamentos o secciones: publicidad o avisos, contaduría, circulación, expedición e intendencia.

La presente enumeración sólo tiene carácter enunciativo, considerándose que están amparadas por el presente Estatuto todas aquellas personas comprendidas dentro del régimen jubilatorio de la ley 12.581, con excepción de las comprendidas en la ley 12.908, y los operarios gráficos de los talleres de impresión. Los encargados, capataces, o jefes de estos talleres están amparados por el presente Estatuto.

Ingreso, régimen de trabajo, estabilidad y previsión

Art. 3º — Se fija como mínima la edad de 14 años para el ingreso a las dependencias administrativas de cualquier empresa periodística incluida dentro del alcance del presente Estatuto.

En tal condición será el empleado considerado cadete. Todo cadete, al cumplir los 18 años de edad, pasará a desempeñarse en la categoría de ayudante, percibiendo el sueldo que a éste le corresponde.

Art. 4º — Todo personal administrativo que ingresare a la empresa podrá estar sujeto, si así lo deseare el empleador, a un período de prueba, que durará tres meses.

Cuando las empresas dispongan el ingreso de un nuevo personal administrativo, deberán asignarle la categoría de ayudante, cuando el empleado fuere mayor de 18 años de edad, dando preferencia para ocupar cualquier vacante al empleado más antiguo de la categoría inferior en el orden jerárquico que rija en la misma.

Se exceptúa de esta disposición a los puestos en que el personal esté obligado a exhibir títulos profesionales adquiridos para su ocupación, sin perjuicio de dar preferencia al empleado de la casa en igualdad de condiciones que optare a la vacante existente.

Pasados los tres meses establecidos como prueba, el empleado pasará a revistar como efectivo, considerándose definitivamente incorporado al personal, con todos los beneficios que reconoce este Estatuto.

El período de prueba debe ser considerado para todos los efectos

Art. 5º — Desde la vigencia del presente Estatuto, el empleador admitirá únicamente el ingreso del cinco por ciento de extranjeros con relación al total del personal administrativo.

Art. 6º — La fijación de los sueldos, sus modificaciones y la opción a que se refiere el art. 4º, primera parte, deberán ser comunicadas por escrito al interesado.

Art. 7º — La circunstancia de que el empleado administrativo sea afiliado a un sindicato o asociación gremial que se desenvuelva de acuerdo con las leyes en vigor, no podrá ser motivo para que el empleador objete su ingreso, como tampoco considerada causal de despido.

• Comentario:

1. Definición

Sardegna define al empleado administrativo de empresas periodísticas como aquel trabajador que presta servicios administrativos y gráficos, mas no sólo en lo que respecta a estos últimos: los encargados, capataces y jefes de taller, si tal actividad la cumplen en forma regular mediante retribución pecuniaria, en publicaciones diarias o periódicas, agencias noticiosas y en empresas radiotelefónicas, cinematográficas, fílmicas o de televisión, que difundan, exhiban o televisen informativos o noticias de carácter periodístico, en lo que respecta al personal exclusivamente ocupado en tales tareas(1).

También se considera empleados administrativos a los empleados gráficos, pero en este caso se hace la salvedad de que se trata de aquellos que se desempeñen como encargados, jefes de sección o departamento de los talleres gráficos, pertenecientes a empresas periodísticas, cuando sus tareas sean de dirección o vigilancia(2).

Los empleados comprendidos en el presente Estatuto son el nexo entre el ejercicio del periodismo profesional y la noticia que se difunde a la población; de ahí su importancia y la necesidad de establecer un régimen especial. Garantizar el trabajo de los empleados administrativos es una manera de garantizar el ejercicio de la libertad de expresión por parte de los periodistas profesionales. Esto es así porque el ejercicio del periodismo sin los empleados administrativos resulta una tarea de difícil cumplimiento, ya que el personal comprendido en este Estatuto garantiza el funcionamiento de la maquinaria noticiosa, ya sea, por ejemplo, el caso de los jefes de taller, los encargados o capataces.

2. Ámbito de aplicación

Para determinar el ámbito de aplicación de los empleados administrativos de empresas periodísticas es imprescindible analizar en primer término la evolución jurisprudencial a través de los diferentes fallos plenarios que se fueron dictando a lo largo de los años en la Justicia Nacional del Trabajo. Previo al análisis de los plenarios es oportuno señalar que el art. 12 de la ley 26.853 derogó los arts. 302/303(3) del CCyCN. Sin embargo, reiterada jurisprudencia determinó que dicha disposición no resulta aún operativa a tenor de lo dispuesto por el art. 15 de dicha ley, de manera que deberían considerarse ultraactivas y, por ende, vigentes las doctrinas plenarias sentadas por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo y con efecto obligatorio(4).

Ahora bien el primer plenario que aborda el estatuto bajo análisis es el el plenario 87. En éste se estableció que los jefes de sección o departamento en los talleres gráficos de empresas periodísticas se hallan incluidos en el dec.-ley 13.839/1946, cuando sus tareas sean las de dirección y vigilancia. Unos años más tarde la Cámara del Trabajo, a través del plenario 143 (31/12/1970), fijó límites sobre quienes pueden incluirse en el ámbito de aplicación del Estatuto. Fue así que estableció que los encargados, capataces o jefes de taller gráfico, pertenecientes a empresas no periodísticas, no se encuentran incluidos en el Estatuto establecido por el dec. 13.839/1946. Lo mismo ocurre con los empleados de publicidad, contaduría, circulación, expedición o intendencia: cuando se desempeñan en empresas, su inclusión en el Estatuto no es discutible, pero cuando realizan sus funciones en esos departamentos en empresas no periodísticas, quedan fuera de las previsiones del Estatuto, salvo que sus tareas no sean realizadas específicamente para los informativos o noticieros que propalen, exhiban o televisen dichas empresas no periodísticas(5).

En este sentido, es el art. 2º del dec. 13.839/1946, ratificado por la ley 12.921, modificado por la ley 15.535, el que determina al ámbito personal de aplicación del Estatuto que el servicio no sea prestado a una empresa periodística, sino "en publicaciones diarias o periódicas o en empresas que propalen noticias de carácter periodístico" y respecto del personal ocupado en esas tareas, comprendiendo el que cumple funciones en determinados departamentos o sectores(6).

Es importante señalar, en primer lugar, que la actividad periodística no puede ser limitada por la idea de la noticia, sino que comprende el concepto de información, no sólo de interés general, sino también la especializada o sectorial. Y en segundo lugar, que en el régimen de empleados administrativos de empresas periodísticas está amparado el personal que presta servicios propios de la actividad periodística en publicaciones periódicas destinadas aun a la circulación dentro de un grupo especial de consumidores o lectores(7). Tal es la amplitud del Estatuto, que aplica a todos los empleados administrativos aunque no realicen tareas administrativas vinculadas con los servicios periodísticos y que solamente excluye a quienes no son empleados administrativos(8). Esto llevó a la jurisprudencia a fijar ciertos límites; tal es el caso del plenario 143.

Para finalizar, es importante señalar que lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 2º del Estatuto no desplaza al primero. En este sentido, ambos párrafos establecen requisitos para determinar el ámbito de aplicación del Estatuto: la inclusión del personal que cumple funciones en los departamentos o secciones de publicidad o avisos, contaduría, circulación, expedición e intendencia en empresas no periodísticas, no puede dejar de lado el requisito de que se trata sólo de aquella parte del personal ocupado en las tareas de propalación, exhibición o televisación de informativos o noticias de carácter periodístico(9).

3. Requisito de forma

El art. 6º del Estatuto identifica los principios comunes en cuanto a la capacidad de las partes, consentimiento y forma del contrato. Sólo requiere que el empleador comunique por escrito al interesado la opción por período de prueba, la fijación del sueldo y sus modificaciones.

4. Empresas comprendidas

El Estatuto realiza una enumeración de las que identifica como potenciales empleadoras de los diferentes empleados administrativos; es así que identifica a: 1) las publicaciones diarias, periódicas, las agencias noticiosas; 2) las empresas radiotelefónicas, cinematográficas, fílmicas o de televisión que difundan, exhiban o televisen informativos o noticias de carácter periodístico, estas últimas en cuanto al personal ocupado en tales tareas. Se trata de empresas periodísticas destinadas a suministrar noticias en cualquiera de sus formas (escrita, oral, fílmica o televisiva); 3) las instituciones gremiales de carácter periodístico, que fueron incluidas por la ley 13.502; 4) los contratistas, subcontratistas, concesionarios o cualquier otra empresa que ocupe empleados administrativos de empresas periodísticas (art. 28, dec.-ley 13.839/1946), teniendo por ello todas las obligaciones que el Estatuto impone a los empleadores(10).

5. Carrera administrativa

Como en todo lugar de trabajo donde se busca que los ascensos y cambios de categorías sean lo más transparentes posible y donde se premia a los trabajadores que cumplen con eficacia sus labores diarias es que el Estatuto estableció una especie de carrera laboral dentro de las empresas periodísticas. El comienzo de dicha carrera se puede identificar con el cargo de cadete: éstos son ayudantes que pasan a auxiliares luego de los dos años en el empleo.

El art. 3º, a través del art. 46 del CCT 541/08, se articula con la ley 26.390 de Prohibición del Trabajo Infantil y Protección del Trabajo Adolescente y con la Convención Internacional sobre Derechos del Niño y los Convenios 138 y 182 de la OIT sobre Protección de Trabajo Infantil, al establecer como edad mínima para el ingreso al trabajo la de 16 años y a su vez establece la condición de que el empleado cumpla funciones bajo la categoría de "cadete"(11).

A fin de lograr mayor ecuanimidad en los ascensos el Estatuto establece que, cuando en las empresas periodísticas haya dos empleados en igualdad de condiciones, el art. 4º establece que debe darse prioridad al trabajador más antiguo de la categoría inferior a la que se produjo la vacante.

La única excepción que encuentro dentro del sistema de ascensos de la carrera administrativa puede ser para los cargos en que se requiere un título habilitante. En este caso, los escalafones se deberán adecuar y realizar una especie de filtro entre los trabajadores que posean el título habilitante y los que no.

Establecida la única excepción dentro del escalafón y continuando con la transparencia del mismo, por lo menos desde la parte normativa se identifica en el art. 10 del Estatuto el incentivo de las promociones, las que se deben hacer por orden de escalafón, dándose preferencia al empleado más antiguo, siempre que éste reúna las debidas condiciones de idoneidad y conducta(12).

Pero todo no es claro dentro del Estatuto, ya que la colisión normativa entre los arts. 4º y 10 del Estatuto potencia cierta discrecionalidad por parte de la Empresa a la hora de disponer los ascensos. El art. 4º refiere sobre la igualdad de condiciones entre los trabajadores, en tanto que el art. 10 establece un análisis en las condiciones de idoneidad y conducta de los mismos. La Empresa, dentro de sus facultades ordenatorias y su poder de control sobre la labor desarrollada en la misma, puede evaluar el desempeño y las aptitudes de los empleados en orden a su promoción dentro del escalafón de la Empresa(13).

Las convenciones colectivas aparecen para establecer el escalafón que refiere el art. 10 del Estatuto; esta disposición emana del art. 17. En esa tarea, las convenciones colectivas deberán velar en razón de distintas funciones desempeñadas por el personal, las que se tendrán en cuenta a los efectos de fijar las remuneraciones. Por último, en el cuarto párrafo del art. 15 del Estatuto se establece que el escalafón puede ser suspendido por el Poder Ejecutivo cuando el empleador demuestre la imposibilidad de ajustarse a él.

6. Categorías(14)

La enumeración que realiza el art. 2º del Estatuto es de carácter enunciativo respecto de aquellos a quienes considera empleados administrativos a los fines del Estatuto: a toda persona que preste servicios en forma regular, mediante retribución pecuniaria, en publicaciones diarias o periódicas, agencias noticiosas, empresas radiotelefónicas, cinematográficas, fílmicas o de televisión, que propalen, exhiban o televisen informativos o noticias de carácter periodístico, únicamente con respecto al personal ocupado en estas tareas. Comprende al personal que cumple funciones en los siguientes departamentos o secciones: publicidad o avisos, contaduría, circulación, expedición e intendencia., considerándose que están amparadas por el presente Estatuto todas aquellas personas comprendidas dentro del régimen jubilatorio de la ley 12.581, con excepción de las comprendidas en la ley 12.908 y los operarios gráficos de los talleres de impresión. Los encargados, capataces o jefes de estos talleres están amparados por el presente Estatuto(15).

En la norma se pueden identificar los agentes de publicidad o avisos, el personal de expedición e intendencia, los Jefes de sección o departamento en los talleres gráficos, empleados administrativos en general y Extensión al personal de contratistas.

7. Período de prueba

Todo personal administrativo desde su ingreso se someterá a un período de prueba durante tres meses; el art. 4º no establece el mismo como obligatorio, ya que el mismo puede o no ser adoptado por el empleador.

La opción de la que habla el art. 4º se trata de una manifestación concreta de voluntad al tiempo de contratar el servicio o de comenzar la relación laboral. Las diferencias de redacción que existen entre las pertinentes normas de este Estatuto y las del Estatuto de Periodistas Profesionales no parecen decisivas para sustentar un criterio diferente. Sólo una sutil interpretación gramatical puede hallar distingo entre decir que "todo el personal administrativo que ingresare a la empresa podrá estar sujeto, si así lo deseare el empleador, a un período de prueba". En todo caso habría de señalarse la inadecuada elocución de esta cláusula, porque la prueba no es para el ingreso, sino posterior a éste y con vistas a la permanencia. Se arguye, además, que el art. 26 del Estatuto de Periodistas, al disponer que el empleador deberá comunicar la opción por escrito, dice "interesado" y no "empleado" y, por consiguiente, el que se inicia con período de prueba debe ser notificado con antelación o al momento en que comienza su efectiva prestación de trabajo; pero el argumento es ineficaz, porque también el Estatuto de Empleados Administrativos dispone que la opción deberá ser comunicada por escrito al interesado. El período de prueba esta instituido en beneficio del empleador y a éste corresponde acreditar que hizo la oportuna opción mediante prueba de la comunicación escrita al interesado(16).

Las partes durante el período de prueba quedan en libertad de hacer cesar el trabajo a su exclusivo arbitrio dentro del término convenido. Adoptar una decisión rupturista durante este período no exige a las partes brindar ningún tipo de explicaciones y tampoco puede traducirse en responsabilidad indemnizatoria alguna. Ahora bien, para proceder al despido es necesario aportar la prueba de la falta de idoneidad o aptitud para desempeñar el cargo. Este período, según también se ha decidido, corre incluso cuando la prestación del dependiente se halle suspendida a causa de un infortunio laboral(17). Una vez vencido el plazo de los tres meses establecidos como prueba, el trabajador pasará a revistar como efectivo, considerándose definitivamente incorporado al personal permanente, con todos los beneficios que reconoce el Estatuto. El período de prueba debe ser considerado para todos los efectos.

En este sentido corresponde agregar que el Convenio Colectivo de Trabajo 541/08 en su art. 7º(18) prevé un período de prueba para los periodistas que no debe ser mayor a 30 días, sujeto a la idoneidad del trabajador y no a la discrecionalidad del empleador, el que debe también computarse para todos los efectos legales y estatutarios. Mientras, el art. 47º(19) del mismo régimen colectivo, prevé que el período de prueba de los empleados administrativos de empresas periodísticas puede durar hasta tres meses, reafirmando que es una opción del empleador(20).

8. Discriminación

El art. 7º se refiere a la posible existencia de discriminación por parte del empleador, ya sea porque éste sea afiliado a un sindicato o asociación gremial destaca que tampoco podrá ser motivo para que el empleador objete su ingreso o decida su despido.

La discriminación gremial, además de estar contemplada en el artículo bajo análisis, la encontramos prohibida en los arts. 1º y ss. de la ley 23.592(21).

9. Jurisprudencia

Fallo Plenario nro. 143. Ámbito personal de aplicación. Encargados, capataces o jefes de talleres gráficos pertenecientes a empresas no periodísticas

"Los encargados, capataces o jefes de talleres gráficos pertenecientes a empresas no periodísticas, no se encuentran incluidos en el estatuto establecido por dec.-ley 13.839/1946, ratificado por la ley 12.921 y modificado por las leyes 13.502 y 15.535 (Adla, VI, 450 VII, 143 VIII, 237; XX-A, 121)".

CNTrab., Fallo plenario nro. 143, 31/12/1970, "Torrente Parra, José y otros c. Peuser, SA", LA LEY, 142, 8, LLAR/JUR/104/1970.

Ámbito personal de aplicación. Exclusión de cargos jerárquicos

"No corresponde aplicar el dec. 13.839/1946 (Adla, VI, 450) al trabajador que cumplía funciones de supervisor regional de una empresa periodística, considerando la alta jerarquía del cargo y que el art. 2º de dicho decreto sólo contempla a los empleados administrativos de los departamentos que cita —publicidad o avisos, contaduría, circulación, expedición e intendencia—, por lo que la indemnización por despido debe calcularse por el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo (t.o. 1976) (Adla, XXXVI-B, 1175).

CNTrab., sala I, 13/9/2002, "Corning, Rodrigo H. c. United Press Internacional y otro", TySS, 2003, 510, LL AR/JUR/6873/2002.

Ámbito personal de aplicación. Promotor publicitario

"Cabe encuadrar las tareas del promotor publicitario de una empresa inversora en sociedades vinculadas a la explotación de medios de comunicación en el régimen estatutario de Empleados Administrativos de Empresas Periodísticas".

CNTrab., sala V, 2/3/2005, "Flejsz, Beatriz P. c. Multiuno SA", TySS, 2005, 518, LL AR/JUR/8703/2005.

Ámbito personal de aplicación. Actividad del empleador

"El art. 2º del dec. 13.839/1946, modificado por la ley 15.535 (Adla, VI-450; XX-A, 121), determina el ámbito de aplicación personal del estatuto para empleados administrativos de empresas periodísticas y no condiciona la aplicación del régimen a que el servicio sea prestado a una empresa periodística, sino en una publicación diaria o periódica o en empresas que propalen noticias de carácter periodístico y respecto del personal ocupado en esas tareas, comprendiendo al que cumple funciones en determinados departamentos o secciones".

CNTrab., sala V, 9/9/1994, "Brondo, Ricardo D. c. Fundación Editorial de Belgrano para la Educación, la Ciencia y la Tecnología", DT, 1995-A-404, LLAR/JUR/3064/1994.

Ámbito personal de aplicación. Empresa de edición y distribución de revista informática

"El personal administrativo que trabaja en una empresa cuya actividad principal consiste en la edición y distribución gratuita de una revista dedicada a la informática, se rige por el Estatuto de Empleados Administrativos de Empresas Periodísticas —dec.-ley 13.839/1946 (DT, 1946-375)—, pues el art. 2º de la mencionada norma no excluye de su ámbito las empresas que persiguen una finalidad de propaganda comercial extraña a los fines del periodismo en general".

CNTrab., sala VI, 21/8/2003, "Bauler, Andrea Silvina c. Brand Center SA", DT, 2004 (mayo), 662, LL AR/JUR/5483/2003.

Ámbito personal de aplicación. Obra social

"No es procedente la indemnización especial prevista en el art. 33 del Estatuto del Empleado Administrativo de Empresas Periodísticas si la demandada es una obra social y no se encuentra incluida en el art. 3º de las disposiciones complementarias, que incluye a los sindicatos, no a aquellas entidades no sujetas al régimen de la ley 23.551 (DT, 1988-A, 802) sino al de obras sociales".

CNTrab., sala VIII, 7/2/2001, "Marcos, Dora G. c. O.S.T.P.B.A.", DT, 2001-A-998, LLAR/JUR/1394/2001.

Ámbito personal de aplicación. Productor publicitario

"Toda vez que el carácter de productor publicitario del trabajador surge expresamente de un listado del "staff" de una publicación de la demandada, corresponde encuadrar dicha prestación en el ámbito de aplicación del estatuto del empleado administrativo de empresas periodísticas consagrado por el dec.-ley 13.839 (DT, 1946-375), conforme se define en el art. 2º, aun cuando su tarea se limitara al mantenimiento de herramientas informáticas".

CNTrab., sala IX, 28/12/2004, "Castello, Alejandro A. c. M.P. Ediciones SA y otro", LA LEY del 13/7/2005, 15, LL AR/JUR/4952/2004.

Ámbito personal de aplicación. Revista de interés general para socios de una empresa

"Procede admitir el incremento establecido en el art. 33 del Estatuto del Empleado Administrativo de Empresas Periodísticas en favor de quien realizara tareas de promotor de una revista de interés general para distribuirla entre los socios de una empresa de tarjeta de crédito, toda vez que esas tareas encuadran dentro del lineamiento concordado por el citado Estatuto.

CNTrab., sala X, 6/12/2007, "Meza, Miguel c. Diners Club Argentina SA y otro", La Ley online, LLAR/JUR/13576/2007.

Tareas de marketing, coordinación y colaboración en publicaciones jurídicas

Si de la prueba aportada en la causa surge que la actora se ocupaba de tareas de marketing, coordinación y colaboración de las publicaciones jurídicas, dichas tareas encuadran en el Estatuto del Empleado Administrativo de Empresas Periodísticas. El art. 2º del decreto 13839/1946, ratificado por la ley 12.921, modificado por la ley 15.535 que determina el ámbito de aplicación personal de dicho Estatuto, no condiciona la operatividad del régimen que establece a que el servicio sea prestado a una empresa periodística, sino "en publicaciones diarias o periódicas o en empresas que propalen noticias de carácter periodístico" y respecto del personal ocupado en esas tareas, comprendiendo el que cumple funciones en determinados departamentos o sectores. Asimismo, la actividad periodística no puede ser limitada por la idea de noticia, sino que comprende el concepto de información, no sólo de interés general sino también la especializada o sectorial. Por lo que cabe concluir que está amparado en el régimen de empleados administrativos de empresas periodísticas el personal que presta servicios propios de la actividad periodística en publicaciones periódicas destinadas aún a la circulación de un grupo especial de consumidores o lectores.

CNTrab., sala II, 7/2/2013 "Altamira, Verónica Rosa c. La Ley SA s/despido", expte. 41.805/09, sent. def. 101.411, Boletín de Jurisprudencia de la CNTrab. 2014.

Vendedor de espacios publicitarios para el diario "Crónica". Régimen aplicable

El decreto 13839/1946 (ratificado por la ley 12.921) debió regir la relación laboral del trabajador accionante, quien vendía espacios publicitarios para el diario "Crónica" tanto en su versión papel como en página web. Dicho decreto estatuyó sobre ingreso, régimen de trabajo, estabilidad y previsión, remuneraciones, escalafón y promociones de los empleados administrativos de empresas periodísticas. Cabe incluir a los agentes de publicidad o avisos en el régimen del empleado administrativo de empresa periodística en razón de la aplicación del principio de la ley más favorable, sin que se vulnere el principio de especialidad.

CNTrab., sala I, 31/3/2014, "Soressi, Daniel Alfredo c. Alta Densidad SRL y otro s/despido", expte. 27.442/11, sent. def. 89.701, Boletín de Jurisprudencia de la CNTrab. 2014.

Jornada de trabajo

Art. 8º — El horario para el personal administrativo de empresas periodísticas no será mayor de 6.30 horas diarias y 36 semanales, debiendo cada jornada ser cumplida en forma continuada.

Queda exceptuado de esta disposición el personal que realice tareas de dirección y vigilancia y el de intendencia, con excepción de los telefonistas, para quienes el límite de horas de prestación de servicios se ajustará a las disposiciones de la ley 11.544.

Conceptuase a estos efectos, que realizan tareas de dirección y vigilancia, las personas que desempeñan cargos de: 1) Secretario general; 2) inspector general; 3) jefes o encargados de departamento.

La Secretaría de Trabajo y Previsión podrá autorizar la ocupación del personal con horarios discontinuos, cuando circunstancias debidamente acreditadas, a juicio de ésta, lo justifiquen.

Vacaciones

Art. 9º — La dación de las vacaciones se regirá por las disposiciones del decreto 1740/45, con excepción del término de duración de las mismas, cuya extensión se graduará de conformidad con lo prescripto por la ley 11.729.

Referencia.- Sobre régimen de vacaciones, ver LCT, arts. 150 y ss.

• Comentario:

10. Jornada

El art. 8º del Estatuto establece un límite máximo de seis horas y media diarias y treinta y seis semanales para la jornada de los empleados administrativos de empresas periodísticas. Pirolo señala que cada jornada debe ser cumplida en forma continuada(22). Esta disposición no fue modificada por el Convenio Colectivo 301/1975. En cambio, el Convenio Colectivo 124/1975 fijó la jornada máxima en 6 horas; por lo tanto, para los empleados de los noticieros de televisión el máximo semanal es de treinta horas(23).

Las excepciones a la reducción horaria son para el personal que realice tareas de dirección y vigilancia, en una disposición equivalente a la prevista en el art. 3º, inc. a) de la ley 11.544 sobre jornada de trabajo. El art. 8º del Estatuto comprende a: a) el personal que realiza tareas de dirección y vigilancia, cuya jornada es incluso superior a la normal general, según la ley 11.544; está integrado por quienes desempeñan los cargos de secretario general, inspector general y jefes o encargados de departamento; b) el personal de intendencia, mas no el de expedición, según plenario 158 CNTrab.; c) los telefonistas(24), que ajustan su horario al límite dispuesto por la ley 11.544: ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales(25).

El cumplimiento de la jornada debe ser en forma continuada, no obstante lo cual no se ha considerado discontinua la interrupción para almuerzo o refrigerio, pausa que queda excluida de las seis horas y media computables(26).

El art. 8º del decreto-ley 13.839/45 dispone que "el horario para el personal administrativo de empresas periodísticas no será mayor de 6:30 horas diarias y 36 semanales...", es decir establece un doble tope horario, por lo que existe hora extra trabajada más allá de las seis horas y media por día, aunque no se supere el tope semanal(27). Y el art. 49(28) del CCT 541/08 determina que se debe cumplir en forma continuada, con excepción para quienes realicen tareas de dirección y vigilancia y el personal de intendencia, con excepción de los telefonistas.

Las horas extra que cumplen los empleados administrativos de empresas periodísticas fueron analizadas por Miguel Ángel Pirolo, quien al respecto ha sostenido que el exceso del límite diario legal debe considerarse como trabajo en tiempo suplementario, aun cuando no supere el tope semanal. En efecto, las normas sobre limitación de la duración del trabajo tienen como finalidad resguardar la salud y seguridad del trabajador. Por ello, no obstante la alternativa que brinda el art. 1º de la ley 11.544 al utilizar la conjunción disyuntiva "o", resulta claro, en virtud de lo reglado por el art. 1º, inc. b) del dec. 16.115/1933, que debe respetarse el límite de nueve horas de trabajo diario, más allá del cual debe considerarse que se produce un exceso en la jornada de trabajo, aun cuando no esté sobrepasado el tope de cuarenta y ocho horas semanales(29). El art. 8º del Estatuto utiliza la conjunción "y" al referirse al tope diario y semanal, por lo que en el supuesto debe respetarse tanto el límite diario como el semanal. Si la prestación de servicios superó el máximo de 6.30 horas por día, debe abonarse como trabajo extra(30).

11. Vacaciones

El dec. 1740/1945 y la ley 11.729 eran el apoyo normativo sobre el cual se redactó el art. 9º del Estatuto. Ahora bien, dado que dichas disposiciones en la actualidad no se encuentran vigentes, debe considerarse de modo supletorio lo establecido por el régimen del contrato de trabajo previsto en la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 y sus modificaciones posteriores. La convención colectiva de trabajo nro. 301/1975 para el personal periodístico y administrativo de los medios gráficos, radios y agencias de noticias, vigente en la ciudad de Buenos Aires y partidos del conurbano bonaerense, mejoró este beneficio (art. 19) fijando la siguiente escala: hasta 5 años de antigüedad, 19 días corridos; de 5 a 10 años de antigüedad, 26 días corridos; de 10 a 20 años de antigüedad, 33 días corridos y más de 20 años de antigüedad, 40 días corridos(31).

En el caso de los trabajadores administrativos como se estableció precedentemente el cómputo de las vacaciones se realiza en días corridos mientras que para los periodistas se efectúa en días hábiles.

Finalmente, el CCT 541/08 prevé el régimen de vacaciones en su art. 14(32)y para su fijación se tomaron los mismos parámetros que los expuestos en el anteúltimo párrafo (es decir, igual que el Estatuto del Periodista Profesional) y también contempla en el art. 17(33)las licencias especiales con goce de haberes(34).

22. Jurisprudencia

Despido. Indemnización especial. Base de cálculo

"El despido del personal administrativo de empresas periodísticas, el régimen especial prevé una indemnización de seis meses por preaviso omitido y un mes por cada año trabajado para el empleador, debiéndose tomar como base "el último sueldo devengado por el dependiente" (conf. Doctrina Plenaria 75 in re "López, Emilio c. Empresas Periodísticas Argentinas SA"), sin tope alguno, es indiscutible que la mayoría de los aspectos del régimen especial resultan más beneficiosos que la ley general, por lo que aquel ordenamiento debe ser considerado en su totalidad" (del voto del Dr. Guibourg, en mayoría)".

CNTrab., sala III, 13/6/2000, "Vladimirsky, Liliana c. Editorial Perfil SA", Boletín de Jurisprudencia de la CNTrab. de mayo de 2008.

Indemnización especial del art. 33 inc. b) dec.-ley 13839/46 (texto según ley 15.535). Falta de vigencia

La indemnización especial para los empleados administrativos de empresas periodísticas, que previera el art. 33 inc. "b" del decreto-ley 13.839/46 (texto según ley 15.535) no se encuentra vigente. Tal disposición establecía que en caso de despido, hubiera o no preaviso, el empleador abonaría una indemnización fija equivalente a seis meses de sueldo y además un mes de sueldo por cada año o fracción mayor de tres meses de antigüedad. Dicho texto fue observado en lo pertinente por el decreto 12.980/60, por lo que fue promulgado parcialmente el 26/10/1960, resultando inaplicable la indemnización especial. El texto legal vigente —esto es: el art. 33 del decreto-ley 13.839/46—, dispone, en los casos de despido sin culpa del empleado, una indemnización especial por preaviso equivalente a seis meses de sueldo y un mes de sueldo por año que el empleado haya trabajado con el empleador.

CNTrab., sala IX, 12/08/2010, "Saavedra Caramelo, Diego Martín c. Anuntis Segunda Mano Argentina SA s/despido", expte. 10.358/07, sent. def. 16.474, Boletín de Jurisprudencia de la CNTrab. 2014.

Tope del art. 245, LCT no se aplica

"En el mismo sentido se dispuso que cabe incluir la indemnización especial prevista en el art. 43, inc. d) de la ley 12.908 en la base de cálculo de la indemnización prevista en el art. 15 de la ley 24.013 y en la duplicación contemplada en el art. 16 de la ley 25.561 pues se corresponde con la literalidad de las normas citadas".

CNTrab., sala VI, 27/11/2006, "Molero, Miriam Edith c. SA La Nación s/despido", Boletín de Jurisprudencia de la CNTrab. de mayo de 2008.

Indemnización por antigüedad. Base de cálculo

En el caso, es de aplicación la doctrina emanada del Fallo Plenario Nº 75 (en el que se trató la cuestión de fondo que plantea en orden a la base de cálculo que debe utilizarse para el cálculo de la indemnización por antigüedad). Ello por cuanto la ley 13.502 al otorgar carácter definitivo al art. 33 del Estatuto, consagró por tal vía un régimen indemnizatorio especial para la actividad en la forma allí indicada, determinando de igual modo la base de cálculo que debía aplicarse en tales casos, consistente en el último sueldo devengado por el trabajador; tornándose en consecuencia inoficiosa la remisión que efectuaba el art. 13 de aquél a la normativa general vigente (ley 11.729 modificada por la LCT y sus modificatorias) respecto a las indemnizaciones por preaviso y por antigüedad. Por ende, al momento de analizar los alcances de cada institución, no puede escindirse los diferentes aspectos normados por el art. 33 del Estatuto, que prevé una indemnización equivalente a 6 meses de sueldo por preaviso y a un mes de sueldo por cada año laborado, extremo que revela que el régimen especial ponderado integralmente resulta más beneficioso al trabajador, que los contenidos en el régimen general (art. 9ºLCT), por lo que aquél debe aplicarse en su totalidad.

CNTrab., sala IV, 31/3/2014, "Papa, Carolina c. Editorial Televisa Argentina SA s/despido", expte. 34.295/2011, sent. def. 97.788, Boletín de Jurisprudencia de la CNTrab. 2014.

Incompatibilidad de la indemnización del art. 2º, ley 25.323

"Corresponde descontar la indemnización especial del art. 33, inc. b) del dec. 13.839/1946 (Adla, VI-450) del cálculo del incremento previsto en el art. 2º de la ley 25.323 (DT, 2000-B, 2017), pues, dicho artículo sólo menciona, en forma taxativa, a las reparaciones de los arts. 232, 233 y 245 de la Ley de Contrato de Trabajo (DT, 1976-238), guardando silencio respecto a las previstas en estatutos profesionales, que exceden el ámbito de lo tenido en miras por el legislador".

CNTrab., sala I, 24/7/2008, "Kraus, Rubén O. c. Arte Gráfico Editorial Argentina SA", DT, 2006 (noviembre), 1686, LL AR/JUR/1588/2006.

Incompatibilidad de la indemnización del art. 2º, ley 25.323

"Siendo que resulta aplicable al dependiente el régimen normativo previsto en el dec.-ley 13.839/1946 (Adla, VI, 450) —Estatuto del empleado administrativo de empresas periodísticas—, resulta improcedente la indemnización prevista en el art. 2º de la ley 25.323 (DT, 2000-B, 2017), en tanto sus alcances se proyectan concretamente en las indemnizaciones previstas en la ley 20.744 —t.o. 1976 (DT, 1976-238)— y los arts. 6º y 7º de la ley 25.013 (DT, 1998-B, 1888)".

CNTrab., sala IV, 13/11/2007, "Castellano, Carlos Daniel y otro c. Editorial Atlántida SA", La Ley online, LLAR/JUR/9529/2007.

Incompatibilidad de la indemnización art. 2º, ley 25.323

"Es inaplicable la multa prevista por el art. 2º de la ley 25.323 si rige un estatuto especial —en el caso, Empleados Administrativos de Empresas Periodísticas—, pues, aquella es de exclusiva aplicación para las indemnizaciones previstas por los arts. 232, 233 y 245 de la LCT y los arts. 6º y 7º de la ley 25.013, razón por la cual no corresponde computarla sobre el rubro indemnización sustitutiva de preaviso".

CNTrab., sala V, 2/3/2005, "Flejsz, Beatriz P. c. Multiuno SA", TySS, 2005, 518, LL AR/JUR/8703/2005.

Improcedencia del art. 2º de la ley 25.323

El Estatuto 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, razón por la cual, corresponde desestimar el rubro reclamado.

CNTrab., sala II, 7/2/2013, "Altamira, Verónica Rosa c. La Ley SA s/despido", expte. 41.805/09, sent. def. 101.411.

Plazo de preaviso

"No hay mayores precisiones en doctrina y jurisprudencia acerca del plazo por el que corresponde otorgamiento del preaviso; pero parece razonable aceptar que debe ser otorgado por quince días, —en el período de prueba—, o por uno o dos meses, según la antigüedad (art. 231, LCT) y que, sólo en caso de omitirse la comunicación previa con la antelación que prevé esa norma, el empleador debe una indemnización sustitutiva equivalente a seis meses de sueldo".

CNTrab., sala II, 28/3/2009, "Colocho Millet, Francisco Javier c. Nuntis Segundamano Argentina SA s/Despido", Legislación Sistematizada del Trabajo, Astrea, 2001, ps. 372 y 373.

Preaviso. Base salarial

Dado que el art. 33 del Estatuto no discrimina la base de cálculo según se trate de la indemnización por preaviso o por antigüedad, sino que en ambos casos alude al "sueldo" del trabajador y, en tanto en el Fallo Plenario Nº 75 consideró que aquélla se configuraba con el "último salario devengado", corresponde adecuar la liquidación de la indemnización por preaviso omitido, utilizando para ello la última remuneración devengada por la trabajadora.

CNTrab., sala IV, 31/3/2014, "Papa, Carolina c. Editorial Televisa Argentina SA s/despido", expte. 34.295/2011, sent. def. 97.788, Boletín de Jurisprudencia de la CNTrab. 2014.

Incompatibilidad de la indemnizaciónart. 2º,ley 25.323

"En atención a la redacción del art. 2º de la ley 25.323 (DT, 2000-B, 2017), el incremento allí previsto debe aplicarse exclusivamente a las indemnizaciones derivadas de los arts. 232, 233 y 245 de la Ley de Contrato de Trabajo (t.o.) (DT, 1976-238), razón por la cual no resulta aplicable a la relación laboral regida por el dec.-ley 13.839/1946 -Estatuto de Empleados Administrativos de Empresas Periodísticas- (DT, 1946-375) el cual desplaza al régimen de la Ley de Contrato de Trabajo, en los aspectos indemnizatorios, por otro distinto no contemplado en el dispositivo sancionatorio".

CNTrab., sala VI, 21/8/2003, "Bauler, Andrea Silvina c. Brand Center SA", DT, 2004 (mayo), 662, LLAR/JUR/5483/2003.

Incompatibilidad indemnizaciónart. 2º,ley 25.323

"Resulta improcedente otorgar el incremento indemnizatorio previsto en el art. 2º de la ley 25.323 (Adla, LX-E-5421) a trabajador encuadrado en el Estatuto de Empleado Administrativo de Empresas Periodísticas —dec. 13.839/1946 (Adla, VI-450)—, toda vez que dicho Estatuto dispone en su art. 33 un mecanismo reparatorio distinto al instituido por el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo (t.o. 1976) (Adla, XXXVI-B-1175)".

CNTrab., sala IX, 29/4/2005, "Covello, Javier Alberto c. Editorial Atlántida SA", DJ, 2005-3, 206, LLAR/JUR/1410/2005).

Procedencia del recargo previsto en el art. 1º de la ley 25.323

Resulta procedente la aplicación del art. 1º de la ley 25.323, si el accionante solicitó en forma subsidiaria dicho rubro, en caso de que no se hiciera lugar a la aplicación del estatuto del periodista y, en la causa se constató la deficiente registración en cuanto a la fecha de ingreso.

CNTrab., sala VI, 22/02/2013, "Fernández, Carlos Rafael c. Télam SE s/Despido", expte. 30.439/2010, sent. def. 64.847, Boletín de Jurisprudencia de la CNTrab. 2014.

Art. 17.— [Mod. por ley 15.535] El escalafón a que se refiere el art. 10, será establecido por convenciones colectivas en razón de las distintas funciones desempeñadas por el personal, las que se tendrán en cuenta a los efectos de fijar las remuneraciones.

Art. 18.— En la Capital Federal, los sueldos mínimos del personal comprendido en este Estatuto se ajustarán al siguiente escalafón, por antigüedad de servicios: [se suprime por carecer de actualidad]

Referencia.- Los remuneraciones fueron aumentados por ley 13.502 y la ley 13.904, y posteriormente (a partir de 1952) por varios convenios colectivos.

Art. 19.— A las personas comprendidas en el presente Estatuto dependientes de empleadores domiciliados en Capital Federal que, computando su antigüedad desde la fecha de ingreso a la empresa, perciban sueldos inferiores a los establecidos en el art. 18, les serán abonados a partir de la vigencia de este decreto, los sueldos que por el citado artículo les correspondan.

Art. 20.— Fuera del radio de la Capital federal, dentro del plazo de treinta días, los sueldos mínimos de la escala a que se refiere el art. 18, partiendo de la base de 170 pesos mensuales para los empleadores colocados en primera categoría, de 150 pesos para los de segunda categoría y de 130 pesos para los de tercera categoría, se fijarán por comisiones paritarias constituidas y presididas por la Secretaría de Trabajo y Previsión o sus delegaciones regionales, teniendo en cuenta, además de otros factores, la importancia de la zona y la capacidad de pago del empleador. Si por cualquier circunstancia no pudieran reunirse tales comisiones paritarias dentro de ese término, los sueldos básicos serán fijados por el Poder Ejecutivo Nacional, previo informe de la Secretaría de Trabajo y Previsión(65).

Art. 21.— Los empleados remunerados a sueldo y comisión, o ésta solamente, tendrán derecho al sueldo mínimo que les pertenezca en atención a la antigüedad, sin perjuicio de cobrar la suma que corresponde por las comisiones en lo que exceda a éste.

Art. 22.— Tendrán derecho a una bonificación mensual de 10 pesos moneda nacional por cada hijo menor de 16 años de edad que tenga a su cargo, aquellos empleados cuyo sueldo no exceda de 500 pesos moneda nacional.

Referencia.- Por convenios colectivos posteriores se aumentaron las asignaciones a que se refiere este artículo.

Art. 23.— El tiempo que dure la prestación del servicio militar obligatorio será computado a los efectos del escalafón establecido por el artículo 18.

Art. 24.— Los empleadores enviarán a la Secretaría de Trabajo y Previsión, antes del 15 de enero de cada año, una planilla detallada, bajo declaración jurada, en la que consignarán la nómina del personal a su cargo, precisando la fecha de ingreso, puesto que desempeña, sueldo que percibe, aumento correspondientes y nacionalidad. Igualmente comunicarán a dicha Secretaría todo ingreso y egreso de empleados que ocurra durante el año así como también toda modificación en los sueldos, dentro de los tres días de producida. Esta planilla deberá ajustarse en un todo a lo que corresponde enviar a la Caja Nacional de Jubilaciones y Pensiones de Periodistas (ley 12.581(66)).

Disposiciones varias

Art. 25.— Las cuestiones relativas al sueldo, jornada y condiciones de trabajo del personal administrativo no contempladas en el presente Estatuto, serán resueltas por las comisiones paritarias a que se refiere el art. 20, tanto fuera de la Capital como en ella.

Art. 26.— Los representantes de las comisiones paritarias serán designados a propuesta de las asociaciones profesionales representativas de empleadores y empleados. En caso de que no hubiere asociaciones profesionales constituidas, serán designados de oficio por la Secretaría de Trabajo y Previsión.

Las comisiones paritarias tendrán la competencia territorial que les asigne la autoridad de aplicación. El presidente de estas comisiones tendrá facultades para decidir en caso de divergencias, sin estar obligado a pronunciarse por ninguna de las propuestas en debate.

Art. 27.— En ningún caso los empleados perderán las ventajas que hubieran obtenido con anterioridad a la vigencia del presente Estatuto, so pena de incurrir el empleador en el pago de las sumas que se determinen para indemnizaciones por despido.

• Comentario:

13. Extinción. Estabilidad

El buen comportamiento de los empleados administrativos en el desempeño de sus funciones es más que un requisito obvio en cualquier vínculo laboral, y en este sentido el art. 10 del Estatuto prevé que ningún empleado sea separado de sus funciones mientras observe buen comportamiento. Las promociones se harán por riguroso orden de escalafón, dándose preferencia al empleado más antiguo, siempre que éste reúna las debidas condiciones de idoneidad y conducta. Asimismo establece que las cesantías o exoneraciones sólo podrán producirse si mediaran causas graves, las cuales implican colocar la situación en el mismo esquema de análisis que exige la directiva que contiene el art. 242(38) de la Ley de Contrato de Trabajo.

En este aspecto es importante señalar que no existe un derecho de propiedad del trabajo en esta actividad que no se distinga de cualquier otra actividad laboral privada. La norma sólo aplica el principio constitucional de la protección contra el despido arbitrario, y esto lo afirma con la simple remisión a la ley general: las disposiciones de la Ley de Contrato de Trabajo, en cuanto regulan el preaviso y la indemnización del despido en razón de antigüedad, son aplicables al personal a que se refiere el Estatuto, con la complementación de lo dispuesto en el art. 33 del Estatuto(39); en este sentido la Corte ha establecido que no importa violación del principio de igualdad, el establecimiento de un régimen especial de indemnización por despido, igual para todos los empleados que desempeñan una especie particular de trabajo, como sucede con la disposición del art. 2º de la ley 13.502, que da carácter definitivo a las indemnizaciones del art. 33 del Estatuto(40) y que es admisible el criterio del citado art. 33, al tomar como base para la indemnización por despido los sueldos que se fijan en el mismo decreto(41).

El Estatuto no menciona ni el despido ni la denuncia del contrato, entre las denominaciones aceptadas comúnmente por la doctrina. Se refiere allí a la separación de funciones y más abajo a la cesantía y la exoneración, términos éstos propios del empleo público y extraños a la actividad laboral privada. Estos son matices distintivos y graduables de la medida expulsiva dispuesta por el empleador, con causa, después del respectivo sumario. La justa causa como causal de extinción sólo se da cuando el dependiente no observó un buen comportamiento o mediaron causas graves., las que sólo pueden ser apreciadas por el juzgador, de acuerdo con las circunstancias del caso, el carácter de las relaciones y la inobservancia de obligaciones que configuren injuria y que, por su gravedad, no consientan la prosecución de la relación (conf. art. 242, LCT)(42).

14. Enfermedades y accidentes inculpables

En el Art. 13 se remite a la ley 11.729 reemplazada por la Ley de Contrato de Trabajo y a la ley 9688 reemplazada por la Ley de Riesgos del Trabajo. El tratamiento relativo a las enfermedades inculpables y a las enfermedades y accidentes que tuvieren lugar por el hecho o en ocasión del trabajo. Es por ello que rigen los arts. 208 a 213 de la Ley de Contrato de Trabajo respecto de las enfermedades inculpables y la ley 26.773.

En este sentido el CCT 541/08 en sus arts. 29 y 30 establece que los trabajadores de prensa, cualquiera sea la remuneración que perciban, están comprendidos en la ley de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; pero cada vez que uno de ellos sea encargado de una misión que comporte riesgos excepcionales (vgr. guerra nacional o civil, revoluciones, viajes a través de regiones o países inseguros) deberá estar asegurado especialmente por el empleador, de modo que quede cubierto de los riesgos de enfermedad, invalidez o muerte. Las indemnizaciones no podrán ser inferiores, en caso de muerte o invalidez física o intelectual total y permanente, a una suma igual a tres veces el sueldo anual que percibía el periodista en el momento de producirse el infortunio. Cuando no se origine la invalidez total y permanente o la muerte, la indemnización será calculada teniendo en cuenta el grado de incapacidad, el lucro cesante y los gastos de asistencia médica.

La indemnización por accidente o enfermedad que establece el convenio colectivo 541/08 no regirá para los casos previstos por la ley de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales o de seguros por riesgos especiales cuando, en tales casos, corresponda al empleado una indemnización mayor. En ningún caso el trabajador de prensa tendrá derecho a más de una indemnización por accidentes o enfermedades, inculpables o profesionales, excepto en los casos comprendidos en las leyes en vigencia.

15. Suspensiones

Se establece a través del art. 12 del Estatuto que ningún empleado podrá ser suspendido en el desempeño de sus tareas, sin retribución pecuniaria, por un plazo mayor de treinta días, dentro del término de 365 días. Asimismo, corresponde señalar que toda suspensión deberá estar debidamente documentada y notificada por escrito al interesado, con detalle de las causas invocadas por el principal para la aplicación de tal medida disciplinaria. Esta norma trata de limitar la facultad del empleador, cuya primera obligación es el pago de la remuneración a su dependiente, y de afirmar otro deber de no menor entidad: el de darle ocupación (arts. 74 y 78, LCT).

El art. 67 de la Ley de Contrato de Trabajo le permite al trabajador administrativo de empresas periodísticas cuestionar la procedencia, tipo o extensión de la sanción a fin de que se le suprima, sustituya o restrinja, y para ello cuenta con un plazo de treinta días; vencido este término se tendrá por consentida la sanción disciplinaria. No puede recurrir a la comisión paritaria; en defecto de retractación por parte del empleador, deberá el sancionado recurrir a la justicia, donde a su vez tiene dos acciones(43): para el caso de que la sanción supere el término permitido puede considerarse despedido y si la suspensión no cumple con los requisitos exigidos puede reclamar el pago de los salarios caídos.

Pizarro señala en este aspecto que no existen en los empleados administrativos de empresas periodísticas las especiales características de los periodistas profesionales, en cuanto preparación intelectual y necesaria defensa de su derecho a la libertad de expresión, pero al mismo tiempo, con la obligación por parte de ellos de respetar el derecho a la intimidad de los ciudadanos al momento de informar. Y señala que la necesidad de la búsqueda de equilibrio en el ejercicio del poder disciplinario ejercido en el caso de los periodistas no es de aplicación en los que realizan tareas administrativas no periodísticas. De allí la ausencia de consideraciones especiales y aplicación de reglas generales del derecho laboral común y Ley de Contrato de Trabajo, en el ejercicio del ius variandi(44).

En resumen, el empleador cuenta con la posibilidad de disponer la suspensión de ciertos efectos del contrato de trabajo por un plazo máximo de treinta días en el año, medida que debe notificarse al trabajador por escrito. El Estatuto no se refiere a la suspensión preventiva ni a aquella originada en causas económicas; es por ello que en estos casos resulta aplicable lo dispuesto en los arts. 218 a 224(45) de la Ley de Contrato de Trabajo(46).

Finalmente el art. 51 del CCT 541/08 estableció que ningún empleado administrativo de Empresas Periodísticas podrá ser suspendido en el desempeño de sus tareas, sin retribución pecuniaria, por un plazo mayor de treinta días, dentro del término de 365 días. En este sentido aclara que toda suspensión deberá estar debidamente documentada y notificada por escrito al interesado, con detalle de las causas invocadas por el principal para la aplicación de tal medida disciplinaria.

16. Extinción por voluntad del trabajador

La extinción por voluntad del trabajador la encontramos en el art. 14 del Estatuto, que dispone la antigüedad necesaria para que el trabajador goce del derecho a una bonificación de medio mes de sueldo por cada año que exceda de los cinco y hasta un máximo de tres meses. La antigüedad requerida es superior a cinco años, y vencido dicho plazo tendrá derecho, en caso de retiro voluntario, a la bonificación en cuestión.

Para poder gozar de la bonificación el trabajador debe preavisar al empleador en los mismos plazos impuestos a estos últimos. No corresponde sueldo anual complementario sobre la bonificación por retiro voluntario(47).

Aparecen similitudes entre la cláusula que se exige para poder gozar de la bonificación por retiro voluntario y la del art. 46 del Estatuto del Periodista Profesional. Ahora bien, su inclusión sólo se explica por un propósito igualitario, pues respecto del empleado administrativo no gravitan las razones que la determinan(48).

17. Indemnización especial

El art. 13 establece un régimen de protección permanente a la estabilidad que surge del Estatuto y se remite a la ley 11.729. El objetivo de la aprobación del art. 33 fue para prevenir o desalentar despidos con motivo de la sanción del Estatuto. Fue así que se dispuso que aquellos que fueran dispuestos sin culpa del empleado entre el 1 de diciembre de 1945 y el 31 de diciembre de 1948 darían lugar al pago de una indemnización especial equivalente a seis meses de sueldo por preaviso y a un mes de sueldo por año que el empleado hubiese trabajado con el empleador. Antes de que venciera el plazo de la disposición transitoria del art. 33 se sancionó la ley 13.502, promulgada el 25 de octubre de 1948, que dispuso aumentos de sueldo y dio carácter definitivo a las indemnizaciones del art. 33. Cuando la ley 13.502 dio carácter definitivo a las indemnizaciones del art. 33, las del art. 13 dejaron de tener vigencia. El art. 33 toma el sueldo del Estatuto como unidad de medida para determinar el importe de las indemnizaciones. Contrariamente a la LCT, el Estatuto no estableció ninguna clase de tope. El dispuesto por el art. 245, LCT no es aplicable. Las dudas sobre este punto dieron lugar al fallo plenario 75 citado en el punto anterior, según el cual "la liquidación por antigüedad a que se refiere el art. 33 del dec.-ley 13.839/1946 debe practicarse teniendo en cuenta el último sueldo devengado por el dependiente"(49).

En este contexto se observa que el régimen especial prevé una indemnización especial de seis meses por preaviso omitido y un mes por cada año trabajado para el empleador. Para su cálculo debe tomarse como base el último sueldo devengado por el trabajador. A la base de cálculo no debe no debe aplicarse ningún tope, ya que debe tenerse en cuenta que el régimen especial resulta más beneficioso que la ley general.

Conforme lo señalado precedentemente, se puede deducir que no corresponde aplicar a los trabajadores comprendidos en el Estatuto del Periodista Profesional y el Estatuto del Empleado Administrativo de Empresas Periodísticas la manda legal del art. 245 de la ley 20.744. Esto es así porque se evidencia que resulta ser más favorable para tales trabajadores la indemnización fijada por la ley 12.908 y el dec.-ley 13.839/1946, y en consecuencia, perdería virtualidad el cálculo y la determinación del tope prescrito por el art. 245 de la ley 20.744.

A mayor abundamiento destaco que la resolución 305/2007 de la Secretaría de Trabajo de la Nación, establece 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 desempeñan en la actividad regulada por la ley 12.908 "Estatuto del Periodista Profesional" y el decreto-ley 13.839/46 "Estatuto del Empleado Administrativo de Empresas Periodísticas"(50).

En este sentido es importante señalar que no resulta de aplicación la doctrina sentada en el Plenario de la CNTrab. "Tulosai" al personal comprendido en el Estatuto bajo análisis, en virtud de que el mismo hace referencia a la indemnización contenida en el art. 245LCT, por lo que resulta pertinente aplicar el aguinaldo al cálculo de la indemnización por despido(51).

18. Extinción por jubilación

El empleado que reúna todas las condiciones para jubilarse conforme a lo indicado en la ley 12.581 de Jubilaciones y Pensiones de Periodistas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 11 del Estatuto, tendrá la obligación de iniciar los trámites jubilatorios en un plazo no mayor de cinco años después de haberla alcanzado.

Si transcurridos cinco años desde que ocurre la cesantía del trabajador desde que el empleado estuvo en condiciones de obtener la jubilación ordinaria íntegra la empresa periodística se exima del pago de indemnización por despido; este extremo debe acreditarse mediante informe de la respectiva Caja de Jubilación; la prueba no puede suplirse con el cómputo efectuado por los jueces(52).

19. Remuneración

El art. 18 del Estatuto establece los sueldos para el personal que preste servicios en Capital Federal y formula ciertas pautas según: 1) función desempeñada: cadetes, ayudantes, y personal de intendencia, serenos, porteros, ordenanzas, ascensoristas, telefonistas y capataces en general; 2) categoría del empleador: según fuere de primera, segunda o tercera categoría, hasta que la ley 13.502 suprimió esta última. La segunda categoría abona los sueldos de la primera reducidos en un 10%; 3) antigüedad: del agente de servicio a estos efectos se incluye en la antigüedad el período de prueba y el de servicio militar.

El Estatuto fija un escalafón basado exclusivamente en la antigüedad para los empleados propiamente dichos y remite para la fijación de categorías y tareas a los convenios colectivos. En lo que respecta al personal de intendencia, toma en cuenta la diversidad de funciones(53).

Las diferentes cláusulas salariales nacen de los convenios colectivos; es así que el CCT 301/1975 establece cláusulas económicas generales y enumera una serie de bonificaciones especiales a tener en cuenta: 1) bonificación por antigüedad; 2) vale de comida; 3) fallas de caja, cuando el empleado maneje habitualmente dinero y sea responsable de las diferencias; 4) plus para telefonistas; 5) afectación del vehículo; 6) que el salario de los menores no puede ser inferior al 80% del salario inicial. Al igual que para los periodistas, el art. 41(54) del Convenio establece los salarios de convenio según las categorías del escalafón, ordenadas numéricamente en cada uno de los tres escalafones: Administrativos, de Intendencia y Servicios Generales y de Expedición.

La protección del salario y de su pago rigen los principios comunes respecto a forma, tiempo y lugar de pago de las remuneraciones, y también en cuanto a protección del salario, pues el estatuto no contiene disposiciones especiales, salvo el último párrafo del art. 28, según el cual cada empresa periodística será responsable solidariamente del incumplimiento de las obligaciones por parte de los contratistas, subcontratistas y concesionarios, cuando éstos adeudaren el importe correspondiente hasta dos meses de remuneración(55). De tal manera que se impide la utilización de servicios de contratistas, subcontratistas, concesionarios o cualquier otra empresa cuyas tareas importen ocupación de personal comprendido en el art. 2º del Estatuto. Por disposición del art. 35 del Estatuto, los arts. 15 a 24, en lo que respecta a sueldos, regirán hasta tanto el Instituto Nacional de las Remuneraciones creado por dec. 33.302/1945, no determine los sueldos que deberán abonarse a los empleados comprendidos en el Estatuto. Pero sus normas han sido transitorias y se encuentran derogadas de hecho, con excepción del art. 21 del Estatuto. De tal manera que las remuneraciones, luego de sancionada la ley 14.250, se establecen por convenciones colectivas de trabajo(56).

A los trabajadores empleados administrativos de empresas periodísticas, a través de lo dispuesto en el art. 21 del Estatuto, se les aseguran los mínimos convencionales, incluso los remunerados solamente a comisión, a quienes también asegura ese mínimo, sin perjuicio de cobrar la suma que corresponda por las comisiones en lo que exceda al mismo. En el caso de los empleados administrativos del Departamento de Publicidad y Avisos, generalmente son retribuidos mediante comisión sobre las ventas de espacios publicitarios y avisos de toda índole. Lo que la norma establece, en definitiva, es la prohibición de abonar a los mismos solamente mediante comisiones, en la medida que las mismas no alcancen los mínimos de categoría convencional establecidos, al mismo tiempo que faculta la subsumisión de las comisiones hasta la suma de la remuneración básica(57).

20. Otros motivos de extinción del contrato no contemplados en el Estatuto

20.1. Muerte del trabajador/empleador

Si el que fallece es el trabajador, corresponde aplicar el art. 24.8(58) de la Ley de Contrato de Trabajo, pues a diferencia del art. 51 de Estatuto del Periodista Profesional, en éste no aparece una norma que disponga un proceder distinto del de la LCT.

La muerte del empleador no parece ser una causal en esta actividad, en la que la empresa periodística difícilmente puede identificarse con una persona física; la del trabajador, en cambio, puede motivar que sus causahabientes gocen de la indemnización de la ley común(59).

20.2. Quiebra

Esta eventualidad por sí sola no produce la automática extinción del contrato laboral. En su caso, rige el art. 257 de la Ley de Contrato de Trabajo, aunque también se decidió que cabe la indemnización privilegiada del art. 33 del dec.-ley 13.839/1946(60).

21. Multas

21.1. Art. 2º de la ley 25.323

Para los empleados administrativos de empresas periodísticas no rige el incremento que dispone la ley 25.323. Así lo decidió la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo mediante el fallo plenario nro. 313(61), en lo que atañe específicamente al estatuto de periodistas profesionales, donde dispuso que 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, incs. b) y c) del EPP. Asimismo establece que tampoco se aplica a la indemnización dispuesta en el inc. d) del art. 43 del EPP.

De tal manera que el Dr. Miguel Ángel Pirolo entiende que las razones que constituyeron la mayoría en ese plenario pueden hacerse extensivas a las situaciones comprendidas en el ámbito de aplicación del Estatuto para empleados administrativos de empresas periodísticas(62). La jurisprudencia ha establecido que cuando se trata de una relación comprendida en el ámbito de aplicación del decreto-ley 13839/46 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(63).

21.2. Art. 15 de la ley 24.013

La indemnización del art. 15 de la ley 24.013 sí procede para los empleados administrativos de empresas periodísticas. De haber mediado una relación total o parcialmente marginal y de haberse concretado en tiempo y forma la intimación que exige el art. 11 de la Ley de Empleo, es aplicable a las relaciones comprendidas en el Estatuto la duplicación dispuesta en la norma bajo análisis. Se ha dicho que un trabajador amparado por la ley 12.908 tiene derecho, al ser despedido, a las indemnizaciones establecidas en el art. 43, incs. b), c) y d) de dicha norma, las cuales, en virtud de las disposiciones del art. 15 de la Ley Nacional de Empleo, deben duplicarse. La duplicación establecida en esta última disposición no se halla circunscripta a los arts. 232 y 245, LCT y, en definitiva, el despido de todo periodista genera una carga indemnizatoria que comprende la indemnización especial del inc. d), y lo que la norma en cuestión duplica es precisamente dicha carga indemnizatoria(64).

