

UNIDAD N°4- DERECHO DEL TRABAJO.

CONTRATO DE TRABAJO:

CONCEPTO: art.21 de la LCT que “ hay contrato de trabajo, cualquier sea su forma o denominación, siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios a favor de la otra y bajo la dependencia de ésta, durante un periodo 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”.

ELEMENTOS:

- 1- Existe un acuerdo de voluntades para que cada parte cumpla sus obligaciones: cuando utiliza el término “se obligue” se refiere a que el contrato se perfecciona cuando las partes prestan su consentimiento;
- 2- Se trata de un servicio personal, lo cual define al trabajo como un “hacer infungible”: hace referencia ideal o jurídica preste el servicio;
- 3- No tiene relevancia la denominación asignada por las partes ni las formas, lo que se evidencia al consignar “cualquiera sea su forma o denominación”: el contrato es el acuerdo en sí mismo, sin formalidades; adquiere trascendencia el principio de primicia de la realidad y la presunción establecida en el art.23 de la LCT;
- 4- No tiene importancia el plazo, existe contrato celebrado por un plazo cierto o incierto, lo que queda evidenciado al consignar “durante un periodo determinado o indeterminado de tiempo”;
- 5- El trabajador se obliga a poner a disposición del empleador su fuerza de trabajo, que se plasma en “realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios”; constituye un elemento esencial del contrato;
- 6- El empleador asume el compromiso del pago de una retribución- remuneración por el trabajo recibido;
- 7- El trabajo se pone a disposición de otro, y el empresario lo organiza, lo aprovecha y asume los riesgos del negocio.

CARACTERES:

Los principales caracteres del contrato de trabajo son los siguientes:

- 1- Es *consensual*: se perfecciona por el mero consentimiento de las partes.
- 2- Es *personal*: es personalísimo respecto del trabajador y se sustenta en las características

personales del contratado.

- 3- Tiene *carácter dependiente*: existe una subordinación técnica, jurídica y económica entre el trabajador, que queda sometido a una organización del trabajo ajena y el empleador. Comprende la facultad de dar órdenes, con el consecuente deber del trabajador de acatarlas. Esencialmente es una vinculación jerárquica en la que el empresario- propietario del capital, tiene la potestad de organizar y dirigir el trabajo de conformidad con los fines de la empresa, mientras que el trabajador no asume riesgos, ya que el trabajo se efectúa por cuenta ajena.
- 4- Es de *tracto sucesivo*: es un contrato de ejecución continuada (no instantánea) que se desarrolla por medio de prestaciones repetidas en el tiempo.
- 5- Es *no formal*: hay libertad de formas; no se exigen formas solemnes ni determinadas para su celebración, salvo en algunas modalidades (por ejemplo, plazo fijo).
- 6- Es *oneroso*, porque tiene contenido patrimonial. El art.115 de la LCT establece que el contrato no se presume gratuito y el art.76 de la LCT dispone que el pago de la remuneración es una obligación esencial del empleador.
- 7- Es *bilateral y sinalagmático*: al existir reciprocidad en las posiciones jurídicas, los derechos y obligaciones del trabajador se corresponde con los del empleador y viceversa.
- 8- Es *conmutativo*: hay equivalencia en las prestaciones y las ventajas para ambas partes no dependen de un acontecimiento incierto.
- 9- Es *típico*: tiene una regulación propia contemplada en la LCT que admite modalidades especiales relativas al tiempo o a la forma de la prestación de los servicios y que lo distinguen claramente de otros contratos.

JORNADAS DE TRABAJO:

CONCEPTO: es todo el tiempo durante el cual el trabajador está a disposición del empleador en tanto no pueda disponer de su actividad en beneficio propio. Integran la jornada de trabajo los periodos de inactividad a que obligue la prestación contratada, con exclusión de los que se produzcan por decisión unilateral del trabajador. De la definición del art.197 de la LCT surge que el concepto de jornada de trabajo no incluye sólo el tiempo efectivo de prestación de la tarea concreta sino también el tiempo en que el trabajador pone a disposición del empleador su fuerza de trabajo, aunque permanezca inactivo por alguna causa ajena a él.

La jornada laboral comienza con el ingreso del trabajador al establecimiento y finaliza con su egreso. Sin embargo, hay lapsos que no integran la jornada de trabajo, por ejemplo, el tiempo en que el trabajador puede disponer libremente de su actividad en beneficio propio, sin prestar tareas o las pausas para refrigerio o comidas. Tampoco forma parte de

la jornada de trabajo el tiempo de viaje (el que se emplea en el trayecto al trabajo).

Se puede distinguir tres (3) criterios para definir la jornada de trabajo:

Legal o reglamentario: se computa como jornada el tiempo fijado en la

ley; *Efectivo:* es el prestado en forma concreta;

Nominal: se refiere exclusivamente al tiempo en el cual el trabajador está a disposición del empleador; es el criterio adoptado por nuestra legislación (art.197 de la LCT).

En coincidencia con el convenio 1 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo), el art.197 de la LCT también dispone que el empleador deba hacer conocer la diagramación de los horarios mediante anuncios colocados en lugares visibles del establecimiento para conocimiento público de los trabajadores.

DESPIDO:

ESTABILIDAD EN EL EMPLEO.

Es el derecho del trabajador a mantener la relación de trabajo por todo el tiempo convenido, sea a plazo determinado o indeterminado. Según la intensidad con que se garantice el derecho a la estabilidad se pueden clasificar en estabilidad propia o impropia.

- Estabilidad propia: puede ser absoluta o relativa; se presenta cuando la norma aplicable prevé la imposibilidad jurídica de extinguir la relación sin causa: el empleador tiene vedada la posibilidad de despedir sin invocar una causa y está obligado a reincorporar al trabajador- absoluta- (caso “Mandorrán”- CSJN del 3/5/07) o, en caso de negarse, debe pagar una indemnización agravada- relativa- (por ejemplo, la del representante gremial).
- Estabilidad impropia: es la que se aplica en nuestra legislación: no se garantiza al trabajador la perduración del vínculo jurídico, pero en caso de despido sin causa el empleador debe pagar una indemnización; intenta evitar el despido imponiendo una sanción indemnizatoria al empleador.

PROTECCION CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO:

La protección contra el despido arbitrario es una de las medidas adoptadas por las legislaciones para evitar el despido arbitrario del trabajador. El art.14bis de la C.N. garantiza la protección contra el despido arbitrario, pero no obliga en forma genérica a establecer estabilidad propia. La protección consiste en la obligación de abonar una indemnización basada en el salario mensual y la antigüedad del trabajador: en la práctica

existe un régimen de “libertad de despido” con indemnización tarifada, que cubre los daños y perjuicios ocasionados. No queda al arbitrio judicial y tiene una triple función: reparatoria, sancionatoria y disuasiva.

Solo cuando exista una conducta adicional dolosa del empleador podría admitirse excepcionalmente una condena por daño moral. Debe existir un acto ilícito adicional al despido, recayendo la prueba de dicha configuración en cabeza del trabajador.

Es decir que excepcionalmente puede otorgarse otra reparación (agravada o extratarifaria) o inclusive decirse la reinstalación en el trabajo. Esta decisión puede fundamentarse en casos de discriminación (ley 23.592), acoso sexual, mobbing, conductas que generen daño moral, si la falta de aportes al sistema impiden acceder al subsidio por desempleo, daño por agresión física y verbal (concepto de agravio), imputación de un ilícito penal: hecho doloso del empleador por una denuncia injustificada que constituye un ilícito extracontractual: violación del deber general de no dañar.

PREAVISO- CONCEPTO: Es una obligación y una garantía bilateral de las partes. Consiste en el deber de notificar la extinción del contrato de trabajo con la antelación dispuesta por la ley. Su finalidad es evitar los perjuicios que produce la ruptura intempestiva del contrato. Lo debe otorgar el empleador- para que el trabajador busque otro trabajo- y el trabajador- para que el empleador pueda cubrir la vacante con la antelación suficiente.

La falta de otorgamiento genera derecho a percibir una indemnización sustitutiva: medio mes en el período de prueba, un mes o dos meses de remuneración según la antigüedad del trabajador sea igual o mayor a 5 años. En el caso del trabajador es de 15 días.

PLAZO: No se requiere de una antigüedad mínima en el puesto para que el empleador tenga la obligación de preavisar. Durante el periodo de prueba es de 15 días. Este plazo se da solo cuando se encuentre vigente el periodo de prueba y no genéricamente durante los primeros 3 meses de la relación laboral, ya que si las partes prescindieran del periodo de prueba, o si el empleador renuncia o se entiende que ha renunciado (contratar más de una vez al mismo trabajador, no registrar la relación laboral), el preaviso es de 1 mes y no de 15 días.

Cuando el trabajador tenga más de 5 años de antigüedad, el empleador debe otorgar el preaviso con una anticipación de un mes, y si su antigüedad es mayor que 5 años, debe otorgarlo con una anticipación de 2 meses. Si el trabajador presta servicios en una Pyme y haya sido contratado durante la vigencia de la ley 24.467 (desde el 8/6/1995), el plazo de preaviso es siempre de un mes, sin tomarse en cuenta la antigüedad del trabajador en la empresa. También en algunas actividades se dispusieron plazos distintos y en otras resulta inaplicable.