21.3. Art. 1º de la ley 25.323

La multa en cuestión establece que las indemnizaciones previstas por las leyes 20.744 (t.o. 1976), art. 245 y 25.013, art. 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. En este sentido es importante establecer que el agravamiento indemnizatorio establecido en el artículo bajo análisis, no resulta acumulable a las indemnizaciones previstas por los arts. 8º, 9º, 10 y 15 de la ley 24.013.

22. Jurisprudencia

Despido. Indemnización especial. Base de cálculo

"El despido del personal administrativo de empresas periodísticas, el régimen especial prevé una indemnización de seis meses por preaviso omitido y un mes por cada año trabajado para el empleador, debiéndose tomar como base "el último sueldo devengado por el dependiente" (conf. Doctrina Plenaria 75 in re "López, Emilio c. Empresas Periodísticas Argentinas SA"), sin tope alguno, es indiscutible que la mayoría de los aspectos del régimen especial resultan más beneficiosos que la ley general, por lo que aquel ordenamiento debe ser considerado en su totalidad" (del voto del Dr. Guibourg, en mayoría)".

CNTrab., sala III, 13/6/2000, "Vladimirsky, Liliana c. Editorial Perfil SA", Boletín de Jurisprudencia de la CNTrab. de mayo de 2008.

Indemnización especial del art. 33 inc. b) dec.-ley 13839/46 (texto según ley 15.535). Falta de vigencia

La indemnización especial para los empleados administrativos de empresas periodísticas, que previera el art. 33 inc. "b" del decreto-ley 13.839/46 (texto según ley 15.535) no se encuentra vigente. Tal disposición establecía que en caso de despido, hubiera o no preaviso, el empleador abonaría una indemnización fija equivalente a seis meses de sueldo y además un mes de sueldo por cada año o fracción mayor de tres meses de antigüedad. Dicho texto fue observado en lo pertinente por el decreto 12.980/60, por lo que fue promulgado parcialmente el 26/10/1960, resultando inaplicable la indemnización especial. El texto legal vigente —esto es: el art. 33 del decreto-ley 13.839/46—, dispone, en los casos de despido sin culpa del empleado, una indemnización especial por preaviso equivalente a seis meses de sueldo y un mes de sueldo por año que el empleado haya trabajado con el empleador.

CNTrab., sala IX, 12/08/2010, "Saavedra Caramelo, Diego Martín c. Anuntis Segunda Mano Argentina SA s/despido", expte. 10.358/07, sent. def. 16.474, Boletín de Jurisprudencia de la CNTrab. 2014.

Tope del art. 245, LCT no se aplica

"En el mismo sentido se dispuso que cabe incluir la indemnización especial prevista en el art. 43, inc. d) de la ley 12.908 en la base de cálculo de la indemnización prevista en el art. 15 de la ley 24.013 y en la duplicación contemplada en el art. 16 de la ley 25.561 pues se corresponde con la literalidad de las normas citadas".

CNTrab., sala VI, 27/11/2006, "Molero, Miriam Edith c. SA La Nación s/despido", Boletín de Jurisprudencia de la CNTrab. de mayo de 2008.

Indemnización por antigüedad. Base de cálculo

En el caso, es de aplicación la doctrina emanada del Fallo Plenario Nº 75 (en el que se trató la cuestión de fondo que plantea en orden a la base de cálculo que debe utilizarse para el cálculo de la indemnización por antigüedad). Ello por cuanto la ley 13.502 al otorgar carácter definitivo al art. 33 del Estatuto, consagró por tal vía un régimen indemnizatorio especial para la actividad en la forma allí indicada, determinando de igual modo la base de cálculo que debía aplicarse en tales casos, consistente en el último sueldo devengado por el trabajador; tornándose en consecuencia inoficiosa la remisión que efectuaba el art. 13 de aquél a la normativa general vigente (ley 11.729 modificada por la LCT y sus modificatorias) respecto a las indemnizaciones por preaviso y por antigüedad. Por ende, al momento de analizar los alcances de cada institución, no puede escindirse los diferentes aspectos normados por el art. 33 del Estatuto, que prevé una indemnización equivalente a 6 meses de sueldo por preaviso y a un mes de sueldo por cada año laborado, extremo que revela que el régimen especial ponderado integralmente resulta más beneficioso al trabajador, que los contenidos en el régimen general (art. 9ºLCT), por lo que aquél debe aplicarse en su totalidad.

CNTrab., sala IV, 31/3/2014, "Papa, Carolina c. Editorial Televisa Argentina SA s/despido", expte. 34.295/2011, sent. def. 97.788, Boletín de Jurisprudencia de la CNTrab. 2014.

Incompatibilidad de la indemnización del art. 2º, ley 25.323

"Corresponde descontar la indemnización especial del art. 33, inc. b) del dec. 13.839/1946 (Adla, VI-450) del cálculo del incremento previsto en el art. 2º de la ley 25.323 (DT, 2000-B, 2017), pues, dicho artículo sólo menciona, en forma taxativa, a las reparaciones de los arts. 232, 233 y 245 de la Ley de Contrato de Trabajo (DT, 1976-238), guardando silencio respecto a las previstas en estatutos profesionales, que exceden el ámbito de lo tenido en miras por el legislador".

CNTrab., sala I, 24/7/2008, "Kraus, Rubén O. c. Arte Gráfico Editorial Argentina SA", DT, 2006 (noviembre), 1686, LL AR/JUR/1588/2006.

Incompatibilidad de la indemnización del art. 2º, ley 25.323

"Siendo que resulta aplicable al dependiente el régimen normativo previsto en el dec.-ley 13.839/1946 (Adla, VI, 450) —Estatuto del empleado administrativo de empresas periodísticas—, resulta improcedente la indemnización prevista en el art. 2º de la ley 25.323 (DT, 2000-B, 2017), en tanto sus alcances se proyectan concretamente en las indemnizaciones previstas en la ley 20.744 —t.o. 1976 (DT, 1976-238)— y los arts. 6º y 7º de la ley 25.013 (DT, 1998-B, 1888)".

CNTrab., sala IV, 13/11/2007, "Castellano, Carlos Daniel y otro c. Editorial Atlántida SA", La Ley online, LLAR/JUR/9529/2007.

Incompatibilidad de la indemnización art. 2º, ley 25.323

"Es inaplicable la multa prevista por el art. 2º de la ley 25.323 si rige un estatuto especial —en el caso, Empleados Administrativos de Empresas Periodísticas—, pues, aquella es de exclusiva aplicación para las indemnizaciones previstas por los arts. 232, 233 y 245 de la LCT y los arts. 6º y 7º de la ley 25.013, razón por la cual no corresponde computarla sobre el rubro indemnización sustitutiva de preaviso".

CNTrab., sala V, 2/3/2005, "Flejsz, Beatriz P. c. Multiuno SA", TySS, 2005, 518, LL AR/JUR/8703/2005.

Improcedencia del art. 2º de la ley 25.323

El Estatuto 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, razón por la cual, corresponde desestimar el rubro reclamado.

CNTrab., sala II, 7/2/2013, "Altamira, Verónica Rosa c. La Ley SA s/despido", expte. 41.805/09, sent. def. 101.411.

Plazo de preaviso

"No hay mayores precisiones en doctrina y jurisprudencia acerca del plazo por el que corresponde otorgamiento del preaviso; pero parece razonable aceptar que debe ser otorgado por quince días, —en el período de prueba—, o por uno o dos meses, según la antigüedad (art. 231, LCT) y que, sólo en caso de omitirse la comunicación previa con la antelación que prevé esa norma, el empleador debe una indemnización sustitutiva equivalente a seis meses de sueldo".

CNTrab., sala II, 28/3/2009, "Colocho Millet, Francisco Javier c. Nuntis Segundamano Argentina SA s/Despido", Legislación Sistematizada del Trabajo, Astrea, 2001, ps. 372 y 373.

Preaviso. Base salarial

Dado que el art. 33 del Estatuto no discrimina la base de cálculo según se trate de la indemnización por preaviso o por antigüedad, sino que en ambos casos alude al "sueldo" del trabajador y, en tanto en el Fallo Plenario Nº 75 consideró que aquélla se configuraba con el "último salario devengado", corresponde adecuar la liquidación de la indemnización por preaviso omitido, utilizando para ello la última remuneración devengada por la trabajadora.

CNTrab., sala IV, 31/3/2014, "Papa, Carolina c. Editorial Televisa Argentina SA s/despido", expte. 34.295/2011, sent. def. 97.788, Boletín de Jurisprudencia de la CNTrab. 2014.

Incompatibilidad de la indemnizaciónart. 2º,ley 25.323

"En atención a la redacción del art. 2º de la ley 25.323 (DT, 2000-B, 2017), el incremento allí previsto debe aplicarse exclusivamente a las indemnizaciones derivadas de los arts. 232, 233 y 245 de la Ley de Contrato de Trabajo (t.o.) (DT, 1976-238), razón por la cual no resulta aplicable a la relación laboral regida por el dec.-ley 13.839/1946 -Estatuto de Empleados Administrativos de Empresas Periodísticas- (DT, 1946-375) el cual desplaza al régimen de la Ley de Contrato de Trabajo, en los aspectos indemnizatorios, por otro distinto no contemplado en el dispositivo sancionatorio".

CNTrab., sala VI, 21/8/2003, "Bauler, Andrea Silvina c. Brand Center SA", DT, 2004 (mayo), 662, LLAR/JUR/5483/2003.

Incompatibilidad indemnizaciónart. 2º,ley 25.323

"Resulta improcedente otorgar el incremento indemnizatorio previsto en el art. 2º de la ley 25.323 (Adla, LX-E-5421) a trabajador encuadrado en el Estatuto de Empleado Administrativo de Empresas Periodísticas —dec. 13.839/1946 (Adla, VI-450)—, toda vez que dicho Estatuto dispone en su art. 33 un mecanismo reparatorio distinto al instituido por el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo (t.o. 1976) (Adla, XXXVI-B-1175)".

CNTrab., sala IX, 29/4/2005, "Covello, Javier Alberto c. Editorial Atlántida SA", DJ, 2005-3, 206, LLAR/JUR/1410/2005).

Procedencia del recargo previsto en el art. 1º de la ley 25.323

Resulta procedente la aplicación del art. 1º de la ley 25.323, si el accionante solicitó en forma subsidiaria dicho rubro, en caso de que no se hiciera lugar a la aplicación del estatuto del periodista y, en la causa se constató la deficiente registración en cuanto a la fecha de ingreso.

CNTrab., sala VI, 22/02/2013, "Fernández, Carlos Rafael c. Télam SE s/Despido", expte. 30.439/2010, sent. def. 64.847, Boletín de Jurisprudencia de la CNTrab. 2014.

Art. 17.— [Mod. por ley 15.535] El escalafón a que se refiere el art. 10, será establecido por convenciones colectivas en razón de las distintas funciones desempeñadas por el personal, las que se tendrán en cuenta a los efectos de fijar las remuneraciones.

Art. 18.— En la Capital Federal, los sueldos mínimos del personal comprendido en este Estatuto se ajustarán al siguiente escalafón, por antigüedad de servicios: [se suprime por carecer de actualidad]

Referencia.- Los remuneraciones fueron aumentados por ley 13.502 y la ley 13.904, y posteriormente (a partir de 1952) por varios convenios colectivos.

Art. 19.— A las personas comprendidas en el presente Estatuto dependientes de empleadores domiciliados en Capital Federal que, computando su antigüedad desde la fecha de ingreso a la empresa, perciban sueldos inferiores a los establecidos en el art. 18, les serán abonados a partir de la vigencia de este decreto, los sueldos que por el citado artículo les correspondan.

Art. 20.— Fuera del radio de la Capital federal, dentro del plazo de treinta días, los sueldos mínimos de la escala a que se refiere el art. 18, partiendo de la base de 170 pesos mensuales para los empleadores colocados en primera categoría, de 150 pesos para los de segunda categoría y de 130 pesos para los de tercera categoría, se fijarán por comisiones paritarias constituidas y presididas por la Secretaría de Trabajo y Previsión o sus delegaciones regionales, teniendo en cuenta, además de otros factores, la importancia de la zona y la capacidad de pago del empleador. Si por cualquier circunstancia no pudieran reunirse tales comisiones paritarias dentro de ese término, los sueldos básicos serán fijados por el Poder Ejecutivo Nacional, previo informe de la Secretaría de Trabajo y Previsión(65).

Art. 21.— Los empleados remunerados a sueldo y comisión, o ésta solamente, tendrán derecho al sueldo mínimo que les pertenezca en atención a la antigüedad, sin perjuicio de cobrar la suma que corresponde por las comisiones en lo que exceda a éste.

Art. 22.— Tendrán derecho a una bonificación mensual de 10 pesos moneda nacional por cada hijo menor de 16 años de edad que tenga a su cargo, aquellos empleados cuyo sueldo no exceda de 500 pesos moneda nacional.

Referencia.- Por convenios colectivos posteriores se aumentaron las asignaciones a que se refiere este artículo.

Art. 23.— El tiempo que dure la prestación del servicio militar obligatorio será computado a los efectos del escalafón establecido por el artículo 18.

Art. 24.— Los empleadores enviarán a la Secretaría de Trabajo y Previsión, antes del 15 de enero de cada año, una planilla detallada, bajo declaración jurada, en la que consignarán la nómina del personal a su cargo, precisando la fecha de ingreso, puesto que desempeña, sueldo que percibe, aumento correspondientes y nacionalidad. Igualmente comunicarán a dicha Secretaría todo ingreso y egreso de empleados que ocurra durante el año así como también toda modificación en los sueldos, dentro de los tres días de producida. Esta planilla deberá ajustarse en un todo a lo que corresponde enviar a la Caja Nacional de Jubilaciones y Pensiones de Periodistas (ley 12.581(66)).

Disposiciones varias

Art. 25.— Las cuestiones relativas al sueldo, jornada y condiciones de trabajo del personal administrativo no contempladas en el presente Estatuto, serán resueltas por las comisiones paritarias a que se refiere el art. 20, tanto fuera de la Capital como en ella.

Art. 26.— Los representantes de las comisiones paritarias serán designados a propuesta de las asociaciones profesionales representativas de empleadores y empleados. En caso de que no hubiere asociaciones profesionales constituidas, serán designados de oficio por la Secretaría de Trabajo y Previsión.

Las comisiones paritarias tendrán la competencia territorial que les asigne la autoridad de aplicación. El presidente de estas comisiones tendrá facultades para decidir en caso de divergencias, sin estar obligado a pronunciarse por ninguna de las propuestas en debate.

Art. 27.— En ningún caso los empleados perderán las ventajas que hubieran obtenido con anterioridad a la vigencia del presente Estatuto, so pena de incurrir el empleador en el pago de las sumas que se determinen para indemnizaciones por despido.

• Comentario:

23. Policía del Trabajo

El art. 24 del Estatuto establece ciertas penas para el empleador que viole cualquiera de las disposiciones relativas a horarios, escalafón; régimen de sueldos, o que no dé cumplimiento a lo prescripto por el art. 24. En primer término el empleador será penado por primera vez con una multa de 20 a 100 pesos moneda nacional por persona o infracción, y de 200 a 1.000 pesos por persona o infracción en las subsiguientes. En caso de reincidencia la graduación de la pena no surtirá efecto para ello deberá transcurrir un plazo de cinco años desde la última sanción.

El territorio donde las multas se harán efectivas es en la Capital Federal y territorios nacionales por el procedimiento instituido por la ley 11.570. En las provincias se seguirá el procedimiento establecido para juzgar las infracciones a las leyes del trabajo; en aquellas en que no hubiere un procedimiento para juzgar estas infracciones, se seguirá el de la ley 11.570. Los importes de las multas son a beneficio de la Caja Nacional de Jubilaciones y Pensiones de Periodistas. Más allá de que el monto de las multas luce desactualizado, corresponde estar a las normas vigentes que rigen la Policía de Trabajo(67).

24. Comisiones paritarias

Las Asociaciones profesionales representativas de empleadores y empleados serán quienes designen a los representantes de las comisiones paritarias. Ante la ausencia de asociaciones profesionales los representantes serán elegidos por la Secretaría de Trabajo y Previsión. Las comisiones paritarias tendrán la competencia territorial que les asigne la autoridad de aplicación. El presidente de estas comisiones tendrá facultades para decidir en caso de divergencias, sin estar obligado a pronunciarse por ninguna de las propuestas en debate.

El presente Estatuto, respecto de las comisiones paritarias, es asimilable al Estatuto del Periodista Profesional, sobre la función de las mismas que es legislativa, para decidir en aquellos temas de su competencia que no estén regulados en los estatutos. Carece de función jurisdiccional y siempre queda abierta la vía judicial concluida la instancia administrativa. Es excesiva la injerencia del Poder Ejecutivo a través de la autoridad de aplicación, violentando la libertad sindical al intervenir activamente en los conflictos colectivos, y más grave aún, decidiendo en caso de empate y nombrando incluso de oficio representantes tanto de los trabajadores como de los empleadores.

Las cuestiones relativas al sueldo, jornada y condiciones de trabajo del personal administrativo no contempladas en el presente Estatuto, serán resueltas por las comisiones paritarias a que se refiere el art. 20, tanto fuera de la Capital como dentro de ella.

Art. 28.— Las empresas periodísticas incluidas en el presente Estatuto no podrán utilizar los servicios de contratistas, subcontratistas, concesionarios o cualquier otra empresa cuyas tareas importen ocupación de empleados comprendidos en el art. 2º, si éstas no pagaran a su personal el salario mínimo, no estuvieran dentro de la escala de sueldos básicos y no efectuaran los aportes a la Caja Nacional de Jubilaciones y Pensiones de Periodistas, que les correspondiera.

Alcanzan a los contratistas, subcontratistas, concesionarios o cualquier otra empresa que ocupe empleados comprendidos en el art. 2º, todas las obligaciones de empleadores establecidas en el presente Estatuto.

Cada empresa periodística será responsable solidariamente del incumplimiento de las obligaciones por parte de los contratistas, subcontratistas y concesionarios, cuando adeudaran el importe correspondiente hasta dos meses de remuneración, solidaridad que se hace extensiva en los casos de accidentes y enfermedades sobrevenidas a consecuencia de las tareas encomendadas.

Art. 29.— El empleador que viole cualquiera de las disposiciones enunciadas en este Estatuto relativas a horarios, escalafón; régimen de sueldos, o que no dé cumplimiento a lo prescripto por el art. 24, será penado por primera vez con una multa de 20 a 100 pesos moneda nacional por persona o infracción, y de 200 a 1.000 pesos por persona o infracción en las subsiguientes. A los fines de la graduación de la pena, no surtirá efecto la reincidencia cuando haya transcurrido un plazo de cinco años desde la última sanción aplicada.

Referencia.- Sobre régimen de sanciones, verley 18.691(68).

Art. 30.— Las multas establecidas en el presente Estatuto se harán efectivas en la Capital Federal y territorios nacionales por el procedimiento instituido por la ley 11.570. En las provincias se seguirá el procedimiento establecido para juzgar las infracciones a las leyes del trabajo; en aquellas en que no hubiere un procedimiento para juzgar estas infracciones, se seguirá el de la ley 11.570.

Referencia.- LaLey 11.570fue derogada por laley 18.695(69). Ver esta última ley.

Art. 31.— Los importes de las multas son a beneficio de la Caja Nacional de Jubilaciones y Pensiones de Periodistas.

Art. 32.— Las disposiciones del presente Estatuto se considerarán de orden público, derogando todas aquellas que se opongan al mismo.

Disposiciones transitorias

Art. 33.— Los despidos y cesantías que se realizaran entre el 1 de diciembre de 1945 y el 31 de diciembre de 1948, sin culpa del empleado, darán lugar al pago de una indemnización especial equivalente a 6 meses de sueldo por preaviso y a 1 mes de sueldo por año que el empleado haya trabajado con el empleador, tomando como base para su cálculo el sueldo que correspondiere por la aplicación del presente decreto, sin perjuicio de las demás disposiciones subsidiarias.

• Comentario:

25. Contratación y subcontratación

En el art. 28 se identifica en forma clara un límite, ya que establece que las empresas periodísticas incluidas en el Estatuto no podrán utilizar los servicios de contratistas, subcontratistas, concesionarios o cualquier otra empresa cuyas tareas importen ocupación de empleados comprendidos en el art. 2º, si éstas no pagaran a su personal el salario mínimo, no estuvieran dentro de la escala de sueldos básicos y no efectuaran los aportes a la Caja Nacional de Jubilaciones y Pensiones de Periodistas, que les correspondiera.

La prohibición alcanza también a los contratistas, subcontratistas, concesionarios o cualquier otra empresa que ocupe empleados comprendidos en el art. 2º, todas las obligaciones de empleadores establecidas en el Estatuto.

A fin de establecer en forma clara la prohibición determina que en el caso de que la empresa periodística insista en la subcontratación define en forma directa la cuestión y determina que cada empresa periodística será responsable solidariamente del incumplimiento de las obligaciones por parte de los contratistas, subcontratistas y concesionarios, cuando adeudaran la suma correspondiente hasta dos meses de sueldo, solidaridad que se hace extensiva en los casos de accidentes y enfermedades surgidas como consecuencia de los trabajos confiados(70).

26. Indemnización por antigüedad

Finalmente, para el cálculo de la indemnización por antigüedad, la liquidación a la que se refiere el art. 33 del Estatuto debe practicarse teniendo en cuenta el último sueldo devengado por el dependiente, en el sentido de que el sueldo debe calcularse conforme al promedio de los últimos tres años(71). En cuanto a la remuneración que se debe considerar, el artículo bajo análisis determina que deberá tomarse como base de cálculo "el sueldo que correspondiere por aplicación del presente decreto", y lo hace con la salvedad "sin perjuicio de las demás disposiciones subsidiarias", y si bien, por acuerdo plenario nro. 75 in re "López, Emilio c. Empresa Periodística Argentina SA" (13/7/1961, DT, 1962-428; LA LEY, 103-545; JA, 1961-IV-554) se sostuvo que la liquidación de la indemnización por antigüedad debe realizarse teniendo en cuenta el último sueldo devengado por el dependiente, lo cierto es que la LCT con carácter general establece una norma más favorable al trabajador, al fijar "la mejor remuneración, mensual, normal y habitual" percibida durante el último año como base para su cálculo. Por lo que lo correcto sería tomar dicha remuneración teniendo en cuenta además el promedio de horas extras, adicionales por mayor horario y la antigüedad(72).

En cuanto a la discusión que se planteó sobre si el tope del art. 245, LCT es aplicable al presente Estatuto, se impone la respuesta negativa, ya que el vínculo laboral, en el caso de los empleados administrativos de empresas periodísticas, se encuentra regido por un estatuto especial que establece un sistema indemnizatorio propio, que no fue derogado por la LCT ni por otra norma dictada con posterioridad, y en el cual no se contempla limitación alguna al sueldo mensual que ha de servir de base al cálculo pertinente(73). Así se ha pronunciado la jurisprudencia al señalar que debe estarse a lo dispuesto por el art. 33 del estatuto que comentamos, que fija una indemnización de "un mes de sueldo por año trabajado, del mismo modo que la ley 12.908, sin tope alguno", ya que esta normativa especial que regula la actividad de los trabajadores de prensa, es más favorable que la contenida en el art. 245LCT, en tanto éste impone un tope a los montos indemnizatorios, por lo que en atención a lo dispuesto por el art. 9ºLCT, debe prevalecer(74).

Respecto a la procedencia o no de la integración del mes de despido, la jurisprudencia ha dicho que, si bien la ley 12.908 no contempla expresamente la integración del mes de despido, cabe considerar que la incluye en modo implícito. Así, al disponer que "...el plazo de preaviso comenzará a computarse a partir del primer día hábil del mes siguiente al de su notificación..." (art. 43, inc. a]), adopta el mismo sistema que luego recibió la Ley de Contrato de Trabajo (art. 233, párr. segundo), según el cual, cuando la extinción del contrato de trabajo se produzca sin preaviso y en fecha que no coincida con el último día del mes, la indemnización sustitutiva debida al trabajador se integra con una suma igual a los salarios por los días faltantes hasta el último día del mes en que el despido se produjera(75).

En ese orden, no existe incompatibilidad entre el Estatuto del empleado administrativo de empresas periodísticas, que impone el pago de la indemnización especial de preaviso, y el Estatuto del viajante, que impone el pago de la indemnización por clientela, que debe computarse sobre dicha indemnización, además de sobre la de antigüedad(76). En el caso, el accionante prestaba servicios en una empresa que realiza "publicaciones diarias o periódicas" (art. 2º, dec.-ley 13.839/1946), como es el caso de quien vende tomos y obtiene suscripciones para una revista jurídica. Debe ponerse de relieve el carácter no enunciativo de la enumeración que en su art. 2º realiza el decreto-ley mencionado(77).

27. Jurisprudencia

Fallo Plenario 103. Antigüedad computable

"La indemnización por despido correspondiente a los jefes de sección o departamento de los talleres gráficos de empresas periodísticas que desempeñan tareas de dirección y vigilancia, debe calcularse, de conformidad a lo dispuesto por el dec.-ley 13.839/1946 (Adla, VI, 450), sobre la base de toda la antigüedad computada en la empresa donde prestó servicios".

CNTrab., Fallo plenario nro. 103 26/9/1966, "Álvarez de Ponte, Mercedes c. Gobierno nacional", LA LEY, 124-191, LLAR/JUR/35/1966.

Fallo plenario 75. Indemnización especial por despido. Art. 33, dec. 13.839/1946. Salario base de cálculo

"La liquidación de la indemnización por antigüedad a que se refiere el art. 33 del dec.-ley 13.839/1946, debe practicarse teniendo en cuenta el último sueldo devengado por el dependiente".

CNTrab., Fallo plenario nro. 75, 13/7/1961, "López, Emilio c. Empresa Periodística Argentina (ESPASA)", DT, 1962-428, LLAR/JUR/71/1961.

Régimen Indemnizatorio. Constitucionalidad

"El art. 33 del dec. 13.839/1946 por el cual se determinan los sueldos que se tomarán como base para indemnizar los despidos a que se refiere, no es violatorio de las disposiciones de la Constitución Nacional sobre igualdad y derecho de propiedad".

CSJN, 9/12/1949, "Casares, Elisa Lucía c. Diario 'Hoy' s/despido", Fallos: 215:400.

Inaplicabilidad de tope indemnizatorio

"El tope indemnizatorio establecido en el art. 153 de la ley 24.013 (Adla, LI-D, 3873) es inaplicable para el cálculo de las indemnizaciones previstas en el dec.-ley 13.839/1946, modificado por la ley 13.502 (Adla, VI, 450; VIII, 237) —en el caso, por preaviso omitido—, pues la norma sólo rige para aquellas calculadas conforme lo establecido en el art. 245 de la ley 20.744 de contrato de trabajo (Adla, XXXIV-D, 3207; XXXVI-B, 1175)".

CNTrab., sala IV, 21/11/2001, "Rusiecki, Roberto c. Quebecor Argentina SA", DJ, 2002-2-583.

Indemnización art. 33, dec. 13.839/1946. Viabilidad del reclamo aunque no se precise correctamente la norma

"Resulta procedente la indemnización especial de seis meses de sueldo por preaviso prevista en el art. 33 del dec. 13.839/1946, aún cuando en la demanda el actor consignó que reclamaba la indemnización especial establecida en el art. 43, inc. d) de la ley 12.908 pues, no medió una omisión de reclamo, sino de un error en la cita de la norma, máxime cuando ambos regímenes se aplican a trabajadores que se desempeñan en empresas periodísticas".

CNTrab., sala V, 18/5/2009, "Macharoli, Cecilia c. Trader Classified Media S.C. s/despido", LLAR/JUR/15405/2009.

Inviabilidad de la indemnización del art. 33 dec. 13.839/1946 cuando se otorga preaviso

"Corresponde confirmar la sentencia que rechazó el reclamo de la indemnización especial prevista en el art. 33 del estatuto del empleado administrativo de empresas periodísticas, ya que dicha indemnización sólo debe tenerse en cuenta en el supuesto de omitirse el preaviso, pero cuando se lo otorga, debe ajustarse a los plazos previstos establecidos en el régimen del contrato de trabajo tal como lo establece el art. 13 del referido estatuto".

CNTrab., sala V, 25/10/2005, "Federico Alberto c. Trader Com Argentina S.C. s/despido", LA LEY del 4/5/2006, 6, LA LEY, 2006-C, 280, LL AR/JUR/5887/2005.

Exclusión del SAC para el cálculo de la indemnización especial del art. 33 dec. 13.839/1946

"El sueldo anual complementario se calcula sólo sobre rubros remuneratorios y no sobre rubros indemnizatorios, que es la naturaleza de los resarcimientos contemplados en el Estatuto de Empleado Administrativo de Empresas Periodísticas —art. 33 del dec. 13.839/1946 (Adla, VI-450)—".

CNTrab., sala IX, 29/4/2005, "Covello, Javier Alberto c. Editorial Atlántida SA", DJ, 2005-3, 206, LLAR/JUR/1410/2005.

Sección IX - Encargados de casas de renta y propiedad horizontal (ley 12.981). Por Constanza Álvarez Santos

• Normas aplicables: Ley 12.981: arts. 1º al 28. Dec. 11.296/1949: arts. 1º al 30.

Alcance de la ley

Art. 1º — Los empleados y obreros ocupados por cualquier persona o empresa, en edificios destinados a producir renta, cualquiera fuere el carácter jurídico del empleador, quedan comprendidos en las disposiciones de la presente ley.

También declárase comprendido al personal que desempeña iguales tareas en las fincas sometidas a un régimen de propiedad conforme a las disposiciones de la ley 13.512.

Definición

Art. 2º — Toda persona que trabaja en un inmueble, desempeñando en forma habitual y exclusiva por cuenta del propietario o usufructuario, las tareas de cuidado, vigilancia y demás servicios accesorios del mismo, cualquiera fuera la forma de su retribución, será considerado a los efectos de esta ley encargado de casa de renta.

Los ayudantes de encargados de casa de renta, ascensoristas y peones que presten servicios en forma permanente quedan asimilados a los encargados a los fines de esta ley.

Aquellas personas que poseyendo libreta otorgada a su nombre, no trabajen exclusivamente para un empleador en inmuebles que reditúen más de $ 1.000 mensuales, serán considerados asimismo encargados de casa de renta, cuando sean complementados en sus tareas por familiares que habiten en la misma.

Beneficios

Art. 3º — El personal comprendido en la presente ley gozará de los siguientes beneficios:

a) Un descanso no inferior a doce (12) horas consecutivas entre el cese de una jornada y el comienzo de la siguiente, el que será acordado en las horas convenidas por las partes teniendo en cuenta la naturaleza del inmueble, su ubicación y modalidades de la prestación del servicio. Cuando el cese de la jornada fuera anterior a la hora 21, el descanso será sin perjuicio de la atención de los servicios centrales, los que deberán ser adecuadamente prestados en extensión fijada por el empleador.

El descanso nocturno sólo podrá ser interrumpido en casos de urgencia;

b) Un descanso intermedio de cuatro (4) horas corridas para aquellos trabajadores que realicen tareas en horas de la mañana y de la tarde, cuyo comienzo será fijado por el empleador;

c) Un descanso semanal de treinta y cinco (35) horas desde la hora 13 del día sábado hasta la hora 24 del domingo sin disminución de las retribuciones;

d) Un período mínimo y continuado de descanso anual remunerado por los siguientes plazos:

Doce (12) días hábiles cuando la antigüedad en el empleo no exceda de cinco (5) años.

Veinte (20) días hábiles cuando la antigüedad sea mayor de cinco (5) años y no exceda de diez (10).

Veinticuatro (24) días hábiles cuando la antigüedad sea mayor de diez (10) años y no exceda de veinte (20).

Veintiocho (28) días hábiles cuando la antigüedad exceda de veinte (20) años.

Cuando el período vacacional fuera de veinte (20) días o más, el trabajador podrá solicitar el fraccionamiento del mismo en dos (2) lapsos.

El empleador deberá otorgar las vacaciones de cada año dentro del período comprendido entre el 1º de octubre y el 30 de abril del año siguiente. En caso de fraccionamiento, uno de los lapsos podrá otorgarse fuera del plazo previsto precedentemente, a solicitud del trabajador. Queda reservado al empleador fijar la fecha de iniciación de las vacaciones, la que deberá ser comunicada al trabajador con una anticipación no menor de treinta (30) días.

Será de aplicación supletoria en cuanto no se oponga a las disposiciones anteriores lo establecido en el título V del régimen de contrato de trabajo, aprobado por ley 20.744.

Durante el descanso semanal y en el período de vacaciones, las funciones de encargado y del personal asimilado podrán ser desempeñadas por un suplente, cuya retribución estará a cargo del empleador. Queda prohibido el desempeño de la suplencia por la esposa e hijos del titular o por otra persona comprendida en los beneficios de esta ley, que desempeñe funciones permanentes aun cuando fuera en otro inmueble y con otro empleador;

e) Indemnizaciones en caso de accidentes de acuerdo con las leyes que rigen la materia.

• Comentario:

1. Ámbito de aplicación del Estatuto

La ley 12.981, publicada en el Boletín Oficial el 20/5/1947, regula la actividad laboral desarrollada por los encargados y ayudantes de casas de renta. La norma en cuestión es reglamentada por el dec. 11.296/1949 del 12/5/1949, el cual fue publicado en el Boletín Oficial el 17/5/1949. Este Estatuto en su primer artículo incluye a los empleados y obreros, quienes al ser contratados por cualquier persona o empresa, prestan servicios en relación de dependencia en un edificio destinado a producir renta o sometido al régimen de propiedad horizontal previsto en la ley 13.512, norma que ha sido derogada y fue reemplazada por los arts. 2037 a 2069 del CCyCN.

Cabe memorar que la ley 12.981 regula un estatuto especial, el cual se encuentra comprendido en el inc. b) del art. 1º de la Ley de Contrato de Trabajo, que al hacer referencia a las fuentes de regulación señala que el contrato de trabajo y la relación de trabajo se regirá —entre otros— "por las leyes y estatutos profesionales".

2. Personal comprendido. Definición de las categorías

El concepto de encargado incluye a todo aquel que cumpla con las tareas de cuidado, vigilancia, limpieza y atención de los servicios centrales del inmueble. A su vez, quedan asimilados a los encargados de casa de renta, los ayudantes, ascensoristas y peones que presten servicios en forma permanente.

A efectos de distinguir las categorías mencionadas, el art. 2º del dec. regl. 11.296/1949 enuncia las tareas comprendidas en cada una de ellas, definiendo al encargado de casa de renta como aquella persona que trabaje en un inmueble y que desempeña en forma habitual y exclusiva por cuenta del propietario o usufructuario las tareas de cuidado, vigilancia y demás servicios accesorios del mismo. Sobre esta cuestión, hay que señalar que el encargado de casa de renta durante la jornada laboral no puede realizar tareas ajenas a las encomendadas (limpieza, cuidado y atención del edificio), ni siquiera en favor de los copropietarios.

Ayudante es quien presta servicios bajo la dirección de un encargado de casa de renta, secundando a éste en las tareas de atención y vigilancia que se encuentren a su cargo. El ascensorista es la persona que fue destinada exclusivamente a la atención de los ascensores. Resta definir al peón, quien es el trabajador auxiliar del encargado o ayudante, destinado a las tareas de limpieza y atención de los servicios accesorios y también a efectuar reparaciones en el inmueble que no requieran de conocimientos especializados.

Quedan comprendidos también en la última categoría señalada los jardineros que realizan las tareas de cuidado y atención de los jardines existentes en los inmuebles, en relación permanente de dependencia y en forma no intermitente.

A su vez, el último párrafo del art. 2º de la ley 12.981 (ver también el inc. 1º del art. 2º del decreto reglamentario) ubica entre las categorías comprendidas en el Estatuto, al encargado no exclusivo que es complementado en sus tareas por familiares.

El hecho de que la tipificación contemple como recaudo la remisión a una renta cuantitativamente determinada lleva a dos cuestiones: 1) los consorcios de propietarios en edificios constituidos conforme a la Ley de Propiedad Horizontal(1) —incorporados como empleadores a la ley 12.981 por la reforma introducida por la ley 14.095— resultan ajenos a la producción de utilidades, no obstante lo cual constituyen hoy en día la figura que —como empleador— celebra la mayor cantidad de contratos en la actividad; 2) el monto fijado como piso de renta mensual ha quedado, merced a su inamovilidad de décadas, completamente desactualizado, no resultando parámetro válido de mensura. Tanto es así que el convenio colectivo de aplicación a los trabajadores que sí se desempeñan en los pocos edificios destinados en la actualidad a producir renta (actualmente, CCT 589/2010 y CCT 590/2010) no utiliza como pauta de clasificación la renta, sino si el edificio cuenta o no con servicios centrales (2).

Por otra parte, la mención de que el trabajador posea la libreta otorgada a su nombre, es un requisito que ha quedado desplazado en virtud de lo previsto en el art. 51 de la LCT(3). La falta del documento, licencia, carné o registro exigido por las leyes, los estatutos o los convenios colectivos para el ejercicio de una determinada actividad no obsta a la aplicación del régimen especial en cuestión, sin perjuicio de las sanciones que pudiese aplicar la autoridad administrativa como consecuencia de dicha irregularidad(4).

Además, como se indicará en el punto "Libreta de Trabajo" si bien el art. 14 del Estatuto y el decreto reglamentario establecen que a los encargados de casas de renta y asimilados se les deberá entregar una libreta de trabajo, el Registro que correspondería su expedición ha dejado de funcionar y el Ministerio de Trabajo tampoco tramita dicha libreta.

Es por ello, que corresponde concluir que la figura del encargado prevista en el último párrafo del art. 2º de la ley 12.981 e inc. 1º del art. 2º del decreto reglamentario, se encuentra determinada por la ausencia de exclusividad en la prestación y la complementación de sus tareas por los familiares que cohabiten en ella.

3. La figura del sereno

En cuanto al sereno o personal de vigilancia nocturna, la doctrina ha entendido que se encuentra comprendido en este régimen, pues se encuentran incluidos en el inc. b) del art. 7º del Estatuto en cuestión.

Alejandro Sudera señala que los convenios colectivos de trabajo de la actividad (CCT 589/10 y CCT 590/10) contemplan al sereno como "personal de vigilancia nocturna". Sostiene que se utiliza un criterio para distinguirlos del personal de seguridad, "que resulta cada vez más habitual encontrar en los edificios de vivienda colectiva, la consideración acerca de si el trabajador porta o no armas"(5).

También se ha dicho que para distinguir la figura del sereno regulado por este Estatuto de otras figuras similares, hay que estar a la actividad comercial de la empresa empleadora. En ese sentido la Cámara Nacional de Resistencia, sala II, ha expresado que: "Cabe incluir las tareas de vigilancia —sereno— desarrolladas por el actor en las previsiones del art. 1 de la ley 22.250 y no en la ley 12.981 —encargado de casas de renta—, en tanto las actividades cumplidas por la empleadora en el inmueble estaban destinadas a la construcción del edificio, lo que incluye la terminación de la obra encargada y, dado que la ejecución de la obra a cargo de la demandada es el elemento dirimente, no cabe distinguir donde la ley no distingue(6).

4. Jornada de trabajo

La jornada de trabajo de los empleados comprendidos en la ley 12.981 se encuentra regulada por los incs. a), b) y c) de este artículo.

El art. 4º del decreto reglamentario establece que "la jornada de trabajo de los peones, ascensoristas y jardineros se ajustará a los términos de la ley 11.544". De lo expuesto, se desprende que a los trabajadores mencionados se les aplica la regulación de la jornada prevista en el ordenamiento laboral común.

La jornada de especial contextura que consagra el art. 3º, incs. a) y b), en su redacción actual se refiere exclusivamente al personal de encargados de casas de renta que desempeñan las tareas de cuidado, vigilancia y atención de los servicios del inmueble, según las definiciones del art. 2º, párr. 1º de la ley 12.981, cuyo vínculo está investido de las notas de permanencia, habitualidad y exclusividad, así como a los ayudantes que los secundan en las mismas tareas y presentan análogas circunstancias tipificantes. Los demás trabajadores implicados en el ámbito personal del estatuto especial tienen la regulación de su jornada en el ordenamiento laboral común(7).

El art. 3º, en sus incs. a) y b) señala los beneficios que gozará el personal, estableciendo un descanso que nunca será inferior a 12 horas consecutivas entre la finalización de la jornada y el comienzo de la siguiente; dicho descanso será acordado en las horas que establezcan las partes. En caso de que finalice la jornada antes de las 21 horas, se efectuará el descanso sin perjuicio de los servicios centrales.

Ahora bien, aclara el inc. a) que el descanso nocturno podrá ser interrumpido sólo en casos de urgencia, lo cual se corresponde con las tareas de cuidado y vigilancia que debe desempeñar el encargado.

Además, el trabajador que desempeñe sus tareas tanto en horas de mañana así como también durante la tarde contará con un descanso intermedio de 4 horas.

5. Descanso semanal y anual

En cuanto al descanso semanal, será de 35 horas. En dicho descanso, a diferencia de los restantes señalados, la ley establece el horario que deberá cumplirse, siendo a partir de las 13 horas del sábado hasta la hora 24 del día domingo.

Respecto del descanso anual, el mismo dependerá de la antigüedad del trabajador, en virtud de lo dispuesto por el inc. d) del art. 3º. Los días de descanso anual, a diferencia de la Ley de Contrato de Trabajo, se gozarán por días hábiles. Sin embargo, entendemos que a los efectos salariales e indemnizatorios, la liquidación de tal crédito deberá efectuarse sobre la base de la cantidad de días de vacaciones previstos en la norma según el caso (valor nominal del período vacacional) y no sobre la cantidad de días corridos que represente el goce efectivo de ese descanso.

Es facultad del encargado solicitar el fraccionamiento del período vacacional en dos períodos cuando le correspondiere 20 días o más, circunstancia que aparece configurada cuando los trabajadores tienen más de cinco años de antigüedad; podrán requerir que uno de los lapsos sea concedido fuera de los plazos previstos en el inc. d) del artículo en cuestión. Como el Estatuto no establece ninguna limitación de proporción en cuanto al fraccionamiento como lo prevé el art. 150 de la LCT, los dos lapsos no tienen por qué tener la misma extensión.

De la misma forma que lo dispone el art. 154 de la LCT, es facultad del empleador otorgar las vacaciones dentro de la franja delimitada, que arranca el 1 de octubre de cada año y finaliza el 30 de abril del siguiente año.

En cuanto al plazo para comunicar las vacaciones, el Estatuto establece que el empleador debe dar aviso al trabajador con una anticipación no menor a treinta días. En cambio, los CCT 589/2010 y CCT 590/2010, en forma coincidente con el art. 154 de la LCT, señalan que debe comunicarse con una anticipación no menor a 45 días.

Advertimos que, conforme surge del art. 21, 2º párrafo del Estatuto, el trabajador deberá efectuar una denuncia ante la autoridad de aplicación, cuando no le hayan sido otorgadas las vacaciones. En caso de que no efectúe la denuncia dentro del plazo de quince días hábiles de vencido el término anual, será pasible de una sanción que también se le aplicará al empleador.

Finalmente, debemos señalar que ni el Estatuto ni el decreto reglamentario refieren el supuesto de que un matrimonio se desempeñe para el mismo empleador, por lo que en virtud de lo dispuesto en el art. 3º del Estatuto, deberán aplicarse en forma supletoria las disposiciones de la LCT. En consecuencia, y de conformidad con el art. 164 de la LCT, cuando dos integrantes de un matrimonio se desempeñen para el mismo empleador, deben otorgarse las vacaciones en forma conjunta y simultánea, salvo que se afecte el normal desenvolvimiento del establecimiento.

6. El personal de suplencias

Otra figura que reviste importancia es la del suplente, el cual desempeñará las funciones del personal mientras goce el descanso semanal o durante el período de vacaciones y licencias; su remuneración estará a cargo del empleador.

¿Quién es el suplente? El art. 7º, inc. g) del CCT 589/2010 y CCT 590/2010 lo describen como todo aquel que "reemplaza al titular, cuya jornada de trabajo sea de 8 horas diarias, durante el descanso semanal de éste, vacaciones, enfermedad y/o cualquier licencia que contemple el presente Convenio y/o la legislación laboral vigente". Entre ellos se encuentran: suplente permanente discontinuo (el que ejerce el reemplazo durante el descanso semanal), suplente eventual con expectativa de permanencia (cubre una licencia por enfermedad inculpable), suplente eventual sin expectativa de convertirse en permanente (por ej.: licencias especiales, feriados nacionales, vacaciones y otras licencias sin goce de sueldo).

Por último, expresa el art. 3º, inc. d) in fine, que "queda prohibido el desempeño de la suplencia por la esposa e hijos del titular o por otra persona comprendida en los beneficios de esta ley que desempeñe funciones permanentes, aun cuando fuera en otro inmueble y con otro empleador". En este supuesto, debemos remitirnos a la previsión contenida en el art. 40 de la LCT, el cual considera prohibido el objeto cuando las normas legales o reglamentarias vedan el empleo de determinadas personas o en determinadas tareas, épocas o condiciones. De este modo, dispuesta la nulidad del contrato de objeto prohibido, el trabajador tiene a su disposición las acciones legales para exigir el cumplimiento de sus derechos(8).

En el caso de los cónyuges e hijos es manifiesta la doble preocupación higiénica y de preservación del grupo familiar, ya que de lo que se trata es que éste pueda gozar en unión y plenitud del descanso y nutrirse de ese modo de sus implicancias afectivas, sociales, éticas, de esparcimiento y reparadoras. La otra prohibición que refiere es a quienes se desempeñen en forma permanente en funciones comprendidas en el estatuto "aun cuando fuere en otro inmueble y con otro empleador". De este modo, la norma incursiona en un campo de difícil tratamiento, como es el de la superación de las limitaciones higiénicas del trabajo a través del desempeño para varios empleadores. Se hace de un modo selectivo en resguardo del descanso de quienes están comprendidos en el estatuto, ya que no se advierte que la prohibición se extienda a quien, con igual o mayor intensidad, se desempeñe en forma permanente en otras actividades dependientes para dedicarse a la suplencia de portería durante los descansos semanales(9).

Resta señalar que el art. 13 del decreto reglamentario establece la forma de calcular la antigüedad del personal de suplencias. Refiere que deberá computarse cada 26 días de trabajo efectivo como un mes de antigüedad, cuando el trabajador lo haga por cuenta de un mismo empleador en diferentes inmuebles.

7. El caso del cónyuge

Como hemos visto, queda prohibido el desempeño de la suplencia de la esposa del encargado y del personal asimilado. Sin embargo, ello no implica que mientras el encargado desempeña sus tareas, la esposa lo ayude en la realización de sus tareas.

Krotoschin refiere que, si el contrato ha sido celebrado con un matrimonio como unidad, debe conceptuarse que el marido es el titular de la función a desempeñar, y que la mujer actúa en forma complementaria. En tal caso, no puede alegarse la existencia de dos contratos de trabajo, ni que la mujer se ha desempeñado en forma exclusiva en la tarea de portería (CNTrab., 3º, 31/3/1965; LA LEY, 118-768). Para que la esposa adquiera carácter de ayudante es necesaria una relación de dependencia directa con el dueño. El hecho de que la esposa, sin conocimiento previo del dueño o administrador, se haya ocupado en tareas de limpieza, no le otorga necesariamente ese carácter, ya que el trabajo realizado por ella puede ser la resultante lógica del vínculo matrimonial con el portero, explicándose por el principio de colaboración y ayuda entre cónyuges(10).

Consideramos al respecto que la circunstancia de que la esposa del encargado colabore con ciertas tareas relativas al edificio no implica en forma alguna que se genere ningún vínculo de naturaleza contractual entre la esposa y los propietarios que haga presumir la existencia de un contrato de trabajo conforme lo previsto en el art. 23 de la LCT.

A esta altura, creemos que sería conveniente que el art. 3º del estatuto se adecue e incorpore la figura del esposo o conviviente y modifique la inclusión exclusiva del término "esposa". Actualmente, el Código Civil y Comercial de la Nación en los arts. 509 a 528, incorpora la unión convivencial que regula las relaciones entre dos personas convivientes con un proyecto de vida en común que antes se conocía como concubinato. A su vez, ya desde el año 2010 se encuentra vigente la ley 26.618 de matrimonio civil que habilita que los contrayentes sean del mismo sexo. Por estas razones, consideramos que la prohibición del desempeño de la suplencia por parte de "la esposa", es un concepto que ha quedado desactualizado.

8. Licencias especiales

De la lectura del estatuto no surge regulación específica de las licencias especiales por lo que, entonces, entenderíamos que deberían aplicarse las disposiciones de la LCT en forma supletoria. Sin embargo, el art. 12 del CCT 589/2010 y CCT 590/2010 enuncian que podrá gozar licencia con goce de sueldo por casamiento durante diez días corridos, por nacimiento de hijos podrá gozar tres días, por fallecimiento de padres, esposa e hijos, le corresponden tres días, por fallecimiento de hermanos le asiste derecho a gozar de dos días y por fallecimiento de nietos, abuelos y familiar político de primer grado, le corresponderá un solo día. Además, contempla la licencia por mudanza para el trabajador sin vivienda; dicho beneficio podrá ser gozado una vez por año, no pudiendo mediar menos de un año entre una licencia y la otra. El beneficio por mudanza no se encuentra previsto en las disposiciones de la LCT.

9. Accidentes de trabajo

Por último, resta señalar que el inc. e) del art. 3º señala que los trabajadores comprendidos en el presente estatuto en el caso de accidentes gozarán de las indemnizaciones conforme las leyes que rigen la materia. Por eso, entendemos que corresponderán aplicarse las disposiciones contenidas en las leyes 24.557 y 26.773.

10. Consejos prácticos

a) Señala el art. 3º, inc. a) del Estatuto que el descanso nocturno sólo podrá ser interrumpido en caso de urgencia. Entendemos que abarca a los encargados que se desempeñan en una jornada diurna y que deberá valorarse en forma estricta la circunstancia de interrumpir el descanso de los trabajadores. Podría requerirse la ayuda en casos de incendios, derrumbes, inundaciones, que claramente requieren de auxilio inmediato.

b) Consideramos recomendable que el empleador comunique las vacaciones y dé aviso al trabajador mediante una nota que contenga fecha cierta a efectos de evitar futuros inconvenientes relacionados con el plazo de anticipación dispuesto para otorgarlas y las multas que podría ocasionar la falta de otorgamiento.

c) Recordamos que para que el trabajador pueda gozar de las licencias especiales con goce de sueldo, es relevante que presente ante el empleador las partidas correspondientes, ya sea de nacimiento, matrimonio, defunción o efectuar el cambio de domicilio a afectos de acreditar la mudanza.

11. Jurisprudencia

Encargado suplente. Falta de comunicación de extinción de suplencia. Estabilidad prevista en el art. 6º de la ley 12.981

"Corresponde admitir la demanda por despido incoada por quien fue contratado con la finalidad de suplir a un encargado de casa de renta que se hallaba enfermo, ya que el vínculo laboral habido entre éste y el consorcio revistió carácter de definitivo y se encontraba amparado por la estabilidad prevista en el art. 6º de la ley 12.981 (Adla, VII-290), toda vez que continuó prestando servicios con posterioridad al fallecimiento del titular, sin que se le haya comunicado sobre la extinción de la suplencia en forma inmediata al cese de la causa que la originó".

CNTrab., sala II, 29/2/2008, "Barreto, Evangelista c. Consorcio de Propietarios del Edificio de la calle Independencia 2179", LLAR/JUR/589/2008.

Encargado suplente. Fallecimiento del encargado titular. Vacante definitiva. Efectos sobre la suplencia

"Debe considerarse que el trabajador contratado para suplir al encargado de casa de renta revestía el carácter de 'efectivo' al momento de la ruptura del vínculo laboral, pues, el fallecimiento del titular constituyó una situación asimilable a la prevista en el art. 9º de la ley 12.981 (Adla, VII-290), en cuanto determina la confirmación del suplente 'como efectivo' ante la imposibilidad de que aquél retome sus tareas, máxime cuando continuó prestando servicios con posterioridad al deceso".

CNTrab., sala II, 29/2/2008, "Barreto, Evangelista c. Consorcio de Propietarios del Edificio de la calle Independencia 2179", LLAR/JUR/589/2008.

Requisitos para la configuración de un contrato eventual

"El Consorcio demandado no acompañó el contrato que acreditara dicha contratación eventual. Entre las partes existió un contrato de trabajo por tiempo indeterminado".

CNTrab., sala VII, 23/8/2016, "Ramírez, Nicolás Eduardo c. Consorcio de Propietarios del Edificio Piedras 781 s/Despido", expte. 45.680/12, sent. def. 49.461.

Limpieza de lugares comunes. Exclusión de categoría

"La circunstancia de que la actora deba ser considerada como trabajadora dependiente y sujeto de la Convención Colectiva de Trabajo 306/98, no implica necesariamente que lo haya sido de la ley 12.981 (Adla, VII-290), pues las prestaciones de trabajos del tipo que ella cumplía —en el caso, limpieza de lugares comunes una o dos veces por semana— no se encuentran incluidas en alguna de las categorías que enuncia el art. 2º del decreto reglamentario".

CNTrab., sala VIII, 13/2/2004, "Torres, Isabel c. Consorcio de Prop. Callao 1415", LA LEY, 2004-D, 343, DJ, 2004-2-603, LLAR/JUR/394/2004.

Obligaciones

Art. 4º — Será obligación de los empleados y obreros respetar al empleador, obedecer sus órdenes, cuidar las cosas confiadas a su custodia, efectuar sus tareas con diligencia y honestidad, avisarle de todo impedimento para realizarlas, siendo responsable de todo daño que causare por dolo o culpa grave.

En caso de enfermedad deberá permitir la verificación médica dispuesta por el empleador. Dará aviso al mismo con 30 días de anticipación cuando decida rescindir el contrato.

Causas de cesantía

Art. 5º — Las únicas causas de cesantía del personal son las siguientes:

a) Condena judicial por delitos de acción pública y por delitos de acción privada contra el empleador o sus inquilinos, salvo los cometidos con motivo de actividad gremial. Cuando hubiere auto de prisión preventiva por delito cometido en la propiedad, el empleador tendrá derecho a suspender al empleado u obrero. Si recayere absolución o sobreseimiento se le repondrá en el cargo. En este último caso, si el proceso hubiere sido promovido por denuncia o querella del empleador, el empleado obrero tendrá derecho a la remuneración que dejó de percibir;

b) Abandono del servicio; inasistencias o desobediencias reiteradas e injustificadas de sus deberes y a las órdenes que reciba en el desempeño de sus tareas;

A los efectos de la reiteración solamente se tomarán en cuenta los hechos ocurridos en los últimos seis meses;

c) Enfermedad contagiosa crónica que constituya un peligro para los inquilinos de la casa, previo pago de las indemnizaciones correspondientes de acuerdo a lo establecido en el art. 10;

d) Daños causados en los intereses del principal por dolo o culpa grave del empleado o incumplimiento reiterado de las demás obligaciones establecidas en el art. 4º de esta ley. Será nula y sin ningún valor la renuncia al trabajo del empleado u obrero que no fuere formulada personalmente por éste ante la autoridad de aplicación.

• Comentario:

Comentario:

12. Obligaciones del trabajador

Entre las principales obligaciones de los empleados de casas de renta se encuentra la del respeto y obediencia hacia su empleador. Además, deberá efectuar sus tareas con respeto y honestidad. Ha señalado la doctrina que el encargado responde por culpa grave o dolo, ello como consecuencia de no cumplir sus obligaciones. Además, la responsabilidad recaerá solamente en la persona que haya sido designada por el principal. De tal forma queda excluida la responsabilidad en familiares o terceros. En efecto, tales incumplimientos constituyen una falta y el empleador no responderá en eventuales accidentes o reclamos por parte de estos últimos(11).

Por otra parte, señala el art. 4º que si el trabajador se encontrare enfermo, debe permitir que su empleador verifique mediante un médico dicha circunstancia.

Como última obligación, requiere que si el trabajador decidiere dar por finalizada la relación laboral, lo comunique con 30 días de anticipación. Es dable advertir que por aplicación del art. 21, párr. 2º del Estatuto, cuando el trabajador decide rescindir el contrato sin otorgar un preaviso de 30 días, dicho incumplimiento genera una multa con destino a un fondo especial.

Si bien hemos analizado el contenido de las obligaciones invocadas en el artículo mencionado, los arts. 23 del CCT 589/2010 y del 590/2010 —que reemplazan a los CCT 378/2004 y CCT 390/2004— enumeran las diferentes obligaciones que se encuentran a cargo del trabajador. Entre ellas, encontramos las que hacen al mantenimiento del inmueble, como por ejemplo, mantener en perfecto estado de conservación, aseo e higiene todas las partes comunes del edificio, como así también las puertas de uso común, controlar el funcionamiento de las máquinas e instalaciones del edificio, poner en funcionamiento y asegurar la protección de los servicios generales del edificio en las oportunidades que fije el administrador dentro del horario habitual de tareas, debiendo además cambiar lámparas y tubos fluorescentes de las partes comunes de edificio y recoger la basura del cordón de la vereda en toda la extensión del frente del edificio. Además, encontramos obligaciones referidas a la seguridad del inmueble, como vigilar la entrada y salida de personas del edificio, impidiendo sin excepción alguna la entrada de vendedores ambulantes, promotores y/o similar y el estacionamiento de personas en las puertas de acceso o espacios comunes, impedir la entrada al edificio de proveedores, fuera del horario que al efecto fije el Administrador; las llaves del sótano y controles del edificio sólo podrán encontrarse en poder del/la trabajador/a encargado/a y del Administrador, o la persona que éste designe. De encontrarse su acceso en la vivienda del/la encargado/a, sólo podrá accederse en caso de emergencia.

13. Causas de cesantía

El art. 5º del Estatuto se refiere a las causales de despido que puede invocar el empleador para despedir en forma justificada al personal. En el caso de que al trabajador no le comprendan las causales que se enuncian a continuación, resultará acreedor a las indemnizaciones que le correspondiere.

13.1. Comisión de delitos

Prevé el supuesto la existencia de una condena judicial por los delitos cometidos hacia el empleador o los inquilinos; sin embargo, excluye a los que hayan sido realizados en virtud de la actividad gremial.

Al respecto, sostiene Alejandro Sudera que "(s)e advierte que la formulación escogida por el legislador confiere categoría de justa causa de despido al dictado de condena en perjuicio del trabajador por delitos cometidos contra el empleador o sus inquilinos, con lo que el simple procesamiento parecería ser insuficiente a tales fines, aun cuando justifique su suspensión". La mención de los delitos de acción pública incluye necesariamente a los que dependen de instancia privada, que constituyen una especie de aquel género. Dentro de la categoría de "empleador o sus inquilinos" debe hoy considerarse a los consorcistas, sus familiares y demás convivientes, a los inquilinos del consorcista y sus convivientes, al administrador y su personal y al resto del personal del consorcio(12).

13.2. Abandono del servicio, inasistencias o desobediencias reiteradas e injustificadas

El presente inciso hace referencia al abandono por parte del trabajador de sus tareas, situación que guarda estrecha vinculación con la prevista en el art. 244 de la LCT y que entendemos es de aplicación supletoria en cuanto al presupuesto legal de procedencia (constitución en mora). Además refiere a las inasistencias y desobediencias reiteradas e injustificadas que claramente constituyen injuria suficiente para despedir al trabajador con causa, aunque la norma prevé que se considerarán los últimos seis meses de la relación a efectos de establecer la reiteración a la que alude el presente inciso.

13.3. Enfermedad contagiosa crónica que constituya un peligro para los inquilinos de la casa

Consideramos que la presente causal que contempla este artículo carece de operatividad actual para legitimar un despido porque ha quedado desplazada por las disposiciones contenidas en la ley general. Se trata del supuesto contemplado en el inc. c) que otorga al empleador la facultad de disponer la cesantía, prácticamente sin consecuencias indemnizatorias, cuando el trabajador padezca una enfermedad contagiosa crónica que constituya un peligro para los habitantes del edificio. Parece claro que aplicando la teoría del conglobamiento orgánico por institución un sistema de protección contra la contingencia de enfermedad —y de la incapacidad parcial o absoluta que pudiera dejar como secuela— como el previsto en los arts. 208 a 212, LCT, resulta considerablemente más favorable para el trabajador y que, por lo tanto, desplaza la directiva contenida en el art. 5º, inc. c) de la ley 12.981. Una norma como la analizada —que legitima el despido frente a una enfermedad contagiosa—, podría considerarse actualmente vulneratoria de las disposiciones de jerarquía constitucional contenidas en los tratados mencionados en el art. 75, inc. 22 de la CN destinadas a impedir arbitrarias discriminaciones; y contrapuesta a las leyes 23.592 y 23.798 que también apuntan a evitar tratos discriminatorios que deriven de problemas de salud.

13.4. Daños causados a los intereses del empleador

Abarca cualquier daño que sea producido por el trabajador o causado por el incumplimiento de sus obligaciones que se encuentran establecidas en el art. 4º del presente Estatuto.

14. Renuncia del trabajador

Deberá realizarse en forma personal ante la autoridad de aplicación, caso contrario será nula y no tendrá ningún valor. No obstante, consideramos que por aplicación supletoria de la LCT, sumado al juicio de compatibilidad, también la renuncia será válida mediante telegrama colacionado, conforme lo señalado en el art. 240 de la LCT.

En este punto cabe memorar lo que hemos señalado respecto al preaviso, el que, conforme al art. 4º que expone las obligaciones del trabajador, señala que cuando el trabajador decida rescindir el contrato deberá dar aviso al empleador con 30 días de anticipación. En el caso de que no se cumpla con el plazo previsto, la renuncia tendrá validez, pero se le impondrá al trabajador una multa que, conforme veremos más adelante, ingresará a un Fondo Especial.

15. Consejos prácticos

a) Consideramos que, si bien el art. 5º, inc. a) del Estatuto refiere a la causal de despido por condena judicial por delitos de acción pública y privada dirigidos contra el empleador o sus inquilinos, ello también incluye la posibilidad de valorar como justa causa de despido ciertos hechos delictuales que, si bien no afectan los intereses del empleador o sus inquilinos, de igual forma constituyen una conducta inaceptable para la continuación del vínculo. Por ejemplo, podría despedirse con causa, al encargado por los daños sufridos a una persona de quien éste abusara sexualmente. Independientemente de no ser un delito dirigido contra el empleador o sus inquilinos, se trata de un delito que desde ninguna óptica puede ser avalado.

b) Refiere el art. 5º, inc. b) que deben considerarse los últimos seis meses de relación a los efectos de la reiteración de las inasistencias y desobediencias. Opinamos que la contemporaneidad de la sanción con el incumplimiento del trabajador es actualmente exigida por la jurisprudencia y que el apartamiento de dicha circunstancia implicaría que los antecedentes del trabajador no revistieran entidad de injuria justificante del despido.

16. Jurisprudencia

Responsabilidad del encargado. Incumplimiento de sus obligaciones

"El encargado de un edificio de propiedad horizontal debe responder por el daño sufrido por una persona a causa del mal funcionamiento y caída de un ascensor —en el caso, una pierna quedó atrapada entre la cabina y una pared—, toda vez que la prueba rendida indica un desconcepto desatinado y peligroso acerca del cumplimiento de sus obligaciones porque ante la constatación del mal funcionamiento del aparato, se limitó a llamar al servicio técnico y dejar abiertas las puertas del elevador para que nadie pudiera utilizarlo, sin señalizar ni colocar cartel alguno a los fines de alertar a los posibles usuarios, y afirmando luego que sus deberes ya estaban cumplidos con la conducta descripta".

CNCiv., sala D, 29/8/2008, "Fernández Ordas, Beatriz c. Cons. de Prop. Tucumán 1436/1438/40", RCyS, 2008, 1157, LL AR/JUR/6790/2008.

Responsabilidad del encargado y consorcio de propietarios. Abuso sexual

El consorcio de propietarios y el encargado resultan responsables por los daños sufridos por la menor a quien éste abusara sexualmente, ya que el desempeño de su trabajo fue condicionante a efectos de provocar el hecho ilícito, ya que los hechos sucedieron en el ámbito de trabajo y no fuera del mismo, por ello hubo una relación de medio a fin entre la función que cumplía el codemandado y su actuar ilícito respecto de la menor, lo que hace extensiva la responsabilidad a su empleador.

CCiv. y Com. Azul, sala I, 16/4/2015, "M., M. J. c. C., O. F. y Otros s/daños y perjuicios", ED, 263-568, RCyS, 2015-IX, 101, DJ, 23/12/2015, 13, con nota de Cecilia C. Danesi y Germán D. Hiralde Vega, AR/JUR/4150/2015.

Responsabilidad del encargado

El imputado debe ser procesado por el delito de abuso sexual con acceso carnal en grado de tentativa agravado por haber causado un grave daño a la salud física de la víctima en concurso real con el de femicidio también agravado por haber sido cometido "criminis causae", pues se encuentra acreditado que el ejercicio de violencia efectuado por el imputado por pertenecer al género femenino, fue un ataque sexual apoyado en desigualdad y en un concepto equivocado de dominación de la especie.

CNCrim. y Correc., sala VI, 20/12/2013, "M., J. s/ampliación del procesamiento", Sup. Penal, 2014 (junio), 61, LA LEY 2014-C, 454, AR/JUR/85827/2013.

Despido justificado. Inasistencias y diversos incumplimientos

"Es ajustado a derecho el despido del encargado dispuesto por el consorcio de propietarios al estar acreditado mediante testigos que incurrió en numerosas inasistencias y llegadas tarde que no comunicó al empleador, que incumplió su obligación convencional de efectuar el retiro de residuos y que, en varias oportunidades, abandonó su trabajo dentro del horario laboral".

CNTrab., sala VIII, 14/2/2013, "Moreno, Roberto Miguel c. Consorcio de Propietarios del Edificio Armenia 2152 s/despido", DT 2013 (noviembre), 2899 con nota de Florencia Páez Giménez, LL AR/JUR/2754/2013.

Despido justificado. Validez de declaración de testigos propietarios

"La circunstancia de que los testigos aportados por el consorcio demandado por despido con causa sean propietarios de unidades funcionales —en el caso, el consorcio despidió al portero por haber amenazado a pacientes que concurrían a un consultorio médico en el edificio—, pues, han descripto en forma objetiva y concordante las condiciones bajo las cuales el actor llevaba a cabo la prestación de servicios, sin incurrir en contradicciones ni exageraciones que puedan llevar a dudar de la veracidad de sus afirmaciones".

CNTrab., sala II, 27/12/2012, "Álvarez, Luis Alberto c. Consorcio de Propietarios del Edificio Valle 783 s/despido", DT 2013 (mayo), 1051, LL AR/JUR/77071/2012.

Despido indirecto. Falta de injuria

"Resulta incausado el despido indirecto en que se colocó el encargado de un edificio, con fundamento en la negativa de su empleador de asignarle un ayudante de portería de jornada completa, pues si el trabajador entendió que correspondía la designación de un ayudante, debió entablar la petición ante la comisión paritaria conforme el CCT 378/2004 y regulada por la ley 14.250 (Adla, LXIV-E, 5434), mas no le asistía derecho a considerarse injuriado y despedido frente a la negativa de su empleadora, pues contaba con los medios para encauzar su pretensión".

CNTrab., sala I, 29/8/2006, "Galíndez, Walter G. c. Consorcio de Propietarios del Edificio Viamonte 2243/5/7", LLAR/JUR/5210/2006.

Despido indirecto. Falta de dación de tareas livianas

"El despido indirecto dispuesto por un encargado de edificio luego de que el empleador se negara a otorgarle tareas livianas en virtud del accidente laboral sufrido, debe considerarse injustificado, pues la singularidad del marco en que se desarrolló la relación entre las partes impide advertir qué labores se le podría haber otorgado a aquél, compatibles con su nueva aptitud psicofísica, máxime cuando el concepto de empresa y establecimiento previstos en los arts. 5º y 6º de la Ley 20.744 adoptan características particulares en el caso de un edificio de propiedad horizontal.

CNTrab., sala IV, 30/9/2013, "Romero, Omar Enrique c. Consorcio de Propietarios del Edificio de la Calle 3 de Febrero 2035 s/ despido", La Ley online, AR/JUR/68741/2013.

Despido con causa. Injuria del trabajador. Eficacia probatoria de los dichos de los consorcistas

"No puede negarse la eficacia probatoria a los dichos de los consorcistas en tanto el consorcio tiene personalidad jurídica propia distinta de la de cada uno sus componentes (plenario 100). El obrar del actor resultó contrario a la buena fe (art. 63LCT), siendo su conducta impropia de un buen trabajador, en tanto las pruebas colectadas, en especial la testimonial, hacen presumir que dejó sin luz a determinados consorcistas con vivienda permanente en el edificio en una fecha coincidente con el fin de año, lo que constituye una injuria de magnitud que justifica la decisión adoptada por la accionada (cfr. art. 242LCT)".

CNTrab., sala VII, 31/8/2016, "Romero Aliaga Eduardo Raúl. c. Consorcio de Propietarios del Edificio Pasteur 570/72 s/ despido", expte. 29.696/2012, sent. def. 49545.

Estabilidad

Art. 6º — Los empleados y obreros de casas de renta tienen derecho a la estabilidad en el empleo, siempre que tengan una antigüedad mayor de sesenta días en el mismo.

En caso de fallecimiento del propietario, o venta del edificio, quedarán a cargo de los herederos, o del comprador en su caso, las obligaciones del titular.

Si el empleador demoliese la propiedad o le fuese expropiada, lo mismo que si prescindiese de los servicios del empleado u obrero, sin las causas determinadas en el art. 5º, deberá abonar en concepto de indemnización, lo siguiente:

Tres meses de sueldo en concepto de preaviso, en las condiciones determinadas en la ley núm. 11.729, el que deberá comunicarse por telegrama colacionado;

Un mes de sueldo por cada año o fracción de antigüedad en el empleo.

Remuneraciones

Art. 7º — El sueldo del personal será fijado por el Instituto Nacional de las Remuneraciones, creado por la ley 12.921.

Mientras no fueran establecidas las retribuciones por el Instituto referido, fíjanse los siguientes sueldos mínimos:

a) ...(omisis)...

b) Serenos, peones de limpieza y ascensoristas: $ .....;

c) Suplentes: $ ..... diarios, $ ..... mensuales. Estos trabajadores, cuando se dediquen exclusivamente a realizar suplencias, tendrán derecho a todos los beneficios que acuerda esta ley. Cuando realicen sus tareas por cuenta de varios empleadores, los derechos que les correspondan serán satisfechos en forma proporcional a cada uno de ellos;

d) En los edificios cuya renta fuere inferior a $ ..... mensuales, el empleador podrá optar por un cuidador cuya remuneración será la siguiente: ...(omissis)...

Si en el edificio cuya renta no fuere mayor de $ ..... hubiere un encargado que se desempeñare en forma exclusiva para el empleador, el trabajador tendrá derecho al sueldo mínimo que establece la escala de salarios del inc. a), no pudiendo en ningún caso modificarse en perjuicio del empleado u obrero la relación de trabajo ni las condiciones existentes a la sanción de esta ley, cuando les fueren más beneficiosas.

Se entiende por servicios centrales a las instalaciones productoras de calefacción, agua caliente, refrigeración, incineradores de residuos y otros no enumerados en esta ley, sea su funcionamiento o control atendido directamente por el personal, o automático.

En las casas cuya renta exceda de $ ..... mensuales deberá colaborar en las funciones del encargado, uno o más ayudantes, proporción que determinará la Comisión Paritaria, creada por el art. 19 de esta ley, atendiendo a las características del inmueble.

No podrán disminuirse por ningún concepto las remuneraciones que perciban los empleados y obreros a la fecha de sanción de esta ley, cuando ellas fueren superiores a las fijadas en la misma.

Las retribuciones establecidas tendrán un plazo de vigencia de un año, vencido el cual la Comisión Paritaria instituida por el art. 19, procederá a su revisación. Las retribuciones que fije la Comisión Paritaria tendrán fuerza obligatoria para empleados y empleadores.

En los supuestos a que hace referencia el último párrafo del art. 1º, para las fincas que no produjeran renta actual, los organismos técnicos de la Administración nacional determinarán su posible renta, al solo efecto de fijar las remuneraciones del personal comprendido en las disposiciones de esta ley.

Art. 8º — El encargado de casas de rentas o personal asimilado tendrá derecho a un aumento de su sueldo cada tres años de veinte pesos mensuales, el que se aplicará tomando en consideración la fecha en que el empleado comenzó a prestar servicios y hasta un máximo de cinco trienios.

Accidentes o enfermedad

Art. 9º — En caso de accidente o enfermedad inculpable que le impida al empleado u obrero cumplir con sus obligaciones, tendrá derecho a que se le abone la retribución íntegra hasta tres meses a partir de la interrupción de sus tareas, si tiene una antigüedad en el servicio menor de cinco años y hasta seis meses, si la antigüedad es mayor, durante los cuales podrá seguir ocupando las habitaciones que le tuvieren asignadas, salvo que padecieran de enfermedades infectocontagiosas, en cuyo caso percibirán el equivalente en dinero o podrán ser alojados en otro sitio a cargo del empleador.

Mientras dure la imposibilidad del empleado u obrero titular, sus tareas serán desempeñadas por un suplente remunerado por el empleador, quien hará constar, en forma fehaciente esta circunstancia por ante la autoridad de aplicación. Cumplido este requisito, la antigüedad de los suplentes no será computable a los efectos de indemnización alguna mientras el titular esté dentro de los términos para percibir sus salarios por enfermedad y conservación del empleo. Si el titular no retomase sus funciones dentro del término de un año, después de transcurridos los plazos de tres a seis meses, según fuere su antigüedad, términos durante los cuales el empleador tiene obligación de conservarle el empleo, el suplente será confirmado como efectivo, con los derechos y obligaciones de tal, computándosele su antigüedad desde el ingreso al mismo.

La indemnización por accidentes o enfermedad que establece el primer apartado de este artículo no regirá para los casos previstos de la ley de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, cuando por esta última corresponda al empleado una indemnización mayor.

• Comentario:

17. Período de prueba

Conforme surge del art. 6º del Estatuto, el trabajador adquiere la estabilidad laboral pasados los sesenta días de antigüedad en el empleo. Se desprende entonces, que antes de los sesenta días puede extinguirse la relación laboral, lo cual implica un plazo menor al establecido por la LCT, que establece que establece en su art. 92 bis un período de prueba de tres meses.

Ahora bien, como la estabilidad se adquiere inmediatamente después de transcurrido el plazo de 60 días y como la "fracción de antigüedad" a que hace referencia el art. 6º a los fines del cálculo indemnizatorio puede ser inferior a tres meses (incluso un día), cabe concluir que el trabajador adquiere derecho a ella aun cuando no alcance el mínimo de antigüedad que exige el Plenario nro. 218 "Sawady, Manfredo c. SADAIC (Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música"), dictado por la CNAT, el 30/3/1979.

Cabe memorar que, como surge de la doctrina plenaria mencionada, "(e)l trabajador con antigüedad no mayor a tres meses, despedido sin causa, no tiene derecho a la indemnización prevista en el art. 266 de la LCT (texto originario)".

En lo que respecta al derecho del trabajador despedido de percibir la indemnización sustitutiva de preaviso dentro del período de prueba, el Plenario nro. 233 "Romero, Ramón Roberto c. Consorcio de Propietarios Edificio Agüero 1761", dictado por la CNAT el 18/5/1982, concluyó que el trabajador despedido, antes de tener una antigüedad de sesenta días, carece de derecho a dicho beneficio.

Creemos que, si bien actualmente los fallos plenarios han sido derogados en el ámbito de la justicia nacional, es indudable que continúan siendo una pauta importante de aplicación al amparo de lo sostenido por la jurisprudencia y que nada obsta a la aplicación potestativa de la doctrina que emana de los plenarios dictados por la CNAT(13).

18. Fallecimiento del propietario o venta del edificio

Se trata del supuesto en el cual fallece el dueño del inmueble para el cual el trabajador presta sus servicios, caso en el que quedarán a cargo de las obligaciones sus herederos; lo mismo ocurre en caso de que el edificio sea enajenado, por lo que las obligaciones pasan a estar en cabeza del comprador.

En cuanto a la transferencia del inmueble, señala el art. 13 del decreto reglamentario que la antigüedad del trabajador deberá computarse a partir de la fecha en que comenzó a trabajar en el mismo inmueble, salvo que por la transferencia haya existido una ruptura del contrato de trabajo y se le hubieren abonado al trabajador las indemnizaciones legales y comenzara un nuevo contrato de trabajo.

19. Demolición o expropiación

En cuanto a la demolición del edificio, sostiene la doctrina que "primero, cabe distinguir la que se realiza por decisión del empleador de aquella que se realiza independientemente de la voluntad de éste, o por necesidad, como puede ser el caso en que corra peligro la unidad o algún edificio aledaño, debiendo ser la misma demolida. En tales casos, el empleador no 'decide', pues no se le presenta ninguna alternativa: debe disponer la demolición para salvaguardar la integridad física de los ocupantes del edificio. Respecto a la demolición voluntaria del edificio, hemos de reconocer que el empleador-dueño tiene derecho de decidir sobre el destino del inmueble; sólo cabe decir que, viéndose privado el trabajador de su principal causa y medio de trabajo, lo normal es que ya no pueda prestar funciones. La norma dispone, pues, que si tal imposibilidad de prestar funciones se debe a causales distintas de las enunciadas en el art. 5º, deberá abonársele una indemnización"(14).

Entendemos que si la demolición del inmueble ha sido voluntaria, el trabajador resultará acreedor a percibir la indemnización prevista en el art. 245, LCT. En cambio, cuando la ruptura del contrato de trabajo se deba a un supuesto de fuerza mayor, como es el caso de la demolición involuntaria, la solución debería ser la propuesta en el art. 247, LCT; en consecuencia consideramos que el trabajador tendrá derecho a percibir la mitad de la indemnización prevista en el art. 245, LCT.

Para que se configure la expropiación del inmueble deberá efectuarse el procedimiento previsto conforme lo establecido en el art. 1º de la ley 21.499.

En el caso de la expropiación, el trabajador tiene derecho a la indemnización por despido y preaviso aunque hubiere seguido trabajando en el mismo edificio contratado por el Estado Nacional expropiante, pues en tal caso se ha resuelto que se habría establecido una nueva relación de naturaleza distinta. En cambio, se ha negado derecho a las indemnizaciones por despido cuando el trabajador continúa al servicio de la Municipalidad adquirente por compra del edificio, ya que en tal caso no ha mediado expropiación y la cuestión ha quedado por lo tanto regida por el art. 6º, párr. 2º, de la ley 12.981, no por el art. 6º, párr. 3º(15).

Se ha establecido también que las indemnizaciones que con sustento en el art. 6º de la ley 12.981, el expropiado tendría que abonar el encargado cuyo contrato de trabajo quedara extinguido por expropiación, integran la indemnización debida al expropiado(16).

20. Indemnizaciones

El art. 6º prevé las indemnizaciones que se le deberán abonar al trabajador para el supuesto de que la propiedad sea demolida, expropiada o el empleador prescindiese de los servicios del empleador u obrero —sin las causas de cesantía previstas en el art. 5º—.

La indemnización por antigüedad deberá calcularse a razón de un mes de sueldo —sin el tope previsto en el art. 245 de la LCT— por cada año o "fracción". Ahora bien, no surge del Estatuto ni del decreto reglamentario cuál es la extensión temporal de la "fracción", por lo que es evidente que un solo día ya da lugar a que se compute un nuevo período de antigüedad.

Encontramos un apartamiento en relación con las disposiciones contenidas en el art. 245 de la LCT. En primer lugar, cuando se hubiere superado el período de prueba de sesenta días, cualquiera fuera la fracción, incluso podría ser un solo día, se agrega un período indemnizable. Es decir que, si el trabajador prestó servicios durante sesenta y un días, le corresponde un período indemnizable; si lo hizo un año y un día, entonces le corresponden dos períodos indemnizables.

La fijación de la base indemnizatoria no depende de múltiples variables, ya sea, mensualidad, habitualidad, normalidad, que sea la mejor en un período determinado. Y la cuantía de dicha base no se ve limitada por tope alguno, por cuanto el Estatuto no lo contempla y la aplicación del regulado en el art. 245 de la LCT implicaría la inaceptable confusión de dos regímenes excluyentes, en lugar de su cotejo en los términos del art. 9º de la LCT, por lo que no existe otro piso o tope mínimo que el derivado del modo de determinar la indemnización, o sea, un mes, aun cuando —con la reforma al último párrafo del art. 245 de la LCT por la ley 25.877— circunstancialmente ambos coincidan(17).

21. Incremento previsto en el art. 2º de la ley 25.323

Cabe memorar que dicho incremento debe aplicarse sobre las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 245 de la LCT. En consecuencia, y conforme ha sido resuelto por la CNAT en el Plenario "Iurleo, Diana Laura c. Consorcio de Propietarios del Edificio Luis Sáenz Peña 1195" (Plenario nro. 320 del 10/9/2008) —cuya doctrina consideramos vigente a nivel nacional en cuanto a los fundamentos de la mayoría— el incremento previsto en el art. 2º de la ley 25.323 no resulta aplicable a las indemnizaciones que derivan del art. 6º de la ley 12.981.

22. Desalojo

En el caso en que el empleador no conceda el preaviso correspondiente al trabajador, conforme lo prevé el art. 7º del decreto reglamentario, deberá concederle un plazo de 30 días para el desalojo. En caso de que el empleador cumpliera con la obligación de preavisar, el plazo de desalojo se encuentra comprendido en el lapso del preaviso.

Cabe aclarar que la concesión de un plazo para el desalojo no está relacionada con la ilegimitidad del despido, ya que también procede en el caso de despido directo basado en justa causa; y aun en los casos en los que el trabajador es el que decide la ruptura colocándose en situación de despido indirecto. Contrariamente, no rige dicho plazo cuando el vínculo se extingue por renuncia.

Tampoco ese plazo está vinculado con el plazo del preaviso, siendo aquél un plazo independiente previsto con la única finalidad de que el trabajador pueda organizar y efectuar su mudanza. El plazo de treinta días previsto para desalojar el inmueble deberán contarse en días corridos.

23. Remuneraciones

Si bien la ley 12.981 contiene diversas normas concernientes a las remuneraciones del personal comprendido en su ámbito (arts. 7º y 8º de la ley 12.981 y arts. 9º y ss., dec. 11.296/1949) ellas carecen de toda vigencia a causa de su insanable desactualización y porque el Instituto Nacional de las Remuneraciones, creado por la ley a cuya labor se remite el art. 7º del Estatuto, nunca llegó a funcionar.

Por nuestra parte agregamos a lo dicho que estas normas también perdieron toda vigencia en virtud de la dinámica propia de los convenios colectivos de la actividad por medio de los cuales se regularon —y regulan— los salarios del personal comprendido dentro de este Estatuto.

24. Accidentes o enfermedad inculpable

De conformidad con lo normado en el art. 9º de la LCT y en tanto no resulta incompatible (con. art. 2º, LCT), debe considerarse aplicable el régimen general de la LCT referido a las licencias por enfermedad, por accidentes inculpables o por accidentes de trabajo porque, globalmente considerado, resulta más favorable que la regulación estatutaria(18).

Ahora bien, haciendo una breve referencia de lo previsto en el art. 208 de la LCT, la extensión de la licencia paga por accidente o enfermedad inculpable varía según la antigüedad y carga de familia del trabajador. Refiere la norma que en caso de accidente o enfermedad inculpable que impida al trabajador prestar servicios, no se verá afectado su derecho a percibir la remuneración por un período de tres meses si su antigüedad en servicio fuese menor a cinco años, o de seis meses si fuera mayor.

La antigüedad debe computarse a partir de la fecha de iniciación de la relación y se calculará por año calendario; esos plazos se duplican cuando existe carga de familia. La ley no aclara este concepto, pero la doctrina y jurisprudencia prevaleciente lo han interpretado en su sentido amplio. Esta carga comprende a las personas vinculadas al trabajador que le dan derecho a percibir asignaciones familiares, incluyendo a los familiares alcanzados por la Ley de Obras Sociales (art. 9º, incs. a) y b) de la ley 23.660). De tal modo se considera beneficiario al titular y su grupo familiar integrado por cónyuge, hijos solteros hasta 21 años y hasta los 25 si estuvieran a cargo exclusivo del titular y cursen estudios regulares reconocidos oficialmente por la pertinente autoridad, los hijos incapacitados y a cargo del titular mayores de 21 años, los hijos del cónyuge, los menores cuya guarda y tutela haya sido acordada judicial o administrativamente. Se incluye también a las personas que convivan con el titular y reciban ostensible trato familiar. La Superintendencia de Servicios de Salud (SSSalud) puede autorizar la inclusión de ascendientes o descendientes por consanguinidad del titular como beneficiario, siempre y cuando estén a su cargo. Con motivo de la sanción de la Ley de Matrimonio Igualitario (ley 26.618), el régimen deberá adaptarse a las modificaciones allí establecidas y a las que resulten de futuras reglamentaciones(19).

25. Consejos prácticos

Si bien el estatuto ni su decreto reglamentario nada aclaran respecto a quién deberá afrontar los eventuales gastos de la mudanza, consideramos que los mismos deberían estar a cargo del empleador, salvo que se tratara de un despido con justa causa comprobada judicialmente.

26. Jurisprudencia

Período de prueba. Principio de la norma más favorable

"Dado que la Ley de Contrato de Trabajo (DT, t.o. 1976-238)—art. 92 bis— establece un período de prueba mayor al sistema de protección contra el despido arbitrario previsto en la ley 12.981 (Adla, VII-290), éste régimen resulta más beneficioso para el encargado de casa de renta, y por ello, prevalece en virtud del principio de la norma más favorable".

CNTrab., sala II, 29/2/2008, "Barreto, Evangelista c. Consorcio de Propietarios del Edificio de la calle Independencia 2179", LLAR/JUR/589/2008.

Período de prueba. Estabilidad

"Si bien la ley 25.877 modificó el art. 92 bis del Régimen de Contrato de Trabajo (Adla, LXIV-B, 1506), estableciendo que los contratos de trabajo por tiempo indeterminado se entienden celebrados a prueba durante los tres primeros meses, no corresponde aplicar tal normativa respecto de un encargado de edificio pues frente a un estatuto especial —encargados de casas de renta— que regula un régimen diferente para el período de prueba, las normas del régimen común sólo podrían aplicarse en la medida que fuesen compatibles con la naturaleza y la actividad profesional de aquel, razón por la cual el trabajador adquiere estabilidad a los sesenta días conforme la normativa especial".

CNTrab., sala I, 13/6/2007, "García Fuentes, César M. c. Consorcio de Propietarios del Edificio Brisas Puerto Madero", LLAR/JUR/3811/2007.

Integración del mes de despido. Improcedencia

"La integración del mes de despido es improcedente respecto de los trabajadores encuadrados en el Estatuto de Encargados de Casas de Renta y Propiedad Horizontal —ley 12.981—, pues dicha normativa no lo prevé y establece, asimismo, un mecanismo de protección contar el despido arbitrario más beneficioso que el establecido en el sistema de la Ley de Contrato de Trabajo y que de acuerdo al art. 9º de ésta, no puede acumularse".

CNTrab., sala IV, 30/4/2013, "Robles, Carlos G. c. Consorcio de Propietarios del Edificio Rodríguez Peña 24/34 y otro", LLAR/JUR/16486/2013.

Indemnización por antigüedad. Base salarial

"La base salarial a tomar en cuenta para el cálculo de la indemnización por antigüedad del encargado de edificio es la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida durante el año anterior al despido, ya que ante la falta de precisión del art. 6º de la ley 12.981 en torno a las pautas que deben considerarse para establecer la base salarial, por analogía resulta aplicable el criterio que deriva del art. 245, LCT".

CNTrab., sala II, 5/7/2010, "Borda, Hugo Osvaldo c. Consorcio de Propietarios del Edificio Esmeralda 486", LA LEY del 8/2/2011, 6 con nota de Javier Fernández Madrid, LA LEY, 2011-A, 229 con nota de Javier Fernández Madrid, LL AR/JUR/42250/2010.

Indemnización art. 132 bisLCT. Falta de depósito de aportes retenidos

"Resulta procedente la sanción prevista en el art. 132 bis de la Ley de Contrato de Trabajo si del informe emitido por la AFIP se encuentra acreditado que el consorcio demandado no depositó los aportes que retuvo de la remuneración del trabajador, a pesar de haber sido intimado al efecto en los términos del art. 1º del dec. 146/2001".

CNTrab., sala II, 7/3/2013, "Quiros, Cintia S. y otros c. Consorcio de Propietarios del Edificio Valentín Gómez 3040/42", DT 2013 (agosto), 1946, LL AR/JUR/12784/2013.

Incremento art. 2º de la ley 25.323. Improcedencia

"Es improcedente el incremento indemnizatorio previsto en el art. 2º de la ley 25.323, dado que la relación habida entre las partes se encontraba regida por el Estatuto para Empleados de Casa de Renta (ley 12.981) y la mencionada norma sólo está referida a las indemnizaciones por despido que emergen de la ley general".

CNTrab., sala II, 7/3/2013, "Quiros, Cintia S. y otros c. Consorcio de Propietarios del Edificio Valentín Gómez 3040/42", DT 2013 (agosto), 1946, LL AR/JUR/12784/2013.

Incremento previsto en el art. 2º de la ley 25.323. Improcedencia

"Conforme la doctrina emanada del fallo plenario nro. 320 "Iurleo, Diana Laura c. Consorcio de Propietarios del Edificio Luis Sáenz Peña 1195 s/despido", 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 la indemnización dispuesta en el art. 6º, cuarto párrafo, de esta última ley, ni a la indemnización establecida en el quinto párrafo del mismo artículo".

CNTrab., sala X, 30/9/2009, "Rodríguez, José c. Consorcio de Propietarios del edificio Olazábal 3191/99 s/despido", LLAR/JUR/40980/2009.

Incremento previsto en el art. 2º de la ley 25.323

"El recargo previsto en el art. 2º de la ley 25.323 (Adla, LX-E, 5421) no se aplica, en las relaciones regidas por la ley 12.981, a la indemnización dispuesta en el art. 6º, cuarto párrafo, de esta última ley. Tampoco se aplica a la indemnización establecida en el quinto párrafo del mismo artículo".

CNTrab., en pleno, 10/9/2008, "Iurleo, Diana Laura c. Consorcio de Propietarios del Edificio Luis Sáenz Peña 1195", LA LEY del 22/9/2008, 10, LA LEY, 2008-E, 587, ED, 1, DJ del 5/10/2008, 1717, DJ, 2008-II-1717, DT 2008 (octubre), 891, LA LEY del 25/11/2008, 6 con nota de Hernán Suissis, LA LEY, 2008-F, 583 con nota de Hernán Suissis, IMP, 2008-23 (diciembre), 2038, LL AR/JUR/7457/2008.

Incremento previsto en el art. 2º de la ley 25.323. Procedencia no cuestionada por empleador

"Debe confirmarse la sentencia que otorgó el agravamiento indemnizatorio previsto en el art. 2º de la ley 25.323 (Adla, LX-E, 5421), ya que si bien aquella no resulta aplicable a los empleados regidos por la ley 12.981 (Adla, VII-290) —Régimen laboral de encargados y ayudantes de casas de renta—, en tanto la norma mencionada contempla expresamente los resarcimientos para el caso de despidos injustificados y excluye las indemnizaciones que prevé la Ley de Contrato de Trabajo, su procedencia no fue cuestionada por el empleador, por lo que modificar lo resuelto en el pronunciamiento de grado importaría perjudicar al dependiente".

CNTrab., sala III, 26/10/2007, "Melos Alves, Sergio Iván c. Consorcio de Prop. del Edificio Vera 910 s/despido", LLAR/JUR/9618/2007.

Indemnización por despido.Art. 2ºley 25.323. Aplicabilidad a la indemnización prevista en el art. 212, 4º párr. aun cuando el caso encuadre en un estatuto particular

El art. 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 por violación al derecho al puesto de trabajo y a su continuidad, que están consagrados en la CN. Y en el caso de los trabajadores amparados por estatutos particulares, deben quedar aprehendidos en la norma que hace referencia a los artículos de la LCT Las indemnizaciones que establece el referido art. 2 no resultan incompatibles en modo alguno a relaciones amparadas por estatutos especiales, siempre que el empleador sea fehacientemente intimado por el trabajador y éste no le abonare las indemnizaciones por el despido y le obligare a iniciar acciones judiciales para el cobro de su crédito. En este sentido el Plenario 326 "Gauna", ha resuelto en este sentido la situación de los trabajadores marítimos, el Plenario 313 "Casado", lo hizo con respecto a los periodistas y el Plenario 320 "Iurleo", resolvió con el mismo criterio la cuestión respecto de los encargados de casa de renta.

CNTrab., sala VII, 19/4/2016, "Lugones Leonardo Luis c. El Espartano SA s/despido", expte. 48.419/2014, sent. def. 48.759del (Ferreirós-Rodríguez Brunengo).

Intangibilidad del salario

"Si el pago de horas extras al trabajador no respondía estrictamente a su efectiva realización y se abonaba en número fijo, el actor tenía una expectativa de cobro permanente sobre el rubro cuya naturaleza no era extraordinaria y estaba incorporado firmemente a su salario, por lo que la supresión o reducción del rubro, en el caso, implicó necesariamente una violación al principio de intangibilidad de su salario y, en consecuencia, le asistió razón al actor para considerarse despedido, siendo acreedor de las indemnizaciones del caso".

CNTrab., sala II, 29/8/2011, "Carranza, Lucio Marcelo c. Consorcio de Propietarios del Edificio Tte. Perón 1509 y otro s/despido", LLAR/JUR/49322/2011.

Despido injustificado. No acredita causal

"El despido del encargado de edificio fundado en la falta de limpieza y deficiente manejo de los residuos debe ser considerado injustificado, si su ocurrencia no fue acreditada y los antecedentes desfavorables que pudiera haber tenido al respecto no pueden servir de base para justificar la medida".

CNTrab., sala IV, 30/4/2013, "Robles, Carlos G. c. Consorcio de Propietarios del Edificio Rodríguez Peña 24/34 y otro", LLAR/JUR/16486/2013.

Despido sin justa causa. Pago de indemnizaciones

"La acción por despido injustificado incoada por el encargado de un edificio es procedente, en tanto la intimación que le remitió el consorcio de propietarios a fin que abandonara la vivienda que habitaba implicó la finalización del contrato de trabajo que los uniera, y no se indicó justa causa para el cese ni se le abonó la respectiva indemnización.

CNTrab., sala X, 15/7/2011, "Rodríguez, Luis Antonio c. Consorcio de Propietarios Calle Chacabuco 66/70/78/82 s/despido", LA LEY 30/9/2011, 3 con nota de Carlos Pose, LA LEY, 2011-E, 478 con nota de Carlos Pose, DJ del 15/2/2012, 9 con nota de Pablo Alberto Gasquet, LL AR/JUR/43810/2011.

Procedencia del daño moral. Ilicitud

"La reparación adicional por daño moral en el caso de despido procede únicamente cuando la actitud del empleador al disolver el vínculo excede el ámbito contractual e incursiona en la ilicitud derivada de una conducta civilmente resarcible, aún en ausencia de un contrato de trabajo".

CNTrab., sala X, 15/7/2011, "Rodríguez, Luis Antonio c. Consorcio de Propietarios Calle Chacabuco 66/70/78/82 s/despido", LA LEY del 30/9/2011, 3 con nota de Carlos Pose, LA LEY, 2011-E, 478 con nota de Carlos Pose, DJ del 5/2/2012, 9 con nota de Pablo Alberto Gasquet, LL AR/JUR/43810/2011.

Despido injustificado. Falta de acreditación de ausencias injustificadas

"Mal puede entenderse que la actora tuvo intención y/o ánimo de no reintegrarse a su trabajo, si las declaraciones testimoniales dan cuenta de que concurrió al domicilio de la demandada en la fecha plasmada en la intimación por ella, y no se acreditaron las ausencias injustificadas adjudicadas".

CNTrab., sala X, 14/12/2010, "Fortuna, Claudia Graciela c. Consorcio de Propietarios del Edificio El Salvador 4218", LLAR/JUR/90960/2010.

Despido indirecto. Falta de dación de tareas

"Corresponde concluir que el incumplimiento contractual en el que incurrió el consorcio demandado constituyó suficiente y grave injuria impeditiva de la prosecución del vínculo laboral y asistió derecho a la actora a decidir el despido, en tanto la demandada impidió a la accionante retomar tareas y no aporto prueba alguna tendiente a acreditar que no podía reubicarla en labores acordes a la capacidad laboral disminuida estimada por el perito médico, limitándose únicamente a negar la dación de tareas a la actora sin demostrar siquiera que la trabajadora no había obtenido el alta médica".

CNTrab., sala I, 30/8/2010, "González, Juana c. Consorcio de Propietarios del Edificio Estados Unidos 336", LLAR/JUR/50273/2010.

Despido injustificado. No se acredita pérdida de confianza

"Resulta injustificado el despido del trabajador encargado de edificio por pérdida de confianza si el accionado no acreditó que aquel hubiera incurrido en actitudes reprochables que derivaran en un perjuicio para la seguridad del consorcio, siendo insuficientes ciertos incumplimientos para que se justifique la ruptura del vínculo sin más, ya que el deber de obrar de buena fe y el principio de conservación del contrato exigen que se arribe a tal solución luego de haber dado ocasión a la parte incumplidora de modificar su actitud mediante la intimación pertinente".

CNTrab., sala II, 5/7/2010, "Borda, Hugo Osvaldo c. Consorcio de Propietarios del Edificio Esmeralda 486", LA LEY del 8/2/2011, 6 con nota de Javier Fernández Madrid, LA LEY, 2011-A, 229 con nota de Javier Fernández Madrid, LL AR/JUR/42250/2010.

Desalojo. Procedencia

"Es procedente el desalojo incoado por un consorcio de propietarios contra quien fuera el encargado del edificio, ya que en el régimen de la ley 12.981, el suministro de la vivienda constituye una obligación accesoria que se extingue al extinguirse la obligación principal y no existe norma alguna que le atribuya al encargado una suerte de derecho de retención de la vivienda hasta tanto se vean satisfechas las indemnizaciones, ni aún en el caso de despido directo sin expresión de causa".

CNTrab., sala V, 24/8/2009, "Consorcio de Prop. del Edificio Terrada 3556 c. Rodríguez, María Baldomera", DT 2010 (enero), 96, LL AR/JUR/29533/2009.

Desalojo. Procedencia. Plazo art. 6º de la ley 12.981

"Corresponde ordenar a quien fuera encargado del consorcio actor, desalojar la unidad funcional "portería", ya que la relación laboral habida entre ambos se ha extinguido y ha transcurrido holgadamente el plazo de treinta días establecido por el art. 6º de la ley 12.981".

CNTrab., sala V, 15/4/2009, "Consorcio de Propietarios del Edificio Boedo 2033/2037 c. Sánchez, Carlos Gabriel", Exclusivo Doctrina Judicial Online, LL AR/JUR/12767/2009.

Desalojo. Plazo

Si bien art. 25 inc. 11 del CCT 589/2010 establece que el empleador debe abonar la liquidación e indemnizaciones que correspondan al dependiente y que, hasta que ello no suceda, no puede exigir la entrega de la vivienda, lo cierto es que la propia norma sujeta este sinalagma a un plazo máximo, de 90 días, a contar desde el distracto. Este plazo fue ampliamente superado en el caso, donde el consorcio consignó la liquidación final la cual fue cobrada por el dependiente. Es que "...las eventuales deudas que pueda tener el consorcio con la trabajadora no generan derecho a retención alguna sobre la vivienda, porque no tienen su origen en la referida cosa retenida, sino eventualmente, en el contrato laboral que vinculó a las partes..." (CNTrab., sala I, sent. def. 83059 del 28/9/2005, "Consorcio de Propietarios Edif. Chacabuco 1305/1301 c. Deheza, Gabriela s/ desalojo") toda vez que no se da el supuesto previsto por el art. 3939 CC, que exige que la deuda tenga su origen en la misma cosa retenida, y la norma colectiva analizada lo que hace es fijar un plazo al derecho a permanecer en la vivienda, para el supuesto que prevé expresamente el art. 25 inc. 11.

CNTrab., sala I, 27/12/2013, "Consorcio de Propietarios del Edificio Senillosa 31/33/37/39 c. Smoilis, Ricardo Gastón s/consignación", expte. 18.708/2012, sent. def. 89.492.

Desalojo. Improcedencia de excepción de incumplimiento prevista en el art. 1201 del Cód. Civil

"Es procedente el desalojo incoado por un consorcio de propietarios contra el encargado del edificio que fuere despedido, ya que éste no puede ampararse en la excepción de incumplimiento dispuesta por el art. 1201 del Cód. Civil, haciendo valer su derecho de retención de vivienda ante la falta de contemplación de los gastos en que incurriere para mantener el inmueble, ello en virtud de que el contrato que unió a las partes finalizó por voluntad de una de ellas y no se persigue su cumplimiento, máxime cuando las eventuales deudas por mejoras que el actor pudiere tener con el trabajador no generan derecho de retención alguna".

CNTrab., sala I, 22/12/2008, "Consorcio de Propietarios del Edificio Valentín Gómez 2884/2886 c. Pirani, Enrique Fabio", LA LEY, 25/2/2009, 12 con nota de Sergio J. Alejandro, LA LEY, 2009-B, 135 con nota de Sergio J. Alejandro, DJ del 6/5/2009, 1225, LLAR/JUR/22257/2008.

Desalojo. Indemnización al consorcio de propietarios

El Consorcio resulta acreedor a una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por la imposibilidad de disponer del uso de la vivienda destinada al encargado que será cuantificada, sólo a modo orientativo, en base al valor estimativo de un canon locativo correspondiente a un monoambiente en la zona del consorcio accionante, por cada mes de retraso en la entrega del inmueble.

CNTrab., sala II, 29/9/2015, "Consorcio de Propietarios de la Calle Juramento 2019/21 c. Miranda, Julio Nicolás s/ desalojo", DJ, 20/4/2016, 51, AR/JUR/43512/2015

Desalojo improcedente

"El desalojo de una habitación ubicada en la terraza de un edificio, que fuera otorgada al encargado como anexo a la vivienda que ocupara, es improcedente, toda vez que dicha petición no puede escindirse de la desocupación de la totalidad del inmueble, lo cual no fue peticionado en la causa, dado que el despido de aquél no había ocurrido al momento de trabarse la litis".

CNTrab., sala VII, 11/11/2010, "Consorcio de Propietarios del Edificio Uriarte 2462/2.464 c. Caballero, Elvira Maricel", LA LEY del 16/3/2011, 11, LA LEY, 2011-B, 171, LL AR/JUR/79880/2010.

Indemnizaciones

Art. 10. — La indemnización que corresponda al personal no estará sujeta a moratoria ni a embargos, ni a descuentos de ninguna naturaleza. Estas indemnizaciones gozarán del privilegio establecido en el art. 129 de la ley de quiebras.

Fallecimiento

Art. 11. — En caso de muerte del empleado, el cónyuge, los descendientes y ascendientes en el orden y proporción que establece el Código Civil tendrán derecho a la indemnización por antigüedad en el servicio, análoga a la prevista en el art. 157, inc. 8º del Código de Comercio, 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.

Art. 12. — Se deducirá del monto de la indemnización lo que el o los beneficiarios reciban de cajas o sociedades de seguro por actos o contratos de previsión, realizados por el principal.

• Comentario:

27. Inconstitucionalidad del art. 10 del Estatuto

Se desprende del art. 10 del Estatuto que las indemnizaciones percibidas por el trabajador son inembargables y no pueden ser objeto de reducción alguna. A su vez, el crédito goza de privilegio general en caso de quiebra del empleador(20).

Sostiene la jurisprudencia al respecto que en el encuadre normativo de la situación dentro del ámbito de la ley 12.981, el principio de inembargabilidad que establece el art. 10 de la citada disposición legal no se limita a la indemnización del art. 9º del Estatuto sino que alcanza a todas aquellas comprendidas en dicha norma estatutaria(21) y que por el principio de la norma más favorable (art. 9º, LCT) prevalece sobre lo dispuesto en el art. 3º del dec. 484/1987(22).

Ahora bien, la sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, declaró la inconstitucionalidad del art. 10 de la ley 12.981 en cuanto establece la inembargabilidad absoluta de las indemnizaciones de los encargados de casa de renta pues, a su entender, vulnera el principio de igualdad ante la ley al diferenciarse sin motivo valedero y legítimo del régimen establecido por la Ley de Contrato de Trabajo y por el dec. 484/1987 del Poder Ejecutivo Nacional, desplazando irrazonablemente el principio según el cual el patrimonio es la garantía de los acreedores(23).

Este fallo mereció críticas por parte de la doctrina. Así, Bloise y Aparicio sostienen que "si bastante tiempo después del dictado del Estatuto del Empleado de Casa de Renta (que establece la inembargabilidad de las indemnizaciones derivadas del despido) se reglamentaron los límites por sobre los que no pueden embargarse los salarios y las indemnizaciones (LCT y dec. 484/1997) y no se derogó el cuestionado art. 10 del Estatuto, y para más la tendencia es en el ámbito interno e internacional la de proteger en mayor medida la situación de la persona humana en contingencias desfavorables, no parece apropiado sostener que normas que provean una mayor protección pueden considerarse anacrónicas. Por el contrario, si la intención del legislador hubiera sido la de nivelar la situación del universo de los trabajadores para que ninguno de ellos hubiera quedado fuera de la posibilidad de acceder al crédito, consideramos entonces que hubiera dejado sin efecto explícitamente toda norma que obstruyera esa finalidad, razón por la que, a nuestro entender, los argumentos del tribunal no resultan suficientes para sostener que el art. 10 de la ley 12.981 repugna los principios constitucionales"(24).

28. Fallecimiento del trabajador

En primer lugar, corresponde señalar que la indemnización que establece el art. 157, inc. 8º del Cód. Com. entendemos actualmente a la prevista en el art. 248 de la LCT.

Producida la muerte del trabajador, el art. 11 establece los legitimados para acceder a la indemnización por antigüedad: cónyuge, ascendientes y descendientes menores de 22 años y sin límite de edad si estuviesen incapacitados. En el caso de la ausencia de estos parientes, la indemnización corresponderá a los hermanos, sujetos a la condición de que hayan vivido bajo el amparo del trabajador, aplicándose las mismas condiciones que para el supuesto de los descendientes.

Opinamos que el límite de edad de 22 años correspondía a la mayoría de edad a la época de la sanción de este Estatuto, de modo que en la actualidad debería entenderse como 18 años, conforme el art. 25 del CCyCN. También consideramos que para evitar estos vaivenes hubiera sido preferible que la norma se refiriera a "aquellas personas que no alcancen la mayoría de edad".

29. Concubinato

Corresponde ahora analizar si la concubina tiene derechos sobre su pareja en el caso que falleciere.

Respecto a la legitimación de la concubina del encargado para iniciar las acciones tendientes al cobro de la indemnización por fallecimiento del trabajador, la doctrina analizó el pronunciamiento de la sala V de la CNTrab(25). y concluyó que "en el fallo se trata de una 'concurrencia conflictiva de normas', debido a que las consecuencias de la extinción de la relación laboral por muerte son contempladas por dos regímenes legales diferentes (la LCT y el Estatuto). Así, 'la duda que pudiera generar esa colisión debe resolverse en virtud de lo establecido en el art. 9º, primera parte, LCT, en tanto debe prevalecer la regla más favorable (entre la legal y la convencional) considerándose la norma o conjunto de normas que rija cada una de las instituciones'". A lo que se agrega que "no se advierte por qué sería desplazable la concubina, cuando el art. 11 del Estatuto especial prevé inclusive que hasta los hermanos pueden ser beneficiarios de la indemnización por fallecimiento si vivían bajo el amparo del empleador fallecido"(26).

Además, si se sostiene que el art. 11 ahora debe entenderse referido al art. 248, LCT, esa legitimación de la concubina es aún más clara.

30. Acreditación del vínculo

Entendemos que no es necesario promover el juicio sucesorio del causante para el cobro de la indemnización por fallecimiento, pues resulta suficiente acompañar la partida de defunción del trabajador y los instrumentos necesarios para acreditar el vínculo de parentesco de conformidad con las personas habilitadas por la ley.

31. Derogación art. 12

Entendemos que el art. 12 del Estatuto debe entenderse derogado conforme lo previsto en el art. 248 de la LCT, por cuanto sostiene en su último párrafo que la indemnización por muerte del trabajador es independiente de cualquier otra que se le reconozca a los causahabientes por la Ley de Accidentes de Trabajo o bien por otras leyes, convenciones colectivas de trabajo, seguros o actos o contratos de previsión. Se ha dicho que esta solución legislativa tiene su fuente de derecho en el Plenario nro. 45 de la CNTrab., "Benso de Ravenna c. Traverso" del 12/9/1958, que fijó como doctrina legal que "(l)as indemnizaciones por muerte previstas en la ley 9688 y 11.729 son acumulables"(27).

Recordemos que en el régimen anterior (art. 157, inc. 8º, Cód. Com. —según ley 11.729—) se permitía deducir de esta indemnización aquellos importes que los beneficiarios hubieran recibido de cajas o sociedades de seguro, o por actos o contratos de previsión realizados por el principal, lo cual resulta incompatible con lo dispuesto en el art. 248, LCT.

32. Consejos prácticos

Consideramos conveniente que, para el caso de que el empleador no tenga seguridad del vínculo, orden y prelación de las personas que tienen derecho a percibir la indemnización por muerte del trabajador, consigne judicialmente en forma inmediata las sumas correspondientes a efectos de no incurrir en mora.

33. Jurisprudencia

Indemnización por fallecimiento. Legitimación de la concubina

Debe reconocerse legitimación a la concubina de un encargado de un consorcio para iniciar las acciones tendientes al cobro de la indemnización por su fallecimiento, pues, si bien el art. 11 de la ley 12.981 no le da derecho a percibir tal resarcimiento, debe estarse a la norma más favorable establecida en el art. 248 de la Ley de Contrato de Trabajo".

CNTrab., sala V, 31/5/2010, "P., L. F. c. Consorcio de Propietarios del Edificio Lavalle 2444", DFyP, 2011 (marzo), 71 con nota de Néstor E. Solari, LL AR/JUR/24413/2010.

Obligaciones del empleador

Art. 13. — El personal que trabaje exclusivamente para un empleador ya sea como encargado, ayudante o cuidador, tendrá derecho a gozar del uso de habitación higiénica y adecuada y recibir los útiles de trabajo necesarios para el desempeño de las tareas a su cargo. En los edificios de renta en que se haya construido vivienda para el personal referido, no podrá alterarse el destino originario de la misma en perjuicio del trabajador.

Si fuere imposible dar cumplimiento a la primera cláusula del presente artículo, el trabajador tendrá derecho a un complemento de su sueldo de $ 60 mensuales.

Libreta de trabajo

Art. 14. — Todas las personas comprendidas en el art. 2º de esta ley deberán munirse de una libreta de trabajo con las características que determinará la reglamentación respectiva, que le será expedida gratuitamente por el Registro Nacional de Colocaciones de la Secretaría de Trabajo y Previsión.

Art. 15. — Para obtener dicha libreta el interesado presentará en la oficina encargada de su expedición los siguientes documentos:

a) Certificado de buena salud;

b) Certificado de buena conducta expedido por la autoridad policial respectiva.

c) Documentos de identidad personales;

d) Certificado de trabajo expedido por el empleador. En caso de oposición, la autoridad de oficio podrá proceder a la verificación correspondiente, sin perjuicio de la aplicación a los empleadores de las sanciones previstas en esta ley.

Los documentos a que se refieren los incs. a) y b) deberán ser renovados cada dos años por el interesado. Esta renovación no será exigida cuando el trabajador siga bajo las órdenes de un mismo empleador.

Art. 16. — El Registro Nacional de Colocaciones no podrá efectuar ninguna colocación de esta clase de trabajadores sin la previa presentación de la libreta de trabajo por parte del interesado, según lo previsto por el artículo anterior.

Es obligación del principal exigir a su empleado la presentación de la libreta de trabajo dentro de un plazo mínimo de tres meses a partir de la fecha de sanción de esta ley.

En cada caso deberá comunicarse al Registro Nacional de Colocaciones el número de la libreta, nombre y domicilio del trabajador, y nombre y domicilio del empleador, así como las demás condiciones convenidas para la prestación de los servicios.

Art. 17. — El Registro Nacional de Colocaciones, bajo clasificación adecuada, reservará las informaciones que se mencionan en el artículo anterior, con fines de estadística y como elemento de prueba en caso de reclamos judiciales o extrajudiciales.

Art. 18. — Además de las anotaciones a que se refieren los artículos anteriores, el empleador deberá anotar en la libreta de trabajo las constancias siguientes:

a) Fecha de ingreso del trabajador y retribución estipulada;

b) Constancia mensual de haberse efectuado el pago del salario convenido;

c) Época en que se le acordó el descanso anual a que se refiere el inc. c) del art. 3º;

d) Si el trabajador lo solicitare, constancia del tiempo que lo tuvo a su servicio.

Queda terminantemente prohibido al empleador asentar recomendaciones personales sobre el comportamiento del empleado.

• Comentario:

34. Derecho a la vivienda

Entre las principales obligaciones del empleador se encuentra la de otorgarle al encargado, ayudante o cuidador, una habitación higiénica y adecuada, conforme lo enuncia el art. 13. En numerosos casos, la vivienda que se le proporciona al trabajador no cumple con las requisitos que debe cumplir una "habitación higiénica y adecuada", lo cual podría generar injuria suficiente para que el trabajador se considerara despedido. De todas formas, las anomalías que pudieren detectarse pueden evitarse mediante la intervención de las autoridades competentes.

Para el supuesto en que el empleador no pudiere proporcionarle el uso de habitación, el art. 11 del decreto reglamentario prevé una suma a la cual tendrá derecho el trabajador, que formará parte de su remuneración.

Resta señalar que la doctrina respecto a la vivienda del encargado sostiene que este derecho de los trabajadores configura una correlativa obligación para sus empleadores, pero —simétricamente— también una obligación para los dependientes, de conformidad con lo establecido en los arts. 23 de los CCT 589/2010 y 590/2010. Las mismas convenciones colectivas de trabajo, en su art. 25, inc. 5º, entre "otras obligaciones del empleador" establecen la de "obtener la reparación y mantenimiento en buenas condiciones de uso de la vivienda, artefactos y elementos que se le entregaron al/la trabajador/a como formando parte del Contrato de Trabajo, siempre y cuando no se originaren los eventuales daños en la conducta intencional del/la trabajador/a". Respecto a la parte final del primer párrafo del art. 13 establece que: "es claro que la prohibición está destinada a tornarse operativa durante el transcurso de una relación y —lógicamente— tampoco perjuicio al mismo". Por ello, nada obsta a que se disponga la alteración del "destino originario" de la vivienda una vez finalizada una relación y antes de iniciarse otra(28).

35. Útiles de trabajo

A efectos de cumplir con sus tareas a cargo, el encargado debe utilizar distintos elementos que dependerán de las características del inmueble en el cual desempeñe sus tareas y de la frecuencia con la que deba hacer la limpieza. Es evidente que los elementos necesarios deberán estar a cargo del empleador.

36. Vestimenta

Conforme lo dispuesto en el art. 14 del CCT 589/2010 y CCT 590/2010, la obligación de entregar la ropa de trabajo se encuentra a cargo del empleador, el cual deberá proporcionar al trabajador la ropa de trabajo. Sostiene la doctrina que se debe, con periodicidad semestral, suministrar al personal —permanente o no— ropa de trabajo, consistente en dos pantalones y dos camisas —para el personal masculino— e idéntica ropa o dos guardapolvos para el personal femenino; a ello deben agregarse botas de goma y guantes de cuero de descarne reforzado —para el manipuleo de leña, carbón y/o residuos—, y guantes de látex para protección durante el uso de productos de limpieza en general. A fin de preservar la dignidad de los trabajadores, tales ropajes no deben contener inscripciones publicitarias, colores llamativos o cualquier otra seña que pudiera violentarla(29).

La presente obligación debe hacerse efectiva "dentro de la primer semana de haber adquirido estabilidad en el empleo". Por lo que, al remitirnos al art. 6º del Estatuto, el trabajador adquiere la estabilidad en el empleo recién a los sesenta días. La disposición no se advierte totalmente coherente: si bien resulta entendible que no se exija la entrega de la camisa y pantalón de trabajo desde el comienzo de la relación, ya que de no superarse el período de prueba tal indumentaria podría no resultar de utilidad a un futuro trabajador por cuestiones de talle, la entrega de elementos de seguridad como los guantes y las botas —encontrándose comprometida la integridad física de los trabajadores— no puede supeditarse a tal condición suspensiva(30).

37. Libreta de trabajo

El art. 14 del Estatuto y el decreto reglamentario establecen que a los encargados de casas de renta y asimilados se les deberá entregar una libreta de trabajo, la cual será confeccionada conforme el modelo aprobado por el Ministerio de Trabajo y será expedida en forma gratuita por el Registro Nacional de Colocaciones de la Secretaría de Trabajo y Previsión.

Sin embargo, debido a que el mencionado Registro ha dejado de funcionar y a su vez el Ministerio de Trabajo no tramita en la actualidad esa libreta, opinamos que ese documento ha quedado derogado, siendo reemplazado por el recibo de sueldo y el libro del art. 52 de la LCT.

38. Consejos prácticos

Sin perjuicio de lo expuesto en el punto anterior, recomendamos que, a efectos de efectuar el trámite de la libreta de trabajo conforme lo dispone el art. 14 del Estatuto, se establezca contacto con F.A.T.E.R.H. y S.U.T.E.R.H., pues si bien creemos que actualmente la libreta en cuestión ha quedado absorbida por los recibos de sueldo, al no haberse derogado expresamente esa disposición, nada impide su reaparición en el futuro.

39. Jurisprudencia

Ropa de trabajo

"Es procedente la indemnización por ropa de trabajo reclamada por el encargado de casa de rentas —arts. 14 y 15 del Convenio Colectivo 378/04—, pues, ante su falta de entrega, el trabajador debió utilizar su ropa con el consiguiente desgaste que ello provoca".

CNTrab., sala I, 17/7/2007, "Zamani, Andrés Jorge c. Consorcio de Prop. del Edificio Laprida 1219/25", DJ del 6/2/2008, 279, LLAR/JUR/4367/2007.

Eficacia de acta notarial. Uso de habitación higiénica y adecuada.

"La mera lectura del acta notarial permite obtener información adecuada acerca del estado del inmueble a la fecha de la constatación, no es muy difícil interpretar su contenido en cuanto afirma que tanto el ingreso a la vivienda como las paredes de la habitación de 4x6 tenían manchas de humedad al igual que el baño, y que el piso de parquet estaba levantado".

CNTrab., sala IV, 18/7/2014, "González, Pedro Eduardo c. Consorcio de Propietarios del Edificio Scalabrini Ortiz 3314 s/Despido", expte. 47793/11, sent. def. 98.178.