El trabajador debe otorgarlo siempre con 15 días de antelación.

FORMAS: El art.235 de la LCT dispone que “la notificación del preaviso deberá probarse por escrito”. Se trata de una declaración unilateral de la voluntad recepticia: para su perfeccionamiento no solo se requiere ser emitido sino que debe llegar al destinatario (teoría recepticia). Una vez perfeccionado, no puede ser revocado salvo acuerdo de partes expreso o tácito (art.234, LCT).

El preaviso comienza a correr a partir del día siguiente al de la notificación (art.233 de la LCT). En caso de no otorgarse preaviso se debe abonar la integración del mes de despido.

EFFECTOS: art.237 de la LCT dispone que “durante el plazo del preaviso el trabajador tendrá derecho, sin reducción de su salario, a gozar de una licencia de dos (2) horas diarias dentro de la jornada legal de trabajo, pudiendo optar por las dos (2) primeras o las dos (2) últimas de la jornada. El trabajador podrá igualmente optar por acumular las horas de licencia en una o más jornadas íntegras”. Es una licencia para que busque un nuevo empleo. Si el trabajador no otorga la licencia, el trabajador la puede tomar por sí (no hay derecho a licencia en caso de preaviso otorgado por el trabajador).

INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PREAVISO OMITIDO: procede ante el incumplimiento del deber de preavisar, ya sea por incumplimiento del deber de preavisar, ya sea por incumplimiento total o parcial (si se otorga por un plazo menor al legal). Art.232 de la LCT “la parte que omita el preaviso o lo otorgue de modo insuficiente deberá abonar a la otra una indemnización sustitutiva equivalente a la remuneración que correspondería al trabajador durante los plazos señalados en el art.231”.

INTEGRACIÓN DEL MES DE DESPIDO: si la extinción del contrato de trabajo dispuesta por el empleador se produce 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 (también se aplica en caso de despido indirecto).

DESPIDO- CONCEPTO: es una forma de extinción del contrato de trabajo. Surge de la voluntad de alguna de las partes y puede fundarse en una justa causa o disponerse sin expresión de causa. Es un acto unilateral del empleador (despido directo) o del trabajador (despido indirecto) que extingue el contrato, recepticio (es eficaz desde el momento en que el acto llega al conocimiento del destinatario) y extintivo (desde que es recibida la notificación los efectos del contrato cesan para el futuro y ninguna de las partes puede invocar hechos posteriores para justificar la medida).

En principio es un acto informal; se puede manifestar verbalmente o por escrito. Pero en

los casos de despido con preaviso y de despido con justa causa, es requisito ineludible la forma escrita.

COMUNICACIÓN Y EFECTOS:

Una vez notificado a la otra parte, el despido se transforma en un acto jurídico consumado: no resulta admisible su retractación o revocación unilateral. La parte que decide despedir o considerarse despedida es responsable del medio elegido para transmitir la noticia, aunque también el destinatario tiene una carga de diligencia. El trabajador debe mantener actualizado su domicilio (la comunicación dirigida al último domicilio conocido se considera válida aunque no haya sido recibida); los telegramas devueltos con la indicación “domicilio cerrado” o “domicilio desconocido” se consideran como recibidos si fueron correctamente remitidos; en caso de pérdida, o diligenciamiento irregular del despacho telegráfico quien lo envió asume la responsabilidad.

CLASIFICACIÓN.-

Se puede clasificar el despido con dos criterios: tomando en cuenta la parte que lo decide *despido directo e indirecto*; y según haya sido o no expresada la causa para disponerlo despido con justa causa y sin justa causa o incausado.

- 1- Despido directo: es la extinción decidida unilateralmente por el empleador; puede consistir en un despido sin causa o con justa causa.
 - Despido sin causa o incausado: el empleador no invoca ninguna causa para despedir (arbitrario o inmotivado). Genera el derecho del trabajador a percibir la indemnización por antigüedad, la indemnización sustitutiva de preaviso, integración del mes de despido y las que correspondan según cada caso particular.
 - Despido con justa causa: el empleador extingue el contrato de trabajo por el incumplimiento grave de alguna de las obligaciones en que incurre el trabajador. El empleador debe expresar por escrito, en forma suficientemente clara, la causa que motivo su decisión rescisoria (art.243, LTC); debe constituir una injuria que impida la prosecución del contrato. La carga de la prueba de la causa invocada recae en el empleador que, de demostrarla, no debe pagar indemnizaciones. En cambio, si invoca la causa en forma genérica o no logra probarla, debe las indemnizaciones por despido.
- 2- Despido indirecto: el que decide dar por terminado el contrato es el trabajador ante un incumplimiento patronal (injuria) que considera de suficiente gravedad e impide la continuación del contrato. Debe ser notificado por escrito (previa intimación al empleador para que subsane su incumplimiento), expresando en

forma suficientemente clara los motivos que justifican su decisión. El trabajador tiene la carga de la prueba invocada; de demostrarla genera el derecho a cobrar las mismas indemnizaciones que en caso de despido directo sin causa o sin causa justificada. Así lo dispone el art.246 de la LCT al consignar que “cuando el trabajador hiciese denuncia del contrato de trabajo fundado en justa causa, tendrá derecho a las indemnizaciones previstas en los arts.232, 233 y 245”.

DESPIDO CON JUSTA CAUSA.-

En el contrato de trabajo ambas partes tienen derecho y obligaciones que surgen de la ley, los convenios colectivos, los estatutos especiales y del contrato individual. El incumplimiento de lo pactado permite responsabilizar al “deudor” (sea el trabajador o el empleador) por las consecuencias del hecho.

EXPRESIÓN DE LA CAUSA. INVARIABILIDAD.-

Al fin de salvaguardar el derecho de defensa en juicio de la contraparte, el legislador dispone que tanto en el despido con justa causa como en el indirecto, se debe comunicar por escrito y en forma suficientemente clara los motivos en que se funda la ruptura del contrato. La comunicación del despido en forma escrita es indispensable para poder consignar fehacientemente la causa invocada. Se realiza por telegrama o carta documento; también es válida la comunicación efectuada por medio de una misiva simple o una nota interna de la empresa con la constancia de recepción del destinatario.

El art.243 de la LCT, dispone que “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 promoviére la parte interesada, no se admitirá la modificación de la causal de despido consignada en las comunicaciones antes referidas”.

No es admisible, en caso de demanda judicial, modificar la causa de despido consignada en la comunicación respectiva: invariabilidad de la causa. En el proceso judicial sobreviniente sólo se puede invocar y probar la causal esgrimida en la comunicación del despido: otra no puede ser considerada como justa causa disolutoria ni aun en caso de ser probada y demostrada su gravedad.

Se debe expresar el hecho que determina la disolución con precisión y claridad: no tienen eficacia manifestaciones genéricas, imprecisas o ambiguas. No cumplen el requisito de precisión suficientes expresiones tales como “queda despedido por

injurias” o por “injurias graves” o por “incumplimientos”; se debe especificar el tipo de injurias o incumplimientos en forma clara y detallada; por ejemplo, falta de respeto a los superiores, impuntualidad, agresión a compañeros, o presentarse a trabajar en estado de ebriedad.

Como principio general, puede establecerse que el despido no cumple el requisito del art.243 de la LCT cuando la parte que lo decide y emite la comunicación emplea una fórmula ambigua que le permita con posterioridad modificarla o ampliarla a su antojo, ya que debe primar siempre la buena fe. La prueba de la causa recae en quien invoca la existencia del hecho injurioso: en despido directo el empleador y en el indirecto el trabajador.

INJURIA.-

Para que exista justa causa debe producirse una inobservancia de las obligaciones de alguna de las partes de tal entidad que por su gravedad torne imposible la continuidad del vínculo. La injuria es un grave ilícito contractual que justifica la aplicación de la máxima sanción (despido). Teniendo en cuenta los principios generales del derecho del trabajo y el principio de continuidad y estabilidad en el empleo, el 1er.párrafo del art.242 de la LCT limitó las posibilidades al determinar que “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 injurias y que, por su gravedad, no consienta la prosecución de la relación”.

La valoración de la existencia de injuria la efectúa prudencialmente el juez; la Ley de Contrato de Trabajo permite al juez determinar, en cada caso que le es sometido a conocimiento, y de acuerdo a sus particularidades, si la gravedad del incumplimiento imputado resulta suficiente para justificar la rescisión del vínculo por cualquiera de las partes. Para valorar la injuria el magistrado debe tener en cuenta distintas pautas:

- Puede tratarse tanto de una injuria de orden patrimonial como moral, y no se requiere dolo, siendo suficiente que lesiones los intereses legítimos de las partes y sea lo suficientemente grave para impedir la continuación de la relación laboral.
- Debe valorarse relacionándola con el contexto laboral y sociocultural en el cual se produce; por ejemplo, puede constituir injuria que amerite un despido o no según las circunstancias- un trato descomedido o vulgar o inclusive un insulto.
- Los hechos anteriores sancionados se pueden invocar como antecedentes, pero siempre debe existir un hecho que justifique por sí mismo el despido; los no sancionados no pueden ser invocados.