Reparaciones de la vivienda del Encargado. Urgencia. Plazo razonable de espera. Despido indirecto justificado

"La demandada cuestiona el plazo que le impone el trabajador para los arreglos; no observo ningún exceso de atribución de facultades el plazo de treinta días mencionado por el empleado; antes bien, a mi juicio, resulta un plazo razonable en función de la urgencia de que se repare el lugar en el que habita el dependiente y su familia, con hijos menores. En definitiva, considero que la conducta asumida, a través de sus respuestas telegráficas, por la empleadora frente al expreso emplazamiento del trabajador torna ajustado a derecho el despido indirecto en que se colocó el dependiente, a la luz de lo dispuesto por los arts. 242 y 243LCT".

CNTrab., sala IV, 18/7/2014, "González, Pedro Eduardo c. Consorcio de Propietarios del Edificio Scalabrini Ortiz 3314 S/ Despido", expte. 47793/11, sent. def. 98.178.

Reparaciones de la vivienda del Encargado. Obligación del Empleador

"Cabe señalar que el art. 13 de la ley 12.981 expresamente establece que el trabajador "tendrá derecho a gozar del uso de habitación higiénica y adecuada..."; ello es acorde a lo previsto en el art. 77 de la LCT que prevé entre los deberes del empleador, que la vivienda debe ser adecuada a las necesidades del trabajador y su familia y agrega "debe efectuar a su costa las reparaciones y refacciones indispensables conforme a las exigencias del medio y confort".

CNTrab., sala IV, 18/7/2014, "González, Pedro Eduardo c. Consorcio de Propietarios del Edificio Scalabrini Ortiz 3314 s/Despido", expte. 47793/11, sent. def. 98.178.

Comisión paritaria

Art. 19. — Institúyese una comisión paritaria central compuesta por dos delegados obreros y dos delegados patronales, que actuarán por las organizaciones numéricamente más representativas de los mismos. Esta comisión será presidida por un funcionario del Ministerio de Trabajo y Previsión y tendrá funciones conciliatorias y de arbitraje voluntario en los conflictos que se planteen entre las partes, sin perjuicio de otras facultades que expresamente se le acuerdan por la presente ley. En las delegaciones regionales del citado Ministerio designadas al efecto podrán asimismo integrarse subcomisiones paritarias, cuyas facultades se limitarán a las funciones conciliatorias y de arbitraje que esta ley confiere a la paritaria central. Los laudos dictados por las subcomisiones serán elevados en todos los casos a la Comisión Paritaria Central, que deberá expedirse dentro del plazo de sesenta días de haber sometido el problema a su consideración, entendiéndose que si así no lo hiciere quedará homologada la medida adoptada por la subcomisión.

¿ Comentario:

Sobre este punto, corresponde señalar que la doctrina ha señalado que "con el dictado de una normativa específica en materia de negociación colectiva (la ley 14.250, todas sus modificatorias y decreto reglamentario), las disposiciones del Estatuto antes analizadas perdieron vigencia. Otro tanto ocurrió con las atribuciones que en relación con la fijación de remuneraciones les confería a las comisiones el art. 7º de la ley 12.981, y las relativas a la composición de conflictos colectivos, que pasaron a ser reguladas por la ley 14.786"(31).

De todas formas, el instituto de las Comisiones Paritarias se encuentra además regulado por los arts. 21 y ss. del decreto reglamentario y el art. 21 del CCT 589/2010 y CCT 590/2010 establece las atribuciones de la Comisión Paritaria.

Orden público

Art. 20. — Las disposiciones de esta ley son de orden público y será nula y sin valor toda convención de partes que altere, modifique o anule los derechos y obligaciones determinados en la misma.

¿ Comentario:

Sobre este aspecto, debemos remitirnos a lo dispuesto en el art. 12 de la Ley de Contrato de Trabajo, que establece el principio de irrenunciabilidad, por lo que será nulo todo acuerdo celebrado entre las partes que implique una reducción o renuncia del trabajador a los derechos y obligaciones establecidos en el presente Estatuto.

Sanciones

Art. 21. — Las infracciones a las disposiciones de esta ley y su decreto reglamentario, que no merezcan una sanción especial, serán penadas con multa de $........por cada empleado u obrero, duplicándose en caso de reincidencia, sin que esta multa afecte el derecho del personal para deducir las acciones judiciales pertinentes.

Cuando el empleado u obrero no denunciare dentro de los 15 días hábiles de vencido el término anual, por ante la autoridad de aplicación, que no le han sido otorgadas las vacaciones, sufrirá la misma penalidad que el empleador. Si el mismo no diese cumplimiento al preaviso establecido en el art. 4º, será penado con multa equivalente a un mes de sueldo, duplicándose en caso de reincidencia.

Art. 22. — En caso de despido por causales distintas a las enumeradas en el art. 5º, los empleadores se harán pasibles de una multa de $...... a $........., sin perjuicio de abonar a los despedidos la indemnización prevista en esta ley.

En los casos en que la legitimidad de la cesantía fuese cuestionada judicialmente, la aplicación de las sanciones precedentes se hará efectiva por el magistrado, cuando así corresponda, al dictar sentencia que ponga fin al litigio.

Art. 23. — El producido de las multas, que se apliquen por incumplimiento de la presente ley, ingresará a un fondo especial destinado a la construcción y sostenimiento de un policlínico para la atención del personal y sus familiares.

• Comentario:

40. Análisis de vigencia art. 21, primer párrafo

Al respecto, corresponde señalar que el art. 21 del Estatuto establece un régimen de sanciones concretas para el caso de que el empleado no efectúe la denuncia de que no le han sido otorgadas las vacaciones, o cuando el trabajador decida rescindir el contrato sin otorgar un preaviso de 30 días. Dichas sanciones son propias del Estatuto. Por otra parte, en forma paralela rigen las disposiciones de la ley 25.212 (Pacto Federal del Trabajo) que dispone el régimen general de sanciones por infracciones laborales.

41. Multas al trabajador y al empleador

El trabajador será pasible de las mismas sanciones que los empleadores. Así, por ejemplo, si no cumple con el preaviso de 30 días previo a rescindir el contrato conforme lo establecido en el art. 4º del Estatuto, será penalizado con una multa que será equivalente a un mes de sueldo.

Lo mismo ocurre cuando el trabajador no denuncie dentro de los quince días hábiles de vencido el término anual que el empleador no le otorgó las vacaciones. En dicho caso también se le impondrá al trabajador una sanción.

Opinamos que estas sanciones resultan inaplicables en la actualidad al trabajador debido al juego armónico de los principios del derecho del trabajo y especialmente el que emerge del art. 40 de la LCT en cuanto a que todas las prohibiciones están dirigidas al empleador.

Además, con relación a la multa por falta de preaviso por parte del trabajador, si bien en la actualidad los fallos plenarios están derogados en el ámbito de la justicia nacional, no es menos cierto que bien podría rescatarse la doctrina que emerge del fallo plenario nro. 206, el cual instituyó en su oportunidad la doctrina legal de que el preaviso omitido por el trabajador no era exigible por el empleador si no mediaba mala fe de aquél(32).

Finalmente, no se advierte el interés de la Administración en sancionar al trabajador por estas conductas que, como se dijo, se tratan de obligaciones en cabeza del empleador.

Para el caso del empleador, será sancionado si despidiere al trabajador por causas distintas a las previstas en el art. 5º del Estatuto. Claro que en este supuesto se difiere al magistrado la imposición de la sanción en dichos casos, al dictar sentencia que ponga fin al litigio.

42. Fondo especial

Señala el art. 23 del Estatuto que para el caso de incumplimiento a las disposiciones de la ley 12.981 y su decreto reglamentario, el producido de las multas que se apliquen ingresará a un fondo especial con destino a la construcción y sostenimiento de un policlínico para la atención del personal y sus familiares.

43. Consejos prácticos

Consideramos conveniente informar acerca de la creación de Se.R.A.C.A.R.H. Consiste en un servicio creado para la resolución adecuada de los conflictos entre trabajadores y empleadores de renta y horizontal, utilizando diversos sistemas no adversariales de gestión e innovando con otros que amplían la posibilidad de gestionar toda controversia presentada en éste ámbito sectorial. Propone a los trabajadores y empleadores un espacio imparcial, que posibilite la negociación de sus respectivos intereses, con la intervención de profesionales especializados e idóneos en la materia.

Exclusión

Art. 24. — Quedan excluidos del régimen de esta ley los cuidadores de casas de renta que sean inquilinos de la misma y siempre que el monto total de la locación no sea superior a $........ mensuales.

Libro de órdenes

Art. 25. — En toda casa de renta deberá llevarse un libro sellado por la autoridad de aplicación, en el que se asentarán las órdenes impartidas por el empleador, para el mejor desempeño de las tareas del personal.

Derogación

Art. 26. — Deróganse todas las disposiciones que se opongan a la presente.

Promulgación

Art. 27. — El Poder Ejecutivo dentro de los sesenta días de la promulgación de esta la ley, constituirá la comisión paritaria y la reglamentará.

Art. 28. — Comuníquese, etc.

• Comentario:

44. Exclusión del Régimen

El Estatuto excluye a los cuidadores que resulten ser inquilinos de la casa de renta.

45. Libro de órdenes. Presunción art. 55 de la LCT

Las órdenes que deben consignarse en este libro son las de cumplimiento habitual y/o periódico, pero nada obsta a considerar que todo tipo de órdenes puedan asentarse en el mismo. Al igual que con la planilla de horarios, es de destacar que el incumplimiento de la obligación por parte del empleador configura una infracción administrativa sancionable, y torna operativo el dispositivo consagrado en el art. 55 de la LCT(33).

46. Vigencia de ley

El Senado en su sesión del 21 de diciembre de 1946 sancionó el proyecto de ley, al que la Cámara de diputados consideró y modificó en las sesiones que realizara en el mes de marzo, el día 20 (D. ses. dip., 8870), en el día 21 (D. ses. dip., p. 8902) y en el día 28 (D. ses. dip., p. 9337). Vuelto al Senado fueron aceptadas las modificaciones el 18 de abril (D. ses. sen., p. 4571).

Decreto 11.296/1949

Art. 1º — La ley 12.981, modificada por la ley núm. 13.263, se aplicará de acuerdo con las normas establecidas en la presente reglamentación a todas las personas que se encuentren en las condiciones previstas por el art. 2º de dicha ley.

Definiciones

Art. 2º — A los efectos de la aplicación de este decreto y de la ley que reglamenta, se considerará:

1. Encargado de casa de renta: A toda persona que trabaje en un inmueble desempeñando en forma habitual y exclusiva por cuenta del propietario o usufructuario las tareas de cuidado, vigilancia y demás servicios accesorios del mismo, cualquiera fuera la forma de su retribución, como así también a las que poseyendo libreta otorgada a su nombre, no trabajen exclusivamente para un empleador en inmuebles, que reditúen más de $ 1.000 mensuales, y sean complementados en sus tareas por familiares que habiten en el mismo;

2. Ayudante de encargado: Al trabajador que preste servicios bajo la dirección de un encargado de casa de renta, secundando al mismo en las tareas de atención y vigilancia que se encuentren a su cargo;

3. Ascensorista: Al trabajador destinado exclusivamente a la atención de los ascensores;

4. Peón: Al trabajador auxiliar del encargado o ayudante, destinado a las tareas, de limpieza y atención de los servicios accesorios y a aquellos destinados a efectuar las reparaciones en el inmueble que por su poca importancia no requieran conocimientos especializados.

Quedan comprendidos en esa categoría los jardineros ocupados en el cuidado, limpieza y atención de los jardines existentes en los inmuebles a que se refiere la ley en relación permanente de dependencia y en forma no intermitente.

Igualmente revestirán este carácter, los trabajadores que se ocupen en forma permanente por cuenta de un empleador en la limpieza y atención de los departamentos u oficinas en los edificios de renta;

5. Empleador:

a) al propietario o usufructuario de uno o varios inmuebles destinados a producir renta;

b) a las empresas dedicadas a la administración de propiedades;

c) al encargado de casa de renta en los casos de que las personas a que se refiere el 3er. parágrafo del inc. 4º, actuaren bajo su dependencia;

d) a las personas que alquilen un inmueble con el fin de lucrar con su locación.

Art. 3º — Los menores de edad ocupados en cualquiera de las tareas enumeradas en el artículo anterior estarán amparados por las disposiciones de la ley, sin perjuicio del cumplimiento por los empleadores de las leyes protectoras del trabajo de menores.

De la jornada y descansos

Art. 4º — La jornada de trabajo de los peones, ascensoristas y jardineros se ajustará a los términos de la ley 11.544.

Art. 5º — En la Capital Federal el descanso diario establecido en el art. 3º de la ley se hará efectivo a partir de las 21 horas hasta las 7 horas del día subsiguiente

Durante este lapso deberán permanecer cerrados los edificios si no mediaren circunstancias, imprevistas o autorización del Ministerio de Trabajo y Previsión.

Art. 6º — El otorgamiento de las vacaciones anuales se hará efectivo, de acuerdo con el régimen del decreto-ley 1740/45 en cuanto no haya sido modificado por la ley 12.981.

De la estabilidad

Art. 7º — En los casos en que el empleador prescindiese por cualquier causa, de los servicios de un empleado u obrero que gozare de uso de habitación, sin acordarle el término de preaviso que establece el art. 6º de la ley, deberá concederle un plazo de treinta días para el desalojo. Cuando se diere preaviso, el plazo a que se refiere el párrafo anterior integrará el término legal respectivo.

Art. 8º — Para determinar la existencia de enfermedad contagiosa crónica a que se refiere el art. 5º, inc. c) de la ley, se requerirá dictamen previo de autoridad médica nacional, provincial o municipal competente en el lugar de trabajo.

De la determinación de las remuneraciones

Art. 9º — Para la determinación de las remuneraciones mínimas fijadas por el art. 7º de la ley se tomará en cuenta la renta bruta de la finca, incluyendo a tal efecto lo percibido por alquiler de todas las dependencias que formen parte del edificio. En los casos en que parte de la finca se encuentre ocupada por el propietario de la misma o por otras personas que no abonen alquiler, la autoridad de aplicación determinará el respectivo valor locativo, tomando en consideración la naturaleza del inmueble y los alquileres abonados por viviendas análogas del mismo edificio.

Art. 10. — A los efectos de la fijación de remuneraciones se considerarán edificios con servicios centrales los que tengan cualquiera de los servicios mencionados en el art. 7º de la ley.

Art. 11. — Cuando el empleador provea de habitación al personal enumerado en el art. 13 de la ley, se asignará a la misma un valor no inferior a $ 60.

En los casos en que no le fuera posible al empleador proporcionar el uso de habitación, el complemento en dinero que deberá abonar en sustitución del mismo no podrá ser inferior a dicha suma. Los valores a que se refieren los parágrafos anteriores se considerarán parte integrante de la remuneración.

Art. 12. — En lo concerniente a los salarios mínimos establecidos en la ley, los ayudantes de encargados de casas de renta a que se refiere el art. 2º, 2 parágrafo de la misma y el art. 2º, inc. 2º de esta reglamentación, quedan equiparados a los serenos, peones de limpieza y ascensoristas.

Art. 13. — Los aumentos periódicos establecidos en el art. 8º de la ley se harán sobre las remuneraciones mínimas establecidas en el art. 7º de la misma, de acuerdo con los períodos trienales de antigüedad que tenga el beneficiario y con la limitación en cuanto al máximo que el mismo establece.

En los casos en que el trabajador gozare de una remuneración mayor que la que le corresponde por la aplicación de este artículo se mantendrá aquélla.

La antigüedad del personal que ha prestado servicios para un mismo empleador en distintos inmuebles se computará a partir del día en que comenzó a hacerlo en el primero de ellos.

En los casos de transferencia del inmueble la antigüedad se computará a partir de la fecha en que comenzó a trabajar en el mismo salvo de que con motivo de la transferencia hubiera existido ruptura del contrato de trabajo con las indemnizaciones legales y, comienzo de uno nuevo.

Para calcular la antigüedad del suplente que trabaje por cuenta de un mismo empleador en distintos inmuebles se computará cada 26 días de trabajo efectivo como un mes de antigüedad.

De los instrumentos de contralor

Art. 14. — La libreta de trabajo para el personal de encargados de casas de renta y asimilados se confeccionará según el modelo oficial que apruebe el Ministerio de Trabajo y Previsión y contendrá, además de las constancias enumeradas en el art. 18 de la ley, las siguientes:

1. Número de orden.

2. Transcripción de la ley núm. 12.981 reformada por la ley núm. 13.263 y de la presente reglamentación.

3. Fotografía del empleado u obrero.

4. Nombre, apellido, nacionalidad, estado civil y firma del mismo.

5. Número de la cédula de identidad o libreta de enrolamiento.

6. Número de inscripción en la sección correspondiente del Instituto Nacional de Previsión Social.

7. Indicación de los días y horas de comienzo y terminación del descanso semanal.

Art. 15. — Las respectivas asociaciones profesionales con personería gremial podrán intervenir, en nombre de sus afiliados, en las gestiones de obtención de las libretas de trabajo.

Art. 16. — El Registro General de Colocaciones llevará un índice, de numeración correlativa a la de las libretas de trabajo, en el que se inscribirán las referencias consignadas en las mismas y las modificaciones que se introdujeren posteriormente. En el mismo registro se inscribirán las fechas de comienzo y terminación de los períodos anuales de vacaciones a cuyo efecto los empleadores deberán comunicarlas con 15 días de antelación.

Art. 17. — La libreta de trabajo tendrá carácter de documento habilitante personal, e intransferible no pudiendo ser retenida en ningún caso por el empleador.

Art. 18. — El Registro General de Colocaciones, de acuerdo a las constancias del certificado de trabajo expedido por el empleador que exige el art. 15, inc. d) de la ley, determinará la categoría del beneficiario, debiendo otorgar distintos tipos de libretas de trabajo para cada una de las categorías, de trabajadores comprendidos en el art. 2º de la ley y art. 2º de la presente reglamentación.

Los documentos a que se refieren los incs. a) y b) del art. 15 de la ley, no serán renovados cuando el trabajador siga bajo las órdenes de un mismo empleador o continúe desempeñando sus tareas, en un mismo inmueble, aun cuando hubiera mediado transferencia del mismo o cambio de administración.

Art. 19. — Los empleadores deberán colocar en lugar visible de la finca, sin perjuicio de las constancias en la libreta de trabajo, una planilla de horarios que será registrada por la autoridad de aplicación y en la que anotarán las horas de comienzo y terminación de las tareas del personal comprendido en la ley, como así también de los descansos acordados durante la jornada y del descanso semanal.

Art. 20. — Las modificaciones que eventualmente se introdujeren con respecto a las constancias enunciadas en el artículo anterior, se inscribirán en la libreta de trabajo y se comunicarán igualmente a la autoridad de aplicación.

De la comisión paritaria

Art. 21. — Los delegados de los trabajadores y de los empleadores que integren la Comisión Paritaria a que se refiere el art. 19 de la ley, en número de 2 titulares y 2 suplentes por cada representación, serán nombrados por resolución del señor Ministro de Trabajo y Previsión a propuesta de las respectivas organizaciones profesionales: Para los trabajadores, la que tenga personería gremial y sea numéricamente más representativa en la actividad de que se trata y para los empleadores la que reúna esta última condición.

Los delegados suplentes integrarán la Comisión Paritaria en caso de ausencia, impedimento, renuncia, remoción o fallecimiento de los delegados titulares.

Art. 22. — Los delegados deberán reunir las siguientes condiciones:

a) Ser mayor de 22 años;

b) Tener certificado de buena conducta expedido por la autoridad policial del lugar del trabajo;

c) No tener antecedentes de condena en delito reprimido con pena corporal;

d) Para los delegados obreros se requerirá ser trabajador en ejercicio en la actividad de referencia. Se considerará cumplida esta condición cuando el trabajador se haya desempeñado bajo las órdenes de un empleador hasta un período no mayor de dos años con anterioridad a la fecha de su proposición.

Art. 23. — Los delegados durarán dos años en sus funciones, salvo las causas de remoción a que se refiere el art. 22 de esta reglamentación, pudiendo ser reelegidos. Dos meses antes de la caducidad de los mandatos, deberán formularse las propuestas para la integración de la Comisión Paritaria en el período siguiente.

Cada una de las representaciones tendrá un voto, debiendo decidir el presidente en caso de empate en las votaciones.

Art. 24. — Los delegados que integren la Comisión Paritaria, podrán ser removidos de sus funciones por resolución del señor Ministro de Trabajo y Previsión en los siguientes casos:

a) Si fueren condenados por delitos castigados con pena corporal;

b) Si cometieren faltas graves en el ejercicio de sus funciones;

c) Si faltaren sin causa justificada a más del 20 % de las reuniones de la comisión, realizadas en un período de 6 meses;

d) Si por modificaciones en la constitución de las asociaciones que representan, o por decisión de éstas, hubiera desaparecido el carácter representativo que determinó su designación.

Art. 25. — La Comisión deberá constituirse a los sesenta días de la firma de la presente reglamentación, a cuyo término cesará en sus funciones la Comisión Paritaria nombrada por decreto 5013/48.

De la autoridad de aplicación y sanciones

Art. 26. — El Ministerio de Trabajo y Previsión y sus delegaciones regionales en las respectivas jurisdicciones, tendrán a su cargo la aplicación y vigilancia del cumplimiento de las disposiciones de la ley núm. 12.981 modificada por la ley núm. 13.263 y de la presente reglamentación.

Art. 27. — El juzgamiento de las infracciones se efectuará de conformidad con el procedimiento instituido por la ley núm. 11.570 en la Capital Federal y los similares existentes en jurisdicción provincial.

Art. 28. — Se considerarán infracciones al art. 6º de la ley todos los casos en que se prescinda de los servicios de un trabajador por causas distintas de las denunciadas en el art. 5º de la misma.

En los casos en que la legitimidad de la cesantía fuere cuestionada judicialmente, la aplicación de las sanciones previstas por el art. 22 de la ley, se hará efectiva por el magistrado, cuando así corresponda al dictar la sentencia que ponga fin al litigio.

De las penalidades aplicadas se dará cuenta al Ministerio de Trabajo y Previsión, ingresando los importes respectivos al fondo especial instituido por el art. 23.

Disposiciones varias

Art. 29. — Derógase el decreto núm. 29.509-47 y toda otra disposición que se oponga al presente.

Art. 30. — Comuníquese, etc. — Perón. — Freire.

• Comentario:

El decreto reglamenta varias de las normas creadas por el Estatuto, las que ya fueron tratadas en cada caso particular. Sin embargo, como también hemos señalado, opinamos que la reglamentación del Estatuto no se agota con este decreto, sino que debemos complementarlo en la actualidad con las convenciones colectivas 589/2010 y 590/2010, que han venido a reemplazar al CCT 378/2004 y CCT 390/2004. Además, estas regulaciones complementarias dan más actualidad al decreto reglamentario, inclusive modificándolo en ciertas previsiones que a la luz de la dinámica negocial actual deberían considerarse derogadas.

La primera parte del decreto reglamentario define al personal comprendido y enumera las distintas categorías, describiendo las tareas que le corresponden a los encargados de casa de renta, ayudante de encargado, ascensorista y peón; también incluye a los jardineros. A su vez, describe al empleador explicando las características que lo delimitan. Además, abarca la situación de los menores de edad amparándolos en las disposiciones del Estatuto.

Continúa estableciendo la jornada de trabajo y el régimen de descanso semanal y anual. Señalamos que el art. 6º en cuanto establece que el otorgamiento de las vacaciones anuales se hará conforme el decreto ley 1740/45, debe entenderse en la actualidad sustituido por la normativa del propio estatuto y de la Ley de Contrato de Trabajo al haber sido derogado el mencionado decreto-ley 1740/45 por el art. 7º de la ley 20.744.

Luego, refiere un plazo para que el trabajador desaloje la vivienda en caso de que el empleador prescindiere de sus servicios. En cuanto a las causas de cesantía, señala que para determinar la existencia de una enfermedad contagiosa crónica se requerirá un dictamen previo. Cabe advertir en este punto que el despido frente a una enfermedad contagiosa podría constituir un acto discriminatorio hacia el trabajador que se encuentra atravesando un problema de salud.

También enuncia la forma de determinación de las remuneraciones y en lo que concierne a los salarios mínimos, y asigna un valor en caso de que el empleador le provea el uso de habitación al personal, así como en los casos en los que no fuere posible proveer una habitación. Incluye las características de la libreta de trabajo y los datos que deben constar en forma obligatoria. Y refiere la existencia del Registro Nacional de Colocaciones, del cual consideramos pertinente señalar que ha dejado de funcionar en la actualidad.

Finalmente, expone que los empleadores deberán colocar una planilla de horarios indicando el horario de ingreso y egreso, así como los descansos acordados durante la jornada y el descanso semanal. Los últimos artículos del presente decreto regulan el funcionamiento de la Comisión Paritaria y las condiciones que deben reunir los delegados que integren dicha comisión.

Sección X - Ejercicio profesional de los guardavidas (ley 27.155). Por Constanza Álvarez Santos

TÍTULO I

Disposiciones generales

Art. 1º — La presente ley tiene por objeto:

a) Regular la formación y ejercicio del trabajo de la profesión de guardavidas, incorporando presupuestos básicos y elementales que deben cumplirse en todo ambiente acuático;

b) Considerar y reconocer al guardavidas habilitado como personal capacitado para la protección y resguardo de la vida humana en el ambiente acuático;

c) Disponer las funciones específicas como así también las responsabilidades en el desempeño de su labor;

d) Establecer las responsabilidades que tienen los organismos públicos y privados titulares o responsables de las instalaciones relativas al ambiente acuático, en relación a los guardavidas;

e) Establecer las obligaciones que tienen los empleadores con relación a los ambientes acuáticos, instalaciones existentes y el suministro de equipamiento, con el fin de permitir la atenuación de riesgo para los trabajadores guardavidas garantizando la mayor efectividad en la tarea de prevención y rescate en casos de emergencia;

f) La creación del Registro Nacional Público de Guardavidas, en el cual deberán inscribirse todos los guardavidas que ejerzan la actividad en cualquier ambiente acuático, tal como será descripto en la presente ley;

g) Proteger el ambiente acuático, su flora y fauna, dentro de los límites propios de la actividad de los guardavidas.

Art. 2º — Fuentes de regulación. El contrato de trabajo de guardavidas y la relación emergente del mismo se regirán:

a) Por la presente ley y las normas que en consecuencia se dictaren;

b) Por la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 (t.o. 1976) o el régimen de empleo público correspondiente, que serán de aplicación en todo lo que resulte compatible y no se opongan al régimen jurídico específico establecido en la presente ley;

c) Por los convenios y acuerdos colectivos, celebrados de conformidad con lo previsto por las leyes 14.250 (t.o. 2004) y 23.546 (t.o. 2004), y por los laudos con fuerza de tales;

d) Por los usos y costumbres.

Serán de aplicación supletoria al presente régimen estatutario las disposiciones establecidas en las leyes 24.013, 25.013, 25.323 y 25.345 o las que en el futuro las reemplacen.

Art. 3º — Del trabajador guardavidas. El guardavidas es la persona formada y entrenada para vigilar, prevenir, atender, supervisar, orientar y asistir técnica y profesionalmente a las personas brindando respuesta inmediata de rescate acuático y/o primeros auxilios de emergencia, ante aquellas situaciones de riesgo que se produzcan dentro del área de responsabilidad.

1. Ámbito de aplicación del estatuto

La ley 27.155, publicada en el Boletín Oficial el 3/7/2015, regula la actividad laboral desarrollada por los guardavidas, ya sea que se desempeñen por temporadas, o bien, que lo hagan durante todo el año, tanto en ambientes exteriores como interiores. La norma en cuestión aún no ha sido reglamentada, por lo que en la actualidad debemos complementar la aplicación del Estatuto con el convenio colectivo 179/91 y las disposiciones de la Ley de Contrato de Trabajo.

El Estatuto en el art. 1º establece el objeto del régimen, el que está destinado —entre otros objetivos— a regular la formación y el ejercicio del trabajo de la profesión de guardavidas, establecer derechos, obligaciones y funciones del trabajador guardavidas, de los empleadores y de los organismos públicos y privados de instalaciones relacionadas al ambiente acuático. Además, el art. 1º también establece la creación del Registro Nacional Público de Guardavidas (RNPG), que deberá llevar el registro actualizado de los guardavidas habilitados.

2. Fuentes de contrato de trabajo de guardavida

El art. 2º del Estatuto enumera las fuentes de regulación del contrato de trabajo de guardavidas, sin establecer un orden de prelación normativo. Observamos que esta enunciación no es taxativa, pues se omite de la lista otras fuentes de elevada importancia como son la Constitución Nacional y los tratados internacionales.

Entre las distintas fuentes de derecho encontramos incluidas las siguientes:

a) Por la presente ley y las normas que en consecuencia se dictaren. El contrato de trabajo del guardavida, se regula fundamentalmente por la ley 27.155. Sin embargo ello no implica que sea la ley única norma que regule esta actividad. Como ya se señaló, aún no ha sido dictado el decreto reglamentario.

b) Por la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 (t.o. 1976) o el régimen de empleo público correspondiente, que serán de aplicación en todo lo que resulte compatible y no se opongan al régimen jurídico específico establecido en la presente ley. Surge así que la aplicación tanto de la LCT como el régimen de empleo público se encuentran condicionados a un juicio de compatibilidad que deberá efectuarse respecto del contenido que surja del estatuto especial que regula en forma específica la actividad del guardavida.

Carlos Etala sostiene que, en el caso de que exista un estatuto especial que regule la actividad, aquél prevalecerá sobre la Ley de Contrato de Trabajo. Ella sólo se aplicará cuando la materia en cuestión no hubiese sido contemplada por la ley especial, siempre y cuando las disposiciones de la ley general resulten compatibles con la naturaleza y modalidades de la actividad de que se trate, y con el específico régimen jurídico al que se halle sujeta. Esto significa que se debe establecer tanto la compatibilidad fáctica como la jurídica entre el régimen especial y la ley general, y ésta sólo será aplicable cuando se trate de una institución que no ha sido contemplada por la ley específica y resulta compatible(1).

Este criterio también resultará aplicable para el caso de que el vínculo del guardavida se encuentre regido por algún régimen de empleo público.

c) Por los convenios y acuerdos colectivos, celebrados de conformidad con lo previsto por las leyes 14.250 (t.o. 2004) y 23.546 (t.o. 2004), y por los laudos con fuerza de tales. Se refiere a las convenciones colectivas, es decir, aquellos instrumentos que, según dispone la ley 14.250, si bien son negociados como si fueran contratos, cuentan con efectos normativos que se extienden a todos los sujetos dentro de su ámbito de aplicación. El convenio colectivo en ese marco, puede definirse como un acuerdo que se realiza por escrito entre un empleador, un grupo de empleadores o una asociación gremial, con el objeto de fijar condiciones de trabajo. Si bien la negociación colectiva y los convenios colectivos pueden ser suscriptos por cualquier organización sindical, cuente o no con personería gremial, sólo tienen efectos erga omnes aquellos celebrados de conformidad con las previsiones de la ley 14.250(2).

En especial, el CCT 179/91 resulta de aplicación a la regulación de las condiciones de trabajo de los guardavidas.

En cuanto a los laudos arbitrales son formas tendientes a posibilitar la solución de conflictos colectivos de trabajo. Consisten en la participación de un tercero —árbitro— a fin de que dictamine sobre un desacuerdo. La decisión arbitral resulta irrecurrible, salvo los casos de nulidad por haberse laudado en cuestiones no comprendidas o fuera del término convenido.

d) Por los usos y costumbres. Se suele diferenciar entre usos y costumbres, otorgándole a éste último concepto una mayor importancia o un elemento adicional que lo diferencia del primero. Mientras que suele definirse a los "usos" como los hábitos o prácticas mantenidas en una comunidad, sociedad o profesión de manera regular, la "costumbre" se caracteriza por un elemento adicional: la creencia por parte de los sujetos de la obligatoriedad de ese comportamiento(3).

3. Personal comprendido

El art. 3º define el concepto de guardavida el cual abarca a la persona que ha sido debidamente formada y entrenada para efectuar tareas de vigilancia, prevención, atención, supervisión, orientación y asistencia técnica. Así, deberá en caso de corresponder, brindar la respuesta de rescate acuático y, en caso de ser necesario efectuar los primeros auxilios a quien sea socorrido. La actividad del guardavida abarca aquellas situaciones que se produzcan dentro del área de responsabilidad enunciada en el art. 6º de la presente ley.

Claramente, este tipo de tareas requiere que el trabajador posea una aptitud psicofísica que le permita prestar servicios en forma adecuada. Es evidente que para este tipo de actividad, el estado físico de la persona reviste gran importancia y es por eso que deberán mantener un estado de salud pertinente, el cual de todas formas será evaluado en forma anual a efectos de controlar que el trabajador reúna las condiciones necesarias para su desempeño.

4. Contrato de trabajo del guardavida

En cuanto al contrato de trabajo podemos encontrarnos con el caso del guardavida que es contratado para trabajar por una o más temporadas, haciéndolo en forma estacional y en determinadas épocas del año (p.e. los guardavidas que trabajaban en las playas) como también, el caso de aquel guardavidas cuya prestación es permanente (p.e. natatorios, hoteles con piletas cubiertas, etc.).

En el primero de los casos, la prestación está sujeta a repetirse en cada ciclo. Las obligaciones de conducta están vigentes durante el período de actividad como en el de receso, si bien en este último lapso el empleador está relevado de pagar la remuneración y el trabajador de prestar servicios (aunque debe estar a disposición, llegado el momento del nuevo ciclo)(4).

El contrato de trabajo de este tipo (contrato de trabajo por temporada) se diferencia de los contratos por tiempo determinado (a plazo fijo o eventual) por cuanto éstos se originan en eventos que no están destinados a repetirse en el tiempo, mientras que en las contrataciones por temporada el objeto de la prestación indefectiblemente volverá a ocurrir.

Durante el período de actividad, el contrato se desenvuelve plenamente. A su finalización, comienza el período de receso, ya que las obligaciones de prestación a cargo de las partes se suspenden hasta la llegada de la próxima temporada. No obstante, la vinculación contractual y las obligaciones de conducta que de ella emergen, tales como la buena fe, la fidelidad, etc., se mantienen latentes, al punto que su incumplimiento podría dar lugar a una extinción causada del contrato durante el período recesivo(5).

En el segundo de los casos, los guardavidas se desempeñan durante todo el año y sus tareas no se limitan a una temporada mínima (p.e. el guardavida que trabajaba en un club deportivo que tiene un natatorio cubierto que funciona durante todo el año).

5. Exclusión del período de prueba

Como vimos, existen algunos supuestos en los que el contrato de trabajo del guardavida resulta encuadrable en un contrato de temporada. En esos casos, y con relación al inicio del vínculo debemos remitirnos a lo dispuesto en el art. 92 bis de la LCT por cuanto dispone que "el contrato de trabajo por tiempo indeterminado, excepto el referido en el art. 96, se entenderá celebrado a prueba durante los tres (3) meses de vigencia".

El tratamiento diferenciado en lo que respecta al contrato de temporada puede entenderse por cuanto, no obstante tratarse de un contrato de tiempo indeterminado, la discontinuidad que hace de él una figura atípica podría llevar a que, cuando los respectivos ciclos fueran inferiores a tres meses, el trabajador debiera prestar servicios en más de uno de ellos antes de adquirir el derecho pleno a la estabilidad, en razón de computarse el período de prueba conforme al tiempo "efectivamente trabajado" (art. 18, LCT)(6).

Si el guardavida en cambio celebrara un contrato por tiempo indeterminado, entonces se entenderá celebrado a prueba durante los tres primeros meses y en ese caso cualquiera de las partes podrá rescindir el vínculo sin expresión de causa y sin generar responsabilidad indemnizatoria, siempre y cuando tanto el trabajador como el empleador hayan cumplido con la obligación de preavisar a la otra parte con una anticipación de quince días.

6. Estabilidad en el cargo

La ley no especifica la estabilidad del guardavida y por eso nos remitimos a la solución que propone el art. 19 del CCT 179/91, mediante el cual se contempla la situación por modificación de estructura, cambio, clausura o fusión de natatorios o escuela de natación y el guardavida vea suprimido su cargo. En dichos casos, el trabajador será declarado en disponibilidad y seguirá cobrando su sueldo. El empleador, en la medida de lo posible le dará un nuevo destino y si no hubiere un cargo similar al que desempeñaba tiene derecho a la disponibilidad con goce de sueldo hasta un plazo máximo de un año. Una vez cumplido este plazo se da por terminada la relación laboral.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el contrato de trabajo con los guardavidas puede estar regido por algún régimen de empleo público (como lo dispone el art. 2º inc. b] del Estatuto), debemos recordar que los empleados públicos, en materia de extinción del contrato de trabajo, tienen derecho a la estabilidad propia en el empleo, lo cual implica que no pueden ser despedidos sin justa causa y ni siquiera aun mediante el pago de una indemnización. En caso de que esto ocurriera, el empleado público podrá pedir que lo reincorporen a la administración pública y le abonen los salarios caídos. La estabilidad mencionada se encuentra garantizada en el art. 14 de la CN que señala "la protección contra el despido arbitrario y la estabilidad del empleo público". Con relación al resto de sus previsiones y tal como refiere el art. 2º inc. b) de la ley, habrá que analizar la compatibilidad entre el régimen de empleo público y el Estatuto.

Art. 4º — Actividad de riesgo. La actividad de los guardavidas es reconocida como una actividad de alto riesgo en función de sus características y del ámbito donde se desarrolla.

Art. 5º — Ámbito de aplicación territorial. El ámbito de aplicación de la presente ley es todo ambiente acuático del territorio nacional.

Art. 6º — Definiciones. A los efectos de esta ley, son de aplicación las siguientes definiciones: 1. Ambiente acuático. Es todo espacio o construcción que contenga agua en forma natural o artificial, pública, semipública o privada, que esté habilitado como balneario o natatorio para recreación, deporte o rehabilitación de las personas, con excepción de las que se encuentren ubicadas en las residencias particulares de uso familiar exclusivo; ya sea nacional, provincial o municipal. 2. Área de responsabilidad. Es el espacio correspondiente al agua, los alrededores y las estructuras contenidas dentro de las instalaciones donde los guardavidas realizan sus labores. 3. Entrenamiento para el servicio. Son todas aquellas actividades tendientes a formar y entrenar, que se utilizan para desarrollar y mantener las habilidades y los conocimientos de los guardavidas. Se lleva a cabo en el lugar donde desarrolla su actividad y fuera del horario laboral. 4. Primeros auxilios de emergencia. Es la respuesta eficaz, inmediata y oportuna que se le brinda a la persona que se encuentra en situación de riesgo que amenaza su vida. Incluye respiración de salvataje, reanimación cardiopulmonar y atención básica de lesiones o heridas. 5. Rescate en ambiente acuático. Destreza por la cual el guardavida asiste físicamente a una persona en situación de riesgo dentro del agua.

7. Actividad riesgosa

El art. 4º del estatuto define a la actividad de los guardavidas como una actividad de riesgo. Ello se debe a las características y el ámbito en el cual desarrollan sus actividades, encontrándose en constantes situaciones que deben enfrentar en el ejercicio de su profesión.

Consideramos que la primera y principal situación a la que está expuesto un guardavida, es la de sufrir lesiones o muerte accidental cuando realiza sus rescates. Muchas veces puede ocurrir que el rescate acuático —destreza por la cual el guardavida asiste físicamente a una persona en situación de riesgo dentro del agua— no revista complejidad; sin embargo, existen circunstancias en las cuales el trabajador se enfrenta con situaciones de riesgo en las cuales incluso hasta puede perder la vida en el ejercicio de su profesión. A partir de lo expuesto, queda comprendida entonces la razón por la cual la ley considera que es una actividad de riesgo.

Si bien algunos guardavidas realizan sus labores dentro de un natatorio cerrado, existen otros casos en los cuales los guardavidas prestan servicios al aire libre y están expuestos al sol. En tales casos la exposición prolongada a los rayos ultravioletas (una forma invisible de radiación que penetra sobre la piel y dañan las células) pueden causar lesiones en la piel durante cualquier estación del año y a cualquier temperatura. Incluso, la situación de estar expuesto al sol, puede causar problemas en los ojos, arrugas, manchas en la piel y cáncer de piel. Estas circunstancias en las cuales el trabajador ve perjudicada su salud, puede sin duda alguna dar lugar a reclamos por enfermedades profesionales.

Otra situación que no debemos dejar de contemplar es la posibilidad de contraer enfermedades infectocontagiosas. Puede no suceder habitualmente pero no debemos descartar que el guardavida pueda encontrarse en contacto con heridas sangrantes. Esto suele ocurrir en los casos de los guardavidas que trabajan en el ámbito de la playa, en la cual pueden encontrarse elementos cortantes, tales como botellas rotas, latas, caracoles, anzuelos, elementos éstos que denotan un peligro en forma reiterada en el cual el guardavidas a diario se encuentra expuesto.

8. Aplicación territorial

De lo expuesto en el art. 5º del Estatuto se desprende que resulta aplicable a todo ambiente acuático del territorio nacional. Es por eso que el art. 6º inc. 1º describe el significado del ambiente acuático como aquel espacio que contenga agua ya sea ésta en forma natural o artificial, siendo pública, semipública o privada. También, requiere que esté habilitado ya sea como balneario o natatorio para la recreación, el deporte y abarca también la rehabilitación de las personas, tanto en el ámbito nacional, provincial o municipal.

A esta altura, consideramos dejar aclarado que el art. 6º inc. 1º del Estatuto señala que se encuentra excluido del ámbito de aplicación del estatuto, el espacio descripto anteriormente que se encuentre en las residencias particulares de uso familiar exclusivo. Por ejemplo, si un adulto se bañara en la pileta de la cual es dueño (ya sea que se encuentre en una casa o en edificio), la responsabilidad por el uso del natatorio recaerá en su persona. Lo mismo en el caso de menores, en que la responsabilidad recaerá en la persona que tenga la guarda del menor.

Por lo cual, al ambiente acuático que se encuentre en forma particular bajo ninguna circunstancia puede considerarse aplicable las disposiciones de la presente ley (art. 6º, inc. 1º del Estatuto).

9. Área de responsabilidad

El art. 6º inc. 2º del Estatuto, define el área de responsabilidad como el espacio que incluye el agua, los alrededores y las estructuras dentro de las instalaciones donde los guardavidas realizan sus labores. Esta área se describe a efectos de determinar los límites de responsabilidad a cargo del trabajador, que, como señala la norma, será su obligación vigilar el área e informar acerca de los peligros que pudiere advertir. Consideramos, que en los casos de los trabajadores que se encuentran por ejemplo, en la playa, el curso de las aguas no es siempre el mismo y ello implica que el guardavida deberá colocar las banderas indicando el estado del ambiente acuático y tiene la facultad de prohibir el ingreso en caso de considerarlo peligroso. También puede suceder en los natatorios que el agua se encuentre sucia o no esté en condiciones de ser utilizada y en esos casos el guardavida también debería tomar los recaudos correspondientes.

10. Entrenamiento del guardavida

El art. 3º inc. 3º del Estatuto menciona el entrenamiento del trabajador, que abarca las actividades consistentes en la formación del guardavida y prevé dos pautas. La primera pauta consiste en que sea realizado en el lugar en el cual presta servicios, lo cual nos resulta lógico a efectos de que tome conocimiento y dimensión del espacio físico en el cual debe realizar sus tareas. Asimismo, también estará acompañado por los elementos de trabajo que le serán útiles en el desempeño y ejercicio de sus funciones.

Además la ley prevé que el entrenamiento se realice fuera del horario de trabajo, y tiene un sentido lógico y es que pueda realizar el entrenamiento sin obstaculizar sus labores. En general, los sectores de playa y natatorios suelen ser concurridos por gran cantidad de personas lo cual resultaría dificultoso que el guardavida pudiera efectuar un entrenamiento, sin perjuicio de que debería ser reemplazado por resultar imposible abandonar su puesto de vigilancia permanente.

11. Primeros auxilios y tareas de rescate

Consideramos que la función del guardavida reviste gran importancia por cuanto deberá en caso de ser necesario realizar los primeros auxilios de emergencia (conf. art. 3º inc. 4º del Estatuto). Esos primeros auxilios a los que se refiere el estatuto incluyen las tareas de respiración, reanimación cardiopulmonar y una atención básica de las lesiones o heridas que pudiera presentar la persona rescatada, tareas éstas para las cuales el guardavida se encuentra debidamente formado. Sin embargo, la tarea de rescate acuático que se encuentra a cargo del guardavida podrá requerir también la asistencia médica correspondiente a efectos de continuar con tareas que excedan los conocimientos del guardavida o en su caso, el traslado de la persona que ha sido rescatada a un centro de asistencia.

Describe el art. 6º incs. 4º y 5º del Estatuto, que la respuesta del guardavida deberá ser eficaz, inmediata y oportuna, e involucra la "destreza" mediante la cual se asiste físicamente a una persona que se encuentra en situación de riesgo dentro del agua. Lo que ocurre en estos casos es que el tiempo en que se produce el rescate de la persona es determinante para su vida, y ello implica la habilidad con la que se realice la operación del rescate, que de efectuarse de manera correcta y satisfactoria implicará salvar la vida de una persona. En todas las situaciones de rescate acuático, el guardavida deberá contar con sus elementos de trabajo los cuales resultan indispensables para las tareas requeridas.

TÍTULO II Obligaciones y derechos del trabajador guardavidas

Art. 7º — Obligación del trabajador guardavidas:

a) Prevenir accidentes limitando los riesgos;

b) Orientar y dar seguridad a las personas;

c) Atender situaciones de emergencia, dando el correspondiente aviso a las autoridades sanitarias o con competencia en materia de seguridad;

d) Ejecutar técnicas de rescate acuático necesarias para llegar hasta la víctima, estabilizarla y sacarla de la condición de peligro, sin poner en riesgo su vida ni la de otras personas, cumpliendo los protocolos de salvataje vigentes;

e) Suministrar los primeros auxilios de emergencia necesarios para mantener la vida de la víctima hasta que llegue la asistencia especializada;

f) Vigilar las zonas de su área de responsabilidad e informar sobre los peligros para la salud, la seguridad y el bienestar propio, del público a su cargo; dejando constancia en el Libro de Agua;

g) Conservar en buen estado los materiales, el equipo, las herramientas y el área de trabajo asignada, dando cuenta de los deterioros y necesidades de reparación y reposición;

h) Solicitar a las autoridades que ejerzan el poder de policía, para que se cumplan las normas y regulaciones estipuladas para la debida vigilancia de los ambientes acuáticos;

i) Desempeñar eficaz y lealmente las tareas inherentes al cargo;

j) Guardar pulcritud personal y observar un trato respetuoso con el público concurrente al lugar;

k) Abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas o sustancias que pudieran alterar las condiciones psicofísicas normales durante el desempeño de las tareas asignadas;

l) Limitarse a sus tareas específicas dentro del horario de trabajo, permaneciendo en su área de responsabilidad, sin abandonarla, salvo previa autorización del superior inmediato;

m) Colaborar con la protección del ambiente acuático, su flora y fauna;

n) Proteger, defender y hacer respetar el ejercicio de su profesión;

ñ) Acreditar su calidad de guardavidas mediante la presentación de la libreta de guardavidas debidamente actualizada, donde deberá registrarse la relación laboral.

Art. 8º — Derechos del trabajador guardavidas. Gozan de los siguientes derechos:

a) Espacio físico y equipo: deben contar con un espacio físico y todo el equipo que resulte necesario para brindar la asistencia y los primeros auxilios a las personas que los requieran;

b) Jornada laboral diferencial: con el fin de mantener la efectividad de la vigilancia y prevención, la jornada laboral de los guardavidas no podrá exceder la de seis horas diarias cualquiera sea el ambiente acuático donde desempeñen su trabajo;

c) La reglamentación establecerá categorías de riesgos a los efectos de determinar la vestimenta y el equipamiento mínimo requerido en cada caso;

d) Ampliar sus condiciones profesionales manteniéndolas actualizadas y perfeccionar su preparación técnica.

12. Obligaciones del trabajador

El art. 7º del Estatuto entre las principales obligaciones de los guardavidas refiere que se encuentran la de prevenir accidentes limitando los riesgos, orientar y dar seguridad a las personas (incs. a] y b]). Ello implica que deberá prestar atención en forma permanente y dar las indicaciones necesarias para el normal funcionamiento de su actividad. Además, dispone la norma que deberá atender situaciones de emergencia y ejecutar las técnicas de rescate acuático que sean necesarias para llegar hasta el lugar en el cual se encuentre la víctima (incs. c] y d]). Sostiene el inc. d) que entre las obligaciones a cargo del guardavida, deberá sacar a la víctima de la condición de peligro sin poner en riesgo su vida ni la de otras personas y suministrarle los primeros auxilios de emergencia (inc. e]); sin embargo como se vio, al ser una actividad de riesgo resulta inevitable que el guardavida no ponga en peligro su propia vida al efectuar un rescate acuático y ello denota que deberá ser responsable al efectuar su tarea.

Por otra parte, entre las obligaciones que se encuentran a cargo del guardavida, deberá vigilar las zonas de su área de responsabilidad definida en el inc. f) y llevará un Libro de Aguas en el cual dejará constancia informando los peligros para la salud, la seguridad y el bienestar propio, del público que se encuentra a su cargo. El inc. g) se refiere a los materiales de trabajo, los cuales deberá conservar, advertir sobre los deteriores y si fuera necesario repararlos y reponerlos.

El inc. h) impone como obligación al trabajador la de solicitar a las autoridades que ejerzan el poder de policía para que se cumplan las normas y regulaciones estipuladas para la debida vigilancia de los ambientes acuáticos. A esta altura, corresponde señalar que podría ocurrir que se produzca un robo mientras el guardavida realiza sus tareas, sin embargo, el trabajador no podría abandonar su puesto de trabajo porque no sería un tema de su competencia la ocasión de un delito.

A su vez, refiere una obligación consistente en desempeñar en forma eficaz y lealmente las tareas inherentes a su cargo (inc. i]). Además, lo obliga a guardar pulcritud y trato respetuoso con el público (inc. j]), lo cual implica que el guardavida mantenga higiene, aseo y delicadeza. Incorpora la abstención de ingerir bebidas alcohólicas o sustancias que pudieran alterar las condiciones físicas (inc. k]), y en este punto creemos que bajo ninguna forma podría efectuar sus tareas de rescate en forma adecuada si se encontrara bajo el consumo de estupefacientes o si hubiera ingerido alcohol; sería un claro perjuicio en contra de los bañistas.

Dispone además, que deberá limitarse a sus tareas específicas dentro del horario de trabajo y permanecer en su área de responsabilidad, no pudiendo abandonarla sin previa autorización de su superior inmediato (inc. l]). Creemos que ello se debe a que el guardavida efectúa una tarea de vigilancia en un área de responsabilidad a su cargo, por lo cual no podría abandonar su puesto de trabajo sin otra persona que lo reemplace. El presente estatuto no menciona la forma en que el guardavida podría ser reemplazado de su puesto de trabajo y como señalamos al principio la norma aún no ha sido reglamentada. Por eso nos remitimos a lo dispuesto en el art. 6º del CCT 179/91 por cuanto establece que en el caso de ser el único guardavida presente y debiendo abandonar su puesto de trabajo por razones de fuerza mayor debidamente fundadas, deberá desalojar el natatorio hasta su regreso en el caso que corresponda.

No encontramos ninguna referencia en cuanto al momento de almuerzo del guardavida. Por eso consideramos, que en caso de retirarse de su puesto de trabajo, sí o sí debería ser reemplazado por otro guardavida. Advertimos que en la práctica, en los casos de natatorios que se encuentran ubicados, por ejemplo, en los clubes, se efectúa el cierre del mismo durante un período corto a efectos de garantizar que ninguna persona ingrese en el mismo.

Finalmente, entre las obligaciones del guardavida se encuentra la de colaborar con la protección del ambiente acuático, su flora y fauna (inc. m]), proteger, defender y hacer respetar el ejercicio de su profesión (inc. n]). Además, dispone que deberá acreditar su calidad de guardavida, y lo hará mediante la exhibición de la libreta la cual estará debidamente actualizada (inc. ñ]).

13. Derechos del trabajador

Entre los derechos que le corresponden al trabajador se encuentran el espacio físico y el equipo necesario para poder brindar la asistencia y primeros auxilios (art. 8º inc. a] del Estatuto), por lo cual deberá contar con materiales y herramientas que se encuentren en buen estado de conservación para que al momento de ser utilizados puedan funcionar en forma correcta y eviten dilataciones innecesarias en el rescate acuático.

El decreto reglamentario establecerá categorías de riesgos a fin de determinar la vestimenta de los guardavidas y el equipamiento necesario para cada caso (art. 8º inc. c]). También refiere que el trabajador tiene derecho a ampliar sus condiciones profesionales manteniéndolas actualizadas y tendrá derecho a perfeccionar su preparación técnica (inc. d]). Esta última obligación implica que el guardavida se capacite constantemente y se encuentre actualizado para desempeñar eficazmente sus funciones.

14. Jornada de trabajo

El art. 8º inc. b) de la ley, contempla una jornada laboral diferenciada y ello lo vincula con el objeto de poder mantener la efectividad de la vigilancia y prevención. Así, la norma establece una jornada laboral que no podrá exceder las de seis horas diarias, cualquiera sea el ambiente acuático en el cual se desempeñen los guardavidas.

Observamos que de la lectura del art. 8º inc. b) no surge cuál es el límite semanal de la jornada y ante la ausencia de reglamentación, nos remitimos al CCT 179/91, que establece en su art. 41 que la jornada laboral "mínima" es de seis horas corridas, o treinta y seis (36) horas semanales. Surge entonces que mientras el Estatuto sostiene que los guardavidas no podrán exceder las seis horas diarias, el convenio colectivo invoca una jornada mínima de seis horas.

Ante esta situación, debemos aplicar lo dispuesto en el Estatuto en cuanto dispone que no se podrá exceder las seis horas diarias por las siguientes razones: a) el Estatuto es una norma de mayor jerarquía que el convenio colectivo; b) la norma fue dictada con posterioridad a la celebración del acuerdo colectivo; y c) el límite determinado por el Estatuto resulta más beneficiosa para el trabajador.

Resta señalar que todo trabajo efectuado por el trabajador por encima de la jornada legal señalada en el Estatuto —es decir, más de seis horas—, será considerada extra y deberá ser abonada con los recargos correspondientes.

15. Descanso semanal y anual

En cuanto al franco semanal que tiene como objetivo la recuperación del trabajador después de toda una semana de esfuerzos físicos y/o psíquicos, la ley nada invoca al respecto, por eso nos remitimos al art. 42 del convenio aplicable a la actividad en cuanto dispone que los guardavidas gozarán de su franco en turnos que van a ser diagramados por su empleador y será obligatorio el goce del mismo. Sin embargo, sostiene el art. 42 que cuando existan razones justificadas que impidan conceder al guardavida su franco semanal, deberá procederse a su remuneración abonándose doble.

Resta analizar el descanso anual, el cual por el momento deberá estarse a lo previsto en el art. 21 incs. a) y b) del CCT 179/91 y dependerá de la antigüedad del trabajador.

El inc. a) abarca a los trabajadores que se desempeñen durante todo el año o cuya prestación se extienda a un plazo igual o superior a los seis meses, como podría ser los casos de los que trabajaban en un natatorio cubierto durante todo el año. Le corresponderá si tiene hasta cinco años de antigüedad, catorce días corridos (a.1); hasta diez años de antigüedad, veintiún días corridos (a.2); hasta veinte años de antigüedad, veintiocho días corridos (a.3) y más de veinte años de antigüedad, treinta y cinco días corridos (a.4).

El inc. b) abarca a los trabajadores guardavidas que se desempeñen en tareas por temporada inferiores a seis meses, por ejemplo los que trabajan en las playas. Prevé que las vacaciones se liquidaran en forma proporcional a los meses trabajados teniendo en cuenta la escala dispuesta en el inc. a) del art. 21 del convenio. Explica la manera de efectuar el cálculo, señalando que la cantidad de días de vacaciones será igual a los días correspondientes según la escala de antigüedad, dividido doce meses, por la cantidad de meses trabajados. Aclara que si existieran fracciones, corresponderá estar al número inmediato superior.

El art. 24º del CCT explica que los feriados y francos son considerados como días hábiles.

16. Licencias especiales

De la lectura del estatuto no surge regulación específica de las licencias especiales, sin embargo el capítulo 9º del CCT 179/91 contempla las licencias extraordinarias y enuncian que el guardavida podrá gozar licencia con goce de sueldo por fallecimiento de cónyuge, hijos, padres y hermanos, por actividades gremiales, por matrimonio, por nacimiento de hijos o adopción, por enfermedad de cónyuge, familiares de primer grado o familiar a cargo.

Además, refiere el Capítulo 9º que se le otorgará licencia aunque sin goce de haberes, para desempeñar cargos lectivos o de representación política, por asuntos particulares. No refiere si percibirá o no los haberes durante el goce de la licencia por incorporación a las fuerzas armadas y por estudios.

17. Embarazo y maternidad

Nuevamente, la ley que regula la actividad del guardavida no describe la situación de la mujer en estado de embarazo y maternidad, y la reglamentación aún no ha sido dictada. Por ello, nos remitimos al Capítulo 8º del CCT 179/91 que protege a la mujer en estado de embarazo y prohíbe que realice un esfuerzo físico que pueda afectar su gestación.

Al igual que lo dispone la LCT, el estado de embarazo debe notificarse en forma fehaciente al empleador. Y la licencia se extiende 45 días corridos antes de la fecha estimada de parto y hasta 45 días corridos después del nacimiento, que podrán acumularse y percibirá sus haberes. Vencido el plazo, la trabajadora podrá solicitar 120 días más de licencia pero sin goce de haberes.

En caso de que el embarazo sea interrumpido, la trabajadora goza de una licencia de 20 días corridos con percepción integra de haberes. También se contempla el caso de adopción, en el cual se le otorgaran 90 días corridos y seguirá percibiendo sus haberes.

18. Accidentes y enfermedades de trabajo

La situación de los accidentes de trabajo, es un tema que no se encuentra contemplado en el Estatuto, por lo que consideramos oportuno remitirnos a lo previsto en el art. 27 del convenio aplicable que involucra el tratamiento de afecciones o lesiones por accidentes "en o por actos de servicios debidamente comprobables". Se considera hasta dos años de licencia con percepción de haberes y vencido este plazo en caso de subsistir la causal que determinó la licencia, se puede ampliar un año más aunque ya no tendrá la percepción integra del salario sino que se reduce al 75% y deberá determinarlo el dictamen de la Junta Médica o podrá determinar también que puede jubilarse por invalidez.

Dispone que el personal de guardavidas tendrá derecho a las indemnizaciones establecidas en la ley "9688, sus modificatorias y/o toda ley que regule en la materia", en los casos de accidentes y/o enfermedades laborales, por lo cual resultarán aplicables las leyes 26.557 y la nueva ley 26.773.

Al explicar las razones por las cuales la actividad del guardavida es considerada como riesgosa (conf. art. 4º del Estatuto), señalamos que entre algunas de las causas se encuentra la posibilidad de contraer enfermedades, por exposición al sol, irritación en los ojos, arrugas. Es por eso que, según el caso, tales afecciones podrían ser consideradas enfermedades profesionales.

19. Enfermedad inculpable

Otro tema de importancia es el referido a las enfermedades inculpables. Ellas no fueron contempladas dentro del Estatuto pero sí están previstas en los arts. 25 y 26 del CCT aplicable. Tales normas prevén la extensión de la licencia según la duración de la enfermedad (corta o larga evolución).

Si la enfermedad fuera de corta duración, se le concederá al trabajador hasta cinco días hábiles corridos de licencia por mes calendario, en forma continua o discontinua, y percibirá sus haberes.