- Si se trata de un trabajador con varios años de antigüedad que nunca fue sancionado, la gravedad de la injuria debe ser valorada más estrictamente. - Los hechos posteriores a la extinción del vínculo no pueden ser tomados en cuenta para valorar la entidad de la injuria, como tampoco la actitud que haya asumido el empleador respecto de incumplimientos similares de otros dependientes.
- Para constituir injurias no es suficiente que las partes hayan pactado expresamente que determinado hecho tiene tal carácter; solo el juez puede decidirlo.
- En caso en que una ley, un estatuto profesional o un convenio colectivo establezcan que el despido sólo puede disponerse después de instruido un sumario, su ausencia torna arbitrario el despido.

REGIMEN INDEMNIZATORIO.-

Cuando el despido es dispuesto por el empleador sin causa o sin causa justificada o el trabajador se colocó en situación de despido con justa causa, le corresponde la indemnización por antigüedad prevista en el art.245 LCT, la indemnización sustitutiva de preaviso (art.232, LCT) y la integración del mes de despido (art.233, LCT), además de los rubros de pago obligatorio: días trabajados hasta el momento del despido, vacaciones proporcionales (art.123, LCT).

Pero además, según el caso, podrán corresponderle algunas de las indemnizaciones agravadas- por maternidad, matrimonio, despido de representantes sindicales, las multas previstas en la Ley Nacional de Empleo (arts.8,9,10 y 15, ley 24013), los incrementos indemnizatorios de los arts.1 y 2 de la ley 25.323 (BO,11/10/2000), el art.132 bis de la LCT (incorporado por la ley 25.345) y el 80 de la LCT (modificado por el art.45, ley 25.345) y las que puedan surgir de los estatutos y convenios colectivos que resulten aplicables.

INDEMNIZACIÓN POR ANTIGÜEDAD.-

Está contemplada en el art.245 de la LCT (texto según art.5 ley 25.877), al establecer que: "En los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa, habiendo o no mediado preaviso, este 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 servicio si este 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 establecido 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”.

La pauta general es la indemnización del art.245 LCT es igual a un mes de remuneración por año de antigüedad o fracción mayor de tres meses, con los alcances y aclaraciones que se especifican seguidamente. La indemnización establecida en el art.245 de la LCT está exenta del pago del impuesto a las ganancias, salvo que la causa de extinción no amerite su cobro (jubilación, voluntad concurrente de las partes, renuncia, etc.).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “Gonzales, Martín N. v. Polimat S.A y otro” (19/5/2010), resolvió que los decretos 1273/2002, 2641/2002 y 905/2003 resultan inconstitucionales en cuanto desconocen la naturaleza salarial de las prestaciones alimentarias que establecen; en consecuencia, sostuvo que corresponde revocar la sentencia apelada que los consideró para el cálculo de las indemnizaciones por despido y por vacaciones no gozadas, y del sueldo anual complementario.

- Mensual: no se toma en cuenta lo que no se devenga en forma mensual.

La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo resolvió que no corresponde incluir en la base salarial la parte proporcional del SAC ni las bonificaciones abonadas por el empleador sin periodicidad mensual y en base a un sistema de evaluación de desempeños del trabajador, salvo fraude laboral (doctrina del fallo plenario N°322, “Tulosai v. Banco Central de la Republica Argentina”, del 19/11/2009).

- Habitual: es sinónimo de periodicidad; son habituales los rubros que se devengan a favor del trabajador en forma reiterada y persistente; se excluyen los rubros que solo se devengan excepcionalmente o por única vez.
- Normal: dentro de los rubros devengados habitualmente se excluyen aquel cuya cuantía resulte groseramente anormal; por ejemplo, si habitualmente se realizan entre diez y treinta horas extra, y en un mese se trabajan cien, ese periodo podría ser considerado anormal.

- Mejor: obtenidos las remuneraciones mensuales, normales y habituales devengadas durante el último año aniversario (o periodo menor), corresponde tomar de entre ellas la mejor (la Mayor).

Están incluidas las remuneraciones fijas y las variables percibidas mensualmente (comisiones, premios por productividad). En el caso de remuneraciones variables se debe tener en cuenta la mejor, salvo que ellas hayan incidido circunstancias especiales de un determinado mes que no se repiten regularmente (por ejemplo, una comisión producida por una venta extraordinaria). La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo con fecha 5/10/2000 dictó el fallo plenario 298 en la causa “Brandi Roberto A. v. Lotería Nacional SE”, que estableció que para el cálculo de la indemnización por despido no deben ser promediadas las remuneraciones variables, mensuales, normales y habituales; se debe tomar en cuenta la mejor.

INDEMNIZACIÓN MÍNIMA. TOPE SALARIAL.-

La indemnización mínima equivale a un mes de la mejor remuneración mensual normal y habitual sin tope, sin importar cuál sea la antigüedad del trabajador. En cuanto al tope, la base a tener en cuenta no puede exceder tres veces el salario mensual promedio de las remuneraciones previstas en el convenio colectivo aplicable al trabajador al momento del distracto: el tope varía para cada trabajador según el convenio colectivo que sea aplicable a la actividad o a la empresa.

Si se trata de personal fuera de convenio (ejemplo: personal jerárquico) se extiende la aplicación del convenio de actividad que corresponde al establecimiento sin tope o no. A los trabajadores que perciben remuneraciones variables o a comisión se aplica el convenio de actividad al que pertenecen, o el que se aplique en la empresa o establecimiento si es más favorable.

El 14 de septiembre de 2004 la CSJN en autos “Vizzoti, Carlos A. v. AMSA S.A. s. despido” declaró la inconstitucionalidad del límite de la base salarial previsto en el art.245 de la LCT (según ley 24.013) para calcular la indemnización por despido sin justa causa. En el caso, consideró que corresponde aplicar la limitación a la base salarial prevista en los párrafos 2° y 3° del citado art. 245 de la LCT, sólo hasta el 33% de la mejor remuneración mensual, normal y habitual computable. Modifica el criterio sentado en la causa “Villarreal v. Roemmers”, y declara la inconstitucionalidad del tope indemnizatorio porque el monto de la indemnización por despido no guarda proporción no es razonable, justa ni equitativa con la real remuneración devengada por el trabajador, constituye una “desnaturalización del sentido de la indemnización”, produciéndose una violación de la garantía constitucional contra el despido arbitrario.

Cuando a los efectos de efectuar el cálculo de la indemnización por antigüedad del art.245 de la LCT la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada por el trabajador es afectada

Sin embargo, si el empleador no registrara la relación laboral (se entiende que renunció al periodo de prueba) o asume la conducta prohibida prescripta en el ap.1 del art.92bis LCT (contratar a un mismo trabajador, más de una vez, utilizando el periodo de prueba) resulta discutible si le corresponde la indemnización por antigüedad, teniendo en cuenta que prestó servicios menos de 3 meses y un día. El sector mayoritario de la doctrina entiende que no, ya que al reformarse el art.245 de la LCT y retornar a la fracción mayor de 3 meses, recupera su operatividad la doctrina plenaria de los autos “Sawady, Manfredo vs.SADAIC”, que establecía que no correspondía abonar la indemnización por antigüedad si el despido se produjo dentro de los 3 primeros meses de la relación laboral.

Para calcular la antigüedad el punto de partida es la fecha de iniciación de la relación laboral- si comenzó con periodo de prueba, desde su inicio, hasta la fecha de la notificación del despido- directo o indirecto- es recibida por el destinatario. Se considera para su cálculo el tiempo efectivamente trabajado: se incluyen las suspensiones contempladas en la LCT, salvo las que resultan imputables al trabajador (por ejemplo, disciplinarias).

En caso de reintegro el art.18 de la LCT dispone que se computara “el tiempo de servicio anterior, cuando el trabajador, cesado en el trabajo por cualquier causa, reintegrese a las órdenes del mismo empleador”. El art.255 de la LCT establece la deducción de las indemnizaciones percibidas por despidos anteriores. En caso de sucesivas contrataciones a plazo fijo, se computará también como tiempo de servicio “el que corresponda a los sucesivos contratos a plazo que hubieren celebrado las partes”. Según el art.19 de la LCT el plazo de preaviso otorgado es tiempo de servicio; en cambio, no lo es cuando el preaviso se omite y se paga la indemnización sustitutiva. Si se produce el reintegro de un trabajador jubilado sólo se computa como antigüedad el tiempo de servicio posterior al cese (art.253 de la LCT según redacción de la ley 24.347).

INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PREAVISO.-

Dispone el art.232 de la LCT que “la parte que omita el preaviso o lo otorgue de modo insuficiente deberá abonar a la otra una indemnización sustitutiva equivalente a la remuneración que correspondería al trabajador durante los plazos señalados en el art.231”. Es un resarcimiento que tiene como base las remuneraciones que el trabajador hubiera percibido durante el lapso de preaviso omitido, que se calcula según el salario vigente al momento del cese. Como tiene carácter indemnizatorio no sufre descuentos por

aportes jubilatorios, ni sindicales, ni para obras sociales. En caso de los trabajadores a jornal que se desempeñan en horario normal de ocho horas, el cálculo se debe hacer sobre la base del último jornal horario multiplicado por 200 (número de horas del mes), más el sueldo anual complementario sobre el rubro.