Por otra parte, también se encuentra contemplada la enfermedad de larga evolución y en ese caso se le concederá al trabajador una licencia hasta el final de la temporada. Encontrándose vencido ese plazo, si el guardavida siguiera con su afección deberá llamarse a Junta Médica para que dictamine si continúa o no con la licencia.

20. Remuneraciones

También ocurre que ninguna disposición del estatuto hace referencia al salario del guardavida, por eso, una vez más nos remitimos al Capítulo 12 del CCT 179/91. Surge que el pago se hará entre el último día hábil del mes y hasta el 5º día hábil, y se le abonará en forma mensual.

En cuanto a la actualización de la remuneración, se formará una comisión paritaria, tanto en el sector empresario como en el sindical.

Resta dilucidar la composición del salario del guardavida, el cual en virtud de lo dispuesto en el art. 48 del CCT 179/91, se integrará con la asignación por el cargo que desempeña, bonificación por antigüedad (3% por temporada o año trabajado), asignación por tarea riesgosa (50% del sueldo básico), presentismo (7% del sueldo básico), asignaciones familiares (en igualdad de condiciones con el resto de los trabajadores del país) y refiere que también le corresponderá las restantes retribuciones que le corresponden en virtud de las disposiciones legales.

Además, le corresponderá el adicional por zona desfavorable que consiste en un adicional equivalente al 15% del salario básico de convenio, previsto para las provincias de Neuquén, Río Negro, Chubut, Santa Cruz y Tierra del Fuego(7).

También le corresponderá un adicional por capacitación que sea otorgado por las entidades reconocidas por Comisión de Interpretación, Verificación y Aplicación (salario básico/156 x 2)(8).

TÍTULO III De la formación y habilitación para actuar como guardavidas

Art. 9º — Requisitos para la capacitación, formación y habilitación como guardavidas:

a) De la formación. La formación de guardavidas se llevará a cabo en instituciones que se encuentren debidamente autorizadas a tales fines y cuyos títulos expedidos sean de validez nacional, aprobados por el Ministerio de Educación de la Nación;

b) Habilitación. Para obtener la habilitación como guardavidas se requiere:

- Ser mayor de edad.

- Poseer título habilitante otorgado por institución debidamente autorizada y reconocida por el Ministerio de Educación de la Nación.

- Poseer el certificado de aptitud psicofísica otorgado por una institución de salud oficial.

- Contar con la libreta de guardavidas expedida por autoridad competente.

c) Homologaciones. Se consideran válidos, a los fines de la incorporación al Registro Nacional de Guardavidas, los títulos y/o libretas de guardavidas que a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley hayan sido emitidos por los organismos públicos competentes a tal fin;

d) Reválida de Libreta de Guardavidas. Será obligatoria la realización de una prueba de suficiencia física de validez anual, denominada reválida, para la actualización de la libreta de guardavidas. Los requisitos de la reválida serán establecidos por el Registro Nacional de Guardavidas, no obstante lo cual prevalecerán las disposiciones municipales y/o provinciales cuando establecieran exigencias superiores a las que establezca el Registro Nacional.

21. Formación del guardavidas y habilitación

El art. 9º inc. a) del Estatuto, sostiene que la formación del guardavida, deberá llevarse a cabo en instituciones que se encuentren autorizadas a tales efectos, y, los títulos que se expidan deberán tener validez nacional. De esta forma, la persona que se desempeñe como guardavida podrá intervenir en cualquier parte del territorio. Además, requiere que sean aprobados por el Ministerio de Educación de la Nación.

Los requisitos para acceder a la habilitación (inc. b]) consisten en que el trabajador contratado deberá ser mayor edad, lo cual se encuentra vinculado a la responsabilidad de su actividad. Además, deberá poseer un certificado de aptitud psicofísica el cual debe ser otorgado por una institución oficial, a fin de garantizar la autenticidad y transparencia de su condición física. Como vimos, el estado de salud de la persona que sea contratada como guardavida resulta sumamente importante por resultar una actividad en la cual la condición física es determinante para realizar las tareas de rescate en forma adecuada.

También, refiere que el guardavida cuente con la correspondiente libreta la cual será expedida por autoridad competente, que ante lo dispuesto en el art. 13 inc.) resulta ser el Registro Nacional Público de Guardavidas.

22. Homologación y reválida de libreta

Establece el estatuto en el art. 9º inc. c) que se consideran válidos a efectos de incorporarse al Registro Nacional de Guardavidas, los títulos y/o libretas de guardavidas que al momento de entrada en vigencia de la presente ley, hubieran sido emitidos por organismos públicos con competencia a tal fin.

Incorpora la obligatoriedad de que el guardavida mantenga actualizada su libreta y para ello debe realizarse anualmente una prueba de suficiencia física, la cual se denomina reválida (inc. d]). Los requisitos serán dispuestos por el Registro Nacional de Guardavidas, sin embargo establece una prevalencia de las disposiciones municipales y/o provinciales para el caso de que contengan exigencias superiores a la que establece el Registro Nacional.

TÍTULO IV De las obligaciones del empleador

Art. 10.— Los titulares de las instalaciones relativas a ambientes acuáticos y los organismos públicos cuyas características requieran la contratación de guardavidas, deberán cumplir los siguientes requisitos establecidos en la presente ley, sin perjuicio de los demás previstos en el ordenamiento jurídico vigente.

a) Contratación y previsión social:

1. Los empleadores deberán efectuar el descuento y pago de los aportes a la seguridad social de los guardavidas a su cargo, como así también del pago correspondiente a la parte patronal.

2. Trabajo por temporada. Previo al inicio de cada temporada, correspondiente a cada ambiente acuático los empleadores procederán en forma fehaciente a citar o notificar, dentro de un período no menor a treinta (30) días corridos, a los empleados para cubrir los puestos de guardavidas, siempre que cuenten con la documentación actualizada y que cumplan con los requisitos reglamentarios exigidos por la presente ley.

3. Los Estados municipales, provinciales y nacional que requiera la contratación de guardavidas deberán instrumentar concurso público a los fines de cubrir las vacantes, conforme a la legislación vigente.

4. Cuando el número de postulantes resulte insuficiente para cubrir las vacantes los empleadores deberán recurrir a la contratación de los trabajadores inscriptos en las bolsas de trabajo de los sindicatos en sus diferentes ámbitos territoriales.

b) Seguridad:

1. Proveer un espacio físico y el equipo necesario para realizar los primeros auxilios a las personas que los requieran.

2. Brindar a los trabajadores guardavidas los servicios de seguridad y prevención de accidentes en todos los espacios donde ellos se desempeñen.

3. Exigir la actualización anual de los guardavidas habilitados. Estas actualizaciones teórico-prácticas tienen como objetivo dar respuesta efectiva a situaciones de emergencia, individualmente o como equipo y pueden llevarse a cabo en el lugar de la prestación o acreditarse por un ente habilitante según el artículo 9º de esta ley.

4. Proveer y controlar el uso de los elementos de seguridad correspondientes, según la reglamentación.

c) Respecto al Registro Nacional Público de Guardavidas:

1. Los empleadores que contraten a los guardavidas deberán remitir anualmente al Registro Nacional Público de Guardavidas una declaración jurada donde detallen los datos de sus contratados. Asimismo deberán hacer conocer cualquier cambio o modificación en la planta del personal.

2. Proveer anualmente y controlar el uso de la indumentaria reglamentaria, la que estará integrada por los elementos que determina la reglamentación.

Art. 11.— Cantidad mínima de guardavidas a emplear. Para una correcta actuación en los sectores de influencia de un ambiente acuático, la cantidad de personal no podrá ser inferior a la que establezcan la reglamentación y los convenios colectivos de trabajo de la actividad.

Art. 12.— Los empleadores deberán respetar el escalafón que establezca la reglamentación y los convenios colectivos de trabajo de la actividad.

23. Obligaciones del empleador. Previsión social

Entre las obligaciones principales a cargo de los empleadores (art. 10 del Estatuto), se encuentra la obligación de efectuar los descuentos y pago de los aportes y contribuciones a la seguridad social de los guardavidas (inc. a.1). Esta obligación le corresponde al empleador como ante cualquier contrato de trabajo.

Sin embargo, consideramos que pueden existir guardavidas que sean contratados en forma autónoma —y no existiría prohibición alguna para hacerlo— sólo que en ese caso no se aplicarían las disposiciones del Estatuto. Un ejemplo de ello sería la contratación de un guardavida a fin de proteger la vida de menores durante un festejo de cumpleaños en un domicilio particular con pileta durante algunas horas. Entendemos que en ese caso, no sería inadecuado contratar a un experto en materia de seguridad acuática, pero opinamos que en ese supuesto no existiría la nota de dependencia necesaria para habilitar un vínculo laboral. En los arts. 51 a 53 del CCT aplicable se encuentra el porcentaje que el empleador retendrá al trabajador en concepto de cuota gremial (3%) y aporte solidario (2%), así como la forma en que deberá depositar los mismos. Además, se menciona al empleador como agente de retención de los aportes previsionales que deben efectuar los guardavidas, aportes éstos que serán depósitos en la caja de autónomos.

24. Reinicio de la temporada. Comportamiento del empleador

En los casos en que el guardavida efectúe su trabajo durante una temporada, el art. 10 inc. a) punto 2 del Estatuto, dispone que el empleador debe citar o notificar al trabajador antes del inicio de cada temporada su voluntad de reiniciar la relación laboral en los términos del ciclo anterior, con una anticipación mínima de treinta días que se computan como corridos. La ley no indica qué ocurre en caso de no efectuarse esta comunicación, por lo que entendemos que podría considerarse que el empleador decidió extinguir el vínculo en forma incausada generando su responsabilidad indemnizatoria.

El estatuto no establece la forma de notificación pero señala que deberá hacerse "en forma fehaciente" y por ello nos remitimos a la solución del art. 98 de la LCT que establece que deberá notificarse al trabajador en forma personal o por un medio público idóneo su voluntad de reiniciar la relación. Los medios públicos idóneos son aquellos que resultan aptos para hacer llegar el mensaje al destinatario, sin que ello implique la necesidad de acreditar que, efectivamente, llegó a su conocimiento (televisión, radio, prensa, etc.). No obstante jurisprudencialmente se ha condicionado la aptitud del medio elegido a que el trabajador tenga noticia cierta acerca del día y del medio en que la convocatoria ha de publicarse(9).

Consideramos conveniente que al finalizar cada temporada, las partes fijen un domicilio para notificar la voluntad de continuar con la relación laboral antes del reinicio de la temporada y ello facilitaría sin duda alguna la obligación impuesta al empleador.

25. Concurso público

El art. 10 inc. a) punto 3 del Estatuto prevé el caso de los Estados municipales, provinciales y nacionales que requieran contratar guardavidas y disponer que deberán instrumentarlo bajo el sistema de concurso público para cubrir las vacantes necesarias.

Si ocurriera que la cantidad de postulantes resulte innecesaria para cubrir los cargos de guardavida, los empleadores deberán contratar a los trabajadores que se encuentren inscriptos en las bolsas de trabajo de los distintos sindicatos existentes en los ámbitos territoriales (art. 10 inc. a punto 4). También los trabajadores deberán cumplir con todos los requisitos previstos en el presente estatuto para efectuar el ingreso correspondiente y desempeñarse como guardavida.

26. Régimen de seguridad

El art. 10 inc. b.1, dispone que el empleador debe proveer al trabajador contratado un espacio físico, que claramente consistirá en un ambiente acuático conforme lo descripto en el art. 6º. Además, tiene a su cargo el equipo de primeros auxilios necesario para los casos en que, al realizarse un rescate acuático, la víctima deba ser asistida.

Se establece que deberán brindar al trabajador los servicios de seguridad y prevención de accidentes (art. 10 inc. b.2). Esta disposición se encuentra reflejada en el deber de seguridad previsto en el art. 75 de la LCT(10). El empleador tiene el deber constitucional de garantizar condiciones de trabajo dignas y la obligación legal de lograr la seguridad e higiene en el empleo, conforme lo exigen los arts. 14 bis de la Constitucional Nacional, art. 75 de la LCT y 4º, apart. 1º, de la ley 24.557. No sólo se encuentra legitimado para tomar medidas en resguardo de la integridad de sus dependientes, sino que ello constituye una exigencia derivada del principio de buena fe impuesta al buen empleador y lo esperable de éste(11).

También entre las obligaciones del empleador se encuentra la de exigir la actualización anual de los guardavidas habilitados (art. 10 inc. b.3). Estas actualizaciones son teórico-práctica con el fin de dar respuesta efectiva a situaciones de emergencia, ya sea en forma individual o grupal y podrán ser llevadas a cabo en el establecimiento de prestación de servicios o podrá acreditarse por un ente habilitado conforme lo previsto en el art. 9º del presente Estatuto.

Por último, corresponde al empleador la provisión y el efectivo control de los elementos de seguridad que corresponden, según lo señale la reglamentación pertinente (art. 10º inc. b.4).

27. Declaración jurada

El art. 10 inc. c.1 del Estatuto, establece otra obligación que se encuentra a cargo del empleador, que es la de remitir en forma anual al Registro Nacional Público de Guardavidas, una declaración jurada en la cual se efectúe el detalle de los datos de los guardavidas contratados. Incluso, deben hacer conocer cualquier cambio que efectúen de su personal. La declaración jurada corresponde al personal efectivo que se desempeña en la empresa en relación de dependencia y se obliga a los empleadores a informar mensualmente las altas y bajas del personal.

28. Provisión de indumentaria

Es responsabilidad y obligación del empleador, proveer en forma anual y controlar el uso de la indumentaria reglamentaria para cada guardavida que desempeñe las tareas en su establecimiento (art. 10 inc. c.2). Si bien refiere el artículo que dicha indumentaria estará integrada por los elementos dispuestos en la reglamentación, advirtiendo que aún no ha sido dictado el decreto reglamentario, nos remitimos a lo previsto en el art. 10 del CCT 179/91 por cuanto dispone que consistirá en: un equipo de buzo (pantalón y campera) con identificación de la actividad, dos pantalones de baño de medio muslo, un par de zapatillas, un par de medias blancas y dos remeras con la identificación de la actividad.

Se recomienda que utilicen un color llamativo y diferenciador, ello debido que es necesario facilitar la localización del guardavida por parte de los usuarios que lo necesiten por cualquier circunstancia o motivo de seguridad y emergencia. A su vez, también es importante que sea localizado por parte de los compañeros de servicio para cualquier necesidad e incluso que sea fácilmente localizado por parte del jefe del equipo o coordinador del servicio para controlar que está ejerciendo adecuadamente su trabajado.

29. Número de guardavidas y escalafón

El art. 11 del Estatuto establece la cantidad de guardavidas necesarios no podrá ser inferior a la que establezca la reglamentación y los convenios colectivos de trabajo de la actividad. Ante la ausencia de reglamentación, consideramos las previsiones del CCT 179/91, que en su art. 9º invoca la facultad y responsabilidad del empleador de determinar la cantidad de personal para una correcta actuación en los sectores, disponiendo que no podrá ser inferior a lo previsto en dicho artículo y toma como parámetros la cantidad de personas, fracción en caso de natatorios, la cantidad de metros del ambiente acuáticos y la extensión de las playas marítimas y fluviales. Ello, resulta previsto para el buen funcionamiento del servicio y más que nada, para el resguardo y protección de las personas que utilizan el ambiente acuático.

El empleador deberá respetar el escalafón que establezca la reglamentación y los convenios colectivos que regulen la actividad (art. 12 del Estatuto). Reiteramos, que el estatuto aún se encuentra pendiente de reglamentación. A su vez, el CCT 179/91 refiere en el art. 4º que los cargos de jefe de sección o guardavidas van a ser cubiertos por guardavidas que sean designados de común acuerdo entre la patronal y los trabajadores, y, será tenido en consideración para designar los cargos, los antecedentes laborales, la antigüedad del trabajador y la idoneidad en el cargo para acceder a los distintos cargos.

30. Responsabilidad del empleador

El estatuto no establece ninguna referencia en cuanto a la responsabilidad de las partes. Sin embargo, el art. 58 del CCT aplicable indica que la responsabilidad civil y penal por accidentes que deriven en lesiones o muerte de los bañistas, será asumida exclusivamente por el empleador cuando éste no haya cumplido con todas las reglas de seguridad, saneamiento y buen estado del ambiente acuático y/o recreativo que esté bajo el contralor del guardavidas.

Cabe mencionar que en cuanto a la responsabilidad del empleador, hay que recordar que éste puede ser privado o público en virtud de lo previsto en los arts. 2º y 10 inc. "a.3" del Estatuto.

TÍTULO V Función del Registro Nacional Público de Guardavidas

Art. 13.— Créase en el ámbito del Poder Ejecutivo nacional, el Registro Nacional Público de Guardavidas que tendrá las siguientes funciones:

a) Controlar el cumplimiento de lo establecido en la presente ley, en conjunto con las jurisdicciones locales, debiendo formular las denuncias pertinentes ante la autoridad de aplicación o ante el organismo policial o judicial competente, según corresponda, cuando alguna inspección de este Registro detecte irregularidades;

b) Llevar un registro actualizado de los títulos o certificados de los guardavidas habilitados para las tareas de rescate en ambiente acuático;

c) Emitir la Libreta de Guardavidas requerida en el artículo 9º, inciso b), cuarto párrafo;

d) Realizar tareas de investigación, de desarrollo, de programas y de cursos tendientes a la constante modernización de los guardavidas;

e) Coordinar actividades y programas con las distintas organizaciones, nacionales e internacionales relacionadas con el salvataje acuático;

f) Actualizar los perfiles técnicos del salvataje acuático;

g) Establecer las características específicas del equipamiento y la vestimenta mínimos y obligatorios a proveer teniendo en cuenta a los diversos ambientes acuáticos y/o distintas áreas geográficas del país. Ello sin perjuicio de la prevalencia de normas locales y/o provinciales que regulen la materia.

Art. 14.— Integración. El Registro Nacional Público de Guardavidas se conformará con un directorio cuya composición será fijada por la reglamentación, de forma tal que garantice la mayoría de los representantes del Estado y su integración con representantes de los sindicatos con personería gremial que agrupen a los trabajadores guardavidas.

Art. 15.— Sanciones. Las sanciones al incumplimiento de la presente ley, y de las reglamentaciones que en su consecuencia se dicten, sin perjuicio de las demás responsabilidades que pudieren corresponder, serán las establecidas en cada una de las jurisdicciones conforme el poder de policía que les competa.

31. Creación del Registro Nacional Público de Guardavidas. Funcionamiento

El art. 13 de la nueva ley crea el Registro Nacional Público de Guardavidas (RNPG), que debe llevar el registro actualizado de los guardavidas que se encuentren habilitados para las tareas de rescate acuático. Se prevé además que es el organismo encargado de emitir la libreta del trabajador requerida en el art. 9º inc. b).

Dispone el artículo que el RNPG deberá controlar el cumplimiento de las disposiciones legales y podrá efectuar las denuncias que considere pertinente cuando detecte irregularidades en el marco de alguna inspección. Además, es el instituto encargado de realizar tareas de investigación, desarrollo, programas y cursos tendientes a la modernización de los guardavidas. Se ocupa de coordinar actividades, actualizar los perfiles técnicos del salvataje acuático y establecer las características específicas del equipo y la vestimenta en los distintos ambientes acuáticos.

El presente Registro es creado para abarcar todas las áreas geográficas del país, sin perjuicio de que prevalecen las normas locales y/o provinciales e incluso la existencia de otros registros o federaciones (art. 13 inc. c] del Estatuto). Si bien la ley ordena la creación del Registro, lo cierto es que en la práctica aun no sido creado y se encuentra pendiente el lugar físico en el cual el Registro mencionado ejercerá sus funciones.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, existe el Registro que se encarga de la confección de libretas de guardavidas que cumplen su función en dicha Ciudad y regula la actividad dentro de los distintos natatorios y espejos de agua de la Ciudad(12).

A esta altura, no queremos dejar de mencionar la existencia del Sindicato Único de Guardavidas y Afines de la República Argentina (SUGARA)(13), con personería gremial, creado para representar los trabajadores guardavidas, defender sus intereses, mejorar las condiciones de trabajo y del salario, entre otras cosas.

32. Integración del Registro

El art. 14 del Estatuto señala que el RNPG estará conformado por un directorio y su composición será fijada en la reglamentación, la cual se encuentra pendiente. Prevé el estatuto que se garantizará la mayoría de los representantes del Estado y estará integrado con los distintos representantes de los sindicatos con personería gremial, los cuales agrupen a trabajadores guardavidas.

Aún resta dilucidar la cantidad de miembros y los requisitos para poder integrar el directorio, su duración en el cargo y causas de remoción.

33. Sanciones

En cuanto al régimen de sanciones, el art. 15 del Estatuto establece que las sanciones al incumplimiento de las disposiciones de la presente ley y la futura reglamentación que se dicte, serán establecidas en cada jurisdicción de acuerdo al poder de policía que le competa a cada una de ellas.

TÍTULO VI Disposiciones finales

Art. 16.— Duración de la temporada. Se considera temporada al período comprendido entre el 15 de noviembre y el 15 de abril, pudiendo prorrogarse según la situación climática y la afluencia turística. A efectos de la antigüedad de los guardavidas, este período se contabilizará como un (1) año calendario.

Art. 17.— El Poder Ejecutivo nacional reglamentará las disposiciones de la presente ley dentro de los ciento ochenta (180) días de su promulgación, estableciendo en la misma la autoridad de aplicación y el origen de las partidas presupuestarias necesarias para su funcionamiento.

Art. 18.— Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.— Amado Boudou.— Julián A. Domínguez.— Juan H. Estrada.— Lucas Chedrese.

Dada en la Sala de Sesiones del Congreso argentino, en Buenos Aires, a los diez días del mes de junio del año dos mil quince.

34. Duración de la temporada

Para aquellos trabajadores que se desempeñen por temporadas (p.e. los guardavidas que trabajan en una playa) el art. 16 del Estatuto establece que el contrato de trabajo de temporada del guardavida comenzará el 15 de noviembre y finalizará el 15 de abril, con la opción de prorrogarse considerando la situación climática y la afluencia turística. Ello implica que, la temporada mínima anual es de cinco meses.

Se ha dicho en el Plenario nro. 34 de la CNTrab., "Acuña, Alejandro c. Frigorífico La Negra, Rey Basadre S.A. Cía. Frigorífica Argentina, del 24/7/1956, que en los contratos típicos de temporada —actuación en establecimientos donde se realizan actividades total y exclusivamente en determinadas épocas del año— la prolongación real de actividad no implica una modificación en el carácter de la relación; en cambio cuando en los contratos de temporada realizados en establecimientos cuya actividad es continua, se conviene un aviso previo a la terminación de la temporada, el hecho de que se curse con posterioridad al vencimiento del límite máximo establecido para su finalización —sin mediar oportuna reclamación del empleado— asigna al contrato carácter de permanente y continuo. La doctrina de este Fallo Plenario, que no ha perdido vigencia, se refiere a la distinta tipología de los contratos de temporada según que los períodos de prestación de tareas y ocupación resulten determinados por ciclos propios de ciertas épocas del año —temporadas típicas— o que no reconozcan esa tipicidad y se verifiquen durante momentos imprecisos o, inclusive, que haya ciclos complementarios de actividades permanentes(14).

35. Antigüedad del guardavida

El art. 16 del Estatuto, determina que, a efectos de establecer la antigüedad del guardavida, ese período de cinco meses —que va desde el 15 de noviembre y el 15 de abril— se contabiliza como un año calendario.

Esto implica que, entre las pautas a considerar para efectuar el cálculo de la indemnización prevista en el art. 245 de la LCT en los casos en los que el guardavida preste servicios durante una temporada, ya se contabiliza como un año calendario.

36. Decreto reglamentario

Como vimos a largo del análisis del estatuto, se encuentra pendiente la reglamentación de las disposiciones de la presente ley. Sin perjuicio de ello, se debe complementar en la actualidad con las fuentes de regulación previstas en el art. 2º de la ley y hacemos especial mención a las disposiciones del convenio colectivo 179/91, que rige las condiciones de trabajo, derechos y obligaciones de los trabajadores guardavidas.

Sección XI - Industria de la Construcción (ley 22.250). Por Luciano Vidal Mauriz

• Normas aplicables: Ley 22.250: arts. 1º al 41. Dec. 1342/1981: arts. 1º al 20

CAPÍTULO I Ámbito de Aplicación

Art. 1º — Están comprendidos en el régimen establecido por la presente ley:

a) El empleador de la industria de la construcción que ejecute obras de ingeniería o arquitectura, ya se trate de excavaciones, de construcciones nuevas o de modificación, reparación, conservación o demolición de las existentes, de montaje o instalación de partes ya fabricadas, o de vía y obras. También está comprendido aquél que elabore elementos necesarios o efectúe trabajos destinados exclusivamente para la ejecución de aquellas obras, en instalaciones o dependencias de su propia empresa, establecidas con carácter transitorio y para ese único fin.

b) El empleador de las industrias o de las actividades complementarias o coadyuvantes de la construcción propiamente dicha, únicamente con relación al personal que contrate exclusivamente para ejecutar trabajos en las obras o lugares a que se refiere el inciso a).

c) El trabajador dependiente de los referidos empleadores que, cualquiera fuere la modalidad o denominación que se acuerde a su contratación o la forma de su remuneración, desempeñe sus tareas en las obras o lugares de trabajo determinados en los incs. a) y b).

Como asimismo el trabajador que se desempeñe en los talleres, depósitos o parques destinados a la conservación, reparación, almacenaje o guarda de los elementos de trabajo utilizados en dichas obras o lugares.

Art. 2º — Quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta ley:

a) El personal de dirección, el administrativo, el técnico, el profesional, el jerárquico y el de supervisión.

b) El propietario del inmueble que no siendo empleador de la industria de la construcción construya, repare o modifique su vivienda individual y los trabajadores ocupados directamente por él a esos efectos.

c) La Administración Pública Nacional, Provincial y las Municipalidades, sus entes centralizados, descentralizados o autárquicos.

d) Las empresas del Estado, las empresas estatales con regímenes especiales, las sociedades del Estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades de economía mixta o de propiedad del Estado o en las que éste tenga mayoría accionaria, cuando realicen obras de las señaladas en el art. 1º para uso propio, y por el sistema de administración directa con personal de su propia dotación.

• Comentario:

1. Ámbito de aplicación personal

El régimen establecido por la ley 22.250 resultará aplicable a los trabajadores y empleadores de la industria de la construcción en los supuestos determinados en su art. 1º. Principalmente, el ámbito de aplicación alcanza al empleador en los siguientes casos: a) cuando ejecute obras de ingeniería o arquitectura (construcciones nuevas, reparación, conservación o demolición de las existentes, de instalación o montaje de partes ya fabricadas), así como cuando elabore elementos necesarios o realice trabajos destinados exclusivamente a la ejecución de dichas obras, en instalaciones o dependencias de su propia empresa, establecidas con carácter transitorio y para ese único fin; b) cuando emprenda industrias o actividades coadyuvantes o complementarias de la construcción propiamente dicha, con la salvedad de que lo hará únicamente con relación al personal que contrate exclusivamente para ejecutar trabajos en las obras.

Se considerará trabajador dependiente de empleadores de la industria de la construcción al que, cualquiera fuere la modalidad o denominación que se acuerde a su contratación, desempeñe sus tareas en las obras o lugares de trabajo indicados anteriormente. Asimismo, la norma incluye a los trabajadores que se desempeñen en los talleres, depósitos o parques destinados a la conservación, reparación, almacenaje o guarda de los elementos de trabajo utilizados en dichas obras o lugares. Según el art. 2º quedan expresamente excluidos de la ley 22.250 el personal de dirección, administrativo, técnico, profesional, jerárquico y de supervisión.

En segundo término, el art. 2º excluye al propietario del inmueble que no es empleador de la industria de la construcción y que construya, repare o modifique su vivienda individual.

La exclusión comprende a quienes no actúan en la vida comercial como empresarios de la construcción y contratan directamente trabajadores para realizar la construcción, reparación o modificación de su vivienda particular sin perseguir con ello fines lucrativos. Desde esa perspectiva, se ha considerado indiferente que la obra se destine a una vivienda individual o a un local comercial, ya que lo determinante es que no se trate de un empresario de la industria de la construcción en los términos de los incs. a) y b) del art. 1º de la ley 22.250(1).

Queda asimismo excluida la administración pública nacional, las administraciones provinciales y municipales y sus entes centralizados, descentralizados o autárquicos; además, las empresas del Estado, o estatales con regímenes especiales, sociedades del Estado o anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades de economía mixta o de propiedad del Estado o en las que éste tenga mayoría accionaria, cuando realicen obras de las indicadas en el art. 1º de este estatuto para uso propio, y por el sistema de administración directa con personal de su propia dotación.

Como lo ha sostenido la autorizada doctrina, a fin de determinar la naturaleza de un vínculo contractual establecido en el ámbito de las relaciones que contempla este estatuto, debe considerarse aplicable la presunción establecida en el art. 23, LCT. En efecto, si bien el estatuto de los trabajadores de la industria de la construcción constituye un régimen legal especial que prevalece sobre la normativa general en todo lo que específicamente regula, también abreva en los principios y fines del derecho del trabajo, y admite —de conformidad con lo dispuesto por el art. 2º de la LCT y el art. 35 de la ley 22.250— la aplicación subsidiaria y complementaria de la LCT, previo juicio de compatibilidad jurídica y fáctica, en todo aquello que no esté regulado por el régimen especial y en tanto la aplicación de la normativa general resulte compatible con la naturaleza y las modalidades de la actividad, tal como se advierte con la mencionada presunción legal(2).

En reciente jurisprudencia se afirmó que cuando la índole de las tareas llevadas a cabo no reflejan una actividad relacionada con la creación, conformación, mantenimiento, conservación de una estructura de ingeniería o arquitectura no resulta procedente la aplicación de la ley 22.250, resultando indiferente a tal fin, que el empresario se haya adherido a un régimen determinado, ya que ello no lo coloca automáticamente dentro de la ley(3).

2. Jurisprudencia

Ámbito de aplicación subjetiva. Importancia de la actividad empresarial.

"El ámbito de aplicación subjetiva del régimen especial del personal de la industria de la construcción no se determina en función de la labor específica que desempeñe el dependiente sino en base a la actividad de la empresa, entidad, que, además, debe encontrarse inscripta obligatoriamente en el Instituto de Estadística y Registro de la Industria de la Construcción (art. 3ºley 22.250)".

CNTrab., sala II, 17/5/2016, "Sánchez Cristian Alfredo c. Montajes Eléctricos Case S.R.L. y Otro s/Despido", sent. def. 108.021.

Ámbito personal de aplicación. Relevancia de las tareas prestadas por sobre la actividad desplegada por la principal

"Si se encuentra acreditado que el trabajador cumplió tareas acordes con la actividad que desempeñaban los trabajadores que se rigen por el estatuto de la construcción .en el caso, tendido de cables de electricidad-, corresponde aplicarle las previsiones de la ley 22.250, puesto que para encuadrar la relación bajo la órbita de la citada ley carece de relevancia la actividad desplegada por la principal y sólo deben examinarse las tareas que el reclamante efectuó y la actividad de la empleadora".

CNTrab., sala II, 21/6/2007, "Gadea Pereira, Luis A. c. Aérea Sur SRL y otros", IMP, 2007-17-1961; DT, 2007-1012; LLAR/JUR/3365/2007.

Ámbito de aplicación de la ley 22.250. Exclusión de tareas de instalación, verificación y remoción de medidores eléctricos

"Resulta improcedente la aplicación de las disposiciones de la Ley 22.250, pues, las tareas del actor consistían en la instalación, verificación y remoción de los medidores eléctricos domésticos, y dichas tareas no guardan relación alguna con las obras de arquitectura e ingeniería que establece el art. 1º del mencionado estatuto".

CNTrab., sala IV, 31/8/2010, "Fleitas, Diego Moisés, c. EDENOR y otros", LLAR/JUR/50261/2010.

Aplicación de la ley 22.250. Personal contratado por un arquitecto para prestar tareas en obras dirigidas por éste

"Resulta de aplicación la Ley 22.250 si el demandado era un arquitecto que se dedicaba a dirigir obras de arquitectura y la relación laboral que entabló con el actor transcurrió en dichas obras".

CNTrab., sala V, 22/10/2010, "Castrillo Videla, Jhony Alejandro c. Escurra, Bernardo", LLAR/JUR/39926/2009.

Exclusión del régimen estatutario de la ley 22.250 del personal técnico, administrativo o de dirección

"El art. 2º, inc. a) de la ley 22.250 se refiere a aquel personal técnico, administrativo o de dirección, que de algún modo no está incorporado a las obras e instalaciones en concreto, sino que se desempeña en las oficinas o instalaciones de la empresa (del voto de la doctora Margalejo)".

CNTrab., sala V, 10/6/2009, "Garbalena, Pablo Ariel y otro c. Termair SA", LLAR/JUR/18257/2009.

Ámbito personal de aplicación. Tareas ajenas a la construcción. Montaje en una central nuclear

"Resulta inaplicable el régimen de la ley 22.250 a un trabajador contratado para reparar y montar las placas de generador de una central nuclear, pues no se efectuaron labores en la estructura edilicia ni se utilizaron materiales de obra —cemento, cal y arena— que permitan encuadrar dicha actividad dentro del régimen de la construcción".

CNTrab., sala IX, 13/2/2008, "Justo Rubén, Pelayo c. Adecco Argentina SA y otro", DT, 2008, mayo, 556; LL AR/JUR/377/2008.

Ámbito de aplicación. Tareas no comprendidas. Empalme y reparación de líneas telefónicas

"El ámbito de aplicación personal del régimen de la ley 22.250 está circunscripto al binomio 'empleador de la industria de la construcción-trabajador de la industria de la construcción', de modo que la actividad económica del empleador y la prestación laboral del trabajador, deben desarrollarse dentro de lo que se conoce como 'industria de la construcción'. No todo el personal de una empresa de la industria de la construcción está comprendido en las previsiones de dicho estatuto. Así, las tareas desarrolladas por el actor, de empalme y reparación de líneas telefónicas e instalaciones, no pueden ser calificadas de 'obras'".

CNTrab., sala X, 16/8/2013, "Rodríguez, Miguel Antonio c. Mangoni, Andrea y otros s/despido", expte. 33.454/2011, sent. def. 21.327.

Ámbito de aplicación. Carácter de empleador de la industria de la construcción

"La construcción de tres triplex en la zona turística de Puerto Madryn hace presumir una futura explotación comercial que le irrogará a la demandada un beneficio económico, respecto del cual se valió de los trabajos de albañilería de los actores. Si era ella quien les impartía las órdenes de trabajo deben considerarse cumplidos los presupuestos de aplicación del esquema presuncional delineado en los arts. 21, 22 y 23 de la LCT. Teniendo en cuenta que la demandada era una empleadora de la industria de la construcción dado que ejecutaba una obra nueva, la que no se trataba de una vivienda individual (art. 2º, inc. b], ley 22.250), el contrato de trabajo que unió a las partes se advierte comprendido en el art. 1º del Régimen del Personal de la Industria de la Construcción. (Del voto de la Dra. Ferreirós, en mayoría)".

CNTrab., sala VII, 28/5/2012, "Ortiz, Carlos María y otro c. Álvarez, Iris Alicia", expte. 32.010/2008, sent. def. 44.354.

Ámbito de aplicación. Carácter de empleador de la industria de la construcción. Supuesto en que no es aplicable dicho régimen

"La inscripción del demandado en el IERIC o su afiliación a la UOCRA no son presupuestos determinantes de la Ley o convenio colectivo aplicable a un negocio. Si el empresario se adhirió a tal régimen, ello no lo coloca automáticamente dentro de la ley 22.250, ya que el ámbito de aplicación del régimen de la industria de la construcción es efecto de una estructura tipificada por la ley, que no depende de la decisión unilateral del sujeto titular del establecimiento. De modo que es la unidad o función del establecimiento la que determina la naturaleza y modalidad de la relación de trabajo, y no viceversa. Si las tareas del demandado consistían en '...instalación, service y reparación de equipos de calefacción y afines...', no es posible concluir que el giro de su explotación encuadre en las previsiones del art. 1º de la ley 22.250 sino que la actividad descripta está comprendida en el ámbito material del CCT 260/75. Resulta pues aplicable dicho convenio al establecimiento en cuestión, y en consecuencia proceden las indemnizaciones derivadas del despido conforme lo dispuesto por la LCT".

CNTrab., sala VIII, 7/2/2012, "Cosentino, Mariano Alejandro José c. Tomasino, José María", expte. 13.376/2008, sent. def. 8666.

Ámbito de aplicación. Condición de supervisor

"El hecho que el trabajador haya entregado a su empleadora la libreta de aportes al fondo de desempleo, no le hace perder su condición de supervisor, ni lo incluye dentro del régimen específico de la construcción, pues tal circunstancia puede soslayar, en su perjuicio, el principio de primacía de la realidad".

CNTrab., sala VIII, 25/11/2011, "Pared Vidal, Ramón c. IECSA SA y otros", expte. 6265/2010, sent. def. 38.595.

Ámbito de aplicación personal. Mantenimiento de instalaciones eléctricas. Exclusión del régimen

"Las tareas de mantenimiento de instalaciones eléctricas en las empresas a las que resulta asignado el trabajador por su empleadora, lo coloca fuera del ámbito de aplicación personal del régimen de la ley 22.250, dado que dicho régimen no comprende tareas de mantenimiento como las referidas. Solo cabe entender que se hallan incluidas en aquél régimen especial las relativas a la reparación o conservación de obras (conf. art. 1º, inc. a) de la Ley citada), las cuales son claramente diferentes de las que hacen al mantenimiento de instalaciones eléctricas o del sistema eléctrico".

CNTrab., sala IX, 29/8/2011, "Cabeza, Claudio Alejandro c. Geom. América SA", expte. 26.992/2009, sent. def. 17.218.

Ámbito de aplicación personal. Tareas de zanjeado. Actividad excluida del ámbito de la ley 22.250

Las tareas de zanjeo no aparecen comprendidas en aquellos trabajos complementarios que individualiza el estatuto de la construcción (art. 1ºley 22.250), en tanto no se evidencian que estén ligados a obras de ingeniería o arquitectura o de montaje, sino que aparecen estrictamente relacionadas a la actividad relativa a la verificación de su estado a los fines de suministro de gas, inherentes a la actividad propia de una empresa distribuidora de este tipo de energía.

CNTrab., sala I, 11/3/2016, "González Gastón Martín c. Emargas S.R.L. y Otro s/Despido", sent. 91123.

Ámbito de aplicación personal. Montaje de estructuras tubulares para espectáculos musicales o deportivos. Actividad excluida del ámbito de la ley 22.250

"El montaje de estructuras tubulares que no apuntalan ni son complementarias de obra en construcción alguna, sólo dirigido a preparar estructuras para eventos musicales o deportivos, está excluido del ámbito de la ley 22.250, ya que dicho montaje no se encuentra contemplado en la caracterización que efectúa el inc. a) del art. 1º de dicha norma ni tampoco en el inc. b)".

CNTrab., sala IX, 17/6/2011, "Zacaría, Juan c. Estructuras Quintana SRL y otro", expte. 10.618/2008, sent. def. 17.079.

Ámbito de aplicación personal. Instalación de líneas telefónicas. Actividad excluida del ámbito de la ley 22.250

"No corresponde subsumir el contrato de trabajo habido entre las partes, en las disposiciones del régimen especial de la construcción (ley 22.250 ni CCT 227/93), cuando las tareas desarrolladas consistieron en la instalación y altas de líneas telefónicas, sino en el ámbito de las normas contempladas por la LCT. Ello es así por cuanto no basta que el empleador se dedique a la actividad de la construcción, sino que además, el trabajador debe desempeñarse en el ámbito específico de ésta, a fin de encuadrar la relación en el marco de las disposiciones especiales que contempla la ley 22.250".

CNTrab., sala IX, 30/8/2016, "Benítez Daniel Salvador y Otro c. Telplasa S.A. s/Despido", sent. def. 21.564.

CAPÍTULO II Registro Nacional de la Industria de la Construcción

Art. 3º — Será órgano de aplicación de esta Ley Registro Nacional de la Industria de la Construcción, que funcionará como ente autárquico en jurisdicción del Ministerio de Trabajo de la Nación y con competencia en todo el país. En él deberán inscribirse obligatoriamente el empleador y el trabajador comprendidos en el régimen de la presente Ley según lo determinado en el artículo 1.

El empleador se inscribirá dentro de los quince (15) días hábiles de iniciada su actividad como tal y realizará la inscripción del trabajador dentro de igual plazo contado desde la fecha del ingreso de éste.

Art. 4º — El gobierno y la administración de la entidad estarán a cargo de un Administrador, y de un Sub-Administrador que reemplazará a aquél en caso de ausencia o impedimento temporarios.

Ambos funcionarios serán designados por el Poder Ejecutivo Nacional, a propuesta del Ministerio de Trabajo de la Nación; sus cargos serán rentados y su desempeño será incompatible con el ejercicio de actividades privadas relacionadas, directa o indirectamente, con la industria de la construcción.

Art. 5º — El Registro contará con agentes zonales en el interior del país, los que dependerán técnica y funcionalmente del mismo. El Registro podrá, de acuerdo a la estructura orgánico-funcional prevista por el art. 6º, inc. i), determinar el destino de sus agentes zonales. Estos tendrán asiento en la sede de las delegaciones o subdelegaciones regionales del Ministerio de Trabajo de la Nación cuando éstas existan en los lugares en que deban actuar, observando el orden jerárquico y disciplinario que rija en aquéllas.

Asimismo y a los fines del cumplimiento de esta Ley y de lo dispuesto por el presente artículo, el Registro citado podrá celebrar acuerdos con autoridades provinciales o municipales.

Art. 6º — El Registro Nacional de la Industria de la Construcción tiene las atribuciones siguientes:

a) Actuar con autarquía orgánico-funcional y con individualidad financiera y atender todas las erogaciones que demande su funcionamiento con los recursos establecidos en el Capítulo III de esta ley. Su gestión administrativa, financiera, contractual, patrimonial y contable, se cumplirá conforme a lo dispuesto por la Ley de Contabilidad de la Nación.

b) Proyectar anualmente para su aprobación por el Poder Ejecutivo Nacional, el cálculo de los recursos y el presupuesto de gastos e inversiones patrimoniales, los que se elevarán a través del Ministerio de Trabajo de la Nación.

c) Autorizar y aprobar contrataciones dentro de los montos establecidos por las normas vigentes y delegar en sus representantes zonales las facultades de autorización y aprobación cuando así lo juzgue conveniente.

d) Disponer las liquidaciones y los pagos originados por su gestión.

e) Fijar el monto de los aranceles por inscripciones y renovación anual de las mismas, por provisión de la Libreta de Aportes al Fondo de Desempleo y emisión de duplicados y por todo otro servicio o suministro que brinde.

f) Fijar el monto de la contribución prevista en el art. 12, en su primer párrafo, previa aprobación del Ministerio de Trabajo de la Nación.

g) Usar, a los fines de la gestión encomendada, una Cuenta Especial denominada "Registro Nacional de la Industria de la Construcción" a la cual ingresarán los fondos provenientes de la presente Ley y que serán utilizados exclusivamente para los fines establecidos en los incs. a), c), d) y h) del presente artículo.

h) Invertir sus disponibilidades en dinero, previa autorización de la Secretaría de Estado de Hacienda, en títulos o valores públicos nacionales, en entidades financieras oficiales.

i) Proponer al Poder Ejecutivo Nacional por intermedio del Ministerio de Trabajo de la Nación, su estructura orgánica, administrativa y funcional, así como la dotación de su personal que revestirá la calidad de agente público nacional- y el número y carácter permanente o móvil de sus agentes zonales.

j) Designar, trasladar, promover, aceptar renuncias y disponer ceses de acuerdo con las normas que regulan la materia en la Administración Pública Nacional.

k) Inscribir y llevar el registro de todas las personas comprendidas en la presente Ley de acuerdo a lo establecido por el Capítulo I de la misma, otorgando constancias fehacientes de las presentaciones que efectúen los obligados en virtud del art. 3º de esta ley.

l) Expedir la Libreta de Aportes al Fondo de Desempleo, asegurando su autenticidad.

m) Exigir a todo empleador la exhibición de los libros y demás documentación requerida por esta ley, y por la legislación laboral aplicable a la actividad, al sólo efecto de la verificación del cumplimiento de lo establecido por la presente.

Art. 7º — Son facultades del Administrador:

a) Representar legalmente al Registro Nacional de la Industria de la Construcción.

b) Cumplir y hacer cumplir esta Ley y las normas reglamentarias y complementarias que se dicten.

c) Ejecutar las medidas de orden general o particular necesarias para que el organismo cumpla con sus fines, de acuerdo con las atribuciones establecidas por el art. 6º de esta ley.

Art. 8º — El Registro Nacional asimismo contará con un Consejo Asesor Honorario integrado por igual número de representantes de los empleadores y de los trabajadores de la industria de la construcción, quienes serán designados por el Ministerio de Trabajo de la Nación a propuesta de las entidades respectivas más representativas.

El número de los miembros del Consejo y el término de duración de sus funciones, serán establecidos por el Poder Ejecutivo Nacional. Los miembros podrán ser reelegidos.

Art. 9º — Son funciones del Consejo Asesor, proponer al Administrador del Registro Nacional las medidas para la mejor aplicación de la presente ley.

El Sub-Administrador del Registro Nacional presidirá el Consejo Asesor.

El Consejo sesionará con la presencia de la mitad más uno de sus miembros, sin incluir a los efectos del quórum al Presidente del mismo, quien tendrá voto en caso de empate. Las ponencias se adoptarán por simple mayoría de votos.

Art. 10. — El personal que a la fecha de promulgación de la presente ley, reviste en Registro Nacional de la Industria de la Construcción, pasará a depender del ente autárquico que se crea por la presente. Asimismo, los bienes y los fondos que formen parte o administre dicho Organismo a la misma fecha, constituirán su patrimonio inicial. Se transferirán a su orden los fondos existentes en la Cuenta Especial denominada "Registro Nacional de la Industria de la Construcción" creada por el art. 2º de la Ley Nº 18.062.

CAPÍTULO III Recursos del Registro Nacional de la Industria de la Construcción

Art. 11. — Los recursos económicos y financieros del Organismo provendrán:

a) Del pago de los aranceles fijados por el Registro de conformidad con lo establecido en el art. 6º, inciso e).

b) De la contribución a cargo de los empleadores de conformidad a lo establecido en el art. 12 de la presente ley.

c) Del importe de las multas por infracciones cometidas a esta ley, reglamentaciones y normas complementarias.

d) De las herencias, legados, subsidios y subvenciones que se reciban.

e) Del producido de las inversiones que realice el Registro.

f) De los saldos sobrantes de ejercicios anteriores.

Art. 12. — El empleador de la industria de la construcción deberá aportar mensualmente una contribución con destino al Registro Nacional, que consistirá en hasta un cuatro por ciento (4%) sobre los aportes al Fondo de Desempleo, la que será depositada dentro del plazo fijado en el artículo 16. En tal oportunidad, se agregará la contribución correspondiente al aporte al Fondo de Desempleo realizado en efectivo de acuerdo a la previsión establecida por el art. 17 de esta ley.

En caso de mora, la suma adeudada por este concepto será objeto de incrementación en la forma establecida en el primer y segundo párrafos del art. 30, sin perjuicio de la aplicación de las penalidades que pudiera corresponder en virtud de lo previsto en el art. 33, inc. d)(4).

• Comentario:

3. Registro Nacional de la Industria de la Construcción. Instituto de Estadística y Registro de la Industria de la Construcción (IERIC)

El órgano de aplicación aparece nombrado en el estatuto de la construcción bajo el nombre de Registro Nacional de la Industria de la Construcción, de acuerdo a lo establecido en el art. 3º de la ley 22.250. Ahora bien, desde el 1 de diciembre de 1996 le fueron transferidas las facultades y competencias que correspondían al Registro mencionado en la norma legal al Instituto de Estadística y Registro de la Industria de la Construcción (IERIC), todo ello de acuerdo a lo dispuesto por el dec. 1309/1996.

Se trata de un ente intersectorial creado por un acuerdo homologado por el entonces Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, celebrado entre la Unión Obrera de la Construcción de la República Argentina, la Unión Argentina de la Construcción y la Cámara Argentina de la Construcción, con fecha 11 de septiembre de 1996. La finalidad del IERIC consiste en la realización de actividades de censo, estadística y registro en el sector de la construcción y demás funciones que pudiere encomendársele en el marco de la ley 22.250.

En particular la competencia que le fue asignada al Instituto luce ideal para el cumplimiento de las metas buscadas por la Recomendación sobre la transición de la economía informal a la economía formal de la OIT, R 204 del año 2015; en especial con referencia a lo dispuesto por el art. 36 sobre "recopilar, analizar y difundir estadísticas, desglosadas por sexo, edad, lugar de trabajo y otras características socioeconómicas específicas, sobre la magnitud y la composición de la economía informal"(5).

Como se dijo anteriormente, el 1 de diciembre de 1996, le fueron transferidas al IERIC todas las funciones atribuidas al Registro Nacional de la Industria de la Construcción por la ley 22.250, constituyéndose como entidad pública no estatal sometida al control del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, con competencia en todo el país.

En particular, le fueron transferidas las facultades de instruir sumarios y de aplicar las sanciones previstas en el art. 33 de la presente Ley —e incorporadas por el art. 17, dec. 1342/1981—, en el marco procedimental propuesto por la ley 18.695. Las resoluciones que adopte el instituto podrán ser recurridas administrativamente ante el Ministerio de Trabajo, Seguridad Social y Empleo (art. 2º, dec. 1309/1996).

A través de la res. 25/15 el IERIC dispuso que para quienes no resulta obligatorio inscribirse ante la Inspección General de Justicia, Registro Público o Autoridad Competente será inexcusable acreditar el domicilio que hayan constituido ante la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) al momento de realizar trámites. Asimismo, dicha resolución establece que los legajos de inscripción de las empresas podrán ser consultados por autoridades públicas, entes públicos no estatales o similares.

4. Jurisprudencia

Relatividad de la inscripción ante el IERIC

"Es facultad del órgano judicial calificar la índole jurídica de la relación habida entre las partes y determinar el encuadre legal, incluso más allá de las argumentaciones que intenten las partes, por lo que la circunstancia de que el empleador se encuentre inscripta en el IERIC resulta irrelevante para alterar esa solución, porque lo que en el caso concreto determina la Ley aplicable son las características de las tareas que el actor efectivamente desarrolló y que, como se dijo, no encuadraban en lo fundamental, dentro de las propias de la industria de la construcción".

CNTrab., sala V, 20/11/2008, "Estévez Vera, Fabio Marcelo c. Recruiters && Trainers SA y otro s/Despido".

Facultad sancionatoria del IERIC. Discusión sobre el régimen jurídico aplicable a la actividad del empleador

"Debe dejarse sin efecto la multa impuesta a una empresa por el Instituto de Estadística y Registro de la Industria de la Construcción en tanto no se hallaba inscripta conforme el régimen de la ley 22.250, sino que su personal estaba encuadrado en el CCT 260/75 de la actividad metalúrgica, pues, se encuentra controvertida la aplicación de ambas normas y dicha circunstancia inhibe el ejercicio de la facultad de sancionar".

CNTrab., sala I, 22/6/2011, "Instituto de Estadística y Registro de la Industria de la Construcción c. Thyssenkrupp Elevadores SA s/Sumario", DT 2011 (septiembre), 2362; LL AR/JUR/30634/2011.

CAPÍTULO IV Libreta de Aportes

Art. 13. — La Libreta de Aportes es el instrumento de carácter obligatorio que expide Registro Nacional de la Industria de la Construcción con arreglo al régimen de la presente Ley como medio para verificar su aplicación. En ella deberán consignarse los datos y demás constancias que determine la reglamentación.

Al iniciarse la relación laboral, el empleador requerirá del trabajador la presentación de la libreta y este último deberá hacer efectiva su entrega en el término de cinco (5) días hábiles a partir de la fecha de su ingreso.

Si no contare con el citado documento deberá proporcionar al empleador dentro de ese mismo lapso, los datos requeridos para la inscripción, renovación de la libreta u obtención de duplicado, de lo cual se otorgará al trabajador constancia escrita que acredite su cumplimiento en término. El correspondiente trámite deberá ser iniciado por el empleador dentro de los quince (15) días hábiles contados desde la fecha de ingreso.

Art. 14. — En caso que el trabajador no hubiere satisfecho en término las exigencias que el artículo anterior le impone, el empleador lo intimará para que así lo haga en un plazo de cuarenta y ocho (48) horas. La intimación referida se practicará dentro de los diez (10) días hábiles contados desde el ingreso del trabajador.

Cuando éste no de cumplimiento a las obligaciones a su cargo a pesar de la intimación, el empleador deberá declarar rescindida la relación laboral, sin otra obligación que la de abonar las remuneraciones devengadas.

• Comentario:

5. Registro de la relación laboral y Libreta de Aportes. Credencial de Registro Laboral

Como primer recaudo, la norma le exige al empleador la inscripción del trabajador y del contrato de trabajo en el Registro Nacional de la Industria de la Construcción, y la consiguiente obtención de la libreta de aportes en la que ha de asentarse el cumplimiento de esa obligación. Si el trabajador ya tiene la libreta de aportes, entonces la obligación del empleador se limita a inscribir en ella la relación y a realizar los aportes correspondientes.

El art. 4º del dec. 1342/1981 establece que el empleador deberá consignar en la Libreta de Aportes: identidad, filiación y domicilio del trabajador; constancias del número y de la fecha de inscripción del trabajador y las anotaciones correspondientes a los sucesivos contratos laborales celebrados con empleadores de la industria de la construcción; por último, deberán constar las imposiciones efectuadas para el Fondo de Desempleo, asentadas por el banco interviniente a la finalización de cada uno de los contratos celebrados.

Si el trabajador no cuenta la libreta, el empleador tiene la obligación de gestionarla dentro de los quince días posteriores a la fecha de ingreso. Para ello puede intimar al trabajador para que, en el plazo de cuarenta y ocho horas, le proporcione los datos que son necesarios. Ante el incumplimiento, el empleador podrá resolver el vínculo en forma inmediata para liberarse de toda obligación, mientras que el trabajador perderá el derecho al beneficio.

Si el empleador optara por mantener la relación, aun cuando el trabajador no hubiera suministrado los datos necesarios para la inscripción, correrá con la carga de cumplir con la totalidad de las obligaciones inherentes al Fondo de Cese Laboral, pues la prohibición de que el contrato se desarrolle en esas condiciones —esto es, sin libreta— se dirige al empleador, y no le resulta oponible al dependiente (arts. 40 y 42, LCT).

En la actualidad, el IERIC ha dispuesto la creación de una "Credencial de Registro Laboral", reemplazando así el formato y la diagramación de la Libreta de Aportes al Fondo de Cese Laboral. La credencial, además de contener en formato digital la información requerida por el art. 4º del dec.-regl. 1342/1981, permitirá la emisión impresa de una Hoja Móvil con los datos exigidos por la citada norma, asegurándose de este modo la inalterabilidad del carácter instrumental impuesto por la norma estatutaria (res. 16/2009, IERIC). Al igual que la Libreta de Aportes, la credencial deberá ser expedida por el empleador obligatoriamente al momento de inscribir al trabajador.

La "Credencial de Registro Laboral" les permitirá a los empleadores consultar en forma instantánea los antecedentes laborales de los trabajadores que desee contratar; realizar trámites administrativos a través de Internet y gestionar la incorporación de trabajadores en forma rápida y sencilla. La nueva credencial no tendrá vencimiento y almacenará los datos personales del trabajador, tales como fecha de inicio de la relación laboral y su historial con la categoría, especialidad y competencias laborales certificadas.

6. Jurisprudencia

Falta de inscripción del contrato en el IERIC. Aplicación ley 22.250

"El hecho de que no se haya procedido a la inscripción del trabajador en el Instituto de Estadística y Registro de la Industria de la Construcción —I.E.R.I.C.—, no impone prescindir del régimen legal previsto por la ley 22.250 ya que, conforme el art. 1º del precitado cuerpo normativo, el ámbito de aplicación recae sobre el empleador de la industria de la construcción y resulta erróneo afirmar que por haber estado más de diez días la relación laboral no inscripta débase desestimar la aplicación de la Ley en cuestión quedando aquélla regulada por la Ley de Contrato de Trabajo".

CNTrab., sala V, 17/11/2005, "Silvero, César c. Stellardo, Hernán", LLAR/JUR/13709/2005.

CAPÍTULO V Fondo de Cese Laboral(6)

Art. 15. — El Fondo de Cese Laboral vigente para el trabajador de la industria de la construcción de todo el país se integra con un aporte obligatorio a cargo del empleador, que deberá realizarlo mensualmente desde el comienzo de la relación laboral.

Durante el primer año de prestación de servicios el aporte será el equivalente al doce por ciento (12%) de 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.

A partir del año de antigüedad, dicho aporte será del ocho por ciento (8%).

Los aportes referidos, no podrán ser modificados por disposiciones de las convenciones colectivas de trabajo.

Con el objeto de que los aportes depositados en concepto de Fondo de Cese Laboral reditúen beneficios acordes con las variaciones del poder adquisitivo de la moneda, el depósito de los mismos deberá efectuarse en cuentas a nombre del trabajador que posibiliten el mejor logro de los fines mencionados. En todos los casos, las cuentas se abrirán en entidades bancarias y estarán sujetas a la reglamentación que dicte el Banco Central de la República Argentina sobre el particular.

El Fondo de Cese Laboral constituirá un patrimonio inalienable e irrenunciable del trabajador, no pudiendo ser embargado, cedido ni gravado salvo por imposición de cuota alimentaria y una vez producido el desempleo.

El sistema a que se refiere el presente artículo para el trabajador de la industria de la construcción reemplaza al régimen de preaviso y despido contemplados por la Ley de Contrato de Trabajo.

Art. 16. — Los depósitos de los aportes al Fondo de Cese Laboral se efectuarán dentro de los primeros quince (15) días del mes siguiente a aquel en que se haya devengado la remuneración, prohibiéndose el pago directo al trabajador que cesare en sus tareas, salvo el supuesto contemplado en el artículo siguiente.

Art. 17. — El trabajador dispondrá del Fondo de Cese Laboral al cesar la relación laboral, debiendo la parte que resuelva rescindir el contrato, comunicar a la otra su decisión en forma fehaciente.

Producida la cesación, el empleador deberá hacerle entrega de la Libreta de Aportes con la acreditación de los correspondientes depósitos y de la actualización a que hubiere lugar, según lo determinado en el art. 30, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas de finalizada la relación laboral. Únicamente en caso de cese se abonará en forma directa el aporte que corresponda a la remuneración por la cantidad de días trabajados durante el lapso respecto del cual no haya vencido el plazo para el depósito previsto por el artículo 16.

En caso de fallecimiento o concurso del empleador, sus sucesores, síndico o liquidador, deberán proceder a la entrega de aquel instrumento o en su defecto al pago de los aportes al Fondo de Cese Laboral no depositados, en la forma establecida por esta ley, dentro de un plazo máximo de treinta (30) días hábiles contados a partir del cese de la relación laboral, salvo que por las circunstancias del caso, la autoridad administrativa de aplicación o la judicial otorgare un plazo mayor, el que no podrá exceder de noventa (90) días hábiles.

Art. 18. — El incumplimiento de las obligaciones impuestas en el artículo anterior en tiempo propio, producirá la mora automática, quedando expedita la acción judicial para que al trabajador se le haga entrega de la libreta, se le depositen los aportes correspondientes o se le efectúe el pago directo cuando así corresponda.