INTEGRACIÓN DEL MES DE DESPIDO.-

Es la suma debida al trabajador correspondiente a los días faltantes del mes, comprendidos desde el despido hasta el último día del mes en que se produjera el despido. Como quedara dicho, el art.4 de la ley 25877 modificó el art.233 de la LCT. El primer párrafo dispone que el plazo de preaviso corra a partir del día siguiente al de su notificación. Esto significa que la integración del mes de despido sólo procede si el empleador despide al trabajador sin otorgarle preaviso o bien en el despido indirecto con justa causa.

El 2do.párrafo del art.233 de la LCT establece que “cuando la extinción del contrato de trabajo dispuesta por el empleador se produzca sin preaviso y en fecha que no coincida con el ultimo 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”. Por lo tanto, procede cuando el despido directo se produce sin preaviso y en fecha que no coincida con el último día del mes y en caso de despido indirecto con justa causa motivado por un grave incumplimiento del empleador.

El último párrafo del art.233 prevé que la integración del mes de despido no procede cuando la extinción se produzca durante el periodo de prueba.

CONCEPTOS DE PAGO OBLIGATORIO CUALQUIERA SEA LA CAUSA DE LA EXTINCIÓN:

- Sueldo anual complementario proporcional: tomando como base un salario mensual de \$4.800 el cálculo del SAC proporcional, es el siguiente:
 - Si trabajo todo el semestre: $\$4.800 \times 2 = \2.400 .
 - Si trabajo 3 meses y 22 días: $\$4.800 \times 2 = \2.400 ; $\$2.400 \times 182,5 = \$13,16$; $\$13,16 \times 112 \text{ días} = \$1473,92$.
 - Si trabajo menos de 1 mes (por ejemplo, 25 días): $\$4.800 \times 2 = \2400 ; $\$2400 \times 182,5 \text{ (días)} = \$13,16$; $\$13,16 \times 25 \text{ (días)} = \329 .
 - Si gozo de licencia por maternidad dentro de un semestre (se extingue el vínculo al final del semestre): $\$4800 \times 2 = \2400 ; $\$2400 \times 182,5 = \$13,16$; $\$13,16 \times 90 \text{ (días efectivamente trabajados)} = \$1184,40$.
 - En el primer caso anterior, si el vínculo se extingue el 15 de noviembre: $\$4800 \times 2 = \2400 ; $\$2400 \times 182,5 = \$13,16$; $\$13,16 \times 45 \text{ (días desde el 1 de julio a$

la extinción menos 90 días: $135-90=45$); $\$13,16 \times 45 = \$592,20$.

- Vacaciones proporcionales: el cálculo de la indemnización por vacaciones no gozadas del año que se inicia el 1ero de enero hasta el último día efectivamente trabajando, sobre la base de un salario mensual de \$4800, es el siguiente: -
Trabajador mensualizado: antigüedad 3 años; extinción: 10/10/2012. (283 días corridos desde el 1/1).

283×14 (días que le corresponde) $\% 365$ (días del año) = 10,85 (cantidad de días de vacaciones)

$\$ 4.800 \% 25 = \$ 192$ (salario diario).

$10,85 \text{ días} \times \$192 = \$ 2.083,20$.

- Trabajador jornalizado: ídem caso anterior.

$283 \times 14 \times 8$ (horas) $\% 365 = 86,84$ (horas de vacaciones no gozadas). 86,84

horas $\times \$12$ (valor hora= salario mensual $\$ 4.800 \% 25 \%$) = $\$ 2084,16$.

- Además, corresponde el rubro SAC sobre vacaciones no gozadas:

- Días trabajados hasta el despido: se debe abonar los días trabajados durante el mes en que se produjo el despido y que no fueron pagados por haber cesado el contrato de trabajo con anterioridad al momento del pago del salario.

ART.255 BIS LCT(CONF. LEY 26.592. BO 26/05/2010). PLAZO DEL PAGO DE LAS INDEMNIZACIONES.-

El art.255 bis de la LCT (texto según ley 26.592) pone fin al debate sobre el plazo de pago de las indemnizaciones adeudadas por la extinción del contrato de trabajo. Un sector de la doctrina entendía que el pago debía efectuarse dentro de los cuatro (4) o tres (3) días hábiles desde la fecha de la extinción, entendiendo aplicable el art.128 LTC. Otro sector, consideraba que al no existir norma que lo regulara debía abonarse en forma inmediata.

El art.128, LCT dispone que el pago de la remuneración se debe efectuar una vez vencido el periodo 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.

La ley 26.592- al introducir el art.255 bis, LCT- establece que el pago de las remuneraciones e indemnizaciones que correspondieren por la extinción del contrato de trabajo, cualquiera sea su causa, se efectuará dentro de los plazos preavisos en el art.128 computados desde la fecha de la extinción de la relación laboral.

En consecuencia, los concepto remuneratorios debido por el hecho de la extinción (días trabajados, SAC proporcional y vacaciones proporcional) y las indemnizaciones que correspondan por el despido (vacaciones no gozadas, art.232, 233 y 245, LCT, multas, indemnizaciones agravadas, etc.) deben abonarse, cualquiera fuera la causa de terminación del vinculo laboral, dentro de los cuatro (4) días hábiles posteriores a la extinción , si se trata de trabajadores remunerados en forma mensual o quincenal (15),y dentro de los tres (3) días hábiles posteriores a la extinción, si se trata de trabajadores remunerados en forma semanal.

FALTA DE PAGO EN TÉRMINO DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INCAUSADO.-

En caso de falta de pago en termino y sin causa justificada de la indemnización por despido incausado (también despido indirecto) o de un acuerdo homologado (incluye a la extinción por voluntad concurrente de las partes y a los acuerdos conciliatorios homologados en sede administrativa o judicial) el art.9 de la ley 25.013- que no fue notificado por la ley 25.877- dispone que se presumirá la existencia de la conducta temeraria y maliciosa, ratificando la presunción de conducta temeraria o maliciosa del empleador regulada en el art.275 de la LCT. Impone a los jueces la obligación de fijar una multa equivalente a un interés de hasta dos veces y medio el que cobren los bancos oficiales por operaciones de descuento. La presunción es iuris tantum, admite prueba en contrario del empleador. Para que se torne operativa deben concurrir dos extremos: la falta de pago o la demora en la cancelación, y la inexistencia de “causa justificada” (o desvirtuada).

INCREMENTO DE LA INDEMNIZACIÓN DEL ART.2 DE LA LEY 25.323.-

El art.2 de la ley 25.323 (BO,11/10/2000) dispone un incremento del 50% en las indemnizaciones previstas por los arts.232,233 y 245 de la LCT- indemnizaciones sustitutivas del preaviso, integración del mes de despido e indemnización por antigüedad- (o de los derogados arts.6 y 7 de la ley 25.013- preaviso e indemnización por antigüedad-) o las que en el futuro las reemplacen, cuando el empleador fehacientemente intimado por el trabajador no las abonare y lo obligare a iniciar acciones judiciales o cualquier instancias previa de carácter obligatorio (por ejemplo, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el Secto). Su objetivo es compeler al empleador a abonar en tiempo y forma las indemnizaciones por despido y evitar litigios, y su presupuesto de procedencia es el no pago de indemnización en tiempo oportuno y la existencia de un despido sin

invocación de causa producido a partir del 20/10/2020 (se hace extensivo a los despidos indirectos con una causa justificada).

Requiere la intimidación fehaciente por escrito (carta documento o telegrama) del trabajador (o de la asociación sindical con personería gremial que lo represente con el consentimiento por escrito del interesado) por un plazo de dos (2) días hábiles y la mora del empleador. Se exime del incremento indemnizatorio si abona al trabajador las indemnizaciones (o las consignas judicialmente) antes de que el trabajador inicie acciones administrativas o judiciales. Es compatible con el preaviso por el art.1 de la ley 25.323 y con las multas de la Ley Nacional de Empleo. Los jueces por resolución fundada pueden reducir el incremento hasta eximirlo, si hubiese causas que justificaran la conducta del empleador.

El 10/09/2008 la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, resolvió por mayoría en el Fallo Plenario N° 320 en autos Lurleo, Diana Laura v. Consorcio de Propietarios del Edificio Luis Sáenz Peña 1.195 s/ despido”, que “el recargo previsto en el art.2 de la ley 25.323 no se aplica, en las relaciones regidas por la ley 12.981, a la indemnización dispuesta en el art.6, 4to párrafo, de esta última ley. Tampoco se aplica a la indemnización establecida en el 5to.párrafo del mismo artículo.”

INDEMNIZACIÓN POR ANTIGÜEDAD (despido incausado) Despido directo.	ART.245 de la LCT (conf. Ley 25.877)
BASE DE CALCULO	Mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada en el año o periodo de trabajo por año de antigüedad o fracción mayor a 3 meses.
	Tres veces el importe mensual de la suma que resulta del promedio de todas las remuneraciones previstas en el CCT aplicable al momento del despido. <u>Trabajadores sin CCT:</u> tope correspondiente al convenio de actividad aplicable al establecimiento o al convenio más

TOPE MAXIMO MENSUAL	favorable si existiese más de uno. <u>Trabajadores a comisión o remuneración variables</u> : se aplica el convenio de la actividad a la que pertenezcan o aquel que se aplique en el establecimiento donde se presten servicios, si éste fuera más favorable.
MINIMO LEGAL	1 mes de la mejor remuneración mensual, normal y habitual (sin tope).
ANTIGÜEDAD MINIMA EXIGIDA	3 meses y 1 día.