Si ante el incumplimiento de lo dispuesto por el art. 17, el trabajador intimare al empleador por dos (2) días hábiles constituyéndolo en mora, se hará acreedor a una indemnización, que 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, que se menciona en el segundo párrafo del art. 15, ni podrá exceder al de noventa (90) días de dicha retribución. La reparación así determinada, será incrementada con el importe correspondiente a treinta (30) días de la retribución citada, en el supuesto que se acreditare incumplimiento del empleador a la obligación de inscripción resultante de lo dispuesto en el artículo 13.

Todo ello, sin perjuicio del cumplimiento por parte del empleador de las disposiciones de la presente ley.

• Comentario:

7. Fondo de Cese Laboral. Extinción de la relación

El denominado Fondo de Cese Laboral se forma mediante aportes realizados por el empleador y se impone su capitalización hasta que se produzca la extinción contractual. Una vez finalizado el vínculo, el "Fondo" queda a disposición del trabajador (o sus derechohabientes), cualquiera sea la causa de la ruptura y con prescindencia del nacimiento de un nuevo vínculo, se encuentre éste regido o no por la ley 22.250 (art. 7º, dec. 1342/1981).

El instituto en análisis no puede identificarse con ciertos beneficios que corresponden al ámbito propio de la seguridad social —como las prestaciones de "desempleo", previstas en la ley 25.371—, pues persigue una finalidad diversa. Doctrinariamente se ha considerado al Fondo de Cese Laboral como un ahorro obligatorio a cargo del empleador, mientras que otros señalan que se trata de una previsión ahorrativa indemnizatoria, y finalmente quienes entienden que se trata de un salario diferido, ya que se va devengando mensualmente y en función de los salarios abonados, quedando a su disposición una vez que se extingue el contrato, cualquiera fuere la causa de la ruptura. Por otra parte, en nuestro sistema legal no interesa que la desocupación del trabajador sea efectiva, ya que puede obtener otro empleo el mismo día de su desvinculación, sin perder por ello derecho al fondo que comentamos(7).

Los guarismos legales estipulan que el Fondo de Cese Laboral se integra con un aporte obligatorio del empleador equivalente al 12%, durante el primer año de prestación de servicios, y al 8%, a partir del segundo año de servicios, de las remuneraciones mensuales. El empleador deberá depositar el aporte dentro de los 15 días posteriores al mes en el que se devengó la remuneración, en una cuenta especial abierta a nombre del trabajador, en una entidad bancaria autorizada.

La ley 22.250 establece como base de cálculo, además de los salarios básicos, los adicionales de convenio colectivo, a lo cual se agregan los acuerdos privados, disposiciones administrativas y aquellas que hayan sido otorgadas en forma voluntaria por el empleador(8). Sin embargo, para el cálculo del aporte previsto normativamente no se computarán las sumas correspondientes al sueldo anual complementario, ni los recargos legales sobre horas suplementarias e indemnizaciones de cualquier naturaleza (art. 5º, dec. 1342/1981).

En aras de ver satisfecha su finalidad y que los aportes "reditúen beneficios acordes con las variaciones del poder adquisitivo de la moneda" es que aquéllos deben ser depositados en cuentas personalizadas a nombre del trabajador, en entidades bancarias sujetas a la reglamentación específica que dicte el Banco Central de la República Argentina al respecto (art. 15, ley 22.250).

El Fondo de Cese Laboral reemplaza el sistema indemnizatorio que contempla la Ley de Contrato de Trabajo para el caso de ruptura incausada —y al preaviso—, por lo que resulta lógica la previsión legal de que el trabajador sólo pueda disponer del fondo una vez que se haya producido la extinción del contrato.

A fin de salvaguardar la indisponibilidad del crédito, no se contempla normativamente la posibilidad de que los aportes sean entregados en forma directa al trabajador ni que éste pueda disponer del fondo durante la vigencia del vínculo. En forma de excepción, la norma autoriza a entregar al obrero en forma directa el aporte que corresponda al último período trabajado respecto del cual aún no haya vencido el plazo para efectuar el depósito bancario (art. 17, ley 22.250).

El Fondo de Cese Laboral no puede ser embargado, cedido ni gravado, constituyendo un patrimonio inalienable e irrenunciable para el trabajador. La inembargabilidad encuentra únicamente límite ante la imposición de una cuota alimentaria, y una vez finalizado el vínculo.

8. Sanciones por incumplimiento a lo normado en el art. 17

El empleador debe hacer entrega de la libreta con la acreditación de los correspondientes depósitos dentro de las 48 horas de producido el cese. En caso que no cumpla con dicha obligación —total o parcialmente—, queda expedita la acción judicial y abierta la posibilidad de que el trabajador se haga acreedor a una indemnización especial.

Para la procedencia de la indemnización especial, el art. 18 del estatuto exige al trabajador que concrete una intimación por dos días hábiles para que le sea entregada la libreta con la acreditación de los aportes correspondientes. Si el empleador no satisface íntegramente la obligación a su cargo dentro de ese último plazo se genera en favor del trabajador el derecho a percibir una indemnización que debe ser graduada por la autoridad judicial en un importe no inferior a 30 jornales ni superior a 90 jornales. A su vez, este resarcimiento puede incrementarse en un importe adicional a 30 días de retribución si, además, se acredita que el empleador no cumplió con el deber de inscripción.

Recientemente la sala II de la CNTrab. ha sostenido que el pago insuficiente del importe correspondiente al Fondo de Cese Laboral torna procedente la multa que emana del art. 18 de la ley 22.250(9).

9. Jurisprudencia

Indemnización art. 18 de la ley 22.250. Puesta a disposición de la libreta de aportes. Obligación de entrega al Registro Nacional de la Industria de la Construcción

"Si la empleadora no hace entrega de la libreta de aportes al Registro Nacional de la Industria de la Construcción, ante el caso de que el trabajador no la retire, tal como lo establece el art. 20 de la ley 22.250, no puede liberársela del pago de la indemnización prevista en el art. 18 de dicha ley. Resulta insuficiente el acompañamiento de la libreta juntamente con el responde, pues ello no se condice con el procedimiento impuesto por el art. 20 de la ley 22.250.

CNTrab., sala IV, 22/10/2010, "Alcaraz, Nicolás Alberto c. OFEK SA", expte. 32.811/2007, sent. def. 94.960.

Indemnización art. 18 de la ley 22.250. Obligación de hacer entrega de la libreta de aportes al fondo de cese laboral. Consignación

"Procede la multa impuesta con sustento en el art. 18 de la Ley 22.250, toda vez que el actor dio cumplimiento a la intimación prevista en esa norma como exigencia para tornar procedente el pago y la demandada no hizo entrega de la libreta de aportes para posibilitar el cobro del fondo de desempleo en forma oportuna, incumpliendo lo prescripto por el art. 20 de este ordenamiento normativo".

CNTrab., sala I, 30/11/2007, "Barraza, Walter Daniel c. Construcsur SRL y otro", LLAR/JUR/9670/2007.

Indemnización art. 18 de la Ley 22.250. Obligación de hacer entrega de la libreta de aportes al fondo de cese laboral

"La puesta a disposición de la libreta de fondo de desempleo al momento del cese de la relación no suple el deber de hacer entrega de aquélla, razón por la cual tal circunstancia torna procedente la multa del art. 18 de la Ley 22.250".

CNTrab., sala IV, 29/2/2008, "Montes, Ricardo Javier c. Elecnor SA y otro", IMP, 2009-9-08; LLAR/JUR/359/2008).

Indemnización art. 18 de la ley 22.250. Ausencia de intimación

"No basta que el empleador pruebe haber puesto a disposición del trabajador la libreta de fondo de desempleo, por cuanto se debe intimarlo por telegrama en el domicilio consignado en la libreta, 'bajo apercibimiento de que, transcurridos cinco días hábiles desde la fecha de la intimación, procederá a entregarla al registro'. Ante la ausencia de intimación corresponde aplicar al empleador la sanción prevista en el art. 18 de la ley 22.250".

CNTrab., sala VI, 18/12/2012, "Maciel Álvarez, Eulalio c. Construbar SA", expte. 15.861/2008, sent. def. 64.733.

Libreta de Fondo de Desempleo. Obligación de entrega al RNIC

"No basta la sola mención en el intercambio telegráfico de que la Libreta de Fondo de Desempleo estaba a disposición y que el trabajador no se presentó a retirarla, ya que para liberarse el principal debe, transcurrido el plazo de cinco días hábiles desde la fecha de la intimación, entregarla al Registro Nacional de la Industria de la Construcción".

CNTrab., sala VI, 16/12/2011, "Bordon, Carlos Alberto c. Pasgra SA", expte. 9977/09, sent. def. 63.561.

Indemnización art. 18 de la Ley 22.250. Obligación de hacer entrega de la libreta de aportes al fondo de cese laboral

"Es procedente la sanción del art. 18 de la ley 22.250 si, aunque el perito contador informara que la demandada abonó los aportes con destino al Fondo de Cese Laboral, la libreta de aportes recién fue acompañada en el escrito de responde, una vez vencida dicha obligación, pues su entrega al dependiente en oportunidad de la extinción de la relación laboral, es una obligación del empleador que debe ser cumplida dentro de las 48 hs. de la desvinculación — art. 17 de la ley 22.250—".

CNTrab., sala III, 30/3/2012, "Reggina, Carlos Gastón c. Elesutel SRL s/despido", DT, 2012 (junio), 1487, LL AR/JUR/10662/2012, La Ley online.

CAPÍTULO VI Derechos y Obligaciones de los Empleadores y Trabajadores

Art. 19. — En ningún caso el empleador podrá abonar al trabajador por cada jornada normal de trabajo, una retribución menor a la fijada por la convención colectiva de trabajo y normas salariales aplicables.

Si el empleador se atrasare en el pago de los haberes o los hiciere efectivos en cantidad insuficiente, el trabajador tendrá derecho a reclamar además de las remuneraciones o diferencias debidas, una reparación equivalente al doble de la suma que, según el caso, resultare adeudársele, siempre que mediare intimación fehaciente formulada dentro de los diez (10) días hábiles contados a partir del momento en que legalmente deba efectuársele el pago de las remuneraciones correspondiente al período a que se refiera la reclamación, y a condición de que el empleador no regularice el pago en los tres (3) días hábiles subsiguientes al requerimiento.

En las situaciones contempladas por este artículo la sanción pecuniaria a favor del trabajador procederá medie o no rescisión del contrato.

Art. 20. — Producida la cesación de la relación laboral si el trabajador no retirare la Libreta de Aportes, el empleador deberá intimarlo para que así lo haga por telegrama dirigido al domicilio consignado en aquel instrumento, bajo apercibimiento de que transcurrido cinco (5) días hábiles desde la fecha de la intimación, procederá a entregarla al Registro Nacional de la Industria de la Construcción.

Vencido el plazo de veinticuatro (24) meses desde la fecha de la intimación señalada precedentemente, sin que se hubiere presentado el trabajador, derecho habientes o beneficiarios, el Fondo de Desempleo respectivo pasará a integrar el patrimonio del Consejo Nacional de Educación Técnica.

Art. 21. — En los casos de ausencia de sus tareas con motivo de accidentes o enfermedades inculpables, el trabajador percibirá el salario básico y adicionales cuando correspondieren, establecidos para su categoría en la convención colectiva de trabajo, con más los incrementos que hayan sido dispuestos por el Poder Ejecutivo Nacional o que hayan sido concedidos por el empleador en forma voluntaria sobre los salarios básicos, durante los días laborables, por un período de hasta tres (3) meses si su antigüedad en el empleo fuere menor de cinco (5) años y de hasta seis (6) meses si fuera mayor. La recidiva de enfermedades crónicas no será considerada enfermedad, salvo que se manifestara transcurridos los dos (2) años.

El trabajador, salvo casos de fuerza mayor, deberá dar aviso de la enfermedad o accidente y del lugar en que se encuentra, en el transcurso de la primera jornada de trabajo respecto de la cual estuviere imposibilitado de concurrir por alguna de esas causas.

Mientras no lo haga, perderá el derecho a percibir la remuneración correspondiente, salvo que la existencia de la enfermedad o accidente, teniendo en consideración su carácter y gravedad, resulte luego inequívocamente acreditada.

El trabajador estará obligado a someterse al control que se efectúe por el facultativo designado por el empleador.

Art. 22. — Durante las ausencias justificadas por las causas indicadas en el artículo precedente, el empleador continuará depositando los aportes al Fondo de Desempleo, en base a las remuneraciones liquidadas como se indica en el mismo artículo.

Si el empleador rescindiera el contrato laboral durante los períodos referidos en el artículo anterior, deberá abonar las remuneraciones y hacer efectivos los aportes con destino al Fondo de Desempleo, correspondientes a todo el tiempo que faltare para el vencimiento de dichos períodos; con más los aumentos que durante el período de suspensión fueren acordados a los de su misma categoría por aplicación de una norma legal, convención colectiva o decisión del empleador.

Art. 23. — En caso de fallecimiento del trabajador el Fondo de Desempleo será entregado sin trámite judicial de ninguna naturaleza al cónyuge sobreviviente, a los descendientes o ascendientes en el orden y proporción establecidos en el Código Civil. En caso de no existir aquéllos, será de aplicación lo determinado en el art. 248 de la Ley de Contrato de Trabajo, en cuanto a la persona beneficiaria del Fondo de Desempleo.

Los fondos en este caso serán entregados en las condiciones que establezca la reglamentación.

Si cesare la relación laboral por fallecimiento o concurso del empleador, el trabajador, sus sucesores o beneficiarios, percibirán el Fondo de Desempleo mediante la presentación ante la institución bancaria de la prueba de alguna de aquellas circunstancias. En caso de concurso servirá como constancia la que extienda el síndico o liquidador.

Art. 24. — No presentándose el cónyuge, descendientes, ascendientes o beneficiarios dentro de los sesenta (60) días hábiles del fallecimiento del trabajador la Libreta de Aportes será entregada por el empleador al Registro Nacional de la Industria de la Construcción.

Transcurridos veinticuatro (24) meses del fallecimiento del trabajador, sin que se hubiesen presentado derecho habientes o beneficiarios, el Fondo de Desempleo respectivo pasará a integrar el patrimonio del Consejo Nacional de Educación Técnica.

Art. 25. — Cuando la obra por su naturaleza, magnitud o características especiales o la de los trabajos a realizarse en ella, requiera como necesidad impostergable ocupar trabajadores en días sábado después de las trece (13) horas, domingo o feriado nacional, el Ministerio de Trabajo de la Nación podrá autorizar para cada obra el trabajo en esos días, mediante el pago del salario, sin recargo alguno, respecto de los días sábado y domingo.

En tales supuestos el trabajador tendrá derecho a un descanso compensatorio continuado equivalente a media jornada por cada día sábado trabajado después de las trece (13) horas y una jornada completa por cada día domingo o feriado nacional trabajado, cuyo otorgamiento no podrá ser diferido más allá de los veintiún (21) días corridos de trabajo, computados desde el último día de descanso gozado.

Si el empleador omitiere acordar el descanso compensatorio a que se refiere el párrafo anterior en tiempo y forma, el trabajador dispondrá de un plazo de siete (7) días corridos para ejercitar ese derecho, el que se computará a partir de la expiración del plazo en que debió ser otorgado. El trabajador deberá comunicar con veinticuatro (24) horas de anticipación, y en forma fehaciente, al empleador la iniciación del descanso compensatorio. Ocurridas estas circunstancias el empleador estará obligado a abonar el salario habitual por cada día de descanso trabajado con el cien por ciento (100%) de recargo.

Art. 26. — En caso de fallecimiento del trabajador, su cónyuge, sus sucesores o beneficiarios, conforme lo establecido en el art. 23, percibirán del empleador, dentro de los diez (10) días hábiles contados a partir de la fecha en que se acredite fehacientemente la defunción, una indemnización equivalente a doscientas (200) horas de trabajo, de acuerdo a su categoría y remuneración calculada según se establece en el segundo párrafo del art. 15, a la fecha del fallecimiento y cualquiera fuere su antigüedad.

Art. 27. — El empleador podrá suspender al trabajador hasta veinte (20) días en el año, contados a partir de la primera suspensión. Para que la suspensión sea válida, deberá ser fehacientemente notificada y contener plazo fijo. Durante el período de suspensión, el empleador deberá continuar efectuando el aporte previsto en el artículo 15.

Art. 28. — Será obligación de todo empleador el exhibir los libros y demás documentación que exige la legislación laboral, cuando así lo requiera el Registro para verificar el cumplimiento de las disposiciones de la presente ley.

Art. 29. — Mensualmente el empleador deberá entregar al trabajador constancia fehaciente del depósito de los aportes al Fondo de Desempleo.

Art. 30. — En caso que el empleador incurriese en mora en la obligación de depositar mensualmente el aporte, la suma adeudada por ese concepto, será objeto de incrementación en la medida de la variación del índice oficial de precios mayoristas a nivel general del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos o del que lo reemplazare, experimentada entre el mes anterior al que debió efectuarse el depósito o el pago y el anterior a aquel en que el mismo se efectúe.

Para el caso en que el depósito y el pago se realicen en el mismo mes en que debió efectuarse, pero vencido el plazo legal para concretarlos, la actualización se hará sobre la base de la variación habida entre el último mes anterior respecto del precedente.

En el supuesto de que cualquiera de las partes rescindiese el contrato de trabajo, y la mora subsistiese, el reajuste previsto por este artículo se extenderá hasta los sesenta (60) días posteriores a dicha rescisión, salvo que con anterioridad se promoviere acción judicial.

En este último caso, el planteamiento de la demanda hará cesar el modo de incrementación establecido en este artículo, aplicándose a partir de la fecha de su promoción, el sistema legal de actualización de los créditos provenientes de las relaciones individuales de trabajo.

Art. 31. — El empleador conservará el empleo al trabajador cuando éste deba prestar servicio militar obligatorio, por llamado ordinario, movilización o convocatorias especiales desde la fecha de su convocación y hasta treinta (30) días después de concluido el servicio, siempre que este lapso no exceda el de la ejecución de la obra o de la tarea específica que aquél cumpliera.

El tiempo de permanencia en el servicio será considerado período de trabajo a los efectos del cómputo de su antigüedad, frente a los beneficios que por esta Ley o convenciones colectivas de trabajo le hubiesen correspondido en el caso de haber prestado servicios. El tiempo de permanencia en el servicio no será considerado para determinar los promedios de remuneraciones a los fines de la aplicación de las mismas disposiciones.

¿ Comentario:

10. Derechos y obligaciones de los empleadores y trabajadores

10.1. Remuneraciones

El estatuto de la Industria de la Construcción establece que el empleador no "podrá abonar al trabajador por cada jornada normal de trabajo, una retribución menor a la fijada por la convención colectiva de trabajo y normas salariales aplicables". Al respecto, dicha prescripción normativa no guarda novedad alguna respecto al régimen general establecido por el art. 8º de la LCT.

Si en cambio lo hace ante el caso en que el empleador se atrasara en el pago de los haberes, ya que si el trabajador intima para que se le abone lo adeudado sin obtener respuesta favorable, se hace acreedor a una indemnización cuyo importe equivale al doble de las sumas adeudadas. La indemnización debe calcularse únicamente sobre la base de los salarios y las asignaciones cuyo pago se hubiera intimado dentro del plazo de caducidad de diez días previsto en la norma, a contar desde la exigibilidad de cada uno de los conceptos reclamados (art. 19).

Al igual que la confección de la Libreta de Aportes, es obligación del empleador la entrega una vez finalizado el vínculo, por lo que, en el supuesto de que el trabajador no se presentare a retirar la libreta, el empleador deberá intimarlo para que lo haga dentro del plazo de cinco días hábiles. Si venciere ese plazo, sin que el trabajador concurriera, debe entregarla al Registro Nacional de la Industria de la Construcción (art. 8º, dec. 1342/1981).

Si el trabajador —o sus derechohabientes— no se presentaren a retirar la libreta del registro durante los veinticuatro meses posteriores a esa "consignación" administrativa, el Fondo de Cese Laboral en cuestión se integrará el patrimonio del Consejo Nacional de Educación Técnica.

En caso de enfermedad o accidente inculpable, se le garantiza al trabajador el derecho a percibir íntegramente los salarios correspondientes a los períodos de licencia paga por enfermedad (tres o seis meses, según la antigüedad sea menor o mayor de cinco años), y a que se hagan los aportes al Fondo de Cese Laboral correspondientes a esos lapsos. Ante la disolución del vínculo durante esa licencia, el empleador no sólo debe abonar las remuneraciones correspondientes al tiempo faltante, sino que además debe hacer efectivos los aportes al Fondo de Cese Laboral que hubieran generado dichas retribuciones (arts. 21 y 22, ley 22.250). En cuanto a la cuantía de esos salarios, el art. 10 del dec. regl. establece que en caso de registrar remuneraciones variables "se liquidará teniendo en cuenta el promedio de lo percibido en los últimos tres meses o durante todo el lapso de prestación si fuere inferior".

Así se ha resuelto que en los casos en que se encuentre reconocido el derecho del trabajador al pago de períodos de licencia por enfermedad, y habiéndose producido la extinción del vínculo en dicho lapso, el Fondo de Cese Laboral debió integrarse con el aporte correspondiente a tal período, como se extrae de lo dispuesto en el art. 22 de la ley 22.250 que establece que "si el empleador rescindiera el contrato laboral durante los períodos referidos en el artículo anterior, deberá abonar las remuneraciones y hacer efectivos los aportes con destino al Fondo de Desempleo, correspondientes a todo el tiempo que faltare para el vencimiento de dichos períodos"(10).

10.2. Fallecimiento del trabajador

Respecto a los casos en los cuales la ruptura del contrato deriva del fallecimiento del trabajador, el estatuto no sólo contempla una solución diversa a la normada por el art. 248 de la LCT, en cuanto a la indemnización, sino que también respecto a las personas legitimadas en carácter de derechohabientes. Así, la ley 22.250 sólo otorga derecho a la cónyuge supérstite y a los descendientes y ascendientes en el orden y proporción que establece el Código Civil. Solamente con relación al Fondo de Cese Laboral, y ante la inexistencia de los derechohabientes del Código Civil, el estatuto contempla la posibilidad de que se apliquen las pautas contenidas en el art. 248, LCT. Una vez producida la extinción del vínculo por fallecimiento del trabajador, los derechohabientes pueden acceder al Fondo de Cese Laboral, sin necesidad de promover trámite sucesorio alguno. Tendrán derecho también a percibir una indemnización especial cuyo importe, cualquiera sea la antigüedad en los servicios, es fijada por la ley, en el equivalente al valor de doscientas horas de trabajo(11).

En lo que respecta a la entrega de la Libreta de Aportes, el trabajador podrá designar ante el empleador una persona para que cuando ocurra su fallecimiento reciba la Libreta de Aportes. En caso de duda sobre la persona a la que le corresponde recibir la Libreta de Aportes, el empleador deberá a depositarla en el Registro Nacional de la Industria de la Construcción (art. 11, dec. 1342/1981).

Si bien la ley 22.250 remite específicamente al "orden y proporción establecidos en el Código Civil", ante el dictado de la ley 26.994 que sancionó el Código Civil y Comercial de la Nación, el cual ya se encuentra vigente, debemos remitirnos al Capítulo Quinto titulado "Transmisión de derechos por causa de muerte", arts. 2424 y concs.

10.3. Jornada de trabajo

Respecto de la jornada, el estatuto contempla la posibilidad de que el trabajo se realice los días sábados después de las trece horas, domingos o feriados nacionales, para lo cual establece como condición que la excepción sea motivada por la magnitud o características especiales, o por los trabajos que deban realizarse en ella. Requiere la norma, también, que la ocupación de los trabajadores sea una necesidad impostergable y se cuente con la autorización del Ministerio de Trabajo, que debe otorgarse en relación a cada obra. De verificarse estos extremos, el trabajo en esos días debe ser retribuido sin recargo alguno (art. 25, párr. 1º, ley 22.250). Quienes hubieran trabajado el sábado después de las trece horas tendrán derecho a media jornada de descanso compensatorio; y si lo hubieran hecho un domingo o un feriado nacional, el franco será de jornada completa(12).

11. Jurisprudencia

Constitucionalidad del art. 19 de la ley 22.250

"El contenido del art. 19 de la Ley 22.250, no es inconstitucional pues no impide cobrar salarios al trabajador sino que simplemente, le impone una carga para que a tal percepción se pueda adicionar una multa en su beneficio, extremo que no violenta principios de rango constitucional".

CNTrab., sala VI, 28/6/1988, "Lafuente, Víctor N. c. Riva SA", DT, 1988-B; DJ, 1989-1-304, La Ley online.

Improcedencia de la multa de. art. 19 de la ley 22.250

"Es improcedente la multa prevista en el art. 19 de la Ley 22.250, si frente a la intimación del actor para que se le abonaran haberes adeudados, el demandado contestó dicho requerimiento poniendo a disposición del trabajador sus haberes".

CNTrab., sala IX, 27/6/2007, "Salcedo, Fernando Ariel c. Tabiques del Plata SA s/despido", MJJ33787.

Despido durante el período de licencia paga por enfermedad. Obligación de realizar aportes con destino al fondo de cese laboral

"En virtud de lo previsto en el art. 22 de la ley 22.250 y dado que el empleador rescindió el contrato durante el período de licencia paga por enfermedad, debe abonar los aportes con destino al fondo de cese laboral (anteriormente denominado fondo de desempleo) hasta que se produzca el vencimiento del plazo máximo de dicha licencia".

CNTrab., sala VIII, 19/9/2008, "Beatriz, Antonio Demetrio c. Regam SA", LLAR/JUR/11633/2008.

Requisitos para la procedencia de la sanción del art. 19 de la ley 22.250

"Para hacer efectiva la sanción prevista en el art. 19 de la ley 22.250 sobre las diferencias de aportes al fondo de cese laboral, la intimación el mencionado artículo exige al trabajador debe ser cursada dentro de los 10 días hábiles contados a partir del vencimiento del plazo legal de pago del salario y por tres días hábiles a fin de que el empleador regularice la situación abonando haberes adeudados".

CNTrab., sala IV, 31/10/2013, "Fernández, Martín Antonio c. Riva SA s/ley 22.250, LL AR/JUR/77863/2013.

Art. 32. — Quien contrate o subcontrate los servicios de contratistas o subcontratistas de la construcción, deberá requerir de éstos la constancia de su inscripción en Registro Nacional de la Industria de la Construcción y comunicar a éste la iniciación de la obra y su ubicación.

Los empresarios, los propietarios y los profesionales, cuando se desempeñen como constructores de obra que contraten contratistas o subcontratistas que no hayan acreditado su inscripción en el Registro Nacional, serán, por esa sola omisión, responsables solidariamente de las obligaciones de dichos contratistas o subcontratistas respecto al personal que ocuparen en la obra y que fueren emergentes de la relación laboral referida a la misma.

• Comentario:

12. Solidaridad ante la subcontratación

En la actividad de la construcción, y para poder realizar un escenario de aplicación de la atribución de solidaridad del art. 32, deberán coexistir: un comitente de obra que se vincula a un contratista principal, al que le encarga el desarrollo de determinada obra o construcción. A su vez, el contratista principal podrá celebrar contratos con subcontratistas, a quienes les encomendará la ejecución total o parcial de la obra.

La norma prevé que los empresarios, propietarios y profesionales, cuando se desempeñan como constructores de obra y contratan los servicios de contratistas o subcontratistas de la construcción, deben requerirles la constancia de inscripción en el Registro Nacional de la Industria de la Construcción, y comunicar a esa entidad el inicio de la obra y su localización. Se estipula que, en caso de que los constructores incumplieran con ese requisito, serán solidariamente responsables de las obligaciones de esos contratistas y subcontratistas respecto del personal que ocuparen en la obra.

Con la sanción de la ley 25.013, mediante su art. 17 in fine, se estableció que las disposiciones del art. 30, LCT, resultan aplicables al régimen de solidaridad específico, previsto por el art. 32 de la ley 22.250, y anteriormente descripto.

Pirolo nos propone una lectura detenida de las disposiciones insertas en el último párrafo, incorporado al art. 30 de la LCT, ya que éstas: "...resultan aplicables al régimen de solidaridad específico previsto en el art. 32 de la ley 22.250", que no es lo mismo que decir que resultan aplicables a los contratos regidos por el régimen estatutario mencionado. En otras palabras, la modificación introducida por la ley 25.013 al art. 30, LCT, no establece que sus previsiones sean aplicables a las relaciones regidas por el estatuto de la construcción independientemente de lo establecido por el art. 32 de la ley 22.250, sino que, por el contrario, ello sólo es posible dentro del marco de solidaridad específico previsto por el citado art. 32 del estatuto: la posibilidad de extender solidariamente la responsabilidad contemplada en la norma a los empresarios, propietarios y profesionales cuando éstos se desempeñen como "constructores de obra"(13).

Bajo este análisis, a la exigencia de la constancia de inscripción de los contratistas o subcontratistas en el IERIC y la comunicación de iniciación y de obra —y ubicación— se les añaden las incluidas en el párr. 2º del art. 30, LCT. Es decir: le deben exigir a sus contratistas o subcontratistas el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de seguridad social; entre ellos, la clave única de identificación laboral (CUIL) de cada uno de los trabajadores que presten servicios, constancia de pago de remuneraciones, copia firmada de los comprobantes de pagos mensuales al sistema de seguridad social y cobertura de riesgos del trabajo.

Por último, resulta oportuno aclarar que cuando se trata de un profesional arquitecto, para que medie responsabilidad en el ámbito del estatuto en comentario, éste debe conformar una empresa dedicada a la industria de la construcción o, al menos, haber contratado o subcontratado directamente los servicios del trabajador, o haber sido beneficiario de sus prestaciones, pues no basta que haya tenido a su cargo la mera elaboración del proyecto o la dirección técnica de la obra. En síntesis, para que se concrete la responsabilidad solidaria del arquitecto respecto del personal dependiente de terceros, el mencionado profesional, más allá de la dirección técnica, tiene que haber contratado al contratista o subcontratista; ello en consonancia con la imposición legal de que los profesionales se "desempeñen como constructores de obra que contraten contratistas o subcontratistas"(14).

Se ha sostenido acertadamente que si bien es facultad legítima del contratista tercerizar una actividad normal y especifica propia, sin embargo no lo es encubrir esa tercerización en contratos de trabajo celebrados con empresas constructoras bajo un objeto que resulte distinto a la ley 22.250(15).

Por lo tanto, cuando se trata de contrataciones o subcontrataciones entre empresas de la industria de la construcción, la responsabilidad solidaria del principal por las obligaciones de sus contratistas o subcontratistas deriva de la aplicación del art. 32 de ley 22.250, resultando irrelevante analizar si se ha encomendado —o no— la realización de trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal, específica y propia del establecimiento; en tanto que, cuando el comitente no es un operador de la industria de la construcción, si bien, no resulta alcanzado por el régimen de solidaridad previsto en la norma mencionada, lo cierto es que le son aplicables las obligaciones impuestas por el art. 30 de la LCT(16).

13. Jurisprudencia

Solidaridad art. 32 de la ley 22.250. Solidaridad del art. 30LCT

"Cuando se trata de contrataciones o subcontrataciones entre empresas de la industria de la construcción, la responsabilidad solidaria del principal por las obligaciones de sus contratistas o subcontratistas deriva de la aplicación del art. 32 de ley 22.250, resultando irrelevante analizar si se ha encomendado —o no— la realización de trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal, específica y propia del establecimiento; en tanto que, cuando el comitente no es un operador de la industria de la construcción, si bien, reitero, no resulta alcanzado por el régimen de solidaridad previsto en la norma mencionada, lo cierto es que le son aplicables las obligaciones impuestas por el art. 30 de la LCT".

CNTrab., sala IX, 31/3/2016, "Andriola, Luis Augusto c. Gralco S.A. y otro s/Ley 22.250", sent. def. 21.024.

Solidaridad art. 32 de la ley 22.250. Recaudos exigidos al contratista o subcontratista

"Si bien es cierto que el art. 30 de la LCT se encuentra modificado por la ley 25.013 y que resulta aplicable al régimen de solidaridad específico previsto en el art. 32 de la ley 22.250, estableciendo una serie de exigencias y controles a los contratistas y subcontratistas consignadas en el segundo párrafo del artículo en cuestión, también lo es que no se ha modificado que tales recaudos le son exigidos al que contrate o subcontrate trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito".

CNTrab., sala I, 21/12/2009, "Videla Dorna, Raúl Segundo y otro c. Ledesma, Marcelo Eduardo y otro", sent. def. 85.765.

Solidaridad art. 32 de la ley 22.250. Imposibilidad de aplicar de modo directo el art. 30 de la LCT

"El párrafo incorporado por la ley 25.013 al art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo no implica que sus normas sean directamente aplicables al personal regido por la ley 22.250 desplazando el régimen específico del art. 32 de la citada Ley, sino que se requiere como condición previa resulte aplicable dicho régimen particular."

CNTrab., sala II, 30/4/2009, "Martínez, Julio César c. Edelap SA y otro", DT, 2009, setiembre, 1027; LL AR/JUR/13055/2009).

Solidaridad art. 32 de la ley 22.250. Responsabilidad por los incumplimientos del subcontratista

"Por aplicación del art. 32 de la ley 22.250, corresponde responsabilizar a la empresa encargada de la obra, por los incumplimientos laborales del subcontratista si, no hay ninguna prueba demostrativa de que aquélla hubiera controlado y exigido al subcontratista el cumplimiento de las obligaciones que, como empleador del obrero, pesaban sobre él".

CNTrab., sala VII, 31/8/2009, "Aguilar Arguello, Daniel c. Arce, Darío y otro", LLAR/JUR/32995/2009.

Responsabilidad. Compatibilidad entre el régimen previsto por el art. 30, LCT y el art. 32 de la ley 22.250 a partir de la reforma de la ley 25.013

"La circunstancia de que la relación laboral esté comprendida por la ley 22.250, no excluye la aplicabilidad del art. 30, LCT. A partir de la reforma introducida por el art. 17 de la ley 25.013, la situación de quien contrata la realización de una obra ha variado sustancialmente, puesto que se pone en cabeza del comitente mayores obligaciones que las impuestas por el art. 32 de la ley 22.250, que mantiene su vigencia, de manera que a las cargas legales establecidas por la norma citada en primer término cabe agregar la carga impuesta por el art. 32 citado".

CNTrab., sala IV, 28/10/2010, Lobato, Eduardo Augusto c. Elenet SA y otros", expte. 38.893/2008, sent. def. 94.973.

Solidaridad art. 32 de la ley 22.250

"La empresa que subcontrató a la firma para la cual laboraban los actores, es responsable solidariamente en los términos del art. 32 de la ley 22.250, ya que al sólo efecto de decidir la aplicación del mencionado artículo cabe calificar a la accionada como 'empresa constructora', dado que además de proporcionar el servicio de plantación y mantenimiento de árboles, desarrolla otra 'explotación' concurrente con esa finalidad principal que, consiste, en la reparación y construcción de veredas, actividad que lejos de resultar aleatoria o eventual resulta necesaria para cumplir adecuadamente con su actividad primordial.

CNTrab., sala X, 27/9/2010, "Campuzano, Sulpicio Marciano y otro c. Larez, Guillermo y otro", LLAR/JUR/61257/2010.

Solidaridad art. 32 de la ley 22.250. Situación del contratista de obra a partir de la reforma de la ley 25.013 al art. 30, LCT

"La ley 25.013 agregó al art. 30, LCT un párrafo que establece que sus disposiciones 'resultan aplicables al régimen de solidaridad específico previsto en el art. 32 de la ley 22.250'. A partir de esta reforma, la situación de quien contrata la realización de una obra ha variado de manera importante, toda vez que se pone en cabeza del comitente mayores obligaciones que las impuestas por el art. 32 de la ley 22.250, que mantiene su vigencia, de manera que a las cargas legales establecidas por la norma citada en primer término, cabe agregar la carga impuesta por el art. 32 citado. No vale aquí aquella regla que da relevancia al régimen particular por sobre el general, pues el último párrafo del reformado art. 30 refiere expresamente la aplicación de sus reglas al régimen previsto en la ley 22.250".

CNTrab., sala IV, 30/3/2012 "Díaz ACA, Leonardo y otro c. Goldzen, Alejandro Javier y otros", expte. 27.799/2008, sent. def. 96.194.

CAPÍTULO VII Infracciones, Sanciones y Penalidades

Art. 33. — Será sancionado con multas de:

a) Hasta cuatro (4) remuneraciones básicas diarias correspondientes a la categoría de oficial albañil, por cada trabajador con quien el empleador no haya cumplido la obligación prevista en el artículo 29.

b) Hasta ocho (8) remuneraciones básicas diarias correspondientes a la categoría de oficial albañil, por cada trabajador que tenga a sus órdenes, el empleador que al tiempo de la constatación de la infracción no estuviere inscripto en Registro Nacional de la Industria de la Construcción. En el caso de presentación voluntaria tardía el empleador que se encontrare en infracción deberá abonar el arancel previsto en el art. 6º, inc. e) incrementado con cuantías graduadas en forma creciente en razón de períodos de tiempo transcurridos de acuerdo a lo que determine la reglamentación, quedando exento el pago de la multa fijada en este inciso.

c) Hasta ocho (8) remuneraciones básicas diarias correspondientes a la categoría de oficial albañil, por cada trabajador en infracción, el empleador que no declarare la rescisión del contrato en las circunstancias determinadas por el art. 14, o que al tiempo de la constatación de la infracción tenga trabajadores no inscriptos.

En el caso de presentación voluntaria tardía el empleador que se encontrare en infracción deberá abonar el arancel previsto en el art. 6º, inc. e) incrementado con cuantías graduadas en forma creciente en razón de períodos de tiempo transcurridos de acuerdo a lo que determine la reglamentación, quedando exento del pago de la multa fijada en este inciso.

Las multas especificadas en los incisos anteriores, se duplicarán en cada caso de reincidencia. Para los incs. b) y c) se aplicarán cuando corresponda, sin perjuicio del pago del arancel previsto.

d) No obstante las sanciones precedentemente establecidas, el incumplimiento de las demás obligaciones emergentes de la presente Ley y de sus normas reglamentarias, hará pasible a los responsables, de las penalidades instituidas por el régimen legal sancionatorio de las acciones y omisiones que según las leyes nacionales y provinciales de trabajo constituyan infracciones a las mismas.

• Comentario:

14. Multas por incumplimiento de registro ante RNIC

El art. 33 contempla el régimen de sanciones administrativas ante el incumplimiento de una serie de obligaciones que la misma normativa impone, sin perjuicio de las consecuencias laborales sobre cada relación jurídica en forma individual. Las sanciones consisten en la aplicación de una serie de multas, cuyas cuantías variarás según: la obligación infringida, la gravedad, la reincidencia en la falta y la cantidad de trabajadores afectados.

Asimismo, la graduación de la multa será potestad del IERIC, en función de la importancia de la infracción cometida, y, como se dijo, del número de dependientes a cargo del empleador(17). El valor de las multas se fija en base al salario básico correspondiente a la categoría de oficial albañil.

Son tres las conductas tipificadas que generan la imposición de una multa: a) la falta de entrega de la constancia mensual del depósito de los aportes al Fondo de Desempleo; b) la falta de inscripción del empleador en el IERIC; y c) la falta de inscripción del trabajador en el IERIC.

En el caso de que el empleador no haga entrega al trabajador de la constancia de pago de los aportes al fondo de cese laboral, la multa a aplicar será de hasta cuatro remuneraciones básicas diarias correspondientes a la categoría de oficial albañil, por cada trabajador afectado.

Por su parte, cuando se constate la falta de inscripción del empleador en el IERIC, la multa aplicable ascenderá como máximo hasta las 8 remuneraciones básicas diarias correspondientes a la categoría de oficial albañil, por cada dependiente.

Por último, el incumplimiento sancionable puede consistir en la falta de inscripción del trabajador en el IERIC o de declarar la rescisión en los términos del art. 14 de la ley, configurándose una multa de hasta 8 remuneraciones básicas diarias correspondientes a la categoría de oficial albañil, por cada trabajador en infracción.

A los fines de ejecución de las multas, y para el cobro de aranceles e intereses, se prevé que los testimonios y certificados expedidos por el IERIC revisten el carácter de título ejecutivo, conforme art. 38 de la norma en análisis. Así, una vez cumplidas las instancias administrativas tramitarán bajo el procedimiento de ejecución fiscal(18).

15. Jurisprudencia

Remisión del inc. d), art. 33, ley 22.250

"Corresponde dejar sin efecto la sentencia que estableció que la autoridad administrativa sancionó a la parte refiriéndose a normas que nada tienen que ver con infracciones laborales, pues las sanciones se impusieron a raíz del incumplimiento por parte de la empresa, de las obligaciones reguladas por los arts. 15 y 16, ley 22.250, cuyas sanciones están establecidas en su art. 33 que, en el inc. d), remite a las penalidades instituidas por el régimen legal sancionatorio de las acciones y omisiones que según las leyes nacionales y provinciales de trabajo constituyan infracciones a las mismas" (Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema).

CSJN, 23/12/2004, "Ingeniero, J. R. Martínez SA c. Instituto de Estadística y Registro de la Industria de la Construcción s/recurso de apelación /art. 11, ley 18.695", La Ley Online 4/54176.

CAPÍTULO VIII Disposiciones Transitorias y Complementarias

Art. 34. — El trabajador que se encuentre prestando servicio a la fecha de vigencia de esta Ley y que registrase una antigüedad con su empleador anterior a la vigencia de la Ley Nº 17.258, o el que ingresare al régimen del Fondo de Desempleo en virtud del mayor alcance de comprensión establecido por la presente ley, percibirá a la cesación de la relación laboral, además del Fondo de Desempleo que le corresponda, cuando fuera dispuesta por el empleador sin causa, una reparación pecuniaria por aquel período, equivalente a un (1) mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres (3) meses trabajados con anterioridad a dichas leyes, tomando como base la remuneración calculada según lo establece el segundo párrafo del artículo 15. Dicha base no podrá exceder del equivalente a tres (3) veces el importe mensual del salario mínimo vital vigente al tiempo de la extinción de la relación. El importe de esta indemnización en ningún caso podrá ser inferior a dos (2) sueldos calculados de acuerdo al sistema del párrafo anterior.

Art. 35. — Las disposiciones de esta Ley son de orden público y excluyen las contenidas en la Ley de Contrato de Trabajo en cuanto se refieran a aspectos de la relación laboral contempladas en la presente ley.

En lo demás, aquélla será de aplicación en todo lo que resulte compatible y no se oponga a la naturaleza y modalidades de este régimen jurídico específico.

• Comentario:

16. Régimen especial y compatibilidad con la Ley de Contrato de Trabajo

El art. 35 de la ley 22.250 caracteriza las normas del presente cuerpo legal como de orden público, excluyendo así al régimen general (LCT), cuando se refieran a aspectos de la relación laboral contempladas en aquélla.

El estatuto de los trabajadores de la industria de la construcción se constituye como un régimen legal especial que prevalece sobre el régimen general en todo aquello que esté contemplado y regulado en él, pero se nutre de los principios y fines que inspiran el Derecho del Trabajo del cual forma parte. La aplicación subsidiaria y complementaria de la Ley de Contrato de Trabajo, previo juicio de compatibilidad jurídica y fáctica, en todo aquello que no esté regulado por el régimen especial y en tanto la aplicación de la normativa general resulte compatible con la naturaleza y modalidades de la actividad(19).

Por otra parte, otro sector de la doctrina sostiene que el régimen del personal de la construcción está integrado no sólo por la normativa especial, sino también por aquellas normas de la LCT que cumplan con las reglas de compatibilidad y mayor favorabilidad hacia los trabajadores(20).

17. Jurisprudencia

Ley 22.250. Aspectos no contemplados. Aplicabilidad subsidiaria de las normas de la LCT

"La construcción es una actividad regulada por normas especiales y puede ser aplicable el régimen de la LCT en todos los aspectos no contemplados en la ley 22.250, es decir siempre y cuando las normas no resulten incompatibles con las de su propio régimen. En ese sentido, en el caso, la accionada pretende que se tenga por acreditado el pago en base a las constancias registrales evaluadas por el perito, y como es sabido, tales registros son unilateralmente llevados por la empresa sin control ni anuencia del dependiente, por lo que no prueban en contra de este; el pago se prueba exclusivamente mediante los pertinentes recibos, tal como lo dispone el art. 138, LCT".

CNTrab., sala VI, 16/12/2011, "Bordon, Carlos Alberto c. Pasgra SA", expte. 9977/09, sent. def. 63.561.

Operatividad de la presunción contenida en el art. 23, LCT

"La presunción establecida en el art. 23, LCT resulta aplicable en el estatuto de los trabajadores de la industria de la construcción, ya que si bien éste constituye un régimen legal especial que prevalece sobre la normativa general en todo lo que específicamente regula, también abreva en los principios y fines del derecho del trabajo y admite —de conformidad con lo dispuesto en el art. 2º, LCT y art. 35, ley 22.250— la aplicación subsidiaria y complementaria de la LCT, previo juicio de compatibilidad jurídica y fáctica, en todo aquello que no esté regulado por el régimen especial y en tanto la aplicación de la normativa general resulte compatible con la naturaleza y modalidades de la actividad".

CNTrab., sala II, 11/12/2007, "López, Jorge Francisco c. FGC Construcciones SRL y otros", sent. def. 95.454.

Incompatibilidad del art. 212, LCT

"El art. 212, LCT no es compatible con el régimen de la Ley 22.250, que no tiene un sistema indemnizatorio por despido, y cuyo art. 35 excluye la aplicación de las disposiciones de la Ley de Contrato de Trabajo en cuanto se refiere a aspectos de la relación laboral contemplados en la Ley especial y la autoriza sólo si resulta compatible y no se opone a la naturaleza y modalidades de ese régimen".

CNTrab., sala VI, 29/11/1985, "Coria, Celedonio E. c. S.C.A.C. Sociedad Cementos Armados Centrifugados SA", DT, 1986-A-345; DJ, 1986-II-236; LLAR/JUR/1076/1985.

Reclamo judicial con sustento en la Ley de Contrato de Trabajo. Relación bajo órbita ley 22.250

"Si el trabajador reclamó con fundamento en la Ley de Contrato de Trabajo y no prosperó, a falta de planteos subsidiarios o acumulativos no corresponde fallar extra petita reconociendo el derecho a percibir sumas de dinero no reclamadas, por ello resulta improcedente la condena al pago de sumas en concepto de fondo de desempleo y multas por la ley 22.250".

CNTrab., sala II, 30/8/2012, "Rapari, Mariano Damián c. Construcciones Civiles Tecnisud SRL y otros s/despido", LLAR/JUR/45912/2012, DT, 2013 (marzo), 507.

Multa del art. 8º, ley 24.013. Compatibilidad con la ley 22.250

"La multa prevista en art. 8º de la Ley Nacional de Empleo, resulta aplicable a los trabajadores de la construcción, pues, al ser ésta una actividad regulada por normas especiales, se rige por las establecidas en la Ley de Contrato de Trabajo, siempre que no resulten incompatibles con su propio régimen, y en el caso de la normativa en cuestión aquella tiene diverso objeto que el previsto en los arts. 18 y 19 del estatuto especial de los empleados de la construcción —ley 22.250—".

CNTrab., sala I, 13/6/2011, "García Melgarejo, Estanislao c. Urbaco SRL s/despido", DT, 2011 (octubre), 2637; DJ del 21/12/2011, 64; LL AR/JUR/32704/2011.

Multa del art. 15ºley 24.013. Compatibilidad con la ley 22.250

Si bien algunos institutos resultan incompatibles con el régimen de la ley 22.250 —como el preaviso, el despido, la integración del mes de la cesantía y lo dispuesto en el art. 212— por regla general el conjunto de las disposiciones del régimen legal general de la LCT son de aplicación supletoria a los trabajadores regidos por un estatuto especial como el que rige a la actividad de la construcción en la medida en que resulten compatibles según el art. 2º. Más aún, cuando el art. 5º del decreto reglamentario 2725/91 dispone expresamente que la duplicación a la que se refiere esta norma —en el caso de los trabajadores comprendidos en el régimen legal de la industria de la construcción— consistirá en el pago por el empleador de una suma igual a la que correspondiere al trabajador en concepto del Fondo de Cese Laboral.

CNTrab., sala X, 22/8/2016, "Jerez Juan Norberto c. Nordelta S.A. y otros s/Despido".

Art. 36. — La percepción del Fondo de Desempleo no excluye el derecho a las indemnizaciones y beneficios establecidos en la presente ley.

Art. 37. — Esta Ley se aplicará de oficio con todos los juicios pendientes de sentencia definitiva a la fecha de su entrada en vigencia.

Art. 38. — Los testimonios o certificados expedidos por Registro Nacional de la Industria de la Construcción revestirán el carácter de título ejecutivo para el cobro de las sumas adeudadas, en concepto de aranceles, multas e intereses devengados.

Regirá el procedimiento de ejecución fiscal, una vez cumplidas las instancias administrativas correspondientes.

Art. 39. — Derógase las Leyes 17.258, 17.392, 18.062 y 20.059 y sus normas reglamentarias y complementarias.

Art. 40. — Esta Ley entrará en vigencia al día siguiente de su publicación debiendo proceder el Poder Ejecutivo Nacional a reglamentarla dentro de los noventa (90) días.

Art. 41. — Comuníquese, publíquese, dése a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese. VIDELA.— Llamil Reston.— Alberto Rodríguez Varela.— José A. Martínez de Hoz.

Decreto 1342/1981

Art. 1º — (Artículo 3, párrafo segundo, de la ley) Se considerará como fecha de iniciación de la actividad como empleador de la industria de la construcción, la coincidente con el día en que procedió a celebrar el primer contrato laboral con uno o más trabajadores afectados al Régimen, con prescindencia de toda otra relacionada con la constitución de sociedad o iniciación de su funcionamiento administrativo o celebración de contratos de ejecución de obras sin comienzo de las mismas.

Art. 2º — (Artículo 5 de la ley) La representación del Registro Nacional de la Industria de la Construcción en el interior del país, hasta tanto se apruebe la estructura orgánico-funcional prevista por el art. 6º, inc. i) de la Ley y asuman sus funciones sus agentes zonales, será ejercida por las Delegaciones Regionales del Ministerio de Trabajo de la Nación.

Art. 3º — (Artículo 6, inciso k) de la ley) La Libreta de Aportes representará la constancia fehaciente de la inscripción del trabajador en el Registro Nacional de la Industria de la Construcción.

Art. 4º — (Artículo 13, párrafo primero, de la ley) La Libreta de Aportes deberá consignar:

1) Los datos de identidad, filiación y domicilio del trabajador.

2) Las constancias del número y de la fecha de inscripción del trabajador, otorgadas por el Registro Nacional de la Industria de la Construcción.

3) Las anotaciones correspondientes a los sucesivos contratos laborales celebrados con empleadores de la industria de la construcción.

4) Las registraciones de las imposiciones efectuadas para el Fondo de Desempleo asentadas por el banco interviniente a la finalización de cada uno de los contratos celebrados.

El Registro Nacional de la Industria de la Construcción y el Banco Central de la República Argentina, por acuerdo directo y de conformidad con las necesidades a satisfacer, establecerán el formato, diagramación, características de las emisiones de las Libretas de Aportes y demás recaudos.

Art. 5º — (Artículo 15 de la ley) El aporte previsto por este artículo no se practicará sobre las sumas correspondientes al sueldo anual complementario, recargos legales sobre horas suplementarias e indemnizaciones de cualquier naturaleza.

Art. 6º — (Artículo 16 de la ley) En el caso que el día quince (15) del mes de que se trate recayera en fecha no hábil bancaria, los depósitos podrán concretarse en el primer día hábil siguiente a tal fecha.

Art. 7º — (Artículo 17 de la ley) El trabajador dispondrá del Fondo de Desempleo cualquiera fuere la causa del cese de la relación laboral.

El Fondo de Desempleo deberá ser puesto a disposición del trabajador dentro del término establecido en este artículo, en la plaza bancaria donde tuvo ejecución el pertinente contrato laboral o, en su defecto, en la más cercana existente.

Art. 8º — (Artículo 20, párrafo primero, de la ley) El empleador procederá a depositar la Libreta de Aportes, no retirada por el trabajador, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes de producido el vencimiento del plazo de intimación, en la sede central del Registro Nacional de la Industria de la Construcción o en la de la representación zonal del mismo en el interior del país, enviándola por pieza certificada o por entrega directa, con las registraciones bancarias de rigor y con copia de la intimación realizada.

Art. 9º — (Artículo 20, párrafo segundo, y art. 24, párrafo segundo, de la ley) EL Registro Nacional de la Industria de la Construcción procederá a remitir al Consejo Nacional de Educación Técnica las Libretas de Aportes que los empleadores le depositen, con la certificación del vencimiento del plazo de veinticuatro (24) meses establecido por los artículos citados.

Art. 10. — (Artículo 21, párrafo primero, de la ley) La parte de la remuneración que fuere variable, se liquidará teniendo en cuenta el promedio de lo percibido en los últimos tres (3) meses o durante todo el lapso de prestación si fuere inferior.

Art. 11. — (Artículo 23 de la ley) El trabajador podrá designar ante el empleador una persona para que cuando ocurra su fallecimiento reciba la Libreta de Aportes.

Se considerarán cumplimentadas las exigencias legales respecto del empleador cuando éste entregare la Libreta de Aportes —previa acreditación del fallecimiento y del vínculo al cónyuge—, descendiente o ascendiente que se hubiere presentado o a la persona designada para el recibo de la misma o a la citada en el art. 248 del Régimen de Contrato de Trabajo, en su caso.

En el supuesto de duda sobre la persona a la que le corresponde recibir la Libreta de Aportes, el empleador procederá a depositarla en el Registro Nacional de la Industria de la Construcción de acuerdo con lo fijado por el art. 12 del presente decreto.

El banco respectivo procederá a efectivizar el pago ante la acreditación del fallecimiento y del vínculo respectivo por parte del cónyuge, descendiente o ascendiente o por la persona referida en el art. 248 del Régimen de Contrato de Trabajo.

Si existiere duda sobre la persona que debe recibir el Fondo de Desempleo, el banco deberá consignar judicialmente el importe a pagar.

Art. 12. — (Artículo 24, párrafo primero, de la ley) El empleador procederá a depositar la Libreta de Aportes no retirada por el cónyuge, descendiente, ascendiente o por la persona autorizada para recibirla o por la mencionada por el art. 248 del Régimen de Contrato de Trabajo, en la sede central del Registro Nacional de la Industria de la Construcción o en la de la representación zonal del mismo en el interior del país, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes de producido el vencimiento del plazo de sesenta (60) días hábiles del fallecimiento del trabajador, enviándola por pieza certificada o por entrega directa, con las registraciones bancarias de rigor.

Art. 13. — (Artículo 25, párrafo tercero, de la ley) El importe que deberá liquidarse como recargo será el equivalente a la suma ya devengada o percibida por cada uno de los días de descanso trabajados.

Art. 14. — (Artículo 29 de la ley) Se considerará constancia fehaciente el ejemplar de la boleta de depósito del aporte destinado al trabajador, debidamente conformada por la institución bancaria.

EL Registro Nacional de la Industria de la Construcción y el Banco Central de la República Argentina, por acuerdo directo y de conformidad con las necesidades a satisfacer, podrán establecer cualquier otro tipo de constancia en reemplazo de la mencionada, que reúna las exigencias establecidas por la ley.

Art. 15. — (Artículo 30 de la ley) El procedimiento de incrementación determinado en el párrafo primero, será de aplicación cuando la regularización del aporte al Fondo de Desempleo o de la contribución para el Registro Nacional de la Industria de la Construcción, se efectivice dentro de los primeros quince (15) días de un mes calendario.

En el caso en que se efectúe fuera de ese lapso, corresponderá complementar el mecanismo de actualización indicado, con el establecido en el segundo párrafo; en este supuesto, la suma adeudada será objeto de incrementación en la medida de la variación del índice oficial de precios mayoristas nivel general del Instituto Nacional de Estadística y Censos o del que lo reemplazare, experimentada entre el mes precedente al del anterior al que debió concretarse el depósito o el pago y el anterior a aquél en el que el mismo se realice.

Art. 16. — (Artículo 32 de la ley) El requerimiento de la constancia de inscripción en el Registro Nacional de la Industria de la Construcción, procederá únicamente cuando los contratistas o subcontratistas configuren la calidad de empleador de la industria de la construcción.

Art. 17. — (Artículo 33 de la ley) Para los casos de presentación voluntaria tardía previstos por los incs. b) y c), los incrementos de aranceles con cuantías graduadas en forma creciente en razón de períodos de tiempo transcurridos, serán establecidos por el Registro Nacional de la Industria de la Construcción dentro de las siguientes limitaciones:

1) Cuando la presentación tardía se realice dentro de los quince (15) días hábiles posteriores al vencimiento del término fijado por el art. 3º de la ley, se pagará un incremento que no exceda el cincuenta por ciento (50%) de la remuneración básica diaria correspondiente a la categoría de oficial albañil por cada trabajador que tenga a sus órdenes en el caso encuadrado en el inciso b) o por cada trabajador en infracción para los supuestos del inciso c).

2) Cuando la presentación tardía se realice dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al vencimiento del período de tiempo fijado por el inciso anterior se pagará un incremento que no exceda el cien por ciento (100%) de la remuneración básica diaria mencionada.

Carecerá de validez la presentación voluntaria tardía cuando ésta se realice vencido el plazo máximo indicado en el inciso anterior o luego de iniciada cualquier actuación administrativa dirigida a la constatación del cumplimiento de la ley.

La instrucción de los sumarios y la aplicación de las sanciones respectivas a tenor de lo dispuesto por este artículo serán cumplidas por la Dirección Nacional Policía del Trabajo y por la Dirección Nacional Delegaciones Regionales, de acuerdo con sus pertinentes misión y funciones, observando el procedimiento establecido por la Ley Nº 18.695, modificada por las Leyes 20.554, 20 555 y 22.052.

Con relación al inciso d) el régimen de sanciones a aplicar será el fijado por la Ley Nº 18.694, modificada por las Leyes 20.555, 20 556 y 22.052.

Art. 18. — (Artículo 34 de la ley) La reparación pecuniaria prevista en este artículo de la ley, opera cuando el cese de la relación laboral es dispuesto sin causa por el empleador y está referida a los lapsos corridos con anterioridad a la vigencia de la Ley Nº 17.258 y de la Ley Nº 22.250, respectivamente.

La parte de la remuneración que fuere variable, se liquidará de acuerdo a lo establecido por el art. 10 del presente.

El Fondo de Desempleo reglado por las Leyes 17.258 y 22.250, deberá ser percibido por el trabajador cualquiera fuere la causa del cese de la relación laboral.

Art. 19. — El presente decreto entrará en vigencia a los veinte (20) días corridos contados a partir del día siguiente de la fecha de su publicación en el Boletín Oficial.

Art. 20. — Comuníquese, publíquese, dése a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese.— Viola.— Julio C. Porcile.— Lorenzo Sigaut.— Amadeo R. Frúgoli.

• Comentario:

El dec. 1342/1981 fue dictado al año siguiente de la entrada en vigencia de la ley 22.250. Este decreto reglamenta distintos aspectos del estatuto de los trabajadores de la construcción, en especial aquellos inherentes a las formalidades administrativas extrínsecas que revisten las contrataciones celebradas en el ámbito de aplicación de este régimen estatutario.

Se regulan así aspectos relativos a la libreta de aportes que debe entregarse al trabajador y su contenido, los aspectos formales de la inscripción de los empleadores de la industria de la construcción, las consecuencias del retiro o no de la libreta por parte del trabajador, entre otros.

El sistema de los aportes al fondo de Cese Laboral, como la instrumentalización de la libreta donde constan dichos aportes, fue abordado con profundidad por el decreto reglamentario.

En una suerte de declaración de principios el art. 3º del decreto aclara indubitadamente que la "Libreta de Aportes representará la constancia fehaciente de la inscripción del trabajador en el Registro Nacional de la Industria de la Construcción".

Asimismo, en orden a la brevedad se advierte que reiterados artículos del decreto fueron incorporados a los comentarios respectivos de las normas que reglamentan. Así sucede con el art. 4º (que establece los datos consignables en la Libreta de Aportes), que fue comentado en el punto III del presente trabajo. Al punto IV, relativo al Fondo de Cese Laboral, se incorporaron los arts. 5º y 7º, sobre los rubros salariales alcanzados por el aporte obligatorio y el derecho al cobro del fondo indiferentemente de la causa de extinción del vínculo.

En el punto VI se incorporaron aquellos artículos que reglamentan cuestiones relativas a los derechos y obligaciones estipulados en el estatuto de trabajadores de la construcción (arts. 8º y 10, punto 6.1, y art. 11, punto 6.2).

Por último, en otro aspecto relevante del decreto, en el art. 17 se fijan las pautas que el IERIC —bajo su anterior designación RNIC— deberá tomar en cuenta para los incrementos de aranceles con cuantías graduadas en forma creciente, en razón de períodos de tiempo transcurridos, en los casos de presentación voluntaria tardía previstos por los incs. b) y c) del art. 33 de la ley 22.250, todo ello comentado en el punto VIII del presente.

Sección XII - Jugadores y Árbitros de fútbol profesional (ley 20.160 y dec. 1594/1974). Por J. Facundo Rodríguez Ponte

• Normas aplicables: Ley 20.160: arts. 1º al 29.

Art. 1º — La relación jurídica que vincula a las entidades deportivas con quienes se dediquen a la práctica del fútbol como profesión, de acuerdo a la calificación que al respecto haga el Poder Ejecutivo, se regirá por las disposiciones de la presente ley y por el contrato que las partes suscriban. Subsidiariamente se aplicará la legislación laboral vigente que resulte compatible con las características de la actividad deportiva.

Art. 2º — Habrá contrato válido a los fines de la presente ley cuando una parte se obligue por tiempo indeterminado a jugar al fútbol integrando equipos de una entidad y ésta a acordarle por ello una retribución en dinero.

Art. 3º — La convención entre club y jugador se formalizará mediante contrato escrito en 5 ejemplares de un mismo tenor que corresponderán 1 para su inscripción en el registro a crearse en el Ministerio de Bienestar Social; 1 para la: asociación a la cual la entidad deportiva está directamente afiliada, 1 para la entidad gremial representativa de los jugadores; 1 para el club contratante y 1 para el jugador contratado. Los contratos se extenderán en formularios uniformes que proveerá la asociación, previamente aprobados por el Ministerio de Bienestar Social. En el acto de suscribirse el contrato, deberá entregarse al jugador el ejemplar que le corresponde. El club dentro del plazo máximo de 1 0 días contados a partir de la fecha del contrato, deberá presentar a la respectiva asociación los 4 ejemplares restantes para que ésta efectúe el correspondiente registro y encargarse de entregar, una vez efectuado aquél, uno a la entidad gremial representativa de los jugadores y otro al club contratante. El jugador deberá, dentro del mismo plazo de 10 días de la fecha del contrato, presentar a la asociación el ejemplar del contrato en su poder para que se certifique su registro o, en su defecto, sea registrado. El incumplimiento por una de las partes de la obligación de presentar los respectivos ejemplares del contrato en la asociación dentro del plazo establecido anteriormente, no invalida la vigencia del contrato registrado por la otra. La falta de inscripción en el término establecido hará devengar una multa diaria equivalente al 3 % de la retribución mensual del jugador, que ingresará al Fondo Nacional del Deporte (ley 18.247) y estará a cargo de quien fuere responsable de la omisión. El registro del contrato en la asociación, efectuado dentro del período que establezca la misma, comporta la habilitación del jugador para integrar los equipos del club contratante y la aceptación del mismo de todas las disposiciones reglamentarias de la asociación, en cuanto no se opongan al presente estatuto, como reguladores de sus relaciones deportivas en el club. Será nulo de nulidad absoluta cualquier contrato o convención que modifique, altere o desvirtúe el contenido del registrado en el Ministerio de Bienestar Social.

Art. 4º — No se registrará contrato alguno que no se ajuste a las disposiciones del presente estatuto y las reglamentaciones deportivas nacionales e internacionales en tanto éstas no se opongan al mismo. El contrato que, no obstante fuere registrado por error, será considerado nulo a todos los efectos.

Art. 5º — En el contrato se deberá establecer en forma clara y precisa el monto discriminatorio de la remuneración que el jugador percibirá en concepto de:

a) sueldo mensual;

b) premio por punto ganado en partido oficial;

c) premio por partido amistoso ganado o empatado;

d) premio por clasificación en los certámenes o torneos nacionales o internacionales en que participe o pueda participar el club contratante.

El monto de la remuneración mensual, incluido sueldo y premios, no podrá ser inferior al salario mínimo y móvil vigente en cada momento.

• Comentario:

1. Definición(1)

Corresponde señalar que la práctica del fútbol se rige por las disposiciones emergentes de la ley 20.160 (B.O. del 23/2/1973) y vincula a las entidades deportivas con los futbolistas a través de los contratos que estas partes suscriben, por el Convenio Colectivo de Trabajo 557/2009 y, subsidiariamente, por la legislación laboral general en todo aquello que resulte compatible con las características de la actividad deportiva (cfr. art. 2º).

Se entiende por jugador profesional aquél que se obligue, por tiempo determinado, a jugar al fútbol integrando un equipo de una entidad deportiva a cambio de una retribución en dinero (art. 2º, ley 20.160)(2).

Una mayor precisión en la definición del futbolista profesional puede obtenerse del texto del art. 2º del CCT 557/09, que considera a tal aquella persona que se obliga por tiempo determinado a jugar al fútbol integrando equipos de una entidad deportiva que participa en torneos profesionales, a cambio de una remuneración.

2. Forma y prueba del contrato(3)

Cuando nos referimos al futbolista profesional, en lo que respecta a la forma del contrato de trabajo que rige su relación con las asociaciones, corresponde precisar que se trata de un contrato a plazo fijo con posibilidades de prórroga pero adquiere características particulares que lo diferencian del contrato de plazo fijo regulado en la LCT.

La similitud respecto del contrato a plazo fijo, corresponde analizarla en el marco de lo breve que es la "vida útil" del jugador de fútbol, expresión que debe entenderse en orden a la capacidad deportiva con la que cuenta y sobre la que influye el paso del tiempo y las vicisitudes que pueden afectar su salud y su estado físico. El deportista se encuentra mucho más interesado en que el ordenamiento le acuerde facilidades para tener buena movilidad contractual, es decir, para poder contratar diversos empleadores, por un tiempo no demasiado prolongado, que en contar con la estabilidad en el empleo. De hecho, la celebración de diversos contratos suele reportar importantes beneficios económicos, por lo que queda la estabilidad en el empleo en un segundo plano, hasta la última etapa de la vida deportiva en que cobra mayor interés(4).

Dadas las características peculiares que presentan los contratos de los jugadores de fútbol aparecen diferentes problemas con la firma de los mismos que generan diversos planteos ya sea el caso cuando no se suscribe nunca un contrato, y qué pasa si los contratos, o sus cláusulas, son nulas. Estas cuestiones siempre se deben solucionar a la luz de la teoría de la relación de trabajo, y las prestaciones comprometidas con el jugador deben ser dejadas al margen de las consecuencias que la práctica del deporte sin contrato suscripto pueda acarrear al club en su relación dentro de la federación nacional(5).

Confalonieri explica que no se trata de un contrato de trabajo de grupo o equipo aunque exista la necesidad de que la tarea se cumpla en común y ello porque, a su entender, existe una diferencia fundamental entre el trabajo futbolístico y la modalidad contemplada por los arts. 47 y 101 de la LCT: en el contrato de grupo el empleador contrata con un equipo ya formado por quienes lo integran o que formará el jefe delegado o representante, mientras que en el caso de la actividad futbolística profesional, el club empleador no contrata con el equipo ni con un representante sino que va formalizando cada contrato individual por separado hasta completar el equipo o grupo para lo cual puede o no seguir las sugerencias o indicaciones de un empleado dependiente del mismo club denominado director técnico. En concreto, la diferencia está, pues, en que la entidad empleadora no celebra el contrato con un grupo plantel o equipo, sino con cada futbolista individualmente. La similitud radica en que una vez formado el equipo por el club el trabajo debe realizarse en común, lo mismo que en el contrato de trabajo de grupo(6).

Un tema clave a la hora de revisar el contrato entre el futbolista y el Club es determinar la competencia territorial. Para ello se debe analizar en qué lugar generó efectos, es decir en qué lugar (Club) se desempeñó el jugador. Frente a este interrogante nuestro art. 3º de la Ley de Contrato de Trabajo, sienta el principio de territorialidad que ha de regir a las relaciones laborales y, sienta el criterio de aplicar esa ley a todas las relaciones que se ejecuten en el territorio argentino. Esta regla resulta aplicable, ya que el estatuto profesional (ley 20.160), en su art. 1º, al referirse a la legislación que regulará los contratos de trabajo y las relaciones derivadas de la profesión de futbolista profesional, nada dice respecto de la territorialidad y autoriza la aplicación subsidiaria de la legislación laboral vigente que resulte compatible con las características de la actividad deportiva(7).

3. Registro del contrato(8)

Los arts. 3º y 5º del estatuto establecen que el contrato debe formalizarse por escrito e inscribirse en un registro especial, si no se cumple con este requisito la única consecuencia que puede acarrear es que no pueda el jugador participar de los torneos organizados por la AFA, pero de ninguna manera puede entenderse que dicha omisión implique la nulidad del acuerdo cuando éste favorezca al trabajador pues todo el derecho protectorio, y en especial su sistema de nulidades, está dirigido a resguardar los derechos del dependiente frente a su empleador(9).

Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, debe tenerse en cuenta que la inscripción del jugador de fútbol profesional por parte del club implica una expresión de compromiso por parte del mismo para el normal desarrollo de la relación laboral(10).

En este sentido Pirolo concluyó que la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, a través del fallo plenario nro. 125, dictado el 15/10/1969, en los autos "Ruíz, Silvio R. c. Club Atlético Platense", dejó sin efecto la doctrina sentada en un plenario anterior —en el que se había expedido en sentido contrario (Acuerdo Plenario nro. 18 "Vaghi")— y estableció que el jugador de fútbol y el club que utiliza sus servicios se encuentran vinculados por un contrato de trabajo. El fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictado en las actuaciones caratuladas "Battilana, Ricardo I. y otros c. Club Atlético Nueva Chicago", del 7/6/1977, es relevante pues deja en claro que la determinación de la existencia o no de relación laboral entre los jugadores de fútbol y el club al que pertenecen y la naturaleza del plazo fijado por el art. 6º de la ley 20.160 para el pago de las remuneración allí establecidas, debe efectuarse por los jueces que entienden en la causa y no resulta revisable a través de la instancia extraordinaria(11).

4. Nacionalidad

Si bien el estatuto no contiene disposiciones específicas referidas a la nacionalidad de los futbolistas que se desempeñan en nuestro país, si lo hace el Convenio Colectivo 557/09 en su art. 31(12). Esta cuestión hace a ciertas formalidades que deben respetarse en lo que respecta a este particular contrato que comentamos, ya que se establece como límite máximo de cuatro futbolistas extranjeros.

Este límite debe ser abordado desde dos aristas diferentes. Lo primero es el objetivo primordial que se buscó a través del CCT: garantizar que los futbolistas nacionales tengan su lugar en los diferentes clubes y que, en una búsqueda desesperada por parte de los clubes de buscar el éxito deportivo, éstos dejen de lado a los futbolistas formados en las divisiones inferiores de las diferentes entidades deportivas. Otra de las aristas es la excepción al límite que plantea el propio art. 31 del CCT en cuanto señala que no se computará como jugador extranjero aquel futbolista que siempre hubiere actuando en divisiones inferiores por un período no menor de cuatro años y que, al cumplir los veintiún años de edad, deberá ofrecérsele su primer contrato.

En este sentido sobre los límites de nacionalidad que establece el Estatuto Confalonieri expresa que exigir ser argentino para poder desempeñarse como futbolista profesional sería violatorio del Preámbulo y los arts. 14, 14 bis, 16 y 20 de la Constitución Nacional y agrega que además sería violatorio del régimen laboral común, que prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivos de nacionalidad. En el ámbito internacional, y hasta el caso "Bosman" (15/12/1995), existía una similar restricción en Europa, pero el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró la ilegalidad del cupo de extranjeros cuando se trata de jugadores nacionales de países miembros de la Unión Europea(13).

5. Jurisprudencia

Definición de futbolista profesional

"Características. Si bien la ley 20.160 (Adla, XXXIII­A, 298), no contiene una definición de futbolista profesional, de alguna manera en su art. 2º dice que es la persona física que se obliga a jugar al fútbol integrando equipos de una entidad deportiva, a cambio de una retribución en dinero, la atribución de la calidad del profesional de un futbolista no queda librada al sólo arbitrio de la entidad en que se desempeña, siendo indiferente que tenga o no contrato registrado".

TTrab. nro. 3, Mar del Plata, 15/10/1998, "Sosa, Marcelo A. c. Club Atlético San Lorenzo", LLBA, 1999-85; LLAR/JUR/3292/1998.

Prueba del contrato

"El jugador profesional de fútbol y la entidad que utiliza sus servicios se encuentran vinculados por un contrato de trabajo".

CNTrab., en pleno, 15/10/1969, "Ruiz, Silvio R. c. Club Atlético Platense", LA LEY, 136-440, LLAR/JUR/106/1969.

Cuestión de hecho

"Lo discutido en autos -existencia o no de la relación laboral entre los jugadores profesionales de fútbol y el club al que pertenecen y naturaleza del plazo fijado por el art. 6º de la ley 20.160 (Adla, XXXVIII-A, 298), para el pago de las remuneraciones allí previstas- remite al análisis e interpretación de cuestiones de hecho, prueba y derecho común y procesal de los jueces de la causa y no revisable en la instancia extraordinaria; máxime cuando en el caso no ha mediado tacha de arbitrariedad que autorice a la Corte a conocer de tales extremos".

CSJN, 7/6/1977, "Battilana, Ricardo I. y otros c. Club Atlético Nueva Chicago", LLAR/JUR/756/1977.

Carácter dependiente del futbolista

"El futbolista que preste servicios para un club en las condiciones establecidas por los art. 21 y 22 de la Ley de Contrato de Trabajo (Adla, XXXIV-D, 3207; XXXVI-B, 1175) debe ser considerado trabajador dependiente y, por ende, futbolista profesional sujeto a la protección del estatuto especial, del convenio colectivo de trabajo y de la ley laboral común. La simple circunstancia de que no se registre su contratación tiene, como efecto primordial, que no se encuentre habilitado para actual como futbolista profesional en partidos oficiales en los equipos de la entidad contratante, pero no afecta sus derechos como trabajador dependiente".

CNTrab., sala I, 22/3/1993, "Lerose, Claudio F. c. Club Atlético Excursionistas Asociación Civil", DT, 1993-B-915; LLAR/JUR/2785/1993.

Cómputo del plazo

"Para establecer la fecha a partir de la cual comienza a regir el plazo previsto en el art. 6º del convenio colectivo de trabajo 430/75 debe estarse a las resoluciones que dicta la Asociación del Fútbol Argentino y que se publican en boletines especiales, de acuerdo a la organización del campeonato y a las fechas en que se disputarán los partidos".

CNTrab., sala I, 30/6/1995, "Asociación Atlética Argentinos Juniors c. Redondo, Fernando C.", DT, 1996-A-259; DJ, 1996-1-794; LLAR/JUR/461/1995.

Contratos privados complementarios. Prórroga del plazo original

"En el apartado segundo del convenio bajo análisis se ha establecido que en caso de que el jugador se desvinculara del club, por cualquier causa, no tendrá derecho a percibir la parte proporcional del Incremento por Resarcimiento Patrimonial correspondiente al período del contrato que reste cumplir desde la fecha de su desvinculación... de tal estipulación no se puede arribar a la inferencia que esgrime el recurrente ya que es evidente que la misma se encontró sujeta a la forma en que se conviniera hacer efectivo su pago, y la circunstancia de que se acordara la pérdida del derecho al cobro de la parte proporcional del beneficio en caso de extinción del vínculo anterior al vencimiento del contrato, no necesariamente implicaba el reconocimiento del derecho al cobro de una suma igual por cada eventual prórroga posterior, por lo que aún no soslayando que evidentemente la pauta temporal considerada al tiempo de la contratación ha sido la involucrada en el contrato reglamentario de la relación deportivo-laboral, al no haberse estipulado en forma expresa pago de concepto alguno en caso de que la entidad deportiva hiciere uso de las opciones de prórroga acordadas, cabría caracterizar al "Incremento por Resarcimiento Patrimonial" como un concepto global y único, comprensivo de la totalidad de los períodos comprendidos en el contrato, lo que involucraba sus eventuales prórrogas. La dificultad de la cuestión estriba en que se trata de un concepto no regulado normativamente ni en el estatuto ni en el convenio colectivo de trabajo sin que tampoco emerja de la voluntad exclusiva e individual de los contratantes, y en la especie no se ha acreditado que hubiere sido una práctica pacífica y uniforme la periodicidad invocada... En el particular caso que se somete a consideración el club y el futbolista no subordinaron el derecho a prorrogar el contrato a ninguna condición (facultad reconocida a las partes contratantes en el art. 6º de la CCT 430/1975 ver fs. 94). En tal sentido, Barbieri en su obra "Fútbol y Derecho" (Ed. Universidad, p. 134) ha señalado que generalmente, paralelamente a la suscripción de los instrumentos suministrados por la AFA, se conforman entre las partes contratos de trabajo "privados" que no se inscriben en dicha Asociación, en los que se pactan libremente cuestiones remunerativas que la legislación no reconoce ni legisla, por lo que corresponde a la Justicia, interpretar dichos convenios particulares no registrados".

CNTrab., sala II, 1/6/2002, "Maisterra, Hernán Martín c. Club Atlético River Plate s/Cobro de salarios", La Ley online.

Deportista profesional. Jugador de fútbol. Duración del contrato

"El art. 12 de la ley 20.160 establece que el término de duración de los contratos de los jugadores de fútbol no podrá ser inferior a un año. Por ello, si en el caso concreto el contrato del actor comenzó el 1/8/1994, corresponde se le abone al mismo el salario del mes de julio de 1995 pues no se acompañó debidamente homologado el acuerdo al que llegaron la AFA y la entidad Futbolistas Argentinos agremiados en el sentido que todos los contratos finalizan con fecha 30 de junio pues en dicha fecha se abre el libro de pases".

CNTrab., sala III, 18/2/1998, "Sánchez, Julio c. Club Deportivo Armenio Asoc. Civil s/Cobro de salarios", La Ley online.

Deportista profesional. Jugador de fútbol. Convenios privados que modifican el contrato registrado

"La nulidad establecida en el art. 3º de la ley 20.160 está dirigida a proteger los derechos del trabajador anulando los convenios privados que modifiquen en su perjuicio el contrato registrado, pero teniendo por válidos aquellos que lo beneficien. En consecuencia, si el contrato original estaba registrado, no puede negársele validez al "convenio complementario" que beneficiaba al trabajador en tanto fijaba mejores remuneraciones".

CNTrab., sala X, 30/3/1999, "Primo, Daniel c. Asociación Atlética Argentinos Juniors s/Cobro de salarios", La Ley online.

Contrato privado. Ineficacia

"Conforme la legislación específica que regula la relación jurídica entre las entidades deportivas y los jugadores de fútbol profesional ­art. 3º, ley 20.160 (Adla, XXXIII­A, 298 y art. 8º de la convención colectiva 430/75)­ el invocado contrato "privado" o complementario que el actor pretende hacer valer resulta "nulo de nulidad absoluta" y en consecuencia las cláusulas convenidas en el mismo carecen de eficacia y validez legal, ya que dicha sanción es la prevista para cualquier contrato o convención entre las partes que modifique, altere o desvirtúe el contenido del registrado en el Ministerio de Bienestar Social (AFA)".

SC Buenos Aires, 6/10/1998, "Abramovich, Luis E. c. Racing Club Asociación Civil s. L. 66.908", LLBA, 1999-317.

Art. 6º — Las remuneraciones devengadas, incluidos sueldos y premios, deberán ser pagadas por el club dentro de los 10 días siguientes y corridos al vencimiento del mes que corresponda. Mensualmente los clubes estarán obligados a remitir a la asociación un informe detallado de las remuneraciones abonadas a sus jugadores, con indicación de los conceptos que las integren. El club que no pagare al jugador las remuneraciones devengadas correspondientes a 2 meses corridos será intimado a hacerlo a solicitud que el jugador formulará al club y a la asociación por escrito y con precisión del monto adeudado. La asociación dentro de las 72 horas de recibida la reclamación, intimará al club por telegrama colacionado a depositar en la Tesorería de la misma, dentro de los 10 días de notificado, el importe reclamado por el jugador. Si el club no justificase fehacientemente la improcedencia del reclamo del jugador o si no hiciere efectivo el depósito correspondiente dentro del término de la intimación, el jugador quedará automáticamente libre y el club obligado a pagar las remuneraciones devengadas reclamadas y las que hubiere tenido que percibir el jugador hasta la expiración del año corriente del contrato extinguido. Si la asociación omitiere efectuar la intimación dentro del plazo establecido, la entidad gremial reclamará su cumplimiento a la asociación, y ésta deberá, dentro de las 48 horas siguientes, efectuar la intimación. En su defecto, la asociación será solidariamente responsable por las sumas debidas, cuyo pago deberá efectuar dentro de los términos establecidos, si no el jugador quedará automáticamente libre.

Art. 7º — El jugador profesional de fútbol percibirá como sueldo anual complementario una suma equivalente a la doceava parte de los sueldos mensuales percibidos durante el año calendario, con exclusión de lo originado en premios por puntos, partidos o certámenes ganados, debiendo ser abonados en la oportunidad que disponga la legislación vigente.

Art. 8º — Durante la vigencia del contrato no se podrán abonar otras remuneraciones que las autorizadas por el presente estatuto y las establecidas en el propio contrato. El jugador no podrá reclamar premios especiales para o por su participación en determinados partidos, campeonatos y/o torneos cuando no estén específicamente establecidos en el contrato. En el supuesto que la entidad o el jugador infringiesen las disposiciones precedentes, la primera será pasible de una multa equivalente al décuplo de lo pagado en exceso y el jugador sancionado con la automática rescisión del contrato e inhabilitación deportiva por el término de 2 años.

Art. 9º — Las retribuciones que perciban contractualmente los jugadores de fútbol profesional, serán reajustadas anualmente a partir del 1 de enero. El porcentaje de aumento sobre sus rubros se establecerá de común acuerdo entre la asociación a la que las entidades contratantes se encuentran afiliadas y la asociación profesional con personaría gremial de la actividad antes del 10 de diciembre de cada año. En caso de discrepancia se elevarán las actuaciones al Ministerio de Trabajo quien dentro de los 10 días laudará en definitiva, siendo su fallo obligatorio para las partes. Toda modificación de las cláusulas económicas del contrato que excediera del porcentaje de aumento establecido, deberá ser registrada en la forma y bajo los mismos apercibimientos dispuestos en el art. 3. Si el equipo en el que el jugador presta sus servicios desciende de categoría, la entidad contratante podrá disminuirle la retribución mientras permanezca en la categoría inferior hasta en un 20 %, con límite en los valores fijados como salario, mínimo y vital. En el supuesto que el equipo en el que el jugador presta servicios ascienda de categoría, a partir del 1 de enero del año que comience la nueva temporada, las retribuciones del jugador serán bonificables en un 25%, con más los porcentajes de aumentos que se hubieren producido.

Art. 10. — El sueldo mensual del jugador, excluidos los premios por puntos, partidos o certámenes ganados, estará sujeto al pago de los aportes y contribuciones que establezcan las disposiciones legales para los trabajadores de la actividad privada en relación de dependencia.

• Comentario:

6. Remuneraciones(14)

La remuneración del futbolista profesional se conforma con un sueldo mensual, un premio por partido amistoso ganado o empatado, un premio por punto ganado en partido oficial y un premio por clasificar a torneos nacionales o internacionales en que participe la entidad deportiva.

Entre las partes también podrán acordar un "Incremento por Resarcimiento Patrimonial" conocido en la jerga como "prima" de contratación o de fichaje. En la práctica, al suscribirse o renovarse un contrato de trabajo, generalmente, se establece el monto que percibirá el trabajador "anualmente" por el hecho de suscribir ese contrato, pero tanto ello como la forma y el modo de pago de dicho rubro, depende de numerosos factores (fama profesional del futbolista, sus cualidades deportivas, su rendimiento en la temporada anterior, sus posibilidades de transferencia futura, su utilidad para el plantel profesional, etc.), pudiendo incluso hasta eliminarse la "prima" en ciertos casos(16). Surgen ciertas divergencias sobre el alcance y la periodicidad de la "prima" puntualmente cuando las partes prorrogan el contrato, es decir que no se trata de una renovación o de un nuevo contrato. En el caso de prórroga del contrato para determinar su alcance se deberá estar a la extensión pactada en el contrato registrado en la AFA en tanto que los casos de renovación o nuevo contrato conllevan la negociación de una nueva "prima".

También se establece en el art. 5º del estatuto un límite que se fija en el salario mínimo vital y móvil. Se establece que en el contrato se debe señalar el sueldo mensual y los premios. A la hora de hablar de la remuneración del futbolista profesional no podemos dejar de aludir a las primas que pueden considerarse como una especie de premio anual y que terminan ascendiendo a una suma superior a la remuneración mensual. Para saber si el salario mínimo vital y móvil se vio afectado a la baja, habrá que sumar ambos conceptos remuneratorios(17).

En este sentido el art. 6º del estatuto establece un plazo para el pago de las retribuciones que difiere del establecido por el art. 128, LCT pues determina que el salario debe ser pagado por el club dentro de los 10 días siguientes y corridos al vencimiento del mes que corresponda. Para el supuesto de que la entidad deportiva no pague en tiempo y forma previa puesta en mora por parte del jugador, éste podrá denunciar el contrato de trabajo, quedar libre y reclamar una indemnización con más los salarios devengados.

Por su parte el art. 7º anuncia que el cobro del sueldo anual complementario, que es el equivalente a la doceava parte de los sueldos mensuales percibidos durante el año calendario, excluye a los premios. En este sentido quedó establecido que los sueldos deben sumarse en su totalidad, es decir teniendo en cuenta a ese efecto los demás rubros remuneratorios devengados, como ser premios y prima y dividir el total en doce(18).

La mora en el caso de los premios corre al vencimiento de los cinco días subsiguientes al certamen o partido, y del sueldo anual complementario a la finalización de los días indicados por el art. 122, LCT(19).

En una clara violación al principio protectorio, el estatuto admite en el art. 9º la posibilidad de reducción de la remuneración "hasta en un 20% con límite en los valores fijados como salario, mínimo y vital" en caso de descenso de categoría.

Finalmente se establece como requisito previo al registro de los nuevos contratos en la Asociación del Fútbol Argentino la obligación, por parte del club, de acreditar el pago íntegro de los haberes, lo cual está impuesto en el art. 8º del Convenio Colectivo.

7. Jurisprudencia

Prima del futbolista. Contraprestación

"Aunque se pueda admitir que la prima pagada al futbolista, que tenía su pase libre para controlarlo a préstamo por un año, se trata de una contraprestación debida por el patrono como consecuencia del contrato de trabajo y constituya una ganancia para el trabajador, no puede ser encuadrada en la conceptualización que da el art. 103 del RCT (Adla, XXXIV-D, 3207; XXXVI-B, 1175), porque no es debida por la prestación de servicios —que hace a la relación de trabajo— sino que la simple contratación, a punto que sería debida, aunque las partes no hubieran realizado los actos necesarios como para que el contrato se convirtiera en relación una vez cumplida la condición del art. 3º —examen de salud—. Se trata de una prima que se abona al jugador, a consecuencia de su pase que debe ser encuadrado en el concepto de prestación no salarial, porque no es debido por el hecho de la prestación de servicios sino por la compra o alquiler del contrato a quien posee la disposición jurídica del bien".

CNTrab., sala IV, 30/9/1982, "Asociación Atlética Argentinos Juniors c. Pagnanini, Rubén y otro", LLAR/JUR/2180/1982.

Premios y primas. Inclusión en el ingreso base

"Los premios y las primas como contraprestación de los servicios prestados por la condición del actor de jugador de fútbol para el club demandado, deben estar incluidos a los efectos del ingreso base tomado para calcular la indemnización debida por un accidente de trabajo, pues si bien aquél tiene un régimen especial por la especificidad de sus tareas, no es un sujeto ajeno al derecho del trabajo y junto a su empleador se encuentra absolutamente inmerso en la normativa general e institucional de la Ley de Contrato de Trabajo".

CNTrab., sala VII, 11/3/2005, "Berti, Alfredo J. c. Asociación Civil Club Atlético Boca Juniors", LLAR/JUR/1724/2005.

Suma abonada por partido. Desempeño del jugador por cada partido

"No media incumplimiento del club demandado que justifique el despido indirecto del jugador profesional de fútbol, ni deuda por créditos insatisfechos debido a la forma en que satisfizo la remuneración, ya que la cláusula por la que se obligó a abonarle cierta suma por "partido jugado" debe interpretarse en el sentido de que tal derecho estaba limitado al desempeño efectivo del jugador en cada partido y a las excepciones allí previstas —también cobraba cuando estuviere lesionado, expulsado, suspendido o citado para integrar la selección nacional—, pues si la intención hubiese sido otorgar dicha suma por cada partido oficial disputado por el club, hubiera bastado con referir la adquisición de la remuneración a cada fecha de los torneos oficiales y a cada partido amistoso (de la sentencia de segunda instancia)".

CNTrab., sala VII, 12/3/2002, "Caniggia, Claudio P. c. Asociación Civil Club Atlético Boca Juniors", LA LEY, 2003-F, 32, LLAR/JUR/6190/2002.

Premio por torneo clausura. Procedencia

"Cabe confirmar la resolución que condenó a un club de fútbol al pago del premio de un torneo clausura, aunque el contrato que acompañó el jugador no se encuentre debidamente registrado por ante el departamento respectivo de la Asociación de Fútbol Argentino, toda vez que el demandado no refutó los argumentos del a quo referidos a la inaplicabilidad del art. 10, inc. i) del CCT 170/75, el que establece la nulidad de todo contrato privado que desvirtúe, modifique o altere el registro de la asociación mencionada, por significar una limitación a la libertad que tienen las partes de celebrar un contrato, en tanto no se infrinjan las disposiciones de los arts. 39 y 40 de la ley 20.744 (t.o. DT, 1976-238)".

CNTrab., sala IX, 25/2/2005, "Squeo, Carlos V. c. Club Atlético Huracán Asoc. Civil", LLAR/JUR/787/2005.

Reconocimiento de salarios y premios. Acuerdo privado

"Es procedente el reclamo del jugador de fútbol incidentista en cuanto pretende el pago de salarios y premios que surgen de un convenio privado ya que, determinada la autenticidad de ésta así como que establece condiciones laborales más favorables al trabajador, su falta de registración en la Asociación de Fútbol Argentino no puede perjudicarlo —art. 3º, ley 21.160—".

CNCom., sala C, 3/6/2008, "Club Atlético Nueva Chicago Asociación Civil", LLAR/JUR/8528/2008.

Carácter privilegiado del crédito correspondiente a convenio suplementario de salario

"Reviste carácter privilegiado el crédito correspondiente al convenio suplementario del salario en el cual se pacta un premio anual —en el caso, por temporada entre un jugador y un club de fútbol— aun cuando no haya sido registrado en la AFA, pues al estar expresamente pactada la gratificación, reviste un carácter regular e integrante de la remuneración, en virtud de lo cual es regido por normas de orden público".

CNCom., sala A, 17/5/2000, "Club Atlético Huracán s/inc. de rev. por: Maciel, Gustavo", LA LEY, 2000-D, 490; DJ, 2000-3-211; LLAR/JUR/3955/2000.

Premios

"No sujeto a aportes. No se encuentran sujetas al pago de aportes las sumas que abona la Asociación de Fútbol Argentino en concepto de 'premios' a los jugadores que integran la selección nacional".

CNac. Seg Soc., sala III, 25/10/1994 en los autos "Asociación de Fútbol Argentino c. Estado nacional - DGI", DT, 1995-A-731; DJ, 1995-2-27.

Viáticos. No constituye salario

"El reconocimiento de percepción de viáticos por parte de un jugador de futbol respecto de la entidad demandante no constituye un salario, ni permite inferir que haya habido dependencia económica y laboral que admita considerarlo como jugador profesional".

CCiv. Com. y Cont. Nom. Río Cuarto, 24/8/2009, "Club Deportivo Motokart Jovita c. Gastón, Eduardo Molina", LLC, 2009 (noviembre), 1152; LL AR/JUR/29579/2009.

Viáticos. No constituye salario

"El reconocimiento de percepción de viáticos por parte de un jugador de fútbol respecto de la entidad demandante no constituye un salario, ni permite inferir que haya habido dependencia económica y laboral que admita considerarlo como jugador profesional".

CCiv. Com. y Cont. Adm. Río Cuarto, 24/8/2009, "Club Deportivo Motokart Jovita c. Gastón, Eduardo Molina", LLC, 2009 (noviembre), 1152; LL AR/JUR/29579/2009.

Art. 11. — Los jugadores profesionales de fútbol quedan comprendidos en el régimen de jubilaciones y pensiones para trabajadores que prestan servicios en relación de dependencia, en el caso de la Caja de Subsidios Familiares para Empleados de Comercio y en el sistema de obras sociales establecido en la ley 18.610 y sus modificaciones. Los jugadores al dejar la actividad deportiva, podrán continuar adheridos a la obra social de la asociación profesional con personaría gremial estando a su cargo el pago de los aportes y contribuciones que se liquidarán sobre el promedio anual de las sumas devengadas en los últimos 6 meses de su actividad. El Instituto Nacional de Obras Sociales autorizará anualmente el reajuste de los aportes y contribuciones, teniendo en cuenta las variaciones del nivel de retribuciones, operado en los contratos celebrados por la entidad deportiva y jugadores en el año inmediato anterior.

Art. 12. — El término de duración de los contratos no podrá ser inferior a 1 año ni mayor a 4, conforme con las modalidades que se establecen a continuación:

a) el club deberá ofrecer contrato por año, con opción a favor del club para prorrogarlo por períodos anuales y hasta 3 años más, el jugador inscripto en la asociación respectiva y que en el año cumpla 21 años de edad, o que, siendo menor de esa edad, haya intervenido en el 30 % de los partidos disputados en certámenes oficiales de primera división en el año inmediato anterior. b) el club que incorpore jugadores de 21 o más años de edad por transferencia o por ser libre de contratación, deberá formalizar con dicho jugador contrato por 1 año con opción del club para prorrogarlo por 2 años más; c) el club puede contratar a jugadores menores de 21 años de edad, inscriptos en su favor en el registro, o incorporados por transferencia formalizándose contrato por 1 año con opción del club para prorrogarlo por 2 años más. El registro de contrato se efectuará en el período que establezca la reglamentación, el que no será inferior al comprendido por el receso entre una y otra temporada. La duración del contrato se computará desde la fecha del mismo hasta el 31 de diciembre de cada año.

Art. 13. — A los efectos previstos en el art. 12, inc. a), el club deberá ofrecer al jugador contrato con una retribución mensual total no inferior a un salario vital mínimo mediante telegrama colacionado remitido al jugador antes del 15 de enero del año correspondiente. La copia oficial del telegrama remitido al jugador se deberá depositar en la asociación respectiva dentro de los 10 días siguientes a la fecha de su remisión. La falta de depósito de la copia del telegrama o la no presentación para su registro del contrato antes del 1 de febrero de ese año será causa suficiente para que el jugador adquiera automáticamente la condición de libre contratación. El jugador que no aceptare suscribir contrato con las condiciones que le ofrece el club en el que está inscripto y tuviere oferta de otro club en condiciones económicas más ventajosas, efectuada mediante telegramas colacionados dirigidos al jugador y al club en que está inscripto, cuyas copias oficiales deberán ser depositadas en la asociación respectiva dentro de los 10 días de remitidos, podrá solicitar al club al que pertenece que en el término de 5 días, éste haga uso de su derecho de prioridad para suscribir contrato equiparando las condiciones económicas a las de la oferta recibida o reconociéndole una retribución equivalente al 60 % de lo que percibe el jugador mejor remunerado de la institución, debiendo optar por la que fuere menor. Si el club al cual pertenece el jugador no hiciere uso del derecho de prioridad, corresponderá que el club oferente deposite en la asociación respectiva, dentro de los 5 días subsiguientes, el contrato formalizado de acuerdo con las condiciones ofrecidas, para su registro. Si como consecuencia del articulado precedente se produjera la transferencia del jugador a la institución que ha efectuado la mejor oferta, ésta deberá pagar al club de origen una indemnización igual a 3 veces el monto de la remuneración anual ofrecida. Si no existiera ninguna oferta que superara la propuesta del club en que está inscripto el jugador y éste no aceptara suscribir el contrato quedará vinculado al club por el término de la correspondiente temporada percibiendo una remuneración igual al salario mínimo vital, pudiendo intervenir en partidos oficiales y amistosos sin perjuicio de lo cual el jugador quedará obligado a formalizar contrato si el club le ofrece una remuneración en concepto de sueldo y premios igual al 60 % de lo que percibe el jugador mejor retribuido del mismo club por iguales conceptos. En el primer supuesto del párrafo anterior, en la siguiente temporada y dentro de los términos previstos en el primer párrafo de este artículo, el club deberá ofrecer nuevamente contrato al jugador. De mantener el jugador su negativa a aceptar el contrato ofrecido quedará en libertad de contratación.

• Comentario:

8. Jubilaciones

El art. 11 del EFP establece que los futbolistas se encuentran comprendidos en el régimen de jubilaciones y pensiones para trabajadores que prestan servicios en relación de dependencia, en el caso de la Caja de Subsidios Familiares para Empleados de Comercio y en el sistema de obras sociales establecido en las leyes 23.660 y 23.661 y/o sus modificaciones. En este sentido el CCT 557/09 agrega que los futbolistas profesionales quedan comprendidos en los términos del art. 4ºdecreto 1212/2003, en el subsistema de Asignaciones Familiares(20).

La necesidad de establecer un sistema de jubilaciones para los trabajadores de fútbol parece sobre abundante en esta profesión pero corresponde destacar que no todos son jugadores de primera división, sino que la gran mayoría de los trabajadores comprendidos por el presente estatuto perciben remuneraciones bajas y alejadas de los grandes sueldos de figuras de los llamados clubes grandes de Argentina o de Europa. Es por ello que en una carrera tan corta como la del futbolista resulta necesario que el régimen de jubilaciones y obra social los proteja.

9. Duración del Contrato(21)

Sobre la duración del contrato de trabajo del futbolista profesional corresponde establecer diferentes parámetros a tener en cuenta: en primer lugar, si se trata de un futbolista al que se le ofrece el contrato profesional promocional, y al jugador que se lo contrata y se le ofrece un contrato a plazo fijo.

Previo al análisis de los diferentes plazos de duración del contrato, según su tipo, corresponde señalar que a diferencia de lo que establece el Convenio Colectivo, el estatuto fija una duración mínima de un año y, una duración máxima de tres años. En cuanto a esta discordancia puntual respecto de la duración máxima, es importante señalar que la misma deberá resolverse siempre a favor de los intereses del futbolista, que en este caso es por una duración mayor del contrato (cuatro años).

Para los primeros se debe tener en cuenta que está dirigido a futbolistas que hayan cumplido dieciséis o más años de edad y que se encuentren inscriptos en el registro o incorporados por transferencia de su contrato o incorporados por ser libres de contratación. Estos futbolistas podrán celebrar un contrato promocional profesional por un año de duración y, tanto el club como el jugador, tendrán la opción de prorrogarlo de la siguiente manera: a) con futbolistas que hayan cumplido 16 años, por un año de duración, con posible opción del club para prorrogarlo por uno o dos años más; b) con futbolistas que hayan cumplido 17 años, por un año de duración, con posible opción del club para prorrogarlo por uno o dos años más; c) con futbolistas que hayan cumplido 18 años, por un año de duración, con posible opción del club para prorrogarlo por uno o dos años más; d) con futbolistas que hayan cumplido 19 años, por un año de duración, con posible opción del club para prorrogarlo por uno o dos años más; e) con futbolistas que hayan cumplido 20 años, por un año de duración, con posible opción del club para prorrogarlo por uno o dos años más; f) con futbolistas que hayan cumplido 21 años, por un año de duración, con posible opción del club para prorrogarlo únicamente por un año más.

En el caso del contrato a plazo fijo, siempre y cuando el futbolista haya cumplido dieciséis o más años de edad, podrá ser inscripto en el registro o incorporado por transferencia de su contrato o incorporado por ser libre de contratación, y podrá celebrar contratos de trabajo a plazo fijo sin prórroga alguna, por un plazo mínimo de un año y máximo de cinco años (art. 93, LCT).

En este contexto resulta importante agregar que la FIFA, en el art. 18.2 del Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores, establece que la duración mínima de un contrato será a partir de la fecha de inscripción hasta el final de la temporada y la máxima de cinco años, aunque se admite una duración distinta si se ajusta a la legislación nacional.

La reglamentación internacional es más contundente respecto de los futbolistas menores, ya que no permite la flexibilidad en torno a la extensión del plazo contractual que la legislación nacional puede disponer para los mayores(22). A tal efecto, el Reglamento de FIFA expresa que los jugadores menores de 18 años no pueden firmar un contrato de profesionales de una duración mayor de tres años y es contundente al no aceptar cualquier cláusula de un período mayor.

10. Primer contrato

Corresponde analizar en forma diferenciada en lo que respecta a la duración del contrato del futbolista profesional, el caso del primer contrato. Esta situación se encuentra regulada por el art. 12 del estatuto y por los arts. 5º, 6º y 11 del Convenio Colectivo.

Se establece que el club que decidiera contratar a un futbolista aficionado que cumpla veintiún años de edad deberá remitirle al futbolista telegrama o carta documento de oferta de primer contrato. La remisión del telegrama inicia el vínculo entre la entidad deportiva y el jugador de fútbol y automáticamente tendrá la duración mínima de un año. También se establece como sueldo mínimo, el sueldo y los premios básicos convenidos entre la Asociación del Fútbol Argentina y Futbolistas Argentinos Agremiados.

Para que el futbolista firmante de su primer contrato pueda intervenir en partidos oficiales es necesario que la entidad deportiva deposite en la Asociación del Fútbol Argentino copia oficial del telegrama o carta documento dentro de los diez días hábiles siguientes a la fecha de su remisión, o bien presente los ejemplares del contrato que hubiera suscripto con el futbolista. La omisión de este requisito coloca al futbolista en derecho a considerarse en condición de libre de contratación.

Pero en el caso de que el futbolista no aceptara suscribir el contrato en las condiciones ofrecidas, quedará vinculado al club por el término de la correspondiente temporada, percibiendo el sueldo y los premios básicos convenidos entre la Asociación del Fútbol Argentina y Futbolistas Argentinos Agremiados para cada categoría. El futbolista puede intervenir en partidos oficiales y amistosos.

En el caso de que el club no suscriba el primer contrato con el futbolista antes del 31 de mayo del año siguiente a que el futbolista cumpliera 21 años, el futbolista quedará en libertad de contratación a la finalización de la participación del club en el torneo correspondiente. En lo que respecta a las cesiones de menores de edad, la normativa internacional establece una protección para aquellos menores de 18 años(23).

Cuando se trate de un futbolista aficionado que intervenga en la disputa del veinticinco por ciento de los partidos, el club deberá remitirle telegrama o carta documento de oferta de primer contrato, antes del 31 de mayo del año en que ocurriera dicha situación. La remisión del telegrama al futbolista dentro de dicho plazo dará nacimiento a una relación laboral entre el club y el futbolista. Si el futbolista no aceptara suscribir el contrato en las condiciones ofrecidas, quedará vinculado al club por el término de la correspondiente temporada, percibiendo el sueldo y los premios básicos convenidos entre la Asociación del Fútbol Argentina y Futbolistas Argentinos Agremiados para cada categoría, pudiendo intervenir en partidos oficiales y amistosos. Si el club no suscribiera contrato antes del 31 de mayo del año siguiente, el futbolista quedará en libertad de contratación a la finalización de la participación del club en el torneo correspondiente. Si el contrato se suscribiera, el futbolista quedará vinculado al club por un lapso no inferior a un año.

Similar es el caso del ofrecimiento del primer contrato al futbolista del club que adquiera el derecho de participar en el Campeonato de "Primera B" o "Primera B Nacional" cuyo abordaje encontramos en el art. 11 pto. 3 del Convenio Colectivo(24). El principal problema ante el que se enfrentan los aspirantes a jugadores de fútbol profesional (jugador de divisiones inferiores) consiste en el desconocimiento, por parte del Club, del telegrama que ofrece el primer contrato alegando un error administrativo, cuestiona la validez del mismo o busca retractarse de su envío. En estos casos corresponde analizar en primer lugar si el jugador al recibir el telegrama se encuentra jugando (a disposición) para la institución, lo que si bien puede parecer obvio no es así toda vez es frecuente el intercambio/pases de jugadores de divisiones inferiores entre los clubes o la utilización de estos como "moneda de cambio" para diferentes transferencias o pagos de deudas entre clubes.

Despejado este interrogante corresponde establecer que más allá de la excusa que de la que intente valerse el Club —por ejemplo, un error— el envío del telegrama obedece a un estricto cumplimiento de lo dictado en el Convenio Colectivo aplicable cuando el jugador cumple los 21 años. Es importante señalar que cuando el Club envía el ofrecimiento del primer contrato no necesariamente el actor debe estar jugando sino que también resulta válido si éste se está recuperando de una lesión(25).

En este sentido corresponde establecer que si bien el contrato debe formalizarse por escrito e inscribirse en un registro especial conforme lo establecido por los arts. 3º a 5º de la ley 20.160, Confalonieri explica que no se trata de un requisito "ad solemnitatem" por lo que la eventual omisión en que se incurra respecto de esa formalidad, sólo puede traer como consecuencia que el futbolista contratado no participe en los torneos organizados por la Asociación de Fútbol Argentino(26). Tal omisión no implicaría la nulidad del acuerdo cuando éste favorezca al trabajador pues todo el derecho protectorio, y en especial su sistema de nulidades, está dirigido a resguardar los derechos del dependiente frente al empleador.

Art. 14. — El contrato de un jugador podrá ser objeto, estando vigentes los términos de duración del mismo, de transferencia a otro club con el consentimiento expreso del jugador. En ese caso corresponderá al jugador el 10 % del monto total que se abone para producir la transferencia de contrato y el pago de ese porcentual estará a cargo del club cedente, debiendo depositar ese importe en la asociación respectiva, sin cuyo requisito no se podrá autorizar la transferencia. Si la transferencia del contrato se efectúa por una suma de dinero y la cesión de pase de jugadores, el porcentaje que le corresponderá al jugador se determinará sobre el total de la valuación que los clubes interesados efectúen del o de los pases de los jugadores comprendidos en la negociación con más el importe en dinero que las partes hayan convenido. Los jugadores cuyos pases constituyen en este caso una parte del valor de la transferencia, percibirán del club cedente el porcentaje establecido del 10 % del valor que se le hubiere fijado para contemplar el monto total de la negociación de la transferencia. El jugador cuyo contrato haya sido transferido debe convenir con el club al cual se incorpora la formalización de un nuevo contrato con sujeción a lo establecido en el art. 12, inc. b), y registrado conforme al art. 3º de la presente ley.

Art. 15. — Durante la vigencia del contrato éste podrá ser cedido temporariamente por el término máximo de 1 año. La cesión temporaria no podrá importar una disminución de la remuneración establecida en el contrato cedido y la entidad cedente responderá solidariamente por el cumplimiento de las obligaciones económicas del cesionario, hasta la concurrencia de lo regulado en el contrato originario. La cesión temporaria del contrato no constituye causal de interrupción o de suspensión del término máximo de duración del contrato a que se refiere el art. 12. Vencido el término de la cesión, la entidad cedente reasumirá las obligaciones contenidas en el contrato cedido, con más los aumentos generales producidos, con exclusión de las mayores remuneraciones convenidas por el jugador con la entidad cesionaria. El club cesionario y el jugador deberán formalizar y registrar de acuerdo con el art. 3º el contrato que los vinculará durante el período de cesión.

• Comentario:

11. Transferencia/Cesión(27)

El art. 14 del estatuto y el art. 8º del Convenio Colectivo 557/2009 punto 2, establecen las disposiciones relativas a la "cesión del contrato". El estatuto señala que la transferencia puede ser definitiva o temporaria (a prueba); que ambas pueden ser "con cargo" o "sin cargo", y a su vez, la transferencia temporaria puede "ser con o sin opción", según que el club cedente haya otorgado o no al cesionario el derecho de adquirir definitivamente el pase del futbolista. Es importante señalar que las transferencias pueden ser nacionales o internacionales, pero siempre supeditadas a realizarse entre asociaciones afiliadas a la FIFA.

En el caso de la transferencia temporaria sin opción o de transferencia temporaria con opción, pero no ejercida formal y oportunamente, el futbolista queda automáticamente reintegrado al club de origen al operarse el vencimiento del plazo de la cesión. En la práctica se han dado casos de incongruencia en los que el vencimiento del convenio de cesión temporaria es posterior al del contrato —que será siempre el 30 de junio—. El actual reglamento general de la AFA conserva una disposición típica del despreciado "Derecho deportivo", el art. 230 establece que los períodos de prueba se computarán como suspensión de contrato, es decir, el año durante el cual el futbolista prestó servicios al club cesionario, no sería deducible del tiempo de vigencia del contrato celebrado con el cedente(28).

En el caso de las llamadas "transferencias a prueba" o temporarias, la obligación del poderdante no se extingue, al contrario, a ella se suma una obligación igual que la del anterior, asumida ahora por el delegado, en este caso el futbolista tendrá dos deudores de la misma obligación. Esto es así porque no hay novación que, produzca la extinción de la relación anterior y el nacimiento de una nueva, sino coexistencia de ambas. El art. 13 del Convenio Colectivo y 15 del estatuto establecen la solidaridad de ambos clubes deudores(29).

Las transferencias onerosas, definitivas o temporarias, son reguladas por el art. 14 del estatuto y el art. 13, incs. 2º y 3º del CCT 557/09. El porcentaje que se establece es el mínimo y su pago debe efectivizarse mediante depósito en la sede de Futbolistas Argentinos Agremiados. Su omisión prohíbe a autorizar la cesión, quedando ésta, en caso contrario, solidariamente obligada a su pago, sin necesidad de intimación previa alguna.

En el caso de las transferencias temporarias puede pactarse "con opción" a favor del club cesionario para convertirla en definitiva, o directamente "sin opción". En el primer caso debe establecerse en el contrato su precio y forma de pago. Si el club cesionario ejercita la opción, la transferencia se convierte en definitiva; si, por el contrario, no la ejerce, el futbolista debe reintegrarse al club cedente. En el caso de que la cesión temporaria se haya pactado sin opción, al término del plazo, el futbolista debe reintegrarse al club cedente(30).

También puede darse un caso de cesión de derechos económicos que también tiene la opción de ser pactada "con cargo" y "sin cargo", es decir a cambio de dinero o en forma gratuita. En este último caso, el club cesionario sólo deberá hacerse cargo de las remuneraciones del futbolista. Además de estas alternativas, desde hace ya unos años, en la Argentina se observa que muchos clubes cesionarios reciben futbolistas en préstamo "sin cargo", abonan las remuneraciones, pero le exigen al club cedente que, a cambio de presentarlo en la competencia y promocionarlo, éste le ceda parte del producido de una eventual transferencia. El club cesionario entiende que la promoción que le está brindando al futbolista es muy importante para su cotización y si, producto de ella, el futbolista se transfiere corresponde que también se beneficie. Esa promoción conocida vulgarmente como "efecto vidriera" tiene actualmente un valor en el mercado y si analizamos que el club cesionario al promocionar al futbolista que presta se está privando de hacerlo con alguno de su propiedad, el fundamento no parece descabellado(31).

El Reglamento General de AFA también menciona la transferencia "en trueque" como una alternativa más de la clasificación, cuando en realidad el trueque es sólo un contrato de permuta mediante el cual se transfieren en forma definitiva o temporaria uno o más jugadores de un club a cambio de uno o más jugadores de otro club. Para determinar el precio de la transferencia y abonar los respectivos porcentajes (entre ellos, los de los futbolistas y de la federación), cada club deberá tasarlos. Si el valor de los jugadores permutados no coincidiera exactamente, se deberá fijar una compensación y establecerse el importe y la forma de pago(32). En definitiva, el trueque, por el modo en que está regulado, opera como una modalidad de pago de una transferencia definitiva o temporaria, con lo que su inclusión como una clase de cesión parece inadecuada(33).

En los casos en los que la cesión adquiera la calidad de internacional, se impone cumplir con la exigencia que establece la FIFA en el art. 9º de su Reglamento que establece un: "Certificado de transferencia internacional: 1. Los jugadores inscritos en una asociación podrán registrarse en una nueva asociación sólo cuando esta última haya recibido un certificado de transferencia internacional de la asociación anterior. El certificado de transferencia internacional se expedirá gratuitamente, sin condiciones ni plazos. Cualquier disposición en contra se considerará nula y sin efecto. La asociación que expide el certificado de transferencia internacional remitirá una copia a la FIFA. Los procedimientos administrativos para la expedición del certificado de transferencia internacional se encuentran definidos en el anexo 3 del presente reglamento. 2. Los jugadores menores de 12 años no necesitan un certificado de transferencia internacional".

En la cesión o transferencia aunque parezca obvio es importante analizar la participación del futbolista donde resulta fundamental su voluntad para que pueda realizarse. La voluntad del trabajador debe ser manifestada en el contrato y en el registro federativo. Tanto el Estatuto como el CCT utilizan el término "consentimiento expreso", para señalar que si el jugador no presta su conformidad, inexorablemente la transferencia no se concreta; de la misma manera, el Reglamento habla de "firma" del jugador" y "conformidad". En definitiva, no ofrece ninguna duda el hecho de que para que el contrato de transferencia se perfeccione y el futbolista quede habilitado para jugar partidos oficiales, es necesario su consentimiento expreso(34).

12. Jurisprudencia

Jugador de fútbol. Transferencia internacional. Reglamentaciones de la FIFA. Libertad de trabajo

"El reglamento de la FIFA establece que un jugador no estará autorizado en ningún caso, a jugar en partidos oficiales de su nuevo club hasta que no se haya expedido un certificado de transferencia internacional, que constituye un requisito "sine qua non" para que un jugador aficionado o no aficionado proveniente de una asociación nacional, se pueda desempeñar en un club de otra asociación nacional.- Por lo demás, no puede soslayarse que particularmente en el ámbito local, rige el Estatuto del Jugador de Futbol Profesional, la ley 20.160, que en su art. 3º atribuye como efecto del registro del contrato en la asociación nacional, la habilitación del jugador para integrar los equipos del club contratante y la aceptación del mismo, de todas las disposiciones reglamentarias de la asociación, en cuanto no se opongan al presente estatuto como reguladoras de sus relaciones deportivas con el club y el art. 4º establece que no se registrará contrato alguno que no se ajuste a las disposiciones del presente Estatuto y las reglamentaciones deportivas nacionales e internacionales en tanto éstas no se opongan al mismo".

CNTrab., sala II, 20/8/2002, "Fleita, Juan Ramón c. AFA s/Acción de amparo", sent. def. 49.985, La Ley online.

Transferencia. Derecho a trabajar

"Contraría el derecho a trabajar consagrado por la CN (Preámbulo, art. 14, 33, 75, inc. 19) el que por la situación financiera de un club de fútbol (en el caso San Lorenzo de Almagro) no pueda ser transferido un jugador de fútbol, en este caso el actor, a otra institución. Ello implica hacer recaer sobre el futuro laboral del trabajador las consecuencias del manejo de las finanzas de una institución al punto que podría darse una situación que lo excluyera de toda posibilidad de trabajo. En el orden normal de los empleados comunes significaría tanto como impedir que un dependiente pase a otra empresa porque su empleador está endeudado".

CNTrab., sala VI, "Centurión Marecos, Germán c. AFA s/Amparo", sent. def. 24.991 del 31/5/2002, La Ley online.

Compra y venta de jugadores. Inhibición. Club de Fútbol. Medidas cautelares

"El pedido de inhibición a una institución deportiva (en el caso la Asociación Atlética Argentino Juniors), de comprar o vender jugadores de fútbol, no es técnicamente un embargo, consistente en la individualización y afectación de un bien o bienes determinados del deudor a un proceso judicial, con contenido patrimonial y susceptibles de realizarse en un remate. Tal pedido, de ser concedido, incidiría sustancialmente en la administración y marcha de los negocios de la demandada y no resulta procedente si no se demuestra previamente la inexistencia de bienes a embargar".

CNTrab., sala VIII, 9/3/2001, "Jorda, Juan c. Asociación Atlética Argentinos Juniors s/despido", sent. def. 21.934, La Ley online.

Transferencia. Derechos y obligaciones

"Atento la relación jurídica habida entre las partes, de origen convencional y al no haberse probado que incluyera una cláusula que obligaba al Club locatario a dar participación (o porcentaje), al jugador por y en oportunidad de su transferencia, ni que el jugador revestía la condición de profesional (a los efectos de la ley 20.160), (Adla, XXXIII-A, 298), y el convenio colectivo 430/75), no admite la afirmación de que tal débito del Club existiera ni, consecuentemente, pretender su ejecución contra quién, por otra parte transfirió todos los derechos y obligaciones que poseía sobre el contrato de servicios futbolísticos, con consentimiento del jugador cedido".

CTrab. Córdoba, sala 4, 29/2/1988, "Ludueña, Miguel A. c. Club Atlético Belgrano", LLAR/JUR/1684/1988.

Art. 16. — El contrato se extingue:

a) por mutuo consentimiento de las partes(35); b) por el vencimiento del plazo contractual; c) por no haberse hecho uso en término del derecho de opción de prórroga; d) por las causales previstas en el art. 6º del presente estatuto; e) por el incumplimiento de las obligaciones contractuales de cualquiera de las partes; f) por falta grave del jugador(36).

Si el contrato concluye por incumplimiento sin justa causa de las obligaciones a cargo de la entidad, el jugador quedará libre y 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. La extinción del contrato por falta grave del jugador, importará la inhabilitación del mismo para actuar hasta el 31 de diciembre del año siguiente de la fecha en que se produjera la misma.

Art. 17. — El jugador en libertad de contratación tendrá derecho a celebrar nuevo contrato con cualquier otra entidad del país u obtener certificado de transferencia internacional sujeto a las disposiciones de este estatuto y de la AFA solamente referentes a las necesidades de la selección nacional.

Art. 18. — La entidad está obligada:

a) a pagar todas las prestaciones patrimoniales establecidas en el contrato en las condiciones y términos determinados en él aun cuando no utilizare o prescindiere de los servicios del jugador; b) a otorgar un día de descanso semanal, y anualmente, 30 días de licencia con goce de remuneración mensual establecida en el contrato. Salvo acuerdo de partes, los días de licencia serán corridos; c) a prestar asistencia médica completa, comprendida la de servicios sicosomáticos y de rehabilitación, para asegurar la práctica eficiente de la actividad deportiva del jugador(37); d) contratar seguros a favor del jugador que cubran la indemnización por incapacidad genérica o específica, total o parcial o de muerte sufridos en el transcurso de competiciones, en actos de preparación o traslados, cualquiera fuera el medio empleado para ello, sea que el evento acontezca en el territorio de la nación o fuera de él, conforme con los valores que determina la ley 9688 y sus modificaciones; e) a pagar los gastos de transporte, hospedaje y alimentación en los casos de viaje que deba efectuar el jugador para el cumplimiento de su contrato. Cuando el jugador preste sus servicios en equipos representativos de la asociación a la que la entidad esté afiliada, ella sustituirá al contratante por el tiempo que dure la incorporación, en todos sus derechos y obligaciones, y recíprocamente el jugador, respecto de la asociación, estará sujeto a las obligaciones que prescribe el artículo siguiente.

Art. 19. — El jugador está obligado:

a) a jugar al fútbol exclusivamente para la entidad contratante o en equipos representativos de la asociación conforme con la reglamentación respectiva; b) a mantener y perfeccionar sus aptitudes y condiciones sicosomáticas para el desempeño de la actividad constituyendo la discriminación o pérdida de dichas condiciones, por causas imputables a él, falta grave a sus obligaciones; c) a jugar con voluntad y eficiencia, poniendo en acción el máximo de sus energías y toda su habilidad como jugador; d) a ajustar su régimen de vida a las exigencias de sus obligaciones; e) a concurrir a toda convocatoria que le formule la entidad o las autoridades de la asociación e intervenir en todos los partidos y en el supuesto de juego que se le asigne, sea cual fuere el día, la hora y el lugar de realización de aquéllos; f) a cumplir con las reglas deportivas internacionales que rigen la práctica del fútbol y los reglamentos deportivos de la entidad y de la asociación, en cuanto no se opongan a este estatuto; g) a cumplir con el entrenamiento que le asigne la entidad por intermedio de las personas que designe a esos efectos. Esta obligación subsiste aun cuando se hallare suspendido, no pudiendo excusarse por razones de empleo o trabajo, salvo autorización expresa de la entidad. Será facultad privativa de la entidad establecer el lugar y horario de entrenamiento, de acuerdo a los usos y costumbres, como así también los cambios que resulten necesarios en casos excepcionales, siempre que tales cambios no impliquen injuria a los intereses de los futbolistas; h) dar aviso a la entidad dentro de las 24 horas de producida, de cualquier circunstancia que afecte la normalidad de su estado sicosomático, debiendo, aceptar la intervención de los facultativos de la entidad y de los de la asociación y seguir las indicaciones de ellos, pudiendo el jugador solicitar la constitución de una junta médica que será integrada por un médico de la asociación, uno de la entidad y el que designe el jugador; i) a participar de los viajes que se efectúen para intervenir en eventos deportivos de la entidad contratante o de la asociación que se realicen en el territorio de la nación o fuera de ella; j) a comportarse con corrección y disciplina en los partidos siguiendo las indicaciones del club, respetando debidamente al público, a las autoridades deportivas, a sus compañeros de equipo y a los jugadores adversarios; k) a no incurrir en faltas deportivas constituyendo cualquier sanción que lo inhabilite para actuar, aplicada por los organismos disciplinarios competentes, la suspensión de sus derechos de percibir retribuciones por el término respectivo sin perjuicio de la obligación de continuar realizando los ejercicios de entrenamiento para el mantenimiento de sus aptitudes y condiciones sicosomáticas.

Art. 20. — En el caso de que el jugador falte al cumplimento de sus, obligaciones en su club, éste podrá:

a) amonestarle; b) aplicarle multa cuyo monto, en un mismo mes, no podrá exceder de hasta un 20 % del sueldo mensual y premios que percibe; c) suspenderlo sin goce de retribución alguna por un período fijo que no podrá exceder de 60 días en una misma temporada, con la obligación de continuar con sus ejercicios de entrenamiento; d) rescindir el contrato.

Art. 21. — Las infracciones que el jugador cometiere en el ejercicio de su actividad deportiva serán juzgadas y sancionadas por los organismos deportivos disciplinarios correspondientes, con sujeción a disposiciones preestablecidas y previa sustanciación del procedimiento en forma local.

Art. 22. — Para que el club pueda hacer efectiva las sanciones disciplinarias aplicadas con justa causa al jugador, será necesario que la entidad no esté en mora en el pago de las remuneraciones del jugador sancionado.

Art. 23. — Créase el Tribunal Arbitral del Fútbol Profesional que estará compuesto por 2 representantes del Estado designados por el Poder Ejecutivo a propuesta de los Ministerios de Bienestar Social y Trabajo, 2 representantes de la Asociación del Fútbol Argentino y 2 representantes de la asociación profesional con personaría gremial de la actividad. Los miembros del Tribunal serán abogados con no menos de 5 años de inscripción en la matrícula y desempeñarán el cargo con carácter ad honorem. No podrán ser designados como representantes del Estado quienes durante 5 años anteriores a su nombramiento hubieren desempeñado cargos de dirección o asesoramiento en la asociación, en sus entidades afiliadas o en la asociación gremial.

Art. 24. — El Tribunal Arbitral del Fútbol Profesional tendrá competencia:

a) en los conflictos individuales que se susciten entre los jugadores profesionales y los clubes, respecto de las relaciones establecidas en el contrato que los vincule; b) en las sanciones disciplinarias que los clubes apliquen a los jugadores y que éstos consideren injustas o arbitrarias.

Art. 25. — El procedimiento será sumario, verbal y adecuado y el tribunal arbitral dictará su reglamentación. Los fallos del tribunal arbitral deberán ser pronunciados dentro de los 30 días de presentada la denuncia o reclamación, salvo caso de imposibilidad material en que podrá prorrogar el término por auto fundado por 15 días más. Los fallos sólo serán recurribles por arbitrariedad, ilegitimidad o nulidad de las formas esenciales del procedimiento y cuando la sanción aplicada sea suspensión mayor de 30 días o rescisión del contrato, dentro de los 5 días de notificados ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.

Art. 26. — El Poder Ejecutivo dictará las normas de procedimiento que deberán seguirse ante el Tribunal Arbitral, teniendo en cuenta para ello las disposiciones del art. 25 del presente Estatuto.

Art. 27. — En los casos en que por falta de pago de las remuneraciones al jugador, se produjera la rescisión del contrato, según el procedimiento determinado en el art. 6º, el jugador podrá optar por reclamar las remuneraciones e indemnizaciones adeudadas ante la justicia ordinaria competente.

Art. 28. — Las presentes normas regirán para todos los contratos que se suscriban a partir de su vigencia. Los contratos registrados en la asociación respectiva a la fecha de la sanción de esta ley, mantendrán los términos de vigencia y opciones de prórroga establecidos en la reglamentación de la asociación, pero nunca más allá del 31 de diciembre de 1975, debiendo adoptarse en todo lo demás las disposiciones del presente estatuto dentro de los 60 días de su sanción. Los contratos así adecuados deberán inscribirse en la forma dispuesta por el art. 3. Si la remuneración total consignada en los contratos actualmente en vigencia por los conceptos discriminados en el art. 5º de la presente ley, fuera inferior al monto de un salario vital mínimo se considerará automáticamente aumentada hasta ese mínimo desde la fecha de promulgación de la presente ley.

Art. 29. — De forma.

• Comentario:

13. Extinción(38)

Corresponde analizar en forma pormenorizada los diferentes modos de extinción del contrato de trabajo del jugador profesional que ofrece el art. 16 del estatuto.

En primer lugar, cabe señalar la posibilidad de que el contrato se extinga por mutuo consentimiento de las partes: encontramos aquí una posibilidad a través de la cual la entidad deportiva y el jugador de fútbol profesional determinan que es conveniente extinguir el contrato de trabajo. La denominada transferencia del jugador, es en realidad una finalización del contrato de trabajo con su club y el fichaje para otro. En este caso también habría muto consentimiento. La normativa se refiere a ella como cesión definitiva de contrato. Es la regla general cuando el contrato no ha llegado a su finalización, e implica un acuerdo en el que participan el jugador, los clubes que materializarán el traspaso de los servicios, y a la vez una rescisión del contrato inicial, pago de primas, pases o indemnizaciones, y nueva contratación con otro club.

También puede finalizar el vínculo entre el club y el futbolista por vencimiento del plazo contractual y, en el mismo sentido, porque el club no hace uso en término del derecho de opción de prórroga. Ante estas causales el futbolista cuyo contrato se hubiera extinguido, por cualquier causa que fuere, tendrá amplia libertad para celebrar nuevo contrato con otra entidad del país o del extranjero y, en este último caso, la Asociación del Fútbol Argentino deberá expedir el certificado de transferencia internacional inmediatamente, de serle requerido (cfr. art. 9º, inc. 1º del CCT 557/2009).

Entre las causales, el estatuto se remite a las previstas en el art. 6º, y puntualmente en el inc. 1.5 donde se establecen los requisitos para la extinción, esto es en el caso de que el club no comunique al futbolista la prórroga del contrato. En este caso, el vínculo quedará automáticamente extinguido al 30 de junio del año inmediato siguiente al de su celebración, o, en su caso, al treinta de junio del año inmediato siguiente al de la primera prórroga, con derecho del futbolista al cobro de una indemnización por no prórroga del contrato equivalente a un salario básico correspondiente a la categoría del club contratante. Para el supuesto en que el club no hubiere hecho uso de la segunda prórroga, el futbolista tendrá derecho a dos salarios básicos. En estos casos corresponden las indemnizaciones por antigüedad y por omisión de preaviso, establecidas en la ley 20.744. En las hipótesis en que por falta de pago de las remuneraciones al jugador, se produjera la rescisión del contrato, según el procedimiento determinado en el art. 6º, el jugador podrá optar por reclamar las remuneraciones e indemnizaciones adeudadas ante la justicia ordinaria competente (cfr. art. 27 del EFP).

El contrato se podrá extinguir por el incumplimiento de las obligaciones contractuales de cualquiera de las partes y por falta grave del jugador(40). Cuando el club no cumpla con sus obligaciones el futbolista tendrá derecho a una indemnización especial igual a las retribuciones que le resten percibir hasta la expiación del término del contrato, más las indemnizaciones por antigüedad, por omisión de preaviso, y en su caso, por vacaciones no gozadas, establecidas en la LCT. Un incumplimiento por parte del club de la obligación del pago de las remuneraciones habilita al jugador a reclamar el pago de la totalidad de lo adeudado en la entidad sindical, en este caso se requiere como caución de efectiva percepción por el futbolista de los salarios impagos. La omisión habilita al jugador a finalizar su contrato por la causal de falta de pago de los haberes

También quedará bajo la valoración prudencial de los jueces, las acciones cometidas por el futbolista que por su gravedad, no consienta la prosecución de la relación, de cumplirse por este medio, quedará inhabilitado para actuar como tal hasta el 31 de diciembre del año siguiente al de su incumplimiento.

En este sentido el art. 9º del Convenio 557/2009 deja en claro que aquel futbolista cuyo contrato se hubiera extinguido, por la causa que fuere, tendrá amplia libertad para celebrar un nuevo contrato con otra entidad del país o extranjero.

Confalonieri analiza las diferentes causales de extinción del contrato de trabajo del jugador profesional y señala que parecería que más importante que la estabilidad, es que el jugador tenga asegurada la "libertad de contratación", por lo que, salvo en el caso de Futbolistas que estén en la última etapa de su carrera, la protección contra el despido no adquiere la relevancia que tiene en el ámbito de otras relaciones laborales(41).

Un supuesto que no aparece contemplado en el estatuto es la extinción por muerte del jugador, circunstancia a la que le resulta aplicable el art. 248 de la Ley de Contrato de Trabajo con la adición del resarcimiento similar a las remuneraciones que se habrían vencido hasta la finalización del plazo.

Si la extinción es por fuerza mayor, resultaría procedente en su integridad la indemnización equivalente a los salarios faltantes hasta la expiración pactada y la sustitutiva del preaviso, y sólo correspondería reducir a la mitad la derivada de la antigüedad(42). La misma solución se aplica en los casos de concurso civil no imputable al club empleador pero, a diferencia de los casos por fuerza mayor, el club deberá hacerse cargo de la totalidad de las indemnizaciones previstas en el art. 10 y 7 del Convenio, si no prueba la inimputabilidad en el estado de falencia.

De la Riva señala que cuando los términos negociables durante una búsqueda de ser transferido por parte del jugador no satisfacen a todas las partes, y particularmente al club con el cual el jugador tiene contrato vigente, el futbolista interesado en cesar sus obligaciones, recurre a la extinción del contrato por su sola voluntad(43).

En definitiva no queda lugar a duda que las disposiciones que establece el CCT 557/2009 deben complementarse con la Ley de Contrato de Trabajo y en su caso, con los reglamentos federativos nacionales e internacionales vigentes. Las resoluciones del Tribunal Arbitral competente conforme las reglas de las Fifa —TAS-CAS— aportan, también jurisprudencia al respecto(44).

14. Jugador libre(45)

El jugador libre es aquel futbolista profesional que se encuentra en libertad de negociar con la entidad que mejor contrato le ofrezca. Para poder considerarse jugador libre el futbolista deberá estar atento a los incumplimientos por parte del club; por ejemplo, la falta de presentación de los respectivos ejemplares del contrato a la Asociación del Fútbol Argentino por una de las partes no invalidará la vigencia del contrato, pero lo habilita a considerarse libre de contratación, resolviendo el contrato por culpa del club, o exigir el cumplimiento del mismo. En este caso el jugador, además de la libertad de contratar con otra entidad deportiva, tendrá derecho al cobro de una indemnización igual a las retribuciones que hubiera percibido hasta la fecha de finalización del contrato y la Asociación del Fútbol Argentino deberá concederle un plazo de veinte días hábiles administrativos complementarios al cierre del registro (cfr. arts. 3º(46) y art. 4º(47), CCT 557/2009 y art. 51, LCT).

En este sentido el art. 9º, inc. 2º del Convenio colectivo establece que un futbolista profesional quedare en libertad de contratación respecto de un club indirectamente afiliado a la Asociación del Fútbol Argentino que cuente con doble afiliación y/o hubiere inscripto al futbolista a los fines de la disputa de torneos locales o regionales no organizados por la Asociación del Fútbol Argentino. Dicha libertad de contratación tendrá plenos efectos no obstante cualesquiera disposiciones reglamentarias o estatutarias en contrario, pudiendo inscribirse y/o celebrar nuevo contrato con cualquier otra entidad del país o del extranjero y, en este último caso, la Asociación del Fútbol Argentino deberá otorgarle el certificado de transferencia internacional, inmediatamente de serle requerido.

El estatuto también establece que el jugador en libertad de contratación tendrá derecho a celebrar nuevo contrato con cualquier otra entidad del país u obtener certificado de transferencia internacional sujeto a las disposiciones de este estatuto y de la Asociación del Fútbol Argentino solamente referentes a las necesidades de la selección nacional.

Así las cosas los derechos económicos de los futbolistas sin contrato están supeditados a que el club acepte contratarlo en las condiciones que establece el jugador.

En caso de que dicho crédito sea cedido a un tercero, también sería factible, aunque es menester aclarar que el acto principal es el convenio entre el futbolista y el club, es decir, que el tercero cesionario de los derechos económicos del jugador libre, no tiene derecho a exigir que el club contrate al jugador ni que le abone el monto correspondiente a su porcentaje, ya que es un simple espectador sin incidencia en la negociación. Es así que siempre se está en presencia de un crédito eventual, futuro, incierto y aleatorio.

En el caso de futbolistas aficionados o profesionales en libertad de acción, las cesiones de derechos económicos originan el derecho al cobro de una suma de dinero para que el club contrate al jugador y el riesgo radica en que el nuevo club no esté dispuesto a pagar suma de dinero alguna, ya que no está obligado a ello(48).

15. Obligaciones del Club(49) y obligaciones del Jugador

15.1. Obligaciones de la entidad deportiva

El art. 18 del estatuto identifica como obligaciones, desde el punto de vista patrimonial, aquello que se refiere al pago de las remuneraciones acordadas en el contrato en las condiciones allí establecidas.

El club debe otorgar un día de descanso semanal, y anualmente, 30 días de licencia con goce de remuneración mensual establecida en el contrato.

Salvo acuerdo de partes, los días de licencia serán corridos.

También se encuentra en cabeza del club otorgar una prestación médica completa al jugador ya sea en lo que respecta a atender las diferentes lesiones que este pudiera sufrir durante la práctica deportiva, para asegurar la práctica eficiente de la actividad deportiva del jugador(51).

Se ocupa también del pago de un seguro a favor del jugador que cubra la indemnización por incapacidad genérica o específica y el pago de los gastos de transporte, hospedaje y alimentación en los casos de viaje que deba efectuar el jugador para el cumplimiento de su contrato.

Las obligaciones del club se transfieren a la Asociación del Futbol Argentino en los casos en que el jugador fuera convocado a la selección nacional, esta transferencia durará el tiempo que alcance la convocatoria.

15.2. Obligaciones que asume el futbolista profesional cuando suscribe un contrato con una entidad deportiva

Estas obligaciones aparecen enumeradas en el art. 19 del estatuto. Una de las fundamentales es la exclusividad que se le exige al jugador en lo que se refiere a que sólo debe jugar para el club que lo contrate o para la selección nacional y, participar de los viajes que se efectúen para intervenir en eventos deportivos de la entidad contratante o de la asociación que se realicen en el territorio de la Nación o fuera de ella. A tal fin debe mantenerse en condiciones psicofísicas óptimas para el desempeño de la actividad deportiva para poder rendir al máximo en su club. En este sentido el jugador deberá cumplir con el entrenamiento que establezca el director técnico que hubiere contratado la entidad deportiva.

El futbolista tiene como obligación también la de concurrir a toda convocatoria que le formule la entidad o las autoridades de la asociación e intervenir en todos los partidos y en el supuesto de juego que se le asigne, sea cual fuere el día, la hora y el lugar de realización de aquéllos.

Ante algún problema psicosomático que padeciera el jugador de fútbol se le impone un plazo de veinticuatro horas a fin de que dé aviso de tal circunstancia. Debe aceptar la intervención de los facultativos de la entidad y de los de la asociación y seguir las indicaciones de ellos, pudiendo el jugador solicitar la constitución de una junta médica que será integrada por un médico de la asociación, uno de la entidad y el que designe el jugador.

Finalmente, establece normas de conducta tanto fuera como dentro de la cancha. En cuanto a las que se desarrollan fuera del campo de juego, el jugador debe comportarse con corrección y disciplina en los partidos siguiendo las indicaciones del club, respetando debidamente al público, a las autoridades deportivas, a sus compañeros de equipo y a los jugadores adversarios. Cuando, por faltas deportivas, el jugador fuera inhabilitado para actuar, deberá continuar realizando los ejercicios de entrenamiento para el mantenimiento de sus aptitudes y condiciones psicosomáticas.

16. Derechos Federativos

Nuestra legislación considera nulos, de nulidad absoluta, todos aquellos convenios que no concuerden con las reglamentaciones nacionales o internacionales (arts. 3º y 4º, ley 20.160, y arts. 7º y 8º segundo párr., CCT 557/2009, con las consecuencias previstas en el art. 44, LCT). Las diferentes medidas cautelares que se han planteado han sido admitidas, sobre el beneficio que proceda de la actividad que desarrolle la entidad o el producido de la transferencia del trabajador. En consecuencia, es reprochable afectar el derecho del trabador cuando se inmovilizan las registraciones e inscripciones hasta que el club pague la deuda, cuando tanto para la ley 20.160 como para el CCT 557/2009, esos derechos no son concebidos. De este modo, los derechos federativos emanarían del derecho de asociación y no deberían ser objeto de embargo ni enajenarse y, a pesar de la obstinación en conceder medidas precautorias sobre los mismos, resulta sumamente difícil que se llegue a una subasta pública.

Los derechos federativos, fueron definidos por Fefer como "el conjunto de normas derivado de los usos y costumbres, que regula el modo de operar establecido para ejercer la actividad deportiva (fichaje del deportista en una entidad, integrante de la asociación respectiva con la cual ha celebrado un convenio para participar en los torneos organizados por la misma, que puede tener consecuencias económicas y cuyo alcance se encontraría vinculado con el derecho constitucional de asociarse libremente)"(52).

17. Derecho de formación

Estos derechos son un instituto creado por la Federación Internacional del Fútbol Asociados para recompensar a los clubes que brindaron los conocimientos básicos a los jugadores pero que no recibirían compensación alguna por dicha tarea cuando se transfieren los derechos federativos de sus futbolistas.

Se reconoce en este caso el adiestramiento, aprendizaje, educación, modelo y desarrollo que le otorga el club formador al jugador joven entre los 12 y 23 años. El derecho derivado de esta actividad, acarrea el cobro de una indemnización que se basará en los años comprendidos entre los 12 y los que el jugador haya concluido efectivamente su formación. Cuando celebre su primer contrato profesional, deberá pagarse una indemnización al club o clubes participantes en la formación y educación del jugador, la cual deberá abonarse cada vez que el jugador cambie de club hasta que finalice su formación, lo que generalmente sucede a los 23 años. Si el club formador no se manifiesta durante el período de dos años tras la firma del primer contrato profesional del jugador, el monto indemnizatorio se abonará a la asociación nacional del país en el que se formó y el mismo no será abonado cuando un jugador de 23 años o más cambie de club(53).

La FIFA dispone el pago de indemnizaciones a quienes sean los clubes formadores de los jugadores por cada transferencia hasta el fin de la temporada en la que cumpla 23 años en los arts. 20 y 21 del Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores de la FIFA, vigente a partir del primero de septiembre de 1997(54).

Los "derechos de formación", pueden ser entendidos como aquella indemnización que corresponde abonarle al club que haya participado en la educación y formación de un jugador entre los doce y veintiún años de edad por cada transferencia donde el jugador continúe revistiendo su carácter de profesional. La cuantificación de tal indemnización, si bien no se encuentra tabulada, responde a los gastos del club para formar un número indeterminado de jugadores para obtener un jugador profesional.

La Asociación de Fútbol Argentino se basa para establecer el coste de la formación del jugador en parámetros internacionales establecidos por FIFA(55), entre los cuales figuran que en Europa el tope indemnizatorio alcanza los 90.000 euros y, en caso de aplicarse un "mecanismo de solidaridad" se retiene el 5% del monto de la transferencia(56).

En definitiva los derechos de formación se deben regir conforme el procedimiento que la AFA establece en el Boletín Especial de la AFA 3886 que establece que el órgano competente para entender sobre este tema es la Cámara de Resolución de Disputas y el proceso se debe desarrollar en Suiza en la sede de la FIFA. Una vez que la Cámara dicta sentencia ella puede ser apelada ante el TAS-CAS(57).

18. Sanciones: laborales(58)/deportivas

En caso de que el futbolista faltare al cumplimiento de sus obligaciones laborales con el club será pasible de sanciones.

Las sanciones que se le aplican al jugador de futbolista profesional se encuentran en el marco de un régimen disciplinario que se caracteriza por ser doble y de mayor rigor. Se habla de un régimen doble porque el jugador puede sufrir tanto sanciones por parte de la entidad deportiva que lo contrata, como por parte del tribunal de disciplina de la asociación por su desempeño en el ejercicio de su profesión.

El estatuto, en el art. 20, individualiza las diferentes sanciones de las que puede ser pasible el futbolista. En primer lugar se identifica la amonestación, sigue con una multa con un límite de hasta un veinte por ciento del sueldo y premios que percibe. Finalmente establece la posibilidad de suspenderlo sin goce de sueldo por un período fijo con un límite de sesenta días dentro de la temporada. La suspensión no alcanza el entrenamiento ya que, en el caso de que el jugador discontinúe el mismo, no sólo se verá perjudicado el jugador sino también el club, ya que vencido el plazo de suspensión, de no haber continuado con el entrenamiento, no podrá desarrollar de manera plena su trabajo. Por último, el club, para el caso de incumplimiento grave, podrá rescindir el contrato.

En este contexto comparándolo con el estatuto, se observa que en el art. 18 el Convenio Colectivo sólo contempla las tres primeras sanciones enumeradas por el citado art. 20: amonestación, multa y suspensión. Sobre la multa también la limita al 20% del sueldo mensual, sin premios. En cuanto a la facultad de suspender al jugador la misma se reduce a treinta días teniendo en cuenta al máximo previsto por el art. 220 de la ley 20.744. Extrañamente el convenio omite la rescisión del contrato como sanción disciplinaria.

Corresponde establecer que la sanción que se aplica al futbolista debe guardar cierta proporcionalidad con la gravedad de la falta cometida y tampoco el jugador podrá ser sancionado dos veces por una misma falta. En este sentido será condición de validez de toda sanción su contemporaneidad con la falta cometida.

Las infracciones puramente deportivas las encontramos en el art. 19. Estas serán juzgadas y sancionadas por el Tribunal de Disciplina de la Asociación del Fútbol Argentino con sujeción a un procedimiento que asegure el derecho de defensa, y a normas preestablecidas. Es importante señalar que cuando no se permita al futbolista ofrecer y producir pruebas de descargo se podrá considerar violado el derecho de defensa. Al igual que las sanciones extra deportivas, las deportivas deberán ser adecuadas a la gravedad de la falta cometida. Tampoco podrán aplicarse dos sanciones por una misma falta, ni transformarse una sanción en otra más grave.

Las sanciones disciplinarias aplicadas con justa causa al jugador pueden hacerse efectivas por el club siempre y cuando la entidad no esté en mora en el pago de las remuneraciones del jugador sancionado (cfr. art. 22 del estatuto).

En cuanto al poder sancionatorio ejercido por el Tribunal de Penas de la AFA (tercero ajeno al contrato laboral), corresponde aclarar que sus razones sólo se limitarán a inconductas puramente deportivas, que serían aquéllas que llegara a cometer el futbolista durante el desarrollo del espectáculo y que darían lugar a la inmediata sanción del árbitro, que posteriormente se complementará con la que imponga el tribunal. Los reglamentos deportivos deben limitarse a definir y prever las sanciones aplicables a este tipo de faltas, únicamente, sin invadir la esfera propia del contrato de trabajo reserva a la legislación laboral.

La necesidad de contar con una falta actual, para que la sanción revista el carácter de justificada, también fue reconocida ampliamente por la jurisprudencia. En este sentido, se expresó que "Sabido es que la existencia de antecedentes disciplinarios no justifica por sí sola la separación del trabajador de la empresa si no se configura un incumplimiento contemporáneo a la decisión de ruptura que, unido a aquéllos, alcance un grado de injuria tal que no admita el mantenimiento del vínculo"(60).

En el caso de las suspensiones dispuestas por el club contratante consideramos que el estatuto opera de modo similar a las del derecho de trabajo general: el jugador profesional no posee derecho a percibir su remuneración (cfr. art. 67, LCT).

Dentro de las sanciones que puede sufrir un futbolista profesional no pueden quedar ajenos al análisis los casos de suspensión por doping. En estos casos la AFA delega el dictado de una resolución sobre el castigo que recibe el futbolista por su conducta antideportiva en primer lugar a la Confederación Latinoamericana de Fútbol, su resolución puede ser revisada por la FIFA a través del TAS (Tribunal de Arbitraje del Deporte). Este último fallará en función de las reglas que establece el Reglamento Antidopaje de la FIFA.

Una vez establecida la conducta antideportiva el Reglamento Antidopaje de la FIFA establece en su art. 29 que el estatus del jugador durante la suspensión es el siguiente 1. Prohibición de participación durante una suspensión. Durante el período de suspensión, ningún jugador u otra persona podrá participar, en calidad alguna, en ninguna competición o actividad (que no sea de formación antidopaje autorizada o programas de rehabilitación) autorizada u organizada por la FIFA o una asociación, club o cualquier otra organización miembro de una asociación, ni en competiciones autorizadas u organizadas por una liga profesional u organizador de competiciones nacionales o internacionales.

Un jugador u otra persona a la que se le imponga una suspensión de más de cuatro años podrá, tras cuatro años de suspensión, participar en eventos deportivos locales que no estén aprobados por la FIFA ni sean jurisdicción de ésta, de las asociaciones o confederaciones, pero sólo si el evento deportivo local no se desarrolla a un nivel en el que el jugador u otra persona sea susceptible de clasificarse directa o indirectamente para un campeonato nacional o evento internacional (o de acumular puntos para su clasificación) y no conlleva que el jugador u otra persona trabaje en calidad alguna con menores.

Los jugadores u otras personas a las que se les imponga un período de suspensión seguirán siendo objeto de controles(61).

19. Tribunal Competente

En los casos en que, por falta de pago de las remuneraciones al jugador, se produjera la rescisión del contrato, según el procedimiento determinado en el art. 6º, el jugador podrá optar por reclamar las remuneraciones e indemnizaciones adeudadas ante la justicia ordinaria competente. Similar solución se aplica según el art. 22 del Convenio colectivo(62).

Sin embargo, a través de la Federación Internacional del Fútbol Asociado se "invita" a las Federaciones locales a fin de que la resolución de conflictos se someta ante su órgano decisorio que es la Cámara de Resolución de Disputas que se encarga de las tareas de arbitraje y resolución de disputas, sobre la base de una representación "equitativa" de jugadores y clubes y con un presidente independiente(63). La invitación que formula la FIFA no resulta ser amigable toda vez que de no someterse ante este tribunal e intentar dirimir una disputa de su competencia ante la justicia local provocaría una sanción para la federación local o el club incumplidor que puede alcanzar a la desafiliación(64).

De continuar la controversia la misma es sometida ante el TAS, tribunal que fija con una cláusula modelo que: "En caso de desacuerdo, controversia, reclamo o conflicto respecto de la interpretación, validez o cumplimiento, o cualquier otra contingencia que se relacione directa o indirectamente con el presente contrato, como así también la indemnización por daños y perjuicios resultantes de los mismos, las partes acuerdan someterse a la jurisdicción y competencia del Tribunal de Arbitraje Deportivo de la Asociación Latinoamericana del Derecho del Deporte (ALADDE), con renuncia a cualquier otro fuero o jurisdicción que pudiera corresponderles, declarando expresamente conocer y aceptar el Reglamento de Arbitraje Deportivo de la misma. El laudo arbitral correspondiente será definitivo e inapelable para las partes."

20. Accidentes

El Convenio Colectivo en su art. 17 establece, dentro de las obligaciones de las entidades deportivas —ya enumeradas oportunamente—, la necesidad de que responda ante la aparición de lesiones por parte de sus trabajadores, y les exige que contraten un seguro a tal fin.

En los puntos 1.3 y 1.4 del artículo en cuestión se establece que la entidad deportiva tiene la obligación de prestar asistencia médica completa, incluidos los servicios psicosomáticos y de rehabilitación, para asegurar la práctica eficiente de la actividad laboral del futbolista. El futbolista profesional que, por lesión producida en partido o en práctica de su club o en el trayecto entre su domicilio y el lugar de trabajo, debidamente comprobada, no pudiere intervenir en partidos, seguirá percibiendo la remuneración convenida en sus contratos, incluidos premios por punto ganado por la división en que actuaba en el momento de lesionarse, hasta ser dado de alta y aunque el alta médica se otorgue después del vencimiento del contrato.

Será aplicable para el caso que el futbolista profesional sufra una enfermedad-accidente, o un accidente o enfermedad inculpable. Si el futbolista quedara en libertad de contratación y continuase impedido de cumplir su actividad profesional como consecuencia del accidente o enfermedad, y al expedírsele el alta médica se encontrara cerrado el registro de contratos, deberá la AFA otorgarle un plazo adicional de veinte (20) días hábiles a fin de posibilitar su incorporación al club de su preferencia.

En el mismo sentido se establece que el club debe contratar seguros a favor del futbolista que cubran la indemnización por incapacidad genérica o específica, total o parcial, o por muerte, sufridas en el transcurso de competiciones, en actos de preparación o traslados, cualquiera fuera el medio empleado para ello, sea que el evento acontezca en el territorio de la Nación o fuera de él, conforme a la legislación vigente y sus modificaciones (actualmente las leyes 24.577 y 26.773).

Sobre esto último la jurisprudencia aplicando la ley 24.577 indemnizó al futbolista que durante la disputa de un partido de futbol sufrió un traumatismo cráneoencefálico con pérdida de conocimiento y lesiones en el rostro tras recibir una patada en la cara impuesta con la suela del botín de un jugador contrario(65).

21. Jurisprudencia

Solidaridad. Improcedencia. Sociedad que asumió gerenciamiento del club

"Resulta improcedente responsabilizar en forma solidaria, a la sociedad que asumió el gerenciamiento de un club de fútbol —ley 25.584—, por las obligaciones derivadas del despido de quien se desempeñaba como técnico de las divisiones infantiles de dicho club pues, aún en la hipótesis de que las tareas realizadas por el actor se hubieren ejecutado en cumplimiento de un contrato concertado con la intervención de la aludida gerenciadora, no surge que aquél haya sido contratado ni que su tarea haya sido organizada por aquélla".

CNTrab., sala II, 31/8/2010, "Lombardo, Víctor José c. Blanquiceleste SA y otro", IMP, 2010-13-244; LLAR/JUR/50535/2010.

Retenciones. Art. 132 bis, LCT

"Improcedencia. Personal de los planteles de fútbol profesional. No procede la condena a la demandada (Blanquiceleste SA - Racing Club) al pago de la indemnización establecida por el art. 132 bis de la LCT porque, tratándose de personal perteneciente a los planteles de fútbol profesional, cualquiera sea su categoría, es la Asociación del Fútbol Argentino (AFA) la que actúa como agente de percepción y retención de los aportes personales y contribuciones patronales con destino a los regímenes de las leyes 19.032, 23.660, 23.661, 24.013, 24.241 y 24.714, conforme lo establece el art. 1º del dec. 1212/2003".

CNTrab., sala III, 15/4/2010, "Gálvez, Sebastián c. Blanquiceleste SA y otro s/despido", La Ley online.

Apercibimiento. Art. 132 bis, LCT. Club de fútbol demandado por falta de aportes y contribuciones

"El dec. 1212/2003 y Res. Gral. AFIP 1580/93. Resulta inaplicable al caso el apercibimiento previsto en el art. 132 bis de la LCT, porque en virtud del dictado del dec. 1212/2003 y demás disposiciones reglamentarias que se invocan en el responde (Res. General de la AFIP Nro. 1580/03), la recaudación de las obligaciones previsionales se realiza en la fuente de producción de los ingresos y se halla a cargo de la Asociación de Fútbol Argentino (AFA)".

CNTrab., sala IV, "Pacheco, Delia Beatriz c. Club Atlético Huracán Asoc. Civil s/Despido", sent. def. 90.365 del 31/3/2005.

Jugadores de fútbol. Derecho de formación

"Lo resuelto en el fallo no perjudica ni afecto los derechos y acciones a que pudieren considerarse acreedores el Club Atlético Huracán y, en su caso, la AFA frente al jugador y contra el Club Atlético Alavés, para obtener la compensación o resarcimiento de los eventuales daños vinculados con la formación y desarrollo del jugador mencionado o por cualquier otro incumplimiento que a juicio de las demandadas hubieren incurrido el actor y la institución española respecto de las obligaciones establecidas en las normas reglamentarias de carácter local o internacional que rijan la actividad de los futbolistas aficionados inscriptos en determinado club y sus transferencias internacionales".

CNTrab., sala V, 12/11/2002, "Brandan, Antonio Reinaldo y Cansinos Jesús Felicidad en repres. de su hijo menor, Pablo Daniel c. AFA y otro s/Acción de amparo", sent. def. 66.087, La Ley online.

Proporcionalidad de las Sanciones

"El despido motivado por injuria requiere que el incumplimiento que se atribuye al trabajador sea perfectamente individualizable, además de actual, grave y objetivamente acreditable. La valoración debe ser hecha prudencialmente por los jueces teniendo en consideración el carácter de las relaciones que resultan de un contrato de trabajo y las modalidades y circunstancias personales de cada caso. Así señalo que no todo acto de incumplimiento constituye causa de denuncia del contrato de trabajo, sino sólo aquél que puede configurar injuria. El concepto de injuria es específico del derecho del trabajo y consiste en un acto contra el derecho del otro. Para erigirse en justa causa de despido, la injuria debe asumir cierta magnitud, suficiente para desplazar del primer plano el principio de conservación del contrato que consagra el art. 10 de la LCT, teniendo en cuenta los parámetros de causalidad, proporcionalidad y oportunidad".

CNTrab., sala I, 21/2/2014 "Aliaga Cinda, Ramona c. Metrovías SA. s/Despido", sent. def. 89.560.

Daños y perjuicios. Accidente

"Corresponde confirmar la sentencia mediante la cual se responsabilizó al club demandado por los daños y perjuicios sufridos por el accionante con motivo de un accidente mientras efectuaba tareas inherentes a su profesión como jugador de fútbol —en el caso, padeció la ruptura completa de ligamento cruzado anterior de la rodilla derecha— y como consecuencia del cual quedó incapacitado para volver a desempeñarse en su profesión".

CNTrab., sala IV, "Orcellet, Hernán Alejandro c. Club Almirante Brown y otro", LLAR/JUR/22422/2008.

Lesión del jugador de fútbol amateur. Falta de responsabilidad del club

"El club de fútbol demandado no puede ser responsabilizado por la lesión que sufrió un jugador amateur en un partido amistoso —en el caso, por un golpe recibido en el tobillo—, pues, quien tiene conocimiento de la práctica del fútbol sabe que en todo enfrentamiento se producen inevitablemente numerosas infracciones, las cuales quedan cubiertas por la "licitud" que dimana de la práctica del deporte, salvo que exista una acción excesiva que viole grosera y arbitrariamente el reglamento del juego o una intención de provocar el hecho dañoso, extremos que no fueron acreditados por el actor.

CNCiv., sala L, 18/9/2006, "D., E. R. c. Club Atlético Boca Juniors", RCyS, 2006-1336; LLAR/JUR/5762/2006.

Competencia de la Justicia del Trabajo. Daños y perjuicios de un jugador de fútbol

"Cabe atribuir competencia a la Justicia Nacional del Trabajo para entender en el reclamo por daños y perjuicios formulado por un jugador de fútbol contra Futbolistas Argentinos Agremiados en virtud de la gestión en la percepción de créditos a su favor por su desempeño en un club, ya que la causa encuadra dentro de los denominados conflictos intersindicales".

CNCiv., sala J, 3/5/2005, "Manrique, Hernán G. c. Futbolistas Argentinos Agremiados", DT, 2005 (diciembre), 1758; LL AR/JUR/4304/2005.

Pelota de fútbol. Cosa riesgosa

"Una pelota de fútbol puede ser calificada como cosa riesgosa por su forma de utilización en un encuentro deportivo de primera división".

SC Buenos Aires, 9/4/1991, "Roselli, Luis A. c. Club Gimnasia y Esgrima de La Plata", DT, 1992-A-576; LLAR/JUR/2378/1991.

Amparo. Futbolistas. Improcedencia. Necesidad de mayor amplitud de debate

"El actor, jugador de fútbol profesional, inició un amparo contra la AFA a fin de obtener su inscripción y habilitación para poder desempeñar su actividad en el Club Independiente, toda vez que consideró lesionado su derecho constitucional de trabajar debido a las inhibiciones —dictadas en diversos procesos judiciales— que afectan al club para el que se desempeña y que le prohíben realizar cualquier tipo de negocios jurídicos con derechos federativos de los jugadores de fútbol. La acción no es procedente porque el art. 2º, inc. b) de la Ley de Amparo establece claramente que la acción de amparo no será admisible cuando el acto impugnado emane de un órgano del Poder Judicial, dicha circunstancia conforma la esencia del fallo apelado. En el mejor de los supuestos, la determinación de la eventual invalidez del acto necesita una mayor amplitud de debate por lo que no resulta viable la vía elegida en tanto la misma debe ser planteada ante el juez que determinó la medida".

CNTrab., sala I, 14/2/2002, "Insua, Federico c. Asociación del Fútbol Argentino AFA s/amparo", sent. def. 51.491, Boletín de Jurisprudencia de la Cámara.

Amparo. Futbolistas. Improcedencia

"En el marco de una cautela, esta Sala entendió razonable proteger el derecho del actor a trabajar, en el entendimiento de que las particularidades de la actividad deportiva impedirían cualquier otro desempeño profesional mientras el libro de pases no fuera abierto. Producido este último hecho y ante la reactualización del pedido del actor, se dispuso desestimar la medida, ya que —mientras tanto— existió una posibilidad de intentar una nueva contratación y esta posibilidad fue descartada por propia decisión del actor, quien sostuvo incluso, que eligió "libremente no firmar con ninguna otra entidad y respetar el contrato firmado con la entidad citada" (Club Atlético Platense). La decisión que ahora pudiera adoptarse en relación con el fondo del asunto no se encontraría dirigida a imponer determinadas conductas provisorias a los particulares sino a modificar decisiones judiciales, de modo directo y definitivo, lo que debería solicitarse en las causas que dieron lugar a aquellas medidas. Finalmente cabe señalar que del mismo modo en que el derecho a trabajar previsto en el art. 14 de la CN no conduce a obligar a un tercero a dar empleo a un trabajador determinado, el mismo derecho atribuido al aquí actor no permite —salvo el caso de emergencia— habilitar para darle empleo a quien, en virtud de otra norma, se encuentra inhabilitado para admitirlo definitivamente en su plantel".

CNTrab., sala III, 12/10/2001, "Di Carlo, Fernando c. Asoc. Fútbol Argentino AFA s/amparo", sent. def. 82.795, Boletín de Jurisprudencia de la Cámara.

Amparo. Futbolistas. Improcedencia de la medida cautelar solicitada

"La existencia de previas decisiones judiciales que alcanzan a los dos clubes de fútbol involucrados en el presente (Asociación Atlética Argentinos Juniors y Club Atlético Talleres de Córdoba), conducen a desestimar en este estado la medida cautelar tendiente a la habilitación del trabajador para jugar, dado que el libro de pases se encontraba cerrado. En especial, cuando no aparecen razones de una gravedad tal que justifiquen apartar las decisiones como la presente de las causas en las que aquellas medidas restrictivas fueron dispuestas. El trabajador, en este caso tiene contrato vigente con un club y la inscripción pretendida está destinada a autorizar una "transferencia o préstamo", por lo que no es procedente".

CNTrab., sala III, 27/3/2002, "Albornos, Daniel c. Asoc. del Fútbol Argentino AFA s/amparo", sent. def. 83.393, Boletín de Jurisprudencia de la Cámara.

Amparo. Futbolistas. Improcedencia de la medida cautelar solicitada

"En este caso se trataba de un futbolista que había quedado 'libre', por lo que tenía libertad de celebrar contrato con la institución que deseara. Eligió al CA Huracán, sobre el que pesaban desde 1998 distintas medidas que la impedían comprar, vender o tomar en préstamo jugadores, dictadas por distintos magistrados de este fuero y del fuero comercial. En tal circunstancia, no se encuentra configurada la "verosimilitud del derecho", que permita facultar el dictado de la medida cautelar solicitada pues, sin perjuicio de lo que se resuelva al analizar el fondo del asunto, lo cierto es que el propio actor reconoce que tenía libertad para contratar con cualquier institución, y sin embargo eligió hacerlo con una que, prima facie no estaba habilitada para requerir sus servicios".

CNTrab., sala III, 5/3/2003, "Cabrol, Darío c. AFA s/Amparo", sent. def. 84.576, Boletín de Jurisprudencia de la Cámara.

Amparo. Futbolistas. Improcedencia de la cautelar solicitada

"La Asociación de Fútbol Argentino es una persona ajena al negocio jurídico celebrado entre el actor y el Club Atlético Los Andes, en este caso. Ella actuó en cumplimiento de decisiones judiciales que le fueron comunicadas por Futbolistas Argentinos Agremiados. Por ello, de admitirse la vía intentada se estaría obrando como Tribunal de Alzada de las decisiones dictadas en los procesos judiciales deducidos contra el Club mencionado, habilitando a éste para celebrar contratos vedados por resoluciones de otros magistrados. El actor, eventualmente debió efectuar peticiones en las causas que dieron lugar a las medidas que impidieron su desempeño para el Club en cuestión. Para más, no se advierte que exista lesión al derecho de trabajar del actor pues del mismo modo en que este derecho regulado en el art. 14 de la CN no conduce a obligar a un tercero a dar empleo a un trabajador determinado, el mismo derecho atribuido al aquí actor no permite dar empleo a quien, en virtud de otra norma, se encuentra inhabilitado para admitirlo definitivamente en su plantel (Conf. 'Di Carlo, Fernando c. Asociación del Fútbol Argentino s/amparo' sala III sent. 82.795 del 12/10/2001)".

CNTrab., sala VIII, 22/11/2002, "Flotta, Maximiliano c. AFA s/amparo", sent. def. 23.636, Boletín de Jurisprudencia de la Cámara.

Amparo. Futbolistas. Prohibición de innovar

"No resulta óbice para acoger la medida cautelar, la prohibición de innovar ordenada contra el Club Atlético Platense que fue quien dejó libre al jugador pero sin otorgarle el transfer habilitante. No puede soslayarse que aquella interdicción, según las constancias de la causa, se habría adoptado al parecer, por deudas que mantendría el club, ajenas al demandante, quien pese a que su empleador le ha otorgado la libertad de acción, se ve privado de formalizar su contratación con una entidad española, por motivos que no le competen e incumplimientos de un tercero por el que no debe responder. No se trata de violentar o alterar una decisión de otro magistrado de la Nación o de disminuir el patrimonio del deudor en detrimento de su acreedor sino simplemente de posibilitar al peticionante que pueda desenvolver su actividad profesional mientras dure el litigio, autorizándoselo a que sea inscripto para la entidad española y en la Federación de Fútbol de dicho país con la premura del caso, habida cuenta del cierre del "libro de pases" o de su inminencia".

CNTrab., sala X, 20/2/2001, "Di Francesco, Nicolás en rep. de su hijo Di Francesco, Carlos c. AFA s/Amparo-incidente", sent. def. 6706, Boletín de Jurisprudencia de la Cámara.

Amparo. Futbolistas. Derecho de trabajar

"El hecho de que el club contratante no haya cumplido con obligaciones respecto de terceros no puede serle opuesto al trabajador para impedirle que pueda ejercer un derecho fundamental como es el de trabajar teniendo en cuenta, como lo señala el Fiscal General, que se esa actividad el actor obtiene sumas alimentarias, pero fundamentalmente porque el contrato de trabajo, cuya ejecución se impide al actor, tiene como principal objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí (art. 4º, LCT) que se vería frustrada aún en el supuesto de que continuara percibiendo salarios del club cedente, y de una manera más acentuada en el caso concreto, teniendo en cuenta, como ya se señaló, el tipo de profesión de que se trata. Este mismo perjuicio se configuraría aún en el hipotético supuesto de que el accionante pudiera ser transferido a otra institución toda vez que se le estaría privando al jugador de las posibilidades concretas que la brinda la institución escogida, cercenándosele ilegítimamente, además, la libertad de contratar con el club que más satisface sus necesidades de progreso. En suma, al estar acreditados los extremos indispensables para viabilizar la acción impetrada se ordenará a la Asociación del Fútbol Argentino para que dentro de las veinticuatro horas proceda a habilitar al accionante a participar en los torneos de fútbol profesional organizados por ella en representación del Club Atlético Talleres".

CNTrab., sala X, 14/11/2001, "Muñoz, Cristian c. AFA s/Sumarísimo", sent. def. 10.132, Boletín de Jurisprudencia de la Cámara.

Amparo. Futbolistas. Procedencia

"Si bien he tenido oportunidad de expedirme en una causa similar, en sentido contrario a la procedencia de la acción intentada, un nuevo análisis de la cuestión y las circunstancias específicas de la causa me persuaden de la viabilidad de la pretensión. En efecto, el Club Platense donde se desempeñaba el actor soporta numerosos procesos de ejecución e inhibiciones que le impiden efectuar negocios jurídicos con derechos federativos de los jugadores sean profesionales o amateurs y en especial comprar, vender, tomar o ceder en préstamo a jugadores. En tanto, el jugador resulta ser un tercero ajeno al conflicto existente que se ve impedido de ejercer su trabajo, que cuenta con garantía constitucional, y debe primar sobre facetas laterales que le resultan ajenas" (Del voto del Dr. Vázquez Vialard, que adhiere al voto del Dr. Puppo, quien se remite a la opinión del Fiscal General en autos "Di Carlo, Fernando c. AFA s/amparo" dictamen nro. 32.449 del 26/9/2001).

CNTrab., sala I, 8/4/2002, "Álvarez, Enrique c. AFA s/Amparo", sent. def. 79.308, Boletín de Jurisprudencia de la Cámara.

Amparo. Futbolistas. Garantías constitucionales

"En esta especial actividad, a los efectos de la contratación de jugadores aficionados inscriptos y de sus eventuales prórrogas hasta el límite máximo de duración contractual —que son potestativas del empleador y obligan por su unilateral ejercicio por éste— la estrictez debe presidir la verificación del cumplimiento de plazos y recaudos habilitantes en cada supuesto. Son cláusulas que en rigor exorbitan las estipulaciones de la ley laboral y común, defendiéndolas las codemandadas por las peculiares características de este sector de actividad laboral. Esa mecánica normativa jerarquiza la voluntad unilateral del club y la impone a la del futbolista para seguir contando con sus servicios por determinado lapso aún cuando existiere voluntad en contrario de éste. Resulta pues, un natural correlato que la interpretación y la exigencia de un cabal cumplimiento de dicha mecánica de contratación en sus distintas modalidades, sea estricta y severa, para no incurrir en situaciones que puedan llegar a ser vulneratorias de las garantías constitucionales".

CNTrab., sala V, 12/11/2002, "Brandan, Antonio y Cansinos, Jesús Felicidad en represent. de su hijo Brandan, Pablo c. AFA y otro s/Amparo", sent. def. 66.087, Boletín de Jurisprudencia de la Cámara.

Amparo. Futbolistas. Jugador aficionado

"Al no existir, en este caso, un contrato de trabajo de futbolista profesional entre las partes litigantes, toda vez que el actor era jugador aficionado fichado en AFA por el club co-demandado y que en tal condición integró el equipo de primera división en determinados partidos del año 2000 en los torneos oficiales organizados por la AFA; y atentó la documentación por la cual se demostró que el accionante celebró un contrato de trabajo como profesional con el Club Deportivo Alavés de Victoria, Pca. de Alava, España y que dicho contrato tiene una vigencia de seis años a partir del año 2001, con expreso consentimiento de sus padres, corresponde se acoja favorablemente la acción de amparo impetrada con el objeto de realizar los actos conducentes a la emisión del transfer internacional necesario para la Real Federación Española de Fútbol. Ello así, pues es necesario preservar la efectiva vigencia del derecho a trabajar, garantizado constitucionalmente por los arts. 14 y 14 bis de la CN y normas internacionales de similar jerarquía que complementan los derechos y garantías mencionados conforme art. 75, inc. 22 de la CN texto 1994. Esta condena llevará astreintes para su debido cumplimiento y una vez emitido dicho transfer y acreditada su recepción en la federación española, caducará la vigencia del certificado provisorio que se expidió por la AFA en cumplimiento de la medida cautelar innovativa decretada en el incidente agregado a la causa principal".

CNTrab., sala V, 12/11/2002, "Brandan, Antonio y Cansinos, Jesús Felicidad en represent. de su hijo Brandan, Pablo c. AFA y otro s/Amparo", sent. def. 66.087, Boletín de Jurisprudencia de la Cámara.

Amparo. Futbolistas. Procedencia. Cesión a prueba

"El accionante, en este caso, jugador de fútbol profesional del Club San Lorenzo de Almagro, prestó conformidad a su transferencia a prueba al Quilmes Atlético Club. Al querer inscribir dicho convenio en AFA se le informó de la imposibilidad de acceder a ello habida cuenta de las medidas de inhibiciones y embargos trabados contra el Club San Lorenzo en juicios seguidos contra el mismo. Por ello interpuso acción de amparo a fin de que cesen tales restricciones que afectan su derecho a trabajar. La queja es procedente, porque no se trata de violentar o alterar una decisión de otro magistrado de la Nación o de disminuir el patrimonio del deudor en detrimento de su acreedor, sino simplemente de posibilitar al peticionante que pueda desenvolver su actividad profesional (lo cual, es casi ocioso recordar, cuenta con la protección constitucional: arts. 14 y 14 bis de la CN), ya que no se trata en el caso de ninguna transferencia definitiva o venta, sino de una simple cesión a prueba del jugador aquí afectado y sin opción de transferencia definitiva. (Del voto del DR. Capón Filas, en mayoría)".

CNTrab., sala VI, 31/5/2002, "Centurión Marecos, Germán c. AFA s/amparo", sent. def. 24.991, Boletín de Jurisprudencia de la Cámara.

Amparo. Futbolistas. Derecho a trabajar

"Contraría el derecho a trabajar consagrado por la CN (Preámbulo, art. 14, 33, 75, inc. 19) el que por la situación financiera de un club de fútbol (en el caso San Lorenzo de Almagro) no pueda ser transferido un jugador de fútbol, en este caso el actor, a otra institución. Ello implica hacer recaer sobre el futuro laboral del trabajador las consecuencias del manejo de las finanzas de una institución al punto que podría darse una situación que lo excluyera de toda posibilidad de trabajo. En el orden normal de los empleados comunes significaría tanto como impedir que un dependiente pase a otra empresa porque su empleador está endeudado" (Del voto del Dr. Fernández Madrid, en mayoría).

CNTrab., sala VI, 31/5/2002, "Centurión Marecos, Germán c. AFA s/Amparo", sent. def. 24.991, Boletín de Jurisprudencia de la Cámara.

Amparo. Futbolistas. AFA en representación de los clubes asociados. Libertad de contratación

"Si bien el actor no mantiene ni ha mantenido con la AFA, en su calidad de futbolista profesional, alguna relación jurídica sustancial, también lo es que esa asociación ha asumido, frente a Futbolistas Argentinos Agremiados (FAA) y a los jugadores en general, al celebrar el CCT 430/75 en representación de los clubes asociados, la obligación de declararlos en libertad de contratación, cuando hayan rescindido un contrato por falta de pago de las remuneraciones, Tal declaración debe ser formulada dentro del plazo fijado, (10 días art. 15, CCT citada), sin necesidad de petición. En caso de omisión o reticencia, previa intimación, la entidad gremial o el futbolista afectado están legitimados para demandarla judicialmente. En consecuencia, la AFA es legitimada pasiva en este proceso, porque lo que el actor pretende es constreñirla a la realización de un acto para el cual está obligada directamente, como órgano de registro, a cumplir (ley 20.160 y art. 15 ya citado). Es conveniente advertir que la situación de libertad de contratación es efecto de la rescisión del contrato por falta de pago, en el marco de la norma citada precedentemente. Es carga de la AFA la mera certificación de esa situación, para información de sus asociados y de los clubes extranjeros que, a través de ese instrumento, podrían contratar al jugador libre sin asumir eventuales responsabilidades derivadas de la subsistencia de un contrato anterior registrado".

CNTrab., sala de Feria, 27/1/2005, "Milano, Mauro c. Asociación del Fútbol Argentino s/Medida cautelar", sent. int. 9, Boletín de Jurisprudencia de la Cámara.

Amparo. Futbolistas. Conflictos patrimoniales de los clubes. Derecho a trabajar

"El actor, en la presentación inicial, pretendió efectivizar su derecho a trabajar, de rango constitucional innegable y que debe ser tutelado de una manera muy especial, más allá de las consecuencias patrimoniales que pudieran emerger del hecho, porque se trata de un medio de vida, de su forma de realización personal y de una actividad, el deporte profesional, que cuenta con una duración efímera, por las exigencias físicas y en la cual es muy trascendente competir para "mantenerse y no ser olvidado". Las facetas descriptas deben prevalecer sobre las distintas insinuaciones pecuniarias, quizá legítimas, de los acreedores de su empleador. Este es el espíritu que se infiere del art. 4º de la LCT y tal vez percibiéramos de una manera más diáfana la procedencia de la acción si tuviéramos presente que estamos ante un trabajador de restringida vida útil y que no puede llevar a cabo la tarea de la cual vive por los conflictos patrimoniales de la empleadora con terceros. La eventual colisión de intereses debe ser resuelta haciendo prevalecer el derecho a trabajar y las situaciones que podrían emerger de esta prestación de servicios y sus aspectos patrimoniales pueden ser remediadas por otras vías, en potenciales acciones de regreso o en la afectación de otros bienes".

FG Dictamen nro. 32.449, sala III, 26/9/2001, "Di Carlo, Fernando c. AFA s/Amparo", Boletín de Jurisprudencia de la Cámara.

Amparo. Futbolistas. Conducta que expresa la existencia de un contrato profesional. Libertad de contratar y trabajar

"Más allá del juicio crítico que podría suscitar, desde el punto de vista dogmático o académico, un ordenamiento corporativo y especial como el que se refiere a la atípica actividad de los jugadores de fútbol, en cuanto generaría una suerte de "oferta contractual vinculante" para la transformación de "aficionado" a "profesional", se impone el criterio muy restrictivo en lo que hace a la interpretación de los hechos y sus alcances, porque nuestro Derecho Positivo, de saludable tradición romanista, está basado en la autonomía de la voluntad, como elemento constitutivo de las obligaciones. En este caso concreto, el escueto telegrama remitido por la entidad Deportiva, antes de que venciera el plazo establecido en el art. 11 del CCT 430/75 no sería válido para constituir una oferta seria y oportuna, debe contener un objeto preciso, exponer los alcances tentativos del vínculo y describir, aunque someramente, las obligaciones recíprocas, las contraprestaciones que constituyen el sinalagma contractual. Lo que no ha sucedido en este caso en el que, para más, ninguna de las partes tuvo una conducta coherente con la existencia de un contrato profesional. Finalmente, el carácter restrictivo con que debe ser interpretado un ordenamiento que podría colisionar con la libertad de contratar y de trabajar, me inclinan a sostener que el recurrente estaba facultado para relacionarse con otras entidades, ante la extemporaneidad de la oferta válida y que no correspondía obstaculizar el ejercicio de su derecho, en especial cuando no se deduce un proceder abusivo, ni una actitud arbitraria, ya que existen constancias acabadas de una atractiva oferta en España, que mejoraba constantemente sus ingresos y los de su grupo familiar y que no es admisible frustrar desde el poder estatal".

FG Dictamen nro. 34.512 2/9/2002, sala V, "Brandan, Antonio y Cansinos, Jesús en rep. de su hijo menor Brandan, Pablo c. AFA s/Amparo", Boletín de Jurisprudencia de la Cámara.

Amparo. Futbolistas. Derecho a trabajar. Habilitación provisoria

"En la instancia anterior se desestimó la medida cautelar pedida por el actor, jugador de fútbol, tendiente a que se lo habilite para trabajar en un Club de Suiza, al cual sería transferido por el Club Argentino Juniors, donde se desempeñaba. La polémica se proyecta sobre el derecho a trabajar, en un ámbito en el cual la posibilidad de "jugar" y de competir adquiere una relevancia temporal que se relaciona con la carrera deportiva misma del apelante. Por otra parte no se advierte que la cautela pueda generar daño relevante e irreparable a los que confluyen en la contienda y lo cierto es que el transcurso del tiempo no es intrascendente para el apelante, en particular si se tiene en cuenta la dinámica que imponen los sucesivos encuentros futbolísticos de un torneo y la incidencia de la edad del mismo en la práctica de la actividad. Desde esta perspectiva no se estaría invadiendo la jurisdicción de los Magistrados que solicitaron la inscripción de las inhibiciones sobre el Club cedente en tanto "no cabe entender que aquellas medidas, que habrían sido dispuestas en resguardo del derecho de acreedores de la entidad por causas a las que el accionante resulta totalmente ajeno, resulten violentadas por la circunstancia de que se habilite —en forma cautelar y por lo tanto provisoria— al accionante para prestar sus servicios profesionales" en otro club. "Una postura contraria implicaría la vulneración del derecho a trabajar del actor, de raigambre constitucional - Arts. 14 y 14 bis de la Carga Magna".

Sala III, 13/3/2001, "Di Carlo, Fernando c. AFA s/Amparo", sent. int. 81.985 del, Dictamen de Feria nro. 3 del 24/7/2002, sala de Feria, "Kuhl, Jorge c. AFA s/Amparo", Boletín de Jurisprudencia de la Cámara